

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS  
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
NÍVEL MESTRADO**

**DIMITRIUS BOATINI**

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS:  
NOS LIMITES ENTRE ATIVISMO JUDICIAL E TUTELA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS**

**SÃO LEOPOLDO  
2017**

Dimitrius Boatini

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS:  
nos limites entre ativismo judicial e tutela de direitos fundamentais

Dissertação apresentada como requisito  
para obtenção do título de Mestre em  
Direito pelo Programa de Pós-Graduação  
em Direito da Universidade do Vale do Rio  
dos Sinos - UNISINOS

Orientador: Prof. Dr. Anderson Vichinkeski Teixeira

São Leopoldo  
2017

B662r      Boatini, Dimitrius  
              Responsabilidade civil do Estado por omissões  
              inconstitucionais: nos limites entre ativismo judicial e  
              tutela de direitos fundamentais / Dimitrius Boatini -- 2017.  
              134 f. : 30cm.  
              Dissertação (Mestrado em Direito) -- Universidade do  
              Vale do Rio dos Sinos. Programa de Pós-Graduação em  
              Direito, São Leopoldo, RS, 2017.  
              Orientador: Prof. Dr. Anderson Vichinkeski Teixeira.

              1. Responsabilidade civil - Estado - Omissão  
              inconstitucional. 2. Ativismo judicial. 3. Direitos  
              fundamentais. 4. Causalidade (Direito). I. Título. II. Teixeira,  
              Anderson Vichinkeski.

CDU 347.51

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS  
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD  
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: "**Responsabilidade civil do Estado por omissões inconstitucionais: nos limites entre ativismo judicial e tutela de direitos fundamentais**" elaborada pelo mestrando **Dimitrius Boatini**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 07 de março de 2017.

  
Prof. Dr. **Leonel Severo Rocha**

Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Prof. Dr. Anderson Vichinkeski Teixeira

Membro: Profa. Dra. Temis Limberger

Membro: Prof. Dr. Luiz Gonzaga Silva Adolfo

## RESUMO

O trabalho estuda o tão polêmico conceito de ativismo judicial, sujeito a inúmeras definições, mas aqui entendido como a ingerência do poder judiciário nas áreas de competências precípua dos poderes legislativo e executivo, em conjunção com a responsabilidade civil do estado por omissão inconstitucional no que tange aos direitos fundamentais, em especial, no que diz respeito a um dos principais desdobramentos da nova responsabilidade civil; o nexo causal presumido. Para isso um primeiro capítulo será dedicado em estudar de maneira central em relação à responsabilidade civil, não somente em seu contexto histórico e tradicional, mas com todos os desdobramentos da atualidade que surgem como uma complexidade a mais tão somente passível de ser resolvida com a via do ativismo judicial. O segundo capítulo envolverá todas as conceituações, críticas e argumentos a favor do ativismo judicial, bem como a definição de seu conceito para efeitos deste trabalho; além da análise dos mais diversos casos práticos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Se evidencia uma necessidade de ativismo judicial para a satisfação dos direitos fundamentais, amparado por ampla doutrina, porém, com uma série de parâmetros que possibilitem que o mesmo seja utilizado de maneira adequada; como a diferenciação entre o juízo de probabilidade do nexo causal presumido e a teoria do risco integral, utilização da teoria da causa eficiente em detrimento da mais tradicional teoria da causa direta e imediata utilizada pelo Judiciário nacional, e o maior auto-comedimento do Judiciário nos casos envolvendo um confronto de direitos fundamentais.

**Palavras-chave:** Responsabilidade civil do Estado por omissão Inconstitucional. Ativismo Judicial. Direitos fundamentais. Nexo Causal Presumido.

## ABSTRACT

The essay is about the controversial figure of Judicial Activism, that is defined under a wide array of concepts, but here will be treated as the judiciary acting on the legislative and executive competencies, in conjunction with the civil responsibility of the state for unconstitutional omissions on the fundamental rights, especially with the one of the most relevant new consequences from the civil responsibility in its new figure, the assumed causal link. For this to happen, the first chapter will study the civil responsibility in a deep and thoughtful manner, not only on its traditional and historical scope, but also with the contemporary events that unfold and change the law in a way that only judicial activism can bring an answer to it. The second chapter will bring all the concepts and positions about the judicial activism, besides define what is the concept that this essay will use. The essay ends with the idea that the judicial activism is necessary for the fulfilling of the fundamental rights, such as numerous authors had already advocated, but theres a wide array of guidelines created for it to be used in an adequated manner, like, being able to differentiate the probability judgement from the assumed causal link theory from the full risk theory from the state, the use of the theory of the efficient cause instead of the direct and immediate cause, and a bigger use of the judiciary self-restraint when the case in question brings a clash from fundamental rights.

**Keywords:** Civil responsibility from the state from unconstitutional omission. Judicial activism. Fundamental rights. Assumed causal link.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	<b>6</b>
<b>2 RESPONSABILIDADE CIVIL: TEORIA GERAL</b> .....	<b>10</b>
2.1 Breves Considerações Históricas sobre o Dever de Indenizar .....	10
2.2 Responsabilidade Civil e seus Requisitos .....	15
2.3 Elementos e Conceitos da Responsabilidade Civil: Obrigação, Dever Jurídico, Dolo e Culpa .....	21
2.4 A Responsabilidade em Meio às Teorias da Culpa .....	25
2.4.1 A Noção de Dano .....	27
2.4.2 As Teorias do Risco .....	29
2.4.3 A Definição do Nexu Causal.....	32
2.5 A Responsabilidade Civil Objetiva e sua Evolução Histórica no Brasil.....	41
2.6.A Nova Responsabilidade Civil com o Afastamento da Culpa e o Dever do Estado de Reparar os Danos Advindos de Omissões Inconstitucionais ....	50
<b>3 ENTRE ATIVISMO JUDICIAL E EFETIVAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO: POSSÍVEIS LIMITES PARA A ATUAÇÃO JUDICIAL EM CASOS DE RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO INCONSTITUCIONAL</b> .....	<b>60</b>
3.1 Conceituando Ativismo Judicial .....	60
3.2 O Princípio da Separação de Poderes em Face do Ativismo Judicial.....	68
3.3 Análise Crítica da Jurisprudência do STF em Casos de Omissões Inconstitucionais Legislativas .....	74
3.4 Análise Crítica da Jurisprudência do STF em Casos de Omissões Inconstitucionais Administrativas.....	87
3.5 Possíveis Parâmetros para uma Limitação do Ativismo Judicial em Casos de Responsabilidade Civil do Estado por Omissão.....	105
3.5.1 Críticas e Argumentos Acerca do Ativismo Judicial .....	105
3.5.2 Existem Limites Possíveis ao Ativismo Judicial?.....	110
<b>4 CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	<b>115</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>120</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A matéria cerne tratada na dissertação diz respeito à responsabilidade civil do Estado por omissão inconstitucional, com foco nos casos envolvendo a figura complexa e atual do nexo causal presumido, e como poderão ser realizados parâmetros quanto à um eventual ativismo judicial nos referidos casos.

Se justifica, pois se constitui em matéria controversa a efetivação dos direitos fundamentais no Brasil, com inúmeras obras de doutrina nacional e estrangeira sobre a insuficiência dos mecanismos utilizados para que se lhe outorgue plena satisfação. O dever constitucional de efetivação dos direitos fundamentais é tido por muitos doutrinadores como dotado de um “mero simbolismo”. Essa falta de efetivação dos direitos fundamentais causa a possibilidade de uma mudança informal da Constituição Federal, causando graves danos à ordem jurídica brasileira.

Nessa seara, o ativismo judicial surge como uma forma de proteger a Constituição, e dar a plena efetivação dos direitos fundamentais. Um complexo duelo com a possibilidade de não-efetivação dos direitos fundamentais de um lado, e do outro, a possibilidade de danos à democracia advindos da postura ativista do Judiciário. O ativismo judicial é criticado quanto à essa possível nocividade à democracia, pois as funções precípua de poderes com representantes escolhidos pelo povo, ou seja, o Legislativo e o Executivo, passam a ter suas funções exercidas por um poder que não possui escolha democrática de seus representantes. O ativismo judicial se constitui em uma matéria controversa, e sua utilização é muito criticada.

Quanto à isso, o presente trabalho abrangerá as omissões inconstitucionais do Estado em seu sentido geral, tanto as legislativas quanto as condutas omissivas da Administração Pública que venham a lesar direitos fundamentais; caso no qual há a possibilidade de invocação de um nexo causal presumido para justificar o ativismo judicial, e no qual a possibilidade será analisada com detalhes. O problema de pesquisa se constitui em saber se essa forma de ativismo judicial, sobretudo com a presunção do nexo causal, é um aprimoramento do instituto da responsabilidade civil pela complexidade social e necessidade de realização do dever constitucional de ampla proteção aos direitos fundamentais; ou, se pelo contrário, efetivamente nociva para a democracia. Para isso, se realizará um estabelecimento de parâmetros para que o Judiciário possa ou deva agir nesses casos.

Necessário se faz estudar primeiramente a responsabilidade civil em seu aspecto geral, pois um instituto que passou por notória evolução e serve como estopim para a busca da efetivação de um ativismo judicial por nexos causal presumido nos casos de responsabilidade civil do Estado. O afastamento da culpa da responsabilidade civil é o que dá margem direta ao surgimento com força da nova figura relativa ao nexos causal, podendo ser falado que o ativismo judicial por responsabilidade do Estado se constitui mais em uma consequência direta da evolução da responsabilidade civil do que propriamente como possuidora de uma necessidade de surgimento pelas circunstâncias.

Logo, em um primeiro capítulo, serão estudadas as primeiras noções históricas sobre a responsabilidade civil, de uma maneira ampla, envolvendo as três grandes fases de seu desenvolvimento; quais sejam, pré-romana, romana e a sua concepção moderna. Mais adiante, a matéria envolverá a responsabilidade civil em seus dias atuais, com os requisitos da responsabilidade civil, matéria controversa tanto no ordenamento jurídico nacional quanto em outros lugares, mas cuja compreensão do afastamento da culpa como requisito repousa o principal fundamento para a realização do presente trabalho; para depois esmiuçar os referidos conceitos sobre a responsabilidade civil.

Ainda, nessa transformação dos conceitos envolvendo a responsabilidade civil se faz necessário um estudo sobre os efeitos que acometem no que diz respeito às teorias da culpa, e quanto à responsabilidade objetiva de uma maneira mais detalhada visto que se constituindo em parte relevante do presente trabalho. Realizadas essas primeiras considerações, a responsabilidade civil com o afastamento da culpa será estudada com o dever do Estado de reparar os danos que sejam advindos de omissões inconstitucionais.

O afastamento da culpa da responsabilidade civil dá margem ao surgimento da figura do nexos causal presumido. Nesta figura vai se relevar a necessidade de prova do nexos causal que está inerente à responsabilidade civil tradicional; ao mesmo tempo que serve como um dos corolários da nova figura da responsabilidade civil, também se constitui em um dos fundamentos principais para que não se fale aqui em uma Teoria do Risco Integral. Não se pretende que o Estado seja responsabilizado por todo e qualquer risco, e se constitui em um dos desafios fazer com que a nova responsabilidade civil possa justificar seu distanciamento da referida situação.

O segundo capítulo trata sobre o ativismo judicial e a busca pela satisfação dos direitos fundamentais bem como efetivação da Constituição; necessitando primeiramente estudar o conceito de ativismo judicial. O conceito de ativismo judicial é dotado de inúmeras controvérsias quanto à sua definição, muitos conceitos que encontram denominadores em comum, mas não são efetivamente os mesmos, bem como utilização de outros termos para referir o que é conhecido por outros autores como o ativismo judicial.

Desta maneira, mais do que estudar o efetivo sentido do ativismo judicial, essa análise se fará importante para a delimitação de um conceito que seja utilizado pela presente dissertação. Para isso também se faz necessário um estudo sobre o princípio da separação dos poderes em face do ativismo judicial, visto as inúmeras controvérsias relativas à ofensa à democracia advinda da utilização do mesmo. Também existem críticas que vão além dos danos à democracia de uma maneira direta, dentre as quais se destacam a impossibilidade de que um poder tenha a técnica necessária para exercer as funções precípua de outro de uma maneira adequada.

Após, será a vez de estudar em casos práticos, utilizando-se da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em uma tentativa, vinculada ao estudo das críticas e dos argumentos a favor recebidos da doutrina quanto ao ativismo judicial, e definir parâmetros para essa efetivação. As críticas ao ativismo judicial, bem como as ideias que servem de fundamentação para o mesmo, são de construção histórica, muitas vezes referidas através de referências bibliográficas antigas, mas a pesquisa jurisprudencial revela que as mesmas continuam muito atuais. Bem como tão somente dessa maneira que será possível analisar a atuação do poder judiciário ativista brasileiro na figura do Supremo Tribunal Federal, visto que a maior parte da doutrina quanto à matéria é estrangeira. Há certas peculiaridades ao ativismo judicial brasileiro, como por exemplo, as diferenças existentes entre um país com a presença contundente do princípio do *stare decisis*, que vincula as decisões americanas e que não está presente no direito brasileiro, que necessita ser realçada, especialmente pela grande utilização da doutrina americana nos estudos da referida matéria.

A presente pesquisa será norteada pelo método fenomenológico-hermenêutico, tendo em vista que fará uma revisão crítica dos temas centrais transmitidos pela tradição jurídico-filosófica por meio da linguagem, em uma

aproximação necessária com a realidade, principalmente demonstrada através dos casos práticos. Com base nisso, busca-se revirar o “chão linguístico” que sustenta a tradição, possibilitando a desconstrução e reconstrução da história institucional dos institutos em exame. Assim, a abordagem do trabalho se dará a partir dos importantes aportes da fenomenologia hermenêutica e sua profunda crítica ao método.

A pesquisa será realizada a partir do método monográfico, histórico e observacional, pois se trata de revisão eminentemente bibliográfica, desenvolvida com base em livros, artigos e análise de jurisprudência, sempre a partir de referenciais teóricos reconhecidos na comunidade científica, sempre que possível se utilizando de bibliografia estrangeira, necessária e tão rica nas presentes matérias da dissertação, com inúmeros trabalhos sobre a nova responsabilidade civil e sobre o ativismo judicial. A dissertação se insere na linha de pesquisa I do programa de pós-graduação em Direito da Unisinos; Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos.

Em que pese a existência de relevante doutrina sobre o ativismo judicial e sobre a nova responsabilidade civil com o afastamento da culpa, a pesquisa dá uma contribuição aos estudos já existentes ao analisar de maneira conjunta a responsabilidade civil do Estado em seus novos parâmetros e a relevante figura do nexo causal presumido com a utilização da postura ativista do juiz. Também quando necessário, com contribuições às já existentes ideias estudadas pela doutrina analisando seus desdobramentos em face dos estudos jurisprudências adequados à realidade dos tribunais brasileiros, como a formulação de um conceito abrangente para a controversa figura do ativismo judicial, estudo das relações existentes entre as teorias da causalidade e o novo nexo causal presumido, e a formulação de critérios a respeito dos temas referidos.

## 2 RESPONSABILIDADE CIVIL: TEORIA GERAL

Como este trabalho trata sobre omissões inconstitucionais referentes à responsabilidade civil do Estado, o mesmo se iniciará tratando a responsabilidade civil de uma maneira geral. Primeiramente, serão feitas considerações históricas sobre o surgimento do dever de indenizar e do próprio conceito da responsabilidade civil; considerações breves que tão somente tem o objetivo de apresentar suas origens, sem realizar um percurso histórico completo da mesma até os dias atuais. Em um segundo momento, a análise da responsabilidade civil nos dias atuais, com as modernas noções de reparação de danos, ou, também, como podemos chamar em virtude dessa nomenclatura continuar sendo utilizada na grande maioria da doutrina, uma responsabilidade civil, com o afastamento da culpa. Para isso, será efetuado o estudo de ambas, em uma tentativa de resolver qual o conceito utilizado no momento atual. O terceiro subcapítulo trata as noções referentes à ambas as formas pelas quais a responsabilidade civil se manifesta, em uma maneira geral, com os conceitos inerentes à uma responsabilidade civil subjetiva também.

Com a tomada de conhecimentos sobre essa responsabilidade civil com a culpa se manifestando como anacrônica, forma-se o quarto subcapítulo, em que é estudada uma responsabilidade civil com base no afastamento da culpa, por meio da análise de seus elementos conceituais, diferentes da ultrapassada noção da responsabilidade civil anterior, mas agora se baseando no dano, no risco e no nexo causal. Já a responsabilidade objetiva do Estado será baseada com fulcro na nova responsabilidade civil, e a análise quanto à forma na qual se dará pelas omissões inconstitucionais.

### 2.1 Breves Considerações Históricas sobre o Dever de Indenizar

Para um completo entendimento dos elementos conceituais envolvendo a responsabilidade civil, faz-se necessário estudar a evolução histórica do referido instituto. Esta evolução histórica se divide em três grandes fases: a pré-romana, a romana, e a sua concepção moderna.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: 1966. Vol II. p.13.

Nos primórdios da civilização, não existia um direito obrigacional<sup>2</sup>, e nem tão pouco amistosas relações recíprocas, de modo que a humanidade era dividida em grupos hostis e violentos uns aos outros. No interior dos mesmos grupos, pela ausência de reconhecimento de direitos individuais, também não existia a constituição de relações jurídico-obrigacionais entre seus membros, conforme expõe Caio Mário Pereira da Silva:

O surgimento da ideia de obrigação deve ter ocorrido com caráter coletivo, quando todo um grupo empreendia negociações e estabelecia um comércio, se bem que rudimentar, com outro grupo. Esta seria provavelmente a gênese da ideia obrigacional, que atua na formação do vínculo, e na sanção, comprometendo o grupo inteiro, ainda que os participantes da negociação não fossem mais que uma parte ou uma delegação da Tribo ou Clã, mas também convocando todos os elementos válidos à guerra, contra o grupo infrator da convenção.<sup>3</sup>

Pela teoria clássica, a responsabilidade civil se estabelece em três pilares: (1) dano, (2) culpa, (3) relação de causalidade entre o fato culposos e o dano experimentado. No início dos tempos, todavia, não havia a análise da culpa, mas sim existia a vingança privada, uma retribuição do mal com o próprio mal, uma forma de punição primitiva dos membros de uma comunidade ao indivíduo que tivesse quebrado as regras implícitas nesta sociedade. Mais tarde, o Estado intervém e adota como regra jurídica a famosa Lei de Talião (olho por olho, dente por dente), em que começa a haver a disciplina da matéria, sendo estabelecida pela referida lei quando e como a vítima podia ter direito à retaliação. Mais tarde, a composição se insere no lugar da vingança privada, em uma fase na qual vai ser realizada a composição a critério da vítima, com o fundamento de reintegração do dano sofrido. Aqui é realizada a proibição da vítima fazer a justiça com as próprias mãos, devendo aceitar a composição ditada pela autoridade.<sup>4</sup> A noção mais fortemente presente na primeira fase da responsabilidade civil é a ideia do medo, decorrente da violência característica dos primórdios das civilizações humanas.<sup>5</sup>

---

<sup>2</sup> A obrigação é a disposição que se encontra disposta na lei, e a responsabilidade, o que advém pelo não-cumprimento desta obrigação. (AZEVEDO, Álvaro Villaça de. Responsabilidade civil. In: SLAIBI Filho, Nagib; COUTO, Sergio (Coord.). **Responsabilidade civil: estudos e depoimentos no cenário do nascimento de José de Aguiar Dias (1906-2006)**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p.5).

<sup>3</sup> O autor refere também ao fato de que as práticas variavam entre os diferentes povos. (PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: 1966. Vol II. p.13).

<sup>4</sup> QUEIROGA, Antônio Elias de. **Responsabilidade civil e o novo código civil**. 3. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p.4.

<sup>5</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: 1966. Vol II. p.13.

Já no Direito Romano, tão influente na história do Direito ocidental, a reação contra o delito passa a ser exercida exclusivamente pelo Estado. O ofendido pode acionar o ofensor independente da punição penal que fosse ser aplicada, começando aqui a surgir, por meio dos jurisconsultos romanos, a diferenciação entre a pena e a reparação<sup>6</sup>. Ocorre que tal transformação só veio com a edição da *Lex aquilia*, pois anteriormente à este período, as ideias quanto às obrigações e responsabilidades eram semelhantes às noções de vingança privada.<sup>7</sup>

A lei Aquilia surge como fruto de um plebiscito promovido pelo Tribunal Aquilio, regulamentando a instituição de uma responsabilidade extracontratual subjetiva (um marco na história ao regular os danos de atos alheios à figuras contratuais), tendo como fundamentos para um dever de reparação o dolo ou culpa, genericamente qualificados como “injúria”.<sup>8</sup>

No referido momento histórico, o tratamento que os juristas da época davam à matéria eram referentes à uma responsabilidade civil subjetiva, examinando se um dano ocorrido era contra direito ou contra o *ius*, mas com o advento da Lei Aquila, o foco do resultado da conduta passa a ser a motivação da conduta que gerou o dano, ocorrendo inclusive a proibição da responsabilidade objetiva.<sup>9</sup>

Essa responsabilização muitas vezes envolvia, pelo menos nos primórdios da civilização romana, em razão da personalidade do vínculo, um comprometimento que fazia com que o obrigado respondesse com seu próprio corpo pelo cumprimento, o que significava a redução do devedor à condição de escravidão perante o credor, o máximo da subjetivização já existente na história da responsabilidade civil. Somente com a *Lex Poetelia Papiria*, de 428 a.c. que foi abolida a execução sobre a pessoa

---

<sup>6</sup> MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C. **Responsabilidade civil**. 2. ed. revista e ampliada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996. p.3.

<sup>7</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p.2.

<sup>8</sup> La Ley Aquilia surge a mediados del siglo III a. de C., como resultado de un plebiscito promovido por el tribuno Aquilio. Esta ley regula la institución de la responsabilidad extracontractual con fundamento en la imputabilidad culpable, ya que el sustrato que debe establecerse para que prospere una condena de resarcimiento del *damnum* es el dolo o la culpa, genéricamente calificada como iniuria. Vale decir, que la responsabilidad será de naturaleza subjetiva, en una clara proscripción de la responsabilidad objetiva. (RAMIREZ, Laureano Jimenez. Vigencia de la ley aquilia en el derecho civil colombiano. **Critério Jurídico Garantista**, Ano 2, nº 2, Janeiro-Junho de 2010. Disponível em: <<http://revistas.fuac.edu.co/index.php/criteriojuridicogarantista/article/viewFile/325/308>>. Acesso em: 15 jan. 2017).

<sup>9</sup> RAMIREZ, Laureano Jimenez. Vigencia de la ley aquilia en el derecho civil colombiano. **Critério Jurídico Garantista**, Ano 2, nº 2, Janeiro-Junho de 2010. Disponível em: <<http://revistas.fuac.edu.co/index.php/criteriojuridicogarantista/article/viewFile/325/308>>. Acesso em: 15 jan. 2017.

do devedor, projetando-se a responsabilidade sobre seus bens, e constituindo uma revolução no campo obrigacional.<sup>10</sup>

Também vigorava a ideia de *in lege Aquilia, levissima culpa venit*, que significa que na lei Aquilia até a culpa levíssima era valorizada, devendo o homem ser responsabilizado também nos casos menos graves. Todavia, o maior valor da Lei Aquilia se constitui em substituir as multas fixas por uma pena proporcional ao dano causado, que também nos traz a reparação de danos originários de fatos concretos (como a morte de um escravo ou de um animal de rebanho, e também o *damnum injuria datum*, pelo qual se considerava os danos como os que atingissem também qualquer coisa alheia, animada ou inanimada. Assim, revogou todas as leis anteriores sobre o dano e seus efeitos, e expandiu os horizontes ao atingir a noção mais geral de prejuízo, inclusive no Direito Romano surgindo as primeiras noções de prejuízos morais.<sup>11</sup>

Outro ponto relevante no Direito Romano foi a existência de um rigoroso formalismo que impedia a vontade de criar vínculos sem a observância de formas solenes ou determinadas.<sup>12</sup>

É no Direito francês que começa o aperfeiçoamento das noções de responsabilidade civil, estabelecendo-se o princípio geral da responsabilidade civil, tanto na modalidade contratual quanto na modalidade extracontratual, na forma aquiliana.<sup>13</sup> Aqui não mais então serão responsabilizados somente os casos em espécie, sendo obrigado a reparar todos os danos que uma pessoa causar a outra por sua culpa.<sup>14</sup> A Escola do Direito Natural, a partir do século XVII, impulsionou esta evolução, transferindo-se o enfoque da culpa como fenômeno central da

---

<sup>10</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: 1966. Vol II. p.14-15.

<sup>11</sup> MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C. **Responsabilidade civil**. 2. ed. revista e ampliada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996. p.3. e Conforme o autor Caio Mário da Silva Pereira, estes prejuízos morais se caracterizam pela necessidade de reparação mesmo quando não exista um *corpus laesum* (corpo lesado). (PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p.4).

<sup>12</sup> RUGGIERO, Roberto. **Instituições de direito civil: direito das obrigações e direito hereditário**. 1. ed. Campinas: Bookseller, 1999. Vol. III. p.35. Caio Mário da Silva Pereira expõe que a vontade dos contratantes pouco importava em relação às cerimônias sacramentais, conforme: PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: 1966. Vol II. p.14-15.

<sup>13</sup> MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C. **Responsabilidade civil**. 2. ed. revista e ampliada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996. p.3.

<sup>14</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p.6.

indenização, para a noção do dano. A noção da responsabilidade civil começa a ser vista pelos juristas como a quebra do equilíbrio patrimonial causada pelo dano.<sup>15</sup>

É com o código francês que se dá o aperfeiçoamento da responsabilidade civil fundada na culpa, mas, os casos concretos demonstravam uma necessidade de ser estabelecida uma obrigação de reparar em alguns casos, que fosse independente da mesma, surgindo a teoria da responsabilidade objetiva, fundada no princípio da equidade, onde a simples comprovação do dano e do nexo causal entre a atitude omissiva ou comissiva do ofensor e o dano que a vítima sofreu são suficientes para ensejar reparação.

Surgiu, então, a teoria da responsabilidade objetiva, fundada no princípio da equidade. Por essa teoria, aquele que lucrasse com uma situação deveria responder pelas vantagens dela resultantes. Pela responsabilidade objetiva, a simples comprovação do dano e do nexo causal entre a atitude omissiva ou comissiva do ofensor e o dano experimentado pela vítima são suficientes para ensejar a reparação.<sup>16</sup>

A responsabilidade objetiva não foi formulada (naquele momento histórico) para ser uma regra geral, e nem tão pouco com as evoluções trazidas em seu conceito em algum momento se pretendeu que isso fosse tornado realidade. Sempre fora defendida sua adoção em hipóteses em que o princípio da responsabilidade sobre a culpa se tornasse insuficiente, de modo que os casos envolvendo a responsabilidade objetiva restam somente como exceções à responsabilidade subjetiva.<sup>17</sup>

O Direito moderno retoma por muitas vezes os conceitos trazidos da era romana, sem grandes modificações, como a definição de contrato presente no Código napoleônico. Porém, o Direito moderno atribui à vontade plena uma força que gera vínculo, aceitando-se também a impessoalidade da obrigação, como contrapontos diretos à era romana, o que produz uma distância enorme entre as duas definições. Em que pese alguns autores no passado defenderem que a obrigação seria uma relação que se estabelece entre o credor e o patrimônio do devedor, numa nítida repulsa à impessoalidade das obrigações, o que se constitui

---

<sup>15</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. Vol. IV. p.23.

<sup>16</sup> QUEIROGA, Antônio Elias de. **Responsabilidade civil e o novo código civil**. 3. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p.15.

<sup>17</sup> GOMES, Orlando. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p.87.

em um excesso, a obrigação surge entre pessoas e, como tal, atinge o patrimônio somente em seu cumprimento.<sup>18</sup>

Nesse sentido:

Desapareceu o rigoroso formalismo que impedia à vontade criar vínculos sem a observância de formas solenes ou determinadas; a princípios mais restritivos substituiu-se o novo, em virtude do qual é decisiva, para a nascerça da obrigação, a vontade, a vontade manifestada pelo modo vulgar e o simples consenso; também se modificou profundamente o outro princípio, sempre seguido escrupulosamente pelos romanos, segundo o qual a obrigação nunca tinha por efeito transmitir ou constituir direitos reais, pois pelo princípio moderno, que admite a aquisição dos direitos reais por simples consenso, há em muitas relações contratuais (como os contratos de alienação) uma combinação do efeito obrigatório com o efeito real e uma obliteração da distinção entre o título e o modo de aquisição. Mas, substancialmente, o conceito é ainda o romano.<sup>19</sup>

O Direito moderno inova sobre as concepções dominantes no passado, com modificações salutares nas ideias primordiais, embora nem tão profundas e nem tão extensas que possibilitem uma tomada de posição extremamente diversa.<sup>20</sup>

## 2.2 Responsabilidade Civil e seus Requisitos

Em termos gerais, pode-se afirmar que a responsabilidade civil se constitui sempre como uma obrigação de reparar danos, podendo tais danos atingir pessoa, patrimônio de outrem, interesses coletivos e/ou transindividuais. Divide-se na responsabilidade negocial, quando há a obrigação de reparar danos derivados de inadimplemento de obrigações negociais, e na responsabilidade civil em sentido estrito, que são as obrigações para reparar os danos resultantes da violação de deveres gerais pela pessoa e bens alheios.<sup>21</sup>

Em que pese alguns doutrinadores utilizarem dos termos responsabilidade contratual e extra-contratual, essa concepção terminológica enfrenta críticas, pois a responsabilidade negocial também abrange negócios jurídicos unilaterais.<sup>22</sup> Há

---

<sup>18</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: 1966. Vol II. p.16-17.

<sup>19</sup> RUGGIERO, Roberto. **Instituições de direito civil: direito das obrigações e direito hereditário**. 1. ed. Campinas: Bookseller, 1999. Vol. III. p.35.

<sup>20</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: 1966. Vol II. p.17.

<sup>21</sup> NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 4. ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2013. p.451-454.

<sup>22</sup> NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 4. ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2013. p.454-455.

doutrinadores que se posicionam contra a divisão da responsabilidade entre a contratual e a extra-contratual, pois se trata em ambos os casos de uma necessidade de reparar o dano que a conduta jurídica do obrigado causou ao patrimônio alheio, o que se constitui de condicionantes puramente históricos, independentemente de suas circunstâncias, o tratamento conferido pela lei para as duas situações é completamente diferente, e a teoria se torna irrisória na prática, uma vez que não poderá haver uma teoria unitária da responsabilidade, independente de sua origem.<sup>23</sup>

Quanto aos requisitos para o surgimento da responsabilidade civil, há controvérsias na doutrina brasileira. Fernando Noronha elenca alguns atributos: um fato gerador, que seria constituído em uma ação ou omissão humana, fato humano independente da vontade, ou fato da natureza, devendo ser antijurídico, que possa ser imputado a alguém, tanto por atuação culposa da pessoa quanto pelo decurso de uma atividade de seu interesse; um dano, que possa ser considerado como causado pelo ato ou fato praticado; e, por último, a antijuridicidade, i.e., que o dano esteja no âmbito de proteção de uma norma violada. O autor também faz a ressalva de que os requisitos da proteção do bem que sofreu o dano e o fato são menos importantes do que os outros três e que, portanto, a responsabilidade civil está primariamente assentada na tríade dano, nexos de imputação e nexos de causalidade.<sup>24</sup> Entretanto, muitos autores da doutrina civilista e administrativista brasileira consideram que a conduta humana deverá ser culposa no que tange à responsabilidade civil subjetiva (a ser estudada por mais detalhes no subcapítulo seguinte).<sup>25</sup>

Em países como a Espanha, por exemplo, fala-se na doutrina majoritária civilista ou penalista defendendo que de um delito ou falta não irá nascer uma responsabilidade ou obrigação, mas sim o dever de reparar o dano que ocorre em relação a determinado bem jurídico. A este conceito se dá o nome de reparação ex

---

<sup>23</sup> O autor cita as prescrições para ações relativas à contratos no código civil espanhol. (YÁGUEZ, Ricardo de Angel. **La responsabilidade civil**. Bilbao: Univerisas de Deusto, 1989. p.21-23).

<sup>24</sup> NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 4. ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2013. p.492.

<sup>25</sup> Ver a respeito: DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. Vol. 7; e STOCCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: Tomo I; Doutrina e Jurisprudência**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. Caio Mário da Silva Pereira traz a definição da responsabilidade subjetiva conforme o fundamento da culpa em seus manuais, mas conceitua a responsabilidade como a subordinação de um sujeito passivo à um dever de ressarcimento, independente do referido fundamento; conforme PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p.11.

*delicto*, ou derivada de delito.<sup>26</sup> No mesmo contexto espanhol, entretanto, também é possível achar autores que tratam da responsabilidade como a obrigação de indenizar ou reparar os prejuízos causados à outrem.<sup>27</sup> Porém, a conceituação terminológica envolvendo a discussão entre a reparação de danos e a responsabilidade civil é controversa, assentando-se na ideia de que há um grau de reprovabilidade na conceituação de responsabilidade, ao passo que a mesma não existe no conceito de reparação de danos. Desta feita, os elementos condicionantes da existência de uma reparação de danos são: o ato humano, o resultado danoso, e a relação de causalidade entre o ato e o dano.<sup>28-29</sup>

No Brasil também existe doutrina referente a um dever de reparar os danos em substituição à noção de responsabilidade, com um fundamento ético-jurídico dividido em múltiplos fatores de imputação objetivos, que são reconhecidos pelo Direito, atingindo qualquer pessoa que seja lesada, independentemente da presença de culpados. Aqui ocorreria a chamada “morte da culpa” no direito brasileiro, pois se extingue a formação do dever de reparar quando há o advento de evento alheio à conduta do causador do dano. Quando a codificação brasileira se refere à expressão “sem culpa”, na verdade diz “sem responsabilidade”, e desta maneira, a concepção da culpa torna-se inútil e defasada.<sup>30</sup> Entretanto, grande parte dos doutrinadores brasileiros ainda fala em uma responsabilidade civil com base na culpa, sendo o conceito da reparação de danos ainda novo em relação à doutrina administrativista e civilista brasileira, uma vez que além de muitos ainda preverem a culpa, também os que não a aceitam ainda utilizam da terminologia “responsabilidade civil”.<sup>31</sup> Por isso,

---

<sup>26</sup> Para la doctrina mayoritaria tanto civilista como penalista, del delito o falta no nace un tipo de responsabilidad, sino una obligación: la deuda de reparar el daño que causa el delito o falta, como exigencia de restablecimiento del orden jurídico perturbado. (MADRIGAL, Doris Aria Maria. Reflexiones teóricas y prácticas sobre la reparación del daño y la justicia restaurativa. **Justicia Restaurativa**, [2017?]. Disponível em: <<http://www.justiciarestaurativa.org/aroundla/costarica/reflexiones>>. Acesso em: 15 jan. 2017).

<sup>27</sup> YÁGUEZ, Ricardo de Angel. **La responsabilidad civil**. Bilbao: Univerisas de Deusto, 1989.

<sup>28</sup> GHERSI, Carlos A. **Teoría general de la reparación de daños**. Buenos Aires: Astrea. 1997. p.25.

<sup>29</sup> No sentido da inexistência da culpa como elemento formador da responsabilidade civil em sentido estrito; Os autores aqui referidos nos trazem o surgimento da responsabilidade civil com base em apenas três fundamentos; ação humana, nexa de causalidade e dano, tal qual a reparação de danos da doutrina argentina referida na nota de rodapé anterior, se diferenciando sutilmente dos pressupostos apresentados por Fernando Noronha. (GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005).

<sup>30</sup> CATALAN, Marcos. **A morte da culpa na responsabilidade contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.78-256.

<sup>31</sup> Já referidos os autores.

faz-se necessário corroborar o, em certa medida, ainda atual posicionamento de José de Aguiar Dias:

Jurista eminente, não querendo conformar-se ao fenômeno, estuda longamente o problema para concluir que a responsabilidade civil é só a que se funda na culpa, classificando como casos de obrigação de indenizar os de reparação não fundada na culpa. Isso nada define ou explica. Mais racional é sistematizar todos os casos sob o gênero reparação do dano, e seu nome, agrade ou não, é hoje responsabilidade civil.<sup>32</sup>

Sobre a discussão entre a existência ou não da culpa em uma responsabilidade civil subjetiva, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka traz a tese da responsabilidade pressuposta, onde haverá um mecanismo de reparação de danos cometidos às pessoas que o sofreram, mas que não estivesse atrelado à velha noção de culpa, mas sim a exposição ao risco se tornando uma representação além da mera identificação causal do dano reparável, com foco em uma imputação da responsabilidade sem culpa. Aqui existe um foco na reparação do dano causado pela insuficiência da culpa como critério para o dever de indenizar, o sistema de responsabilidade civil baseado na culpa, muitas vezes definido como retrógrado, acaba, muitas vezes, dificultando a própria situação relativa ao dano concretizado, que ficará sem ser reparado. Surge, então, a objetivação da responsabilidade, por meio da qual todo risco é garantido, com vistas a proteger a pessoa humana.<sup>33</sup>

Quanto aos critérios para a adoção de uma responsabilidade pressuposta, a autora apresenta:

- 1) este critério deve descrever a potencialidade perigosa das atividades que podem ensejar a responsabilização pelo viés da mise en danger;
- 2) não deve ser taxativo ou enumerativo, para não fechar as portas para futuros danos, ainda não conhecidos;
- 3) não deve ser tão elástico que acabe por suportar (ou por deixar entrar) variáveis que não se encaixem na verdadeira potencialidade perigosa de uma atividade;
- 4) estabelecido o nexo causal (dano x atividade perigosa), o executor da atividade é considerado o responsável pela reparação (tout court);
- 5) essa responsabilidade civil deve ter como finalidade exclusivamente a reparação da vítima, sem qualquer abertura à exoneração dos responsáveis, à face de provas liberatórias (assemelhadas às contra-provas, nas presunções juris tantum);
- 6) não deve admitir excludente de responsabilidade;

---

<sup>32</sup> DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p.14-15.

<sup>33</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernanda Novaes. Responsabilidade pressuposta: evolução de fundamentos e de paradigmas da responsabilidade civil na contemporaneidade. **Revista da faculdade de direito da UFG**, Goiás, v.31, n.1, 2007. Disponível em: <[www.revistas.ufg.br/revfd/article/download/12029/7983?journal=revfd](http://www.revistas.ufg.br/revfd/article/download/12029/7983?journal=revfd)>. Acesso em: 15 nov. 2016.

7) pode, eventualmente, admitir o regresso (ação de regresso), mas que se dará pelas provas que o demandado possa fazer nessa outra ação, e que demonstrariam a culpa de outrem, contra o qual regressaria.<sup>34</sup>

Este esquema clássico de responsabilidade civil que foi dominante durante séculos – da culpa como um pressuposto da responsabilidade civil subjetiva – é incongruente com a forma de quantificação do dano. Responsabilidade civil subjetiva torna-se insuficiente na reparação de danos, e para Carlos A. Gherzi, inclusive se trata de tão somente uma construção teórica nos dias atuais.<sup>35</sup> Já Caio Mário da Silva Pereira recorda da necessidade de se socorrer a vítima, o que se torna mais importante do que perquirir elementos de culpa.<sup>36</sup>

A teoria da culpa na responsabilidade sofreu abalos de ordem histórica, ideológica e lógica, de modo que a responsabilidade objetiva, fundada no risco, ao mesmo tempo em que apresenta um seguro obrigatório de reparação, introduz também a limitação quantitativa da indenização. O habitual é que a lei, quando obriga alguém a reparar um dano por meio do qual não tem culpa, estabeleça em favor deste alguns limites máximos de indenização. Dessa maneira, ao mesmo tempo em que se tutela, mesmo que de maneira moderada, o interesse dos cidadãos, de outro lado, evita-se que alguém comprometa seu patrimônio no momento de indenizar.<sup>37</sup>

Conforme sustenta Marcos Catalan<sup>38</sup>, a objetivação do dever de reparar está ligada ao processo de transformação da sociedade, iniciada no século XVIII, tendo como duas das principais causas o surgimento das necessidades contemporâneas e a primazia do ressarcimento em contraponto à busca tão somente da perquirição dos aspectos subjetivos na conduta de quem tenha causado o dano.

O fundamento será o da reparação, ao invés da expiação. O autor deixa expresso que nos tempos atuais consegue-se notar uma ausência de plausibilidade nas ideias dos autores que defendiam que a adoção da teoria do risco condenaria o

---

<sup>34</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernanda Novaes. Responsabilidade pressuposta: evolução de fundamentos e de paradigmas da responsabilidade civil na contemporaneidade. **Revista da faculdade de direito da UFG**, Goiás, v.31, n.1, 2007. Disponível em: <[www.revistas.ufg.br/revfd/article/download/12029/7983?journal=revfd](http://www.revistas.ufg.br/revfd/article/download/12029/7983?journal=revfd)>. Acesso em: 15 nov. 2016.

<sup>35</sup> GHERZI, Carlos A. **Teoría general de la reparación de daños**. Buenos Aires: Astrea. 1997. p.1-2.

<sup>36</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: contratos. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. Vol. III.

<sup>37</sup> YÁGUEZ, Ricardo de Angel. **La responsabilidade civil**. Bilbao: Univerisas de Deusto, 1989. p.36.

<sup>38</sup> CATALAN, Marcos. **A morte da culpa na responsabilidade contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.229.

homem à inércia, mas, ao invés disso, o fator objetivo presente no dever de reparar estimula a cooperação e a solidariedade:

O dever de reparar distanciou-se de suas raízes. Em vez de atuar como instrumento de proteção da propriedade e de promoção de (in)justiça comutativa, ao ser informado pelos influxos que emanam do Estado Democrático de Direito, funcionaliza-se em busca da cidadania e da justiça social.<sup>39</sup>

Também discute-se a antijuridicidade ou ilicitude como fundamental ou não para o surgimento da reparação de danos; em que pese alguns autores defenderem que pelo fato de existir responsabilidade civil em função de atos lícitos, e que no caso de atos lícitos, a presença de causas de justificação tornaria extinto eventual dever de reparação, e que, portanto, justificaria a antijuridicidade como ausente de uma listagem de pressupostos da responsabilidade civil, Carlos A. Calvo Costa rebate os mesmos ao auferir que, como esses exemplos são meras exceções, não pode-se concluir que não exista ato ilícito como fonte de responsabilidade civil, pois é a regra preponderante no ordenamento jurídico argentino e na grande maioria dos ordenamentos jurídicos do mundo.<sup>40</sup>

Ainda, a antijuridicidade enfrenta críticas também à uma possível falta de existência ontológica, prontamente rebatidos pelo mesmo autor:

[...] a antijuridicidade é ontologicamente necessária para que nasça a obrigação de reparar o dano causado, é assim devido pois tanto a licitude como a ilicitude são ontológicas para o Direito, uma vez que não existem atos indiferentes para o ordenamento jurídico que possam ser catalogados como '*extra iure*', neutros ou estranhos: muito pelo contrário, o direito os permite ou os reprova.<sup>41</sup>

Ainda, também a referência feita aos críticos de que é ausente a antijuridicidade nos casos em que o fator de imputação do dever de reparar é

<sup>39</sup> CATALAN, Marcos. **A morte da culpa na responsabilidade contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.234.

<sup>40</sup> COSTA, Carlos Alberto Calvo. La vigencia de la antijuridicidad en el actual derecho de daños. **Revista de responsabilidad civil y seguros: publicación mensual de doctrina, jurisprudencia y legislación**, ano 11, extra 1, p.89-96, 2009 Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2965923>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

<sup>41</sup> “[...] la antijuridicidad es ontológicamente necesaria para que nazca la obligación de reparar el daño ocasionado; ello así, debido a que tanto la licitud como la ilicitud son ontológicas para el derecho, puesto que no existen actos indiferentes para el ordenamiento jurídico que puedan catalogarse como '*extra iure*', neutros o extraños: por el contrario, el derecho los permite o los reprueba”. (COSTA, Carlos Alberto Calvo. La vigencia de la antijuridicidad en el actual derecho de daños. **Revista de responsabilidad civil y seguros: publicación mensual de doctrina, jurisprudencia y legislación**, ano 11, extra 1, p.89-96, 2009 Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2965923>>. Acesso em: 15 nov. 2016).

objetivo; não existindo um ato lícito que traz consequências ilícitas quando alguém traz prejuízos a outrem em virtude de uma atividade sua, mas somente podendo existir a consequência de um ato ilícito, que é reparar o dano; quando alguém assume o risco de alguma atividade, se esta resultar danosa, surge um critério de imputação para que o mesmo venha a ter um dever de reparar.<sup>42</sup>

A antijuridicidade, dividida anteriormente em ilicitude objetiva, i.e., aquela conduta ou atividade realizada em contraponto com o que expõe o ordenamento jurídico, e a ilicitude subjetiva, i.e., aquela conduta do indivíduo deve ser culpável para ser considerada ilícita, hoje significa toda a conduta, positiva ou omissiva, que ocasione a outrem um dano sem nenhuma justificativa excludente do dever de reparação.<sup>43</sup>

### 2.3 Elementos e Conceitos da Responsabilidade Civil: Obrigação, Dever Jurídico, Dolo e Culpa

Em que pese as inúmeras discussões sobre a culpa se constituir ou não em um pressuposto da responsabilidade civil, é necessário estudar seus elementos conceituais, além de outros conceitos adjacentes ao tema.

A violação de um dever jurídico vai gerar o ilícito, o que quase sempre irá acarretar um dano a outrem, gerando desta maneira a obrigação de reparar o dano. Podemos diferenciar entre o dever jurídico originário, ou primário, cuja violação irá gerar um dever jurídico sucessivo, ou secundário, que é o de indenizar o prejuízo:

Tem-se, aí, um dever jurídico originário, correspondente a um direito absoluto. Para aquele que descumprir esse dever surgirá um outro dever jurídico: o da reparação do dano. É aqui que entra a noção de responsabilidade civil. Em seu sentido etimológico, responsabilidade exprime a ideia de obrigação, encargo, contraprestação. Em sentido jurídico, o vocábulo não foge dessa ideia. A essência da responsabilidade

---

<sup>42</sup> “Creemos importante destacar que aún cuando es lícito poner un riesgo en acción, si a consecuencia de ello se ocasiona un daño a otro aquél riesgo -en principio intrascendente o irrelevante- constituirá un criterio de imputación para cargar la responsabilidad sobre las espaldas del dañante, y recién en ese momento conformará la fattispecie (supuesto jurídico) del acto ilícito”. (COSTA, Carlos Alberto Calvo. La vigencia de la antijuridicidad en el actual derecho de daños. **Revista de responsabilidad civil y seguros: publicación mensual de doctrina, jurisprudencia y legislación**, ano 11, extra 1, p.89-96, 2009 Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2965923>>. Acesso em: 15 nov. 2016).

<sup>43</sup> COSTA, Carlos Alberto Calvo. La vigencia de la antijuridicidad en el actual derecho de daños. **Revista de responsabilidad civil y seguros: publicación mensual de doctrina, jurisprudencia y legislación**, ano 11, extra 1, p.89-96, 2009 Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2965923>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

está ligada à noção de desvio de conduta, ou seja, ela foi engendrada para alcançar as condutas danosas ao direito e danosas a outrem. Designa o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de um dever jurídico originário.<sup>44</sup>

A obrigação é a relação jurídica que nas situações que envolvem duas ou mais pessoas, atribui a umas e a outras poderes e deveres juridicamente exigíveis, para a realização de determinadas finalidades.<sup>45</sup> A obrigação é sempre um dever jurídico originário; responsabilidade, por outro lado, um dever jurídico sucessivo, conseqüente à violação do primeiro. Se alguém está se comprometendo a prestar serviços profissionais a outrem, está assumindo uma obrigação, um dever jurídico originário. Logo, a responsabilidade surgirá se esta pessoa não cumprir o dever jurídico originário. Em toda a obrigação vai haver a ocorrência de um dever jurídico originário, enquanto que na responsabilidade há um dever jurídico sucessivo. E se não houver a violação de um dever jurídico preexistente, não há de se falar em responsabilidade, que é um dever sucessivo, decorrente daquele.<sup>46</sup>

Já a teoria do abuso do direito foi incorporada em diferentes momentos históricos, como pelos códigos civis alemão, argentino e uruguaio. É um conceito tido por muitos autores como o uso abusivo do direito, sendo aquele que tem a intenção de causar dano; em princípio aquele que usa um direito não danifica a nada, porém, se este uso for intencionalmente dirigido e calculado com o fim de prejudicar outrem, deverá também nascer aqui a responsabilidade.<sup>47</sup> Em que pese uma evolução jurisprudencial na qual se discutiu e até hoje se discute a possibilidade de atribuição de responsabilidade em atos garantidos por lei,<sup>48</sup> já em 1914 haviam refutações à dita teoria no sentido de não ser possível existir um ato que seja juridicamente válido e ao mesmo tempo abusivo, pois o ato abusivo em si, já seria contra o direito.<sup>49</sup>

---

<sup>44</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p.14.

<sup>45</sup> NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 4. ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2013. p.29.

<sup>46</sup> NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 4. ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2013. p.14-15.

<sup>47</sup> AMEZAGA, Juan José. **Culpa aquiliana**: lecciones del curso de derecho civil. Montevideo: Escuela Nacional de Artes y Oficios, 1914. p.25-28.

<sup>48</sup> MÚGICA, Santiago Cavanillas. **La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia**. Pamplona: Aranzadi, 1987. p.48-50.

<sup>49</sup> Autor referido cita Planiol como um dos principais opositores à teoria do Abuso de Direito. (AMEZAGA, Juan José. **Culpa aquiliana**: lecciones del curso de derecho civil. Montevideo: Escuela Nacional de Artes y Oficios, 1914. p.25-28).

Já o dolo é uma vontade dirigida a um fim ilícito, um comportamento consciente e voltado à realização de um resultado antijurídico, existe aqui a previsão do resultado. Se diferencia da culpa, fundamento da doutrina subjetiva, que se constitui em sentido estrito como o comportamento equivocado da pessoa, despida da intenção de lesar ou violar direito, mas da qual poderia ser exigido um comportamento diverso, já que um erro inescusável ou sem justificativa plausível é evitável para o dito homem médio. Se estivermos tratando de erro escusável e plenamente justificável pelas circunstâncias, não devemos falar em culpa *stricto sensu*. Também vale fazer menção aos conceitos de delito e quase-delito (*il delitto* e *il quasi delitto*), que foram os termos utilizados no Direito Romano, mediante os quais o delito se constitui quando uma pessoa com dolo ou maldade causa dano à alguém, e o quase-delito, quando alguma pessoa, sem maldade, mas com uma imprudência que não seja escusável, causa dano à outra pessoa.<sup>50</sup>

A culpa pode ser resultante de ação ou omissão, e ser revelada mediante: (1) a imprudência, que se constitui em um comportamento açodado, precipitado, exagerado ou excessivo, (2) a negligência, quando o agente se omite, deixando de agir quando deveria, e deixa de observar as regras administradas pelo bom senso, que recomendam cuidado, atenção e zelo, e (3) a imperícia, que é a atuação profissional sem o necessário conhecimento técnico ou científico que desqualifica o resultado e conduz ao dano.<sup>51</sup> Como modelo abstrato de comportamento pelo qual se estabelece um parâmetro “médio” para as condutas, é empregado tradicionalmente nos sistemas da *civil law*, o *bonus pater familias*, que se entende como o homem médio, padrão, indivíduo prudente, pois extremamente importante para verificar se existiu ou não erro de conduta, saber qual comportamento é o normal e corrente em um homem médio.<sup>52</sup>

As noções compreendidas entre estes termos são amplas, e muitas vezes se misturam e trazem controvérsias. A negligência vai trazer tonalidades de imprevisão, enquanto que a imperícia e a negligência vão se confundir em muitos pontos, como, por exemplo, o incapaz de dirigir é insensato na observância dos requisitos que deve

---

<sup>50</sup> CONSOLO, Giovanni Cesareo. **Tratatto sul risarcimento del danno in materia di delitti e quasi delitti**. seconda edizione. Torino: Unione Tipografico Editrice Torinese, 1914. p.4.

<sup>51</sup> CONSOLO, Giovanni Cesareo. **Tratatto sul risarcimento del danno in materia di delitti e quasi delitti**. seconda edizione. Torino: Unione Tipografico Editrice Torinese, 1914. p.179-180.

<sup>52</sup> SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. São Paulo: Atlas, 2009. p.35.

seguir no exercício da função.<sup>53</sup> Visto estes conceitos, nota-se que em virtude da legislação brasileira, aos autores que aceitam a responsabilidade civil fundamentada na culpa têm a tendência em aceitar a mesma como regra no ordenamento jurídico brasileiro, em virtude do artigo 186 do Código Civil, em contraponto à responsabilidade objetiva, sem culpa.<sup>54</sup>

Marcos Catalan aponta três problemas em relação ao Código Civil em vigor no Brasil e a culpa:

O primeiro deles percebe-se no equívoco no tratamento dado por parte substancial da doutrina à culpa – essa palavra que as vezes parece surgir de um ‘vínculo mágico’ que ata lei e ciência e que cativa mais do que ‘a voz digna da majestade’- erro comprovado na demonstrada confusão promovida entre a noção daquela e a de inadimplemento. [...] A lógica que informa a dogmática codificada exige a culpa na configuração do dever de reparar os danos contratuais, premissa incorreta diante da existência de situações que, em nenhum momento da História, a exigiram na atribuição do aludido dever. A culpa, como provado, não é pressuposto da responsabilidade contratual. [...] Mais grave é o fato da doutrina brasileira - repetindo o pensamento clássico europeu- tratar o fortuito como limite da culpa, quando, em verdade, essas duas figuras são como retas paralelas.<sup>55</sup>

Realizadas as considerações sobre os referidos institutos que formam a responsabilidade civil, nota-se que em contraponto à grande parte da doutrina, a culpa não é um elemento fundamental nos pressupostos da responsabilidade civil, pois anacrônica, sua noção se encontra em crise dentro do conceito aqui referido. Entretanto, em que pese as modernas definições de reparação de danos e sua distinção terminológica com a responsabilidade civil, este ainda será o termo utilizado na presente pesquisa, sendo fundamental para um entendimento completo que seja analisada a situação da responsabilidade do Estado de acordo com as teorias da culpa no direito brasileiro. Trata-se do termo mais utilizado por doutrinadores no Brasil, partidários ou não do fundamento de culpa, sendo este fundamento ainda previsto na legislação, mesmo na atual.<sup>56</sup> Fundamental também

---

<sup>53</sup> RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p.4.

<sup>54</sup> Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. (BRASIL. **Lei nº 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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em: 22 out. 2016).

<sup>55</sup> CATALAN, Marcos. **A morte da culpa na responsabilidade contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.229.

<sup>56</sup> A Lei 13.286 de 2016 altera o artigo 22 da lei 8.935 de 1994. Existia uma controvérsia entre qual a hipótese de responsabilidade civil aplicada aos notários, e a referida e recente lei insere os conceitos de culpa e dolo na concepção do artigo alterado, mesmo em tempos de crise no conceito da responsabilidade civil com fundamento na culpa, o que nos demonstra que mesmo em 2016, a legislação brasileira ainda aponta para a responsabilidade civil com fundamento na culpa.

se faz o estudo do nexu causal, que adquire contornos muito mais incisivos com esse afastamento do elemento da culpa no dever de reparar os danos. Assim, de tal passo, as excludentes de responsabilidade outrora vinculadas à negação da culpa na atividade do indivíduo que perpetrou o dano, passam a ser relacionadas com os critérios de imputação e causalidade.

## 2.4 A Responsabilidade em Meio às Teorias da Culpa

Discute-se na Argentina, um país no qual a noção do direito de danos é muito proeminente em contraponto à noção de responsabilidade civil, que os princípios que estudam a responsabilidade civil do Estado (objetiva) não tem nenhuma relação com a responsabilidade civil que trata dos danos aos particulares. Porém, Alda Kemelmajer de Carlucci é veemente contra a distinção, acreditando não haver diferenças entre o dano que sofre alguém em uma clínica médica particular e aquele ocorrido em um hospital do Estado, não havendo porque o Estado responder de uma maneira diferente.<sup>57</sup> Mesmo assim, faz-se a ressalva de que a responsabilidade estatal será estudada em capítulo posterior. Neste capítulo estuda-se esta nova responsabilidade civil, com o afastamento da culpa.

A responsabilidade subjetiva tradicional do ordenamento jurídico brasileiro e de tantos outros códigos de Direito Civil ocidentais, é fundada na teoria da culpa, como visto anteriormente, ao passo que a responsabilidade objetiva, ou a responsabilidade com afastamento da culpa, como é o caso da concepção moderna de responsabilidade civil que vem se formando, é fundada no risco.

Entretanto, também não podemos referir o risco como o único critério de imputação da responsabilidade objetiva ou com afastamento da culpa, e logo, também se faz necessário estudar o dano causado:

A culpa e o dolo são os critérios subjetivos de imputação. O risco é o critério objetivo de imputação que impera a nível mundial. A garantia, a equidade, a igualdade, a solidariedade, a convivência, e todos os outros critérios de imputação da responsabilidade estatal são critérios de imputação da responsabilidade objetiva, porém, de menor aplicação que o risco. Desta maneira, a culpa não se constitui mais como o fundamento para a responsabilidade civil extra-contratual, mas sim como um critério mais

---

<sup>57</sup> CARLUCCI, Alda Kemelmajer de. Los dilemas de la responsabilidad civil. **Revista Chilena de derecho**, Chile. Vol. 28, nº 4, p.671-679, mayo 2001. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2650297.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

voltado para a imputação da responsabilidade subjetiva. Com o moderno direito de danos, o fundamento da responsabilidade civil está no dano.<sup>58</sup>

Não são conceitos mutuamente excludentes aqueles da responsabilidade fundada na culpa e da responsabilidade fundada no risco,<sup>59</sup> não só pela natureza dos institutos, notando-se que, por exemplo, comparativamente, a jurisprudência espanhola fala na imputação do risco como critério somente de uma responsabilidade afastada da culpa, porém, tal regra traz algumas exceções, que em que pese o afastamento da culpa, a mesma ainda deve ser estudada para um aprofundamento sobre os institutos. Fala-se inclusive no risco como um elemento central da responsabilidade civil subjetiva tradicional.<sup>60</sup> O primeiro caso excepcional são as atividades intrinsecamente perigosas, das quais o exemplo mais comum é a condução de um veículo, uma atividade que ao mesmo tempo em que se constitui como geradora de risco, porém, o critério para a imputação se funda em uma responsabilidade subjetiva ante os códigos espanhóis. Também há o caso da desigualdade das partes no mesmo risco, fundamentalmente baseado nas relações de emprego, onde o empregador responde pelo risco assumido na atividade realizada pelo empregado. Ainda, podemos falar também na proteção de bens especialmente vulneráveis (como o meio ambiente), e as atividades empresariais, onde o Código Civil espanhol prevê a possibilidade de que o empregador responda pelos delitos de empregados que estejam sob suas ordens.<sup>61</sup>

---

<sup>58</sup> La culpa y el dolo son criterios subjetivos de imputación. El riesgo es el criterio objetivo de imputación que impera a nivel mundial. La garantía, la equidad, la igualdad, la solidaridad, la convivencia y todos los criterios objetivos de imputación de la responsabilidad estatal, son otros criterios objetivos de imputación, pero de menor aplicación que el riesgo. De esta manera, la culpa no es el fundamento de la responsabilidad civil extracontractual, sino que es un criterio más de imputación, de tipo subjetivo. Con el moderno derecho de daños, el fundamento de la responsabilidad civil está en el daño. (GARCIA, Saul Uribe. La responsabilidad por riesgo. **Revista Ratio Iuris**, Medellín, n° 1, [2016?]. Disponível em: <<http://www.juecesyfiscales.org/descargas/riesgo.zip?ml=S&>>. Acesso em: 15 set. 2016).

<sup>59</sup> Mutuamente excludentes referido aqui tão somente como não sendo correto se fundar a imputação da responsabilidade subjetiva na teoria do risco, e, por obvio, o mesmo se estabelece quanto à responsabilidade objetiva e a culpa.

<sup>60</sup> O autor refere que isso se dá por todas as hipóteses nas quais o agente não consegue controlar todas as consequências de sua conduta. (ROSENKRANTZ, Carlos F. El riesgo y la responsabilidad extracontractual: algunas consideraciones filosóficas, jurídicas y económicas acerca de una difícil relación. **Revista Jurídica de la Universidad de Palermo**, [2017?]. Disponível em: <[http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista\\_juridica/n3N2-October1998/032Juridica02.pdf](http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n3N2-October1998/032Juridica02.pdf)>. Acesso em: 15 set. 2016).

<sup>61</sup> TRIAS, Encarna Roca. El riesgo como criterio de imputación subjetiva del daño en la jurisprudencia del tribunal Supremo Español. **Revista Para el Análisis Del Derecho**, Barcelona, Octubre, 2009. Disponível em: <[www.indret.com/pdf/688\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/688_es.pdf)>. Acesso em: 15 set. 2016.

### 2.4.1 A Noção de Dano

Bruno Leonardo Camará Carrá nos traz uma breve explicação quanto à noção atual do dano em um contraponto à sua evolução histórica:

Mas há algo que não se pode mudar: a responsabilidade civil vocacionou-se ao longo de séculos para a repreensão do dano e não para sua prevenção direta. Nisso nada há de menor ou impróprio. Voltada para o patrimônio do ofensor e não para sua pessoa, ou seu atuar em sentido próprio, ela permite um equilíbrio flexível, diferentemente da esfera penal, entre o exercício pleno das liberdades individuais e a proteção dos interesses tutelados. A História do Direito fornece os elementos iniciais para a refutação da responsabilidade civil sem dano. É que o que se defende como novo, na realidade, constitui passado longínquo. Nas primeiras formas de responsabilidade historicamente referidas, de fato, o dano não era propriamente um pressuposto. Era o ilícito, ou seja, o ato humano que definia a responsabilidade. Com o tempo, entretanto, eles foram perdendo sua função penal e deram lugar à idéia de reparação que, obviamente, exigia a existência de um dano.<sup>62</sup>

Fator que também envolve a evolução referida na presente pesquisa é a mudança de foco entre quem realizou os atos danosos e o dever de reparar a vítima que sofreu os mesmos, constituindo-se a base para uma mudança de paradigma da antiga responsabilidade civil rumo à moderna noção da reparação de danos.<sup>63</sup>

Será realizada a análise da conceituação dos tipos de dano, da forma proposta por Carlos Alberto Ghersi, importante autor no âmbito da reparação de danos do Direito Civil argentino, e para isso também deve ser realizado o estudo de alguns tipos de danos envoltos na responsabilidade civil contratual, que não se constituem no tema específico da presente dissertação.

O dano deve ser certo, inerente à pessoa que propõe a ação, e que resulte uma lesão a algum direito subjetivo, sendo agrupado em dois grandes grupos de acordo com a doutrina da reparação de danos argentina. O primeiro grupo envolve os chamados danos patrimoniais, dentre os quais o primeiro se refere aos danos econômicos à uma pessoa em sua capacidade laborativa, tomando como base uma capacidade potencial fundada no nível de instrução, educação e outros atributos que possam definir a concessão de danos emergentes e lucros cessantes. Há também

---

<sup>62</sup> CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. É possível uma responsabilidade civil sem dano?. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 18 abr. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-abr-18/direito-civil-atual-possivel-responsabilidade-civil-dano>>. Acesso em: 15 set. 2016.

<sup>63</sup> RENNERT, Rafael Henrique. Notas sobre o conceito de dano na responsabilidade civil. **Revista Legis Augustus**, v. 3, n. 2, p. 92-150, jul./dez. 2012. Disponível em: <[apl.unisuam.edu.br/revistas/index.php/legisagustus/article/view/284](http://apl.unisuam.edu.br/revistas/index.php/legisagustus/article/view/284)>. Acesso em: 15 set. 2016.

os danos que podem advir de relações econômicas como os contratos, e os causados ao patrimônio de alguém que foi formado pela acumulação privada. O dano econômico pode se classificar entre os danos emergentes e os lucros cessantes, aquele como a perda de valores acumulados, e o lucro cessante como a possibilidade econômica de ganhos, ou ainda, a perda de chance, que se constitui em uma probabilidade mensurável; entre os danos diretos, que envolvem um interesse econômico do próprio, ou indireto, em que interesses em conexão com os de outros sujeitos ofendem seus direitos econômicos, e os danos de interesse negativo, advindos durante o processo de formação contratual, ou interesse positivo, pela privação de bens e serviços pela frustração de um contrato.<sup>64</sup>

A segunda categoria são os chamados danos extra-econômicos à pessoa humana; o dano moral, lesão aos sentimentos e que tem caráter eminentemente reparatório, dano psíquico, que de maneira diferente do dano moral, causa uma alteração da personalidade expressada por meio de sintomas, inibições, depressões, bloqueios, entre outras formas de manifestação que permitem uma valoração do grau da injúria, dano biológico, como o dano à estrutura funcional-física do ser humano, os danos à estética, pois todos têm direito ao resguardo de sua aparência física, e o dano espiritual, como sendo aquele que afeta ao núcleo existencial do ser humano, a imagem que tem de si mesmo.<sup>65</sup>

Existem críticas na doutrina argentina pelas classificações envolvendo o dano, pois à vítima pouco interessa quais as inúmeras formas existentes de se qualificar o mesmo, mas tão somente a mesma deseja que seja reparada de maneira integral, justa, equilibrada e equitativa. Porém, não podendo ser rechaçada a importância relativa das mesmas, a classificação das particularidades do dano tem sua utilidade, mesmo para o autor aqui referido, que assume que o juiz não poderá deixar de dar procedência a uma reparação de danos pelo fato de simplesmente não se enquadrar em alguma classificação proposta.<sup>66</sup>

---

<sup>64</sup> GHERSI, Carlos A. **Teoría general de la reparación de daños**. Buenos Aires: Astrea. 1997. p.63 - 67.

<sup>65</sup> GHERSI, Carlos A. **Teoría general de la reparación de daños**. Buenos Aires: Astrea. 1997. p. 67-75.

<sup>66</sup> FRUGOLI, Martin A. Daño: conceptos, clasificaciones y autonomias. El Punto unánimemente coincidente. **Resarcimiento. Derecho y Cambio Social**, [2016?]. Disponível em: <[http://www.derechoycambiosocial.com/revista023/Dano\\_conceptos\\_clasificaciones\\_autonom%C3%ADas.pdf](http://www.derechoycambiosocial.com/revista023/Dano_conceptos_clasificaciones_autonom%C3%ADas.pdf)>. Acesso em: 15 set. 2016.

## 2.4.2 As Teorias do Risco

A doutrina da Espanha muitas vezes refere a responsabilidade objetiva como um sinônimo da responsabilidade baseada no risco, como a geração da responsabilidade civil pela simples causação de danos. Aos partidários da ideia do risco, associa-se a ideia de que aquele que responde criou um risco ou potencializou as chances do mesmo ocorrer e, portanto, quando o risco se concretiza, deverá responder, ao passo que a ideia da responsabilidade objetiva será definida expressamente em um conceito adjacente à teoria da culpa, quando a simples ocorrência material de danos estiver acompanhada de negligência de quem os causou.<sup>67</sup> Luiz Diez-Picaso Ponce de Leon propõe a diferenciação entre a responsabilidade por culpa, a responsabilidade com inversão do ônus da prova da culpa, e a responsabilidade por risco, trazendo também a ideia da mesma como uma expressão sinônima à responsabilidade objetiva.<sup>68</sup>

O conceito de risco dentro da responsabilidade civil (ou reparação de danos) envolve a ideia da eventual possibilidade de que um dano possa ocorrer, ou, em termos muito mais resumidos, a contingência de dano. O autor Maximiliano A. Aramburo Calle conceitua o risco nesses termos, mas faz a menção de que esta definição é trazida como uma necessidade, visto que há uma ausência de conceituações quanto ao que seria em si o risco, devido muito em parte à uma resistência de se ver no ordenamento jurídico colombiano o mesmo como fator primário da imputação em um número ilimitado de fatos ensejadores de uma responsabilidade civil, o que analogamente pode ser notado também no Direito Brasileiro.<sup>69</sup>

Os tipos de risco envolvem: o risco criado, que traz proveitos ou benefícios para quem o cria; o risco profissional, decorrente do desempenho de forma

---

<sup>67</sup> CODERCH, Pablo Salvador; GARCÍA, Juan Antonio Ruiz. **Riesgo, responsabilidad objetiva e negligencia**. Barcelona, Universitat Pompeu Fabra, 2002. Disponível em: <[http://www.indret.com/pdf/085\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/085_es.pdf)>. Acesso em: 15 set. 2016.

<sup>68</sup> A responsabilidade com inversão do ônus da prova da culpa se aplica nos casos em que a prova se torna especialmente complexa para o prejudicado, necessitando ser realizada pelo demandado. (LEON, Luis Diez-Picaso Ponce de. Culpa y riesgo en la responsabilidad civil extra-contractual. **AFDUAM 4**, Universidad Autónoma de Madrid, pp. 153-166, 2000. Disponível em: <<https://www.uam.es/otros/afduam/pdf/4/culpa%20y%20riesgo%20en%20la%20responsabilidad%20civil.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2016).

<sup>69</sup> CALLE, Maximiliano A. Aramburo. Responsabilidad civil y riesgo en Colombia: apuntes para el desarrollo de la teoría del riesgo en el siglo XXI. **Revista Facultad de Derecho Y Ciencias políticas**, Colombia, vol. 38, n. 108, p. 15-51, 2008. Disponível em: <<http://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/view/601/539>>. Acesso em: 15 set. 2016.

profissional de atividades que venham a trazer riscos para terceiros<sup>70</sup>; e ainda, o risco geral da vida, também conceituado como o risco permitido, por meio do qual nota-se que há riscos aos quais todos estão expostos, e que a não tolerância dos mesmos causa a inviabilidade da vida cotidiana. Já o risco excepcional é aquele conceituado como o risco que excede o risco geral da vida, sendo um dos mais comuns requisitos para a fundamentação quanto a responsabilidade civil da Administração Pública.

Existem também o risco aéreo, em que as companhias de aviação assumem o risco do transporte, não sendo exoneradas em caso de força maior, e o risco assumido, onde alguém aceita os riscos inerentes à determinada atividade e voluntariamente se expõe à ela; o risco de desenvolvimento, pelos danos causados por produtos colocados em circulação para venda; o risco social, onde o autor é desconhecido, mas o Estado, por razões de solidariedade e igualdade assume em todo ou em parte a reparação do dano; risco previsto, onde se tem a previsão de determinados riscos em uma atividade e o conseqüente aceite ou recusa.<sup>71</sup>

As regras de responsabilidade civil estão voltadas para a indenização dos custos que eventual acidente causará a terceiros; e apesar de existir posicionamentos no sentido de que a responsabilidade por risco não se aplica às externalidades referentes ao consumo, as mesmas devem ser aplicadas tanto no que diz respeito ao aspecto da produção quanto ao que diz respeito aos elementos do consumo. Em um caso jurisprudencial citado pelo autor aqui referido, um jovem, praticante de *rafting* morreu durante a prática do mesmo, tendo como demandadas o monitor que dirigia a atividade, a entidade realizadora

---

<sup>70</sup> O autor refere também à uma vasta jurisprudência colombiana quanto à responsabilidade do banco por cheques adulterados, ou também pelos danos causados em função do exercício da medicina. (CALLE, Maximiliano A. Aramburo. Responsabilidad civil y riesgo en Colombia: apuntes para el desarrollo de la teoría del riesgo en el siglo XXI. **Revista Facultad de Derecho Y Ciencias políticas**, Colombia, vol. 38, n. 108, p. 15-51, 2008. Disponível em: <<https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/view/601/539>>. Acesso em: 15 set. 2016).

<sup>71</sup> También se habla de riesgo aceptado en el ejercicio de la medicina y profesiones afines. Se tiene aceptado a nivel mundial que el paciente antes de ser sometido a un acto quirúrgico tiene el derecho a ser informado y manifestar su asentimiento, salvo contadas excepciones, acerca de los riesgos previsibles que puedan generar daños. En estas circunstancias se dice que el paciente acepta los riesgos previstos y en el caso de producirse un daño, el profesional queda exonerado de responsabilidad civil y penal. Pero el hecho de que el paciente acepte el riesgo previsto no significa que el profesional de la medicina quede exonerado también de responsabilidad si el daño se ha producido por su culpa o dolo, aunque se trate de riesgos previstos. (GARCIA, Saul Uribe. La responsabilidad por riesgo. **Revista Ratio Iuris**, Medellín, n° 1, [2016?]. Disponível em: <<http://www.juecesyfiscales.org/descargas/riesgo.zip?ml=S&>>. Acesso em: 15 set. 2016).

do esporte e também a companhia que efetuou as medidas relativas à segurança do evento. O risco assumido é permitido, entendendo-se que a sociedade vê mais benefícios do que malefícios na prática dessa atividade; não fazendo diferença por exemplo, se a associação cultural desportiva referida tem ou não ânimo de lucro.<sup>72</sup>

Quanto aos prós e contras da responsabilidade fundada no risco, necessário fazer o estudo de seis pontos fundamentais, com seus aspectos positivos e as críticas que lhes acometem. A equidade se constitui num dos mais fundamentais aspectos entre os defensores do risco, sendo equitativo que as consequências danosas recaiam sobre o autor do dano e não sobre a vítima que apenas exerceu um papel passivo, sendo tecidas diversas críticas nesse aspecto pela “injustiça social” que se constituiria em responsabilizar alguém que não agiu com imprudência, negligência ou imperícia.

Há um aspecto moral no risco, que vai expor que não pode-se deixar desamparado um trabalhador de obras que não consiga provar a culpa que seu empregador teve e por isso mesmo os críticos do risco enxergam este aspecto em consenso com os defensores. Quanto à uma impossibilidade de noções precisas quanto ao risco, seus defensores argumentam que a mesma subsiste mesmo com o vasto material doutrinário e jurisprudencial também nas definições de culpa e dolo, sendo um problema tanto da teoria do risco quanto da teoria da culpa. O quarto e o quinto aspectos dizem respeito a: a) primeiramente, para se qualificar algo como risco, vamos ter que referir à um risco acima da média, e b) admitir a teoria do risco se constituiria em criar um infinito número de possibilidades de risco que de certa conduta seriam possíveis de “engessar a conduta do homem.”<sup>73</sup> Já quanto ao sexto ponto:

Admitir a teoria do risco seria retroceder à época primitiva, aos tempos bárbaros da Lei Áquila, onde tão somente se analisava a materialidade, o feito em si, e a mera causalidade sem considerar a conduta do causador do dano. [...] A responsabilidade por risco não atende unicamente a materialidade ou ao fato em si mesmo, pois desde o ponto de vista processual o demandado conta com os meios de defesa adequados, exonerando-se da responsabilidade se demonstrado alguma causa

---

<sup>72</sup> CODERCH, Pablo Salvador; GARCÍA, Juan Antonio Ruiz. **Riesgo, responsabilidad objetiva e negligencia**. Barcelona, Universitat Pompeu Fabra, 2002. Disponível em: <[http://www.indret.com/pdf/085\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/085_es.pdf)>. Acesso em: 15 set. 2016.

<sup>73</sup> GARCIA, Saul Uribe. La responsabilidad por riesgo. **Revista Ratio Iuris**, Medellín, n° 1, [2016?]. Disponível em: <<http://www.juecesyfiscales.org/descargas/riesgo.zip?ml=S&>>. Acesso em: 15 set. 2016.

estranha (caso fortuito, fato exclusivo de terceiro ou culpa exclusiva da vítima).<sup>74</sup>

Quanto aos motivos que levam a justificar a ideia de uma responsabilidade sem culpa, e fundada no risco, ou o porquê de alguém dever assumir o risco de não contar com a sorte como o autor se refere, há os princípios da igualdade e da solidariedade, onde são aplicados pela evidência de inúmeros danos que não podem ser explicados por um comportamento culposos da vítima, e nem por uma conduta culposa do agente. Outro fundamento é toda a questão estudada no item anterior quanto ao afastamento da culpa, e que aqui também é referida, com as adicionais ressalvas de que as noções de dolo e culpa sendo obsoletas, e a responsabilidade civil subjetiva de outrora não cumpria de maneira adequada nem a sua função de prevenção, e tão pouco a de reparar os danos causados às vítimas.<sup>75</sup> Veja-se também que a complexidade das relações sociais atuais, segundo afirma Daniel Peña Valenzuela, introduz inovações tecnológicas que não mais permitem a culpa como único elemento da responsabilidade civil, visto que muitas condutas possuem fontes geradoras objetivas.<sup>76</sup>

#### 2.4.3 A Definição do Nexo Causal

O dano pode atingir a universalidade de bens existentes, como o patrimônio material ou econômico da pessoa física ou jurídica, seus valores espirituais, honra, fama, intimidade, entre outros vários bens de ordem física ou imaterial que são importantes e necessários para a normalidade da vida. Este acervo de bens e

<sup>74</sup> Admitir la teoría del riesgo sería retroceder a la época primitiva, a los tiempos bárbaros de la ley Aquilia, donde únicamente se atendía a la materialidad, al hecho en sí y la mera causalidad sin considerar la conducta del causante del daño [...] La responsabilidad por riesgo no atiende únicamente a la materialidad o al hecho en sí mismo porque desde el punto de vista procesal el demandado cuenta con los medios de defensa adecuados, esto es, se exonera si demuestra causa extraña ( Fuerza mayor o caso fortuito, hecho exclusivo de la víctima o hecho exclusivo de tercero ). ocurrido el daño, el causante del mismo puede destruir el nexo de causalidad probando causa extraña, porque si fuera como lo plantean los detractores del riesgo, ni la causa extraña liberaría de responsabilidad. (GARCIA, Saul Uribe. La responsabilidad por riesgo. **Revista Ratio Iuris**, Medellín, n° 1, [2016?]. Disponível em: <<http://www.juecesyfiscales.org/descargas/riesgo.zip?ml=S&>>. Acesso em: 15 set. 2016).

<sup>75</sup> CALLE, Maximiliano A. Aramburo. Responsabilidad civil y riesgo en Colombia: apuntes para el desarrollo de la teoría del riesgo en el siglo XXI. **Revista Facultad de Derecho Y Ciencias Políticas**, Colombia, vol. 38, n. 108, p. 15-51, 2008. Disponível em: <<https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/view/601/539>>. Acesso em: 15 set. 2016.

<sup>76</sup> VALENZUELA, Daniel Peña. Riesgo, daño y responsabilidad jurídica en la era digital. **Derecho Penal y Criminología**, Vol. 28, N° 84, p.77-10, 2007. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3311848.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2016.

valores deve ser protegido pelo ordenamento jurídico, de maneira que sua violação ou ofensa vai importar em infringir a lei, ou em atentar contra o Estado de Direito, e o infrator vai estar sujeito às cominações decorrentes. Para que isso possa ocorrer, torna-se necessária a verificação de uma relação, ou liame, entre o dano e o causador, que vai tornar possível uma imputação ao indivíduo. Só assim, então, estará constatada a responsabilidade civil. Este liame entre o dano e o causador é chamado de nexa causal.<sup>77</sup>

O nexa causal cumpre basicamente duas funções principais: a primeira consiste em imputar o fato danoso ao seu autor (individualização do responsável), conhecida na doutrina italiana como causalidade material, e outra que determina o conteúdo da obrigação ressarcitória, e que é conhecida como causalidade jurídica. Sendo estas duas funções claríssimas no sentido de diferenciar a causalidade da imputação, noções muitas vezes confundidas.<sup>78</sup>

Porém, muitas vezes podem ocorrer uma das causas que excluem o nexa causal, fazendo então com que também seja excluída a responsabilidade civil na indenização, hipóteses calcadas na imprevisibilidade e inevitabilidade ou na própria conduta da vítima. Logo, quando a vítima age de forma comissiva ou omissiva e contribui de maneira incisiva o suficiente para que o dano ocorra da maneira que ocorreu, se estará diante do fato concorrente ou exclusivo da vítima. No caso de fato exclusivo da vítima, aquele que se presumia como autor do dano terá sua responsabilidade afastada. No caso do fato concorrente, os causadores do dano respondem de maneira solidária pela totalidade do mesmo.<sup>79</sup> A imprevisibilidade e inevitabilidade se referem ao caso fortuito e força maior; o caráter imprevisível do fato lhe insere na primeira categoria, e o segundo caso, quando há um caráter irresistível, porém não há interesse prático em tal distinção, uma vez que o tratamento destinado aos dois é único.<sup>80</sup> Também pode-se falar em concausas, que significam a sobreposição de causas que interferem para a eclosão de um resultado no mundo físico, outra causa que, juntando-se à principal, também vai contribuir

---

<sup>77</sup> RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p.71.

<sup>78</sup> PREVOT, Juan Manoel. El problema de la relación de causalidade en el derecho de la responsabilidad civil. **Revista Chilena de Derecho Privado**, Santiago, n. 15, diciembre, 2010. Disponível em: <[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-80722010000200005](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-80722010000200005)>. Acesso em: 15 nov. 2016.

<sup>79</sup> MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. **A responsabilidade civil por presunção de causalidade**. Rio de Janeiro: GZ, 2010. p.120-130.

<sup>80</sup> NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 4. ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2013. p.659.

para a ocorrência desse resultado. Concausas podem ser preexistentes, concomitantes e supervenientes. Como afirmava já Rui Stocco:

Significa, portanto, que o nexa causal entre a conduta do agente e o resultado não é interrompido ou excluído pela interferência cooperativa de outras concausas. De sorte que, ao agente não deixa de ser imputável o resultado danoso, ainda quando para se lograr a realização deste, se tenha acostado à sua atuação uma concausa, seja ela preexistente, concomitante ou superveniente. Mas essa afirmação não pode ser peremptória. É óbvio que as concausas preexistentes ou concomitantes, absolutamente independentes, podem romper o nexa causal, de sorte que o resultado advindo não pode ser imputado ao agente. Contudo, nas hipóteses de concausas preexistentes ou concomitantes relativamente independentes não ocorre, via de regra, o rompimento do nexa causal.<sup>81</sup>

Como no exemplo trazido pelo mesmo autor, em que um diabético que sofre lesões corporais por acidente de trânsito vem a falecer. São duas as condições que representaram forças para o resultado letal; a particular condição física da vítima e as lesões sofridas pelo acidente. Mas, a afirmação não pode ser absoluta, uma vez que existem situações fáticas pontuais nas quais a eclosão de causa preexistente ou concomitante, mesmo que sejam relativamente independentes, levem ao rompimento do nexa causal. Exemplo trazido por Muñoz Conde, em que uma vítima hemofílica vem a morrer por um pequeno e insignificante ferimento causado por um agressor que lhe foi responsável por uma hemorragia fatal.<sup>82</sup> A concausalidade também encontra críticas em virtude da atual doutrina de direito de danos, em que pese muitas vezes a utilização da “culpa” para aferir a contribuição do sujeito no dano.<sup>83</sup>

Yussef Said Cahali traz um resumo das doutrinas que existem a respeito da causalidade, tomando por base os estudos de Roberto Brebbia.<sup>84</sup> A primeira seria a teoria da equivalência das condições, que sustenta que todas as condições que conduzem a um resultado seriam a causa deste resultado, tanto as mediatas quanto as imediatas.<sup>85</sup> A teoria da causa próxima e da causa direta escolhe apenas a causa

---

<sup>81</sup> STOCCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: Tomo I; Doutrina e Jurisprudência. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.209.

<sup>82</sup> STOCCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: Tomo I; Doutrina e Jurisprudência. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.209.

<sup>83</sup> MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. **A responsabilidade civil por presunção de causalidade**. Rio de Janeiro: GZ, 2010. p.121.

<sup>84</sup> CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do estado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.75.

<sup>85</sup> TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Responsabilidade civil objetiva do estado por omissão que culminou em infecção hospitalar. In: FREITAS, Juarez; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski (Org.). **Comentários à jurisprudência do STF**: direitos fundamentais e omissão inconstitucional. Barueri-São Paulo: Manole, 2012. p.27.

que seria a com uma condição cronologicamente mais próxima do evento ao qual buscamos imputar uma condição específica que influencia na produção do resultado e que vai ser tida como sendo a causa deste, não se levando em consideração as demais condições, que de modo indireto ou mediato também tenham influenciado na produção do resultado.<sup>86</sup>

A teoria da causalidade eficiente sustenta que as condições que nos conduzem a um resultado não são equivalentes, e que em virtude de um poder qualitativo ou quantitativamente apreciado seria a verdadeira causa do evento, logo, a causa aqui seria a que possui um intrínseco poder de produção do fenômeno. Estas condições que influenciam na produção de um resultado não estão em um mesmo nível de equivalência, não sendo de igual modo eficientes para se constituírem como causa. Aqui há a existência de uma condição concreta, entre todas, capazes de se constituírem como produção do resultado.<sup>87</sup>

Tanto a teoria da causa próxima, quanto a teoria da causa direta e a teoria da causa eficiente, tratam de selecionar, entre todas as condições de um resultado, uma de particular relevância que vai ser considerada a causa. A teoria da causa próxima, por outro lado, selecionará como causa a condição cronologicamente mais próxima ao evento que se quer imputar:

[...] indica-se Francis Bacon como o primeiro expositor orgânico da teoria, com a afirmação de que seria para o direito uma tarefa infinita aquela de julgar as causas da causa e a ação de umas sobre as outras, devendo por isso contentar-se com a causa imediata e julgar os atos sob esse aspecto, sem remontar-se a um grau superior.<sup>88</sup>

Para Roberto Brebbia porém, um critério tão simples de imputação de resultado à uma causa mais próxima não vai conduzir a soluções que sejam

---

<sup>86</sup> CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do estado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.75. Para mais informações sobre a matéria também ver: PREVOT, Juan Manoel. El problema de la relación de causalidade en el derecho de la responsabilidad civil. **Revista Chilena de Derecho Privado**, Santiago, n. 15, diciembre, 2010. Disponível em: <[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-80722010000200005](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-80722010000200005)>. Acesso em: 15 nov. 2016. e ITURRASPE, Jorge Mosset. La relación de causalidad em la responsabilidad extracontractual. **Revista Latinoamericana de Derecho**, México, ano I, n. 1, enero-junio, 2004 Disponível em: <<https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/latinoamericana-derecho/article/view/21282/18956>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

<sup>87</sup> TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Responsabilidade civil objetiva do estado por omissão que culminou em infecção hospitalar. In: FREITAS, Juarez; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski (Org.). **Comentários à jurisprudência do STF: direitos fundamentais e omissão inconstitucional**. Barueri-São Paulo: Manole, 2012. p.27.

<sup>88</sup> CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do estado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.77.

consideradas aceitáveis, pois desprende-se que o antecedente mais próximo não é sempre o que teria determinado o resultado. No exemplo trazido pelo autor, se alguém danificar o volante de um veículo, e momentos depois um motorista, sendo um sujeito diferente, em utilização do carro vem a sofrer um acidente pelas falhas apresentadas pela direção, apesar de que o mesmo ter utilizado o carro foi a causa mais próxima, o acidente não pode ser imputado ao motorista.<sup>89</sup>

A teoria negativa de Mayer, pela qual M.E. Mayer aceita os postulados da teoria da equivalência das condições para chegar a uma posição negativa do problema da causalidade porque entende que se toda condição *sine qua non* é relevante, não tem importância na prática a imputação de causalidade para indagar as consequências, mas sim a imputação da culpabilidade; sendo provado o resultado, é irrelevante se indagar a existência do nexos causal, pois o que realmente interessa é determinar a culpabilidade do agente.

A teoria da causalidade típica de Beling, traz que a negação do problema da causalidade, pelo menos em âmbito de Direito Penal, para subordinação da ação a um tipo, ou seja, aqui denota-se a influência do Direito penal na teoria, uma vez que possui um grau notável maior de importância a tipicidade da conduta e da produção do resultado.<sup>90</sup>

A teoria da causalidade adequada sustenta que não basta que um fato seja condição de um resultado para que o agente possa se considerar autor deste evento, todas vezes que as condições não sejam equivalentes; a condição não poderá ser tida como equivalente a qualquer outra, a causa é uma consequência de condições determinantes para a produção do resultado, de acordo com a própria natureza da condição.<sup>91</sup>

Para a teoria da causalidade adequada, o suporte teórico pode ser fundamentalmente sintetizado como uma relação de causalidade na qual não podemos falar de um caso singular, quando entre os fatos existe uma relação de causalidade, é porque tanto um como o outro são captados como fatos de uma determinada espécie:

---

<sup>89</sup> CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do estado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.77.

<sup>90</sup> CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do estado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.75.

<sup>91</sup> CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do estado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.75.

[...] o conceito de regularidade traz ínsito o de regularidade, e não pode haver regularidade sem pluralidade de casos; em consequência, para que exista uma relação causal, a ação tem que ser idônea pra produzir o resultado verificado, ou seja, deve acarretá-lo normalmente.<sup>92</sup>

Para Rui Stocco, a Teoria da Equivalência das Condições e a Teoria da Causalidade Adequada são as que mais merecem destaque. Para o autor referido, a Teoria da Equivalência das Condições, ao mesmo tempo em que tem o mérito da simplicidade, uma vez que não distingue causa, condição ou ocasião, de modo que tudo o que concorrer para o resultado é causa dele, é afastada no âmbito civil pela sua inadequação:

No encadeamento dos fatos que antecederam a eclosão do evento danoso, não seria pertinente ou não se poderia cogitar qual dessas condições foi preponderante, mais ou menos eficaz. O grande inconveniente dessa teoria é que se poderá considerar como causador do resultado quem quer que tenha se inserido na linha causal, permitindo-se uma regressão quase infinita.<sup>93</sup>

Já quanto ao que diz respeito à Teoria da Causalidade Adequada, há o rompimento com as ideias da Teoria da Equivalência das Condições, pois a causa vai ser o antecedente não apenas necessário, mas adequado à produção do resultado. Este preceito que se encontra no nosso Código Civil em vigor dá margens à interpretações de que esta teoria é adotada no ordenamento brasileiro:

Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.<sup>94</sup>

Há argumentos no sentido de que esta expressão “efeito direto e imediato” evidencia que nem todas as causas tem relevância na imputação do dano, mas somente a que tenha sido mais direta, não bastando que o ato ilícito resulte em causa indireta ou remota do dano. Para Rui Stocco, isso não ocorre, pois sendo o nexos causal o elemento de ligação entre a pessoa que praticou o ato e o resultado que dele decorre, enquanto que a disposição referida é apenas quanto as consequências da inexecução das obrigações, sejam decorrentes de obrigação

---

<sup>92</sup> CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do estado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.78.

<sup>93</sup> STOCCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: Tomo I; Doutrina e Jurisprudência. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.205.

<sup>94</sup> BRASIL. **Lei nº 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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 22 out. 2016.

contratual, ou sejam decorrentes de ato ilícito, pressupõe-se portanto, que este já esteja identificado e completo em sua formação.<sup>95</sup>

Para o Supremo Tribunal Federal, a teoria adotada quanto ao nexo de causalidade é a teoria do dano direto e imediato, também chamada de teoria da interrupção do nexo causal.<sup>96</sup> Vale mencionar também que em análise do anterior Código Civil pátrio, o autor Rogério Marrone de Castro <sup>97</sup>já enunciava que o anterior artigo a tratar da matéria também trazia a teoria do dano direto e imediato.

Porém, Anderson Vichinkeski Teixeira<sup>98</sup> traz que apesar de o Supremo Tribunal Federal aplicar com maior frequência a chamada Teoria da Causa Direta, também podemos ver a aplicação no sentido da Teoria da Causa Eficiente no seguinte julgamento de recurso extraordinário:

De outra parte, o Estado não arcou, sequer, com o pagamento do adicional de insalubridade, devido nessas circunstâncias (fls. 18-22), submetendo a funcionária a situação de contágio, sem opção de mudança de setor ou qualquer compensação financeira. Constatada a gravidez, nada foi alterado no panorama descrito, recalcitrando o poder público na exposição da servidora a risco injustificado, principalmente porque, exercendo o cargo de técnica de administração pública, não deveria estar transportando urina e sangue para os exames laboratoriais. Assim, enquanto empregador, assumiu, com a conduta, o risco deliberado de lesionar o feto, o que ocorreu a partir do contágio da gestante por citomegalovírus, com conseqüências desastrosas e permanentes, refletidas em tetraplegia, epilepsia e má-formação encefálica, com grave sofrimento para a mãe e a criança e vultosas despesas, incompatíveis com sua situação econômica, para o tratamento clínico da enfermidade e suas repercussões.<sup>99</sup>

No acórdão trazido como exemplo, o fato ocorre quando uma servidora pública foi contaminada durante a gravidez pelo citomegalovírus, que acabou gerando um feto com sério e irreparável comprometimento em sua formação (o feto foi acometido pela Síndrome de West). A mãe ajuizou ação civil contra o Estado

<sup>95</sup> STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: Tomo I; Doutrina e Jurisprudência. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.205.

<sup>96</sup> CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do estado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.75.

<sup>97</sup> SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro. **Direito civil**: responsabilidade civil. São Paulo: Atlas, 2000. p.80.

<sup>98</sup> TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Responsabilidade civil objetiva do estado por omissão que culminou em infecção hospitalar. In: FREITAS, Juarez; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski (Org.). **Comentários à jurisprudência do STF**: direitos fundamentais e omissão inconstitucional. Barueri-São Paulo: Manole, 2012. p.27.

<sup>99</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 495.740 TAR/DF**. Recorrente: Ministério Público do Distrito Federal e territórios. Recorrido: Distrito Federal. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 02 de junho de 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=600791>>. Acesso em: 15 set. 2016.

alegando responsabilidade objetiva deste em relação à exposição ao vírus causador de danos ao seu feto.

O juiz de primeiro grau decidiu que baseado nas provas dos autos não havia nexo de causalidade. Mas, no Supremo Tribunal Federal, o Ministério Público optou pelo conhecimento e provimento do recurso extraordinário apresentado. Logo, a causa que concretamente causou a produção do resultado nesta jurisprudência trazida, a causa determinante para a produção do resultado, que se coaduna como a satisfação da teoria da causalidade eficiente, é a constante exposição da servidora gestante ao contato com material contagioso.

Há a existência de fragilidade em todas as teorias, o que permite o subjetivismo, apesar de que vários casos vislumbrem a aplicação de uma teoria que seja a mais adequada. No Direito Brasileiro, vemos casos em que preponderam por vezes uma teoria, ou por vezes outra, ou até casos que pendem para soluções diversas.<sup>100</sup>

A discussão também existe na Argentina, onde há uma doutrina dominante no sentido da teoria da causalidade adequada, que enfrenta numerosos críticos que entre outros argumentos, atacam o trabalho judicial, com a possibilidade de análise de cada caso concreto com base na equidade de acordo com as circunstâncias.<sup>101</sup>

Assim, nota-se, inclusive por uma análise minuciosa de todas as teorias estudadas, que cada uma tem seus erros e acertos, exigindo efetivamente que se analise cada caso concreto de maneira distinta, para então sim ser encontrada a teoria que é julgada como a mais adequada para o referido caso.

O nexo causal ganha a possibilidade de contornos diferentes na nova responsabilidade civil com o afastamento da culpa, de acordo com a teoria da responsabilidade civil por presunção de causalidade, segundo Caitlin Sampaio Mulholland:

Propõe-se a partir desta hipótese, que em determinadas situações danosas- como algumas decorrentes de atividades de risco; as geradas por conta de causalidade alternativa; e as geradoras de danos de massa- seja concedida ao magistrado a faculdade de considerar a configuração de um dever reparatório independentemente da prova estrita da existência de um nexo de causalidade ligando o dano à conduta ou atividade desenvolvida.

---

<sup>100</sup> RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p.75.

<sup>101</sup> ITURRASPE, Jorge Mosset. La relación de causalidad em la responsabilidad extracontractual. **Revista Latinoamericana de Derecho**, México, ano I, n. 1, enero-junio, 2004 Disponível em: <<https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/latinoamericana-derecho/article/view/21282/18956>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

Haveria assim, e verdadeiramente, um juízo de probabilidade a ser realizado pelo magistrado, admitido em consideração aos princípios informadores do Direito de Danos atual, decorrentes de princípios constitucionais e objetivando a plena reparação do dano injusto.<sup>102</sup>

Esta teoria vai se basear primeiramente na nova concepção da responsabilidade civil, em que a solidariedade social vai fazer com que cada membro da comunidade seja responsável pelo bem estar da comunidade por inteiro, ocorrendo um dano, o mesmo deve ser reparado.<sup>103</sup> E esta referida presunção vai dizer respeito a complementar as demais técnicas aprovadas em Direito, com base na probabilidade, vai tornar algo certo mesmo que seja tido como incerto, sendo utilizado na avaliação das provas e construção do convencimento do juiz sobre a realidade de um acontecimento. Difere-se essa presunção da presunção legal, advinda da própria lei, como no caso da comoriência do Código Civil brasileiro, mas se constituindo diferentemente em uma presunção de fato, onde pode se inferir um nexo causal da análise de fatos ordinariamente observados.<sup>104</sup>

As teorias do risco e a responsabilidade objetiva são de certa maneira obsoletas quando confrontadas com a teoria da presunção da causalidade, pois ainda irão existir inúmeras situações nas quais mesmo ocorrendo a desconsideração e afastamento da culpa, a reparação do dano injusto é dificultada pela impossibilidade de identificação e delimitação do nexo causal entre o dano e a atividade que o causou. Dessa maneira, aduz-se uma nova função ao nexo causal, que é a de reparação integral do dano causado, fazendo com que a causalidade presumida possa dar plena efetivação ao princípio da dignidade da pessoa humana, pois a vítima tem o reconhecimento de seu direito e a indenização do dano injustamente sofrido.<sup>105</sup>

A causalidade presumida é justificada pela autora com base em dois aspectos. Primeiramente, na possibilidade prevista no Código de Processo Civil de se utilizar da presunção como instrumento de prova, e também, o segundo aspecto se constituindo no fato de que a suposição de existência de um nexo causal é figura

---

<sup>102</sup> MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. **A responsabilidade civil por presunção de causalidade**. Rio de Janeiro: GZ, 2010. p.282-283.

<sup>103</sup> A base para isso já foi estudada nos capítulos referentes à nova responsabilidade civil. A busca pelo autor do dano perde importância quando confrontada com a efetiva reparação que deva ser realizada.

<sup>104</sup> MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. **A responsabilidade civil por presunção de causalidade**. Rio de Janeiro: GZ, 2010. p.195-199.

<sup>105</sup> MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. **A responsabilidade civil por presunção de causalidade**. Rio de Janeiro: GZ, 2010. p.342.

frequente nos tribunais brasileiros, o que demonstra os inúmeros benefícios para a justiça brasileira da construção de critérios para a teoria proposta pela referida autora.<sup>106</sup>

## 2.5 A Responsabilidade Civil Objetiva e sua Evolução Histórica no Brasil

No que se refere à responsabilidade estatal, a mesma se constitui em objetiva, com abstração da culpa, no que diz respeito ao Direito Pátrio. A adoção da responsabilidade objetiva do Estado vai ser estudada em um momento inicial, a partir de sua evolução histórica no Direito Brasileiro. A responsabilidade do Estado se encontra entre os casos de responsabilidade objetiva previstos na legislação, mas houve uma lenta e longa evolução para chegar até o atual momento.

A irresponsabilidade do Estado, conceito trazido do Estado despótico e absolutista, sustentava a ideia de uma responsabilidade pecuniária do Estado, o que se constituía como um entrave perigoso para a realização de seus serviços. Os administrados tinham apenas ação contra o próprio funcionário causador do dano, mas nunca contra o Estado, que se mantinha longe do problema. A teoria da irresponsabilidade era a própria negação do Direito, e a doutrina da irresponsabilidade foi aos poucos sendo vencida, pela lógica, e repelida de maneira avassaladora na doutrina e nos tribunais.<sup>107</sup>

Em um segundo momento então, passa-se para uma concepção civilista, fundada na culpa do funcionário e nos princípios da responsabilidade por fato de outrem. Esta concepção civilista nos coloca diante da teoria do órgão, que diz que o

---

<sup>106</sup> MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. **A responsabilidade civil por presunção de causalidade**. Rio de Janeiro: GZ, 2010. p.287.

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

[...]

Art. 375. O juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial. (BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de processo civil. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 12 set. 2016).

Exemplo jurisprudencial dentre os citados pela autora quanto à atuação dos tribunais no que diz respeito ao nexos causal relativizado, se encontra em: TARS, 4º CC, AC nº 193081635, com Relator Marcelo Oliveira Puggina, j. 12.08.1993. No exemplo citado, uma vítima de um acidente de trânsito vem a adquirir Aids após uma internação que lhe exigiu inúmeras transfusões de sangue, ocorrendo a impossibilidade científica de se comprovar que o mesmo adquiriu a enfermidade antes ou depois do acidente e internação.

<sup>107</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p.283-284.

Estado não tem vontade e nem ação, sempre agindo tão somente pelos seus agentes, constituindo-se o Estado em um organismo vivo, integrado por um conjunto de órgãos que vão realizar suas funções. Não há como diferenciar entre o Estado e o agente, mas sim, considerar os mesmos como uma mesma unidade. Com isso, evoluiu-se da culpa individual para a anônima ou impessoal, na qual passa a se falar da culpa do serviço, ou falta do serviço, que ocorre quando o serviço funciona mal, não funciona, ou funciona atrasado, sendo que o dever de indenizar do Estado decorrerá da falta do serviço, e não da falta do servidor.<sup>108</sup>

Em que pese alguns autores defenderem que a culpa anônima e responsabilidade objetiva são a mesma coisa, para o autor referido, a mesma se constitui em uma forma de responsabilidade subjetiva, porque baseada na culpa do serviço diluída em sua organização, assumindo feição anônima ou impessoal.

A Constituição do Império, de 1824, em seu artigo 178, número 29, estabeleceu que os empregados públicos seriam responsáveis pelos abusos e omissões que fossem praticados no exercício de suas funções, e por não fazerem efetivamente responsáveis seus subalternos. Já a Constituição Republicana, de 1891, estabeleceu em seu artigo 79, uma disposição idêntica, que responsabilizava os funcionários públicos pelos abusos e omissões que incorressem no exercício de seus cargos. O Código Civil, de 1916, em seu artigo 15, estabeleceu que as pessoas jurídicas de direito público fossem civilmente responsáveis por atos de seus representantes que nessa qualidade causem dano a terceiros, procedendo de modo contrário ao Direito ou faltando a dever prescrito em lei, salvo direito regressivo contra os causadores do dano. Ou seja, aqui, de acordo com a doutrina, nota-se que foi consagrada a teoria da culpa como fundamento da responsabilidade civil do Estado. Basta notar que o Código estabeleceu a responsabilidade civil com base no termo “representantes”, ligado à ideia de que o funcionário representaria o Estado, sendo o seu preposto, tal como ocorre no Direito Privado. Também, as expressões “procedendo de modo contrário ao Direito” e “faltando a dever prescrito por lei”, não teriam sentido se não estivessem se referindo à culpa do funcionário.<sup>109</sup>

A responsabilidade objetiva no Direito Brasileiro é reconhecida de maneira unânime por todos os autores, e inclusive, a unanimidade se estende para a

---

<sup>108</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p.285.

<sup>109</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p.289.

argumentação realizada pelos mesmos. Pois, havendo a previsão do elemento culpa somente para assegurar a ação regressiva das pessoas jurídicas contra os funcionários causadores do dano quando houver dolo, ou culpa destes, resulta-se que quando for omitido o corpo do artigo quanto a referir-se ao elemento subjetivo, estabelece-se que as entidades devam reparar o dano mesmo sem culpa, em qualquer caso. Logo, prescinde do elemento subjetivo para a obrigação de indenizar nele estabelecida, e de outra forma não se justificaria esta omissão se sempre constou esse elemento da legislação anterior.<sup>110</sup>

A adoção pelo sistema jurídico brasileiro da responsabilidade objetiva do Estado de maneira expressa se deu com a Constituição de 1946, em seu artigo 194.<sup>111</sup> De tal passo, também foi adotada pela Constituição de 1988 a responsabilidade objetiva do Estado.<sup>112</sup> Qualquer que seja o fundamento utilizado para embasar a responsabilidade objetiva do Estado, tem-se como pressuposto primário para a determinação da responsabilidade a existência de um nexo de causalidade entre a atuação ou omissão do agente público ou de seus agentes e o prejuízo que o particular está reclamando, tornando-se irrelevante a consideração da ilicitude ou não da ação administrativa.<sup>113</sup>

O exame deste dispositivo traz que ao mesmo tempo em que o constituinte estabelece para todas as entidades estatais e seus desmembramentos administrativos a obrigação de indenizar o dano causado a terceiros por seus servidores, independente de culpa no cometimento da lesão, se entendia

---

<sup>110</sup> CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do estado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.32.

<sup>111</sup> Dispõe o referido artigo da Constituição de 1946:

Art 194 - As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros.

Parágrafo único - Caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes (1946). (BRASIL. Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm)>. Acesso em: 12 set. 2016).

<sup>112</sup> Constituição Federal:

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

[...]

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa (1988). (BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 12 set. 2016).

<sup>113</sup> CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do estado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

anteriormente como excluídas da aplicação deste princípio as pessoas físicas e as pessoas jurídicas que exercessem as funções públicas delegadas, seja sob a forma de empresas estatais, ou de empresas concessionárias ou permissionárias de serviço público.<sup>114</sup>

Torna-se irrelevante a consideração de licitude ou não da ação administrativa (como será visto, a matéria muda em termos de omissão inconstitucional), uma vez que: “[...] sofrendo o particular um prejuízo, em razão da atuação estatal, regular ou irregular, no interesse da coletividade, é devida a indenização, que se assenta no princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais”.<sup>115</sup>

Reafirmando a importância do nexo causal entre o dano e a atuação do Estado pelos seus agentes ou órgãos, também vemos que há de se considerar se o órgão estatal procede no exercício dos poderes recebidos, não importando a natureza da obrigação, podendo proceder tanto o órgão do Estado com seu funcionário mais qualificado, como o servidor mais simples da cadeia hierárquica, tão somente necessitando averiguar se o mesmo estava exercendo uma atribuição estatal; caso não esteja, agia em seu próprio nome, em sua atividade individual, e não há de falar em responsabilidade do Estado.<sup>116</sup> Deve estar à serviço do Poder Público, ainda que atue fora de suas competências administrativas.<sup>117</sup>

O dano se tem como injusto, e como tal enseja a responsabilidade civil do Estado quando embora verificado por ocasião de acontecimentos naturais, tem sua causa exclusiva na falha ou deficiência do serviço público, mas não se qualifica como injusto e nem enseja a responsabilidade civil do Estado quando encontra a causa exclusiva na força maior ou fatos necessários ou inevitáveis da natureza, que não resultem de nenhuma atividade ou omissão do poder público.<sup>118</sup>

Na doutrina brasileira, segundo Sérgio Cavalieri Filho<sup>119</sup>, o termo agente, previsto no artigo constitucional que trata sobre a responsabilidade do Estado, é

---

<sup>114</sup> MEIRELES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 41. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p.784.

<sup>115</sup> CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do estado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.32-33.

<sup>116</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p.129.

<sup>117</sup> MEIRELES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 41. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p.786

<sup>118</sup> CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do estado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.46-48.

<sup>119</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p.295.

muito mais apropriado do que o antigo termo funcionário, utilizado pelas constituições anteriores. Essa preferência do autor pelo termo agente se dá porque o vocábulo “funcionário”, em seu sentido técnico representa tão somente aqueles que ocupam cargos públicos, sujeitos ao regime estatutário, ao passo que a Constituição atual, ao utilizar esse termo, nos dá guarida ao entendimento doutrinário de que a responsabilidade subsiste ainda que o ato ou omissão tenha sido praticado por servidor contratado, funcionário de fato ou temporário. O termo agente deixa claro, como traz Celso Antonio Bandeira de Mello<sup>120</sup> que o indivíduo seja apto à comportamentos imputáveis ao Estado, mas sua investidura jurídica não é relevante. O termo “terceiro” trazido no texto constitucional vai se referir a alguém estranho à Administração Pública, com qual o Estado não tenha nenhum vínculo jurídico preexistente, referindo-se então à responsabilidade extracontratual do Estado, não incidindo nos casos de responsabilidade contratual, pois quem mantém vínculo jurídico com a Administração não se constitui em um terceiro, e neste caso, a responsabilidade será apurada com base nas regras que regem o contrato administrativo.

O abuso no exercício das funções por parte do servidor não irá excluir a responsabilidade objetiva da administração, mas até a agrava, pois o abuso pressupõe a má escolha do agente público para a função que lhe foi atribuída. Quando a administração defere ou possibilita ao seu servidor a realização de certa atividade administrativa vai assumir o risco de sua execução e responderá civilmente pelos danos causados que esse agente possa porventura produzir a terceiros. Nesta substituição da responsabilidade genérica do Poder Público em face da responsabilidade individual do mesmo que se assenta a teoria da responsabilidade objetiva da Administração, pois esta responsabilidade sem culpa está, precisamente, na área dos riscos assumidos pela Administração para a consecução de seus fins.<sup>121</sup>

Como exemplos dos casos de responsabilidade objetiva do Estado: acidentes com veículos oficiais, buracos em ruas, ruas sem sinalização adequada, queda de pontes em estradas ou de viadutos em construção, explosão em depósito de materiais pertencentes ao poder público, explosão de casa de fogos pertencente a particular (note-se que aqui será pela omissão da fiscalização municipal), morte em

---

<sup>120</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p.1030

<sup>121</sup> MEIRELES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 41. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p.786.

prisão, queda de árvore em rua por má-conservação, danos a crianças e professores em escolas públicas, enchentes, omissão ou excesso policial, omissão de fiscalização decorrente do poder de polícia, obras públicas, danos nucleares, entre outros.<sup>122</sup>

Um outro ponto importante diz respeito à responsabilidade civil do Estado por atos jurisdicionais. Quanto aos primeiros, não é prevista ainda no ordenamento pátrio a responsabilização do Estado, fundamentada na necessidade de se preservar a independência do Judiciário, a autoridade da coisa julgada, e a condição dos juízes como órgãos da soberania nacional. Somente se aceita a responsabilidade civil do Estado por erro judiciário de natureza criminal<sup>123</sup>, como desprende-se do artigo 630 do Código de Processo Penal.<sup>124</sup>

Também, consegue-se desprender do artigo 5º, LXXV da Constituição Federal<sup>125</sup>, que a indenização do Estado por erro judiciário vai independe do tempo fixado na sentença. Como desprende-se não está vinculado o direito à indenização à uma possível revisão da sentença.<sup>126</sup>

Já no caso da responsabilização do Estado por atos legislativos típicos, invocam-se os seguintes argumentos em sentido contrário: a) exercício soberano da função de legislar, e b) a lei é norma de caráter geral e impessoal, não sendo suscetível de causar dano a indivíduo determinado, pois editada para beneficiar todos. Odete Medauar nos traz a menção de que no nosso Direito Pátrio vem sendo

<sup>122</sup> MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.p.452.

<sup>123</sup> MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.p.452.

<sup>124</sup> Código de processo penal, decreto-lei nº 3.689 de 1941.

Art. 630. O tribunal, se o interessado o requerer, poderá reconhecer o direito a uma justa indenização pelos prejuízos sofridos.

§ 1º Por essa indenização, que será liquidada no juízo cível, responderá a União, se a condenação tiver sido proferida pela justiça do Distrito Federal ou de Território, ou o Estado, se o tiver sido pela respectiva justiça.

§ 2º A indenização não será devida:

a) se o erro ou a injustiça da condenação proceder de ato ou falta imputável ao próprio impetrante, como a confissão ou a ocultação de prova em seu poder;

b) se a acusação houver sido meramente privada. (BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 12 set. 2016).

<sup>125</sup> Constituição Federal,

Art.5º. [...]

LXXV - o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença. (BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 12 set. 2016).

<sup>126</sup> MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.452.

admitida a possibilidade de responsabilidade do Estado por leis inconstitucionais, assim declaradas, como nos casos em que o Estado vai responder civilmente pelos danos causados aos particulares pelo desempenho da função de legislar. Também há a possibilidade de se cogitar que a responsabilidade do Estado seja estendida aos atos legislativos típicos, que causem dano a uma categoria de pessoas ou número exíguo de pessoas, porque no tocante ao dano, deixa de ter o caráter de geral e pessoal.<sup>127</sup>

Para a teoria da culpa administrativa, leva-se em consideração a falta do serviço para se inferir a responsabilidade da Administração, sendo o primeiro estágio de transição entre a doutrina da culpa civil e a tese objetiva do risco administrativo que se sucedeu. Não é indagada aqui a culpa subjetiva do agente administrativo, mas a falta objetiva do serviço em si mesmo como o gerador da obrigação de indenizar o dano causado a terceiro, exigindo-se aqui uma culpa especial da Administração, a culpa administrativa:

Esta teoria ainda pede muito da vítima, que além da lesão sofrida injustamente, fica no dever de comprovar a falta do serviço para obter a indenização. A falta do serviço, no ensinamento de Duez, pode apresentar-se sob três modalidades: inexistência do serviço, mau funcionamento do serviço ou retardamento do serviço. Ocorrendo qualquer destas hipóteses, presume-se a culpa administrativa e surge a obrigação de indenizar.<sup>128</sup>

Para a teoria do risco administrativo, a obrigação de indenizar o dano surge só do ato lesivo e injusto causado à vítima pela Administração, não se exigindo qualquer falta do serviço público, nem culpa de seus agentes, bastando a lesão, sem o concurso do eventual lesado. Aqui o que é exigido é o fato do serviço (fato lesivo da administração), em contraponto à teoria do risco administrativo que exige a falta do serviço (culpa presumida da falta administrativa). Esta teoria se baseia no risco que a atividade pública gera para os administrados e na possibilidade de acarretar danos aos membros da comunidade, impondo um ônus não acarretado pelos demais, o que significa então que para compensar esta desigualdade individual criada pela própria administração, todos os outros componentes da coletividade deverão concorrer para a reparação do dano, de por via do erário, representado pela Fazenda Pública. É a teoria acolhida pelo ordenamento jurídico brasileiro, que tem

---

<sup>127</sup> MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.453.

<sup>128</sup> MEIRELES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 41. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p.781.

como suportes o risco e a solidariedade social, conduzindo à busca pela justiça distributiva.<sup>129</sup>

A teoria do risco administrativo é uma adaptação da teoria do risco para a atividade pública, sendo originariamente pensada por Leon Duguit. É uma expressão concreta do princípio da igualdade dos indivíduos diante dos encargos públicos, repartindo de maneira democrática os ônus e encargos sociais por todos aqueles beneficiados pela atividade da Administração Pública.<sup>130</sup>

Todavia, a teoria do risco administrativo, em que pese a falta de necessidade da prova da culpa da Administração, admite que o poder público demonstre a exclusão do nexos causal, fato exclusivo da vítima, caso fortuito, força maior e fato exclusivo de terceiro:

O risco administrativo, repita-se, torna o Estado responsável pelos riscos de sua atividade administrativa, e não pela atividade de terceiros ou da própria vítima, e nem, ainda, por fenômenos da natureza, estranhos à sua atividade. Não significa, portanto, que a Administração deva indenizar sempre e em qualquer caso o dano suportado pelo particular. Se o Estado, por seus agentes, não deu causa a esse dano, se inexistente relação de causa e efeito entre a atividade administrativa e a lesão, não terá lugar a aplicação da teoria do risco administrativo e, por via de consequência, o Poder Público não poderá ser responsabilizado.<sup>131</sup>

O Estado tem o dever de exercer a sua atividade administrativa, mesmo quando perigosa ou arriscada, com absoluta segurança, de modo a não causar dano a ninguém. Está vinculado, desta maneira a um dever de incolumidade, e um de segurança, cuja violação enseja a obrigação de indenizar independentemente de culpa.

E como a modalidade mais extrema do risco administrativo, temos a Teoria do Risco Integral. Para esta teoria, que na prática foi abandonada, pois conduz ao abuso e iniquidade social, a Administração fica obrigada a indenizar todo e qualquer dano que foi suportado por terceiros, mesmo que resultante de culpa ou dolo da vítima. Se aplicada em sua totalidade, geraria graves consequências:

Essa teoria jamais foi acolhida por nós, embora haja quem tenha sustentado sua admissibilidade no texto das Constituições da República. Contestamos

---

<sup>129</sup> MEIRELES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 41. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p.781.

<sup>130</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p.287.

<sup>131</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p.287.

formalmente esse entender, que se desgarra da doutrina acolhida pelo nosso Direito e se divorcia da jurisprudência que se formou acerca do citado dispositivo constitucional, consagrador da teoria objetiva, mas sob a modalidade do risco administrativo, e não do risco integral.<sup>132</sup>

É o que ocorre por exemplo no acidente de trabalho, em que a indenização é devida mesmo que o acidente tenha decorrido de culpa exclusiva da vítima ou de caso fortuito, e se esta teoria fosse admitida no âmbito da responsabilidade da Administração Pública, o Estado ficaria obrigado a indenizar sempre e em qualquer caso o dano suportado pelo particular, mesmo que não seja decorrente de sua atividade, pois estaria impedido de invocar as causas exclusivas do nexos causal. Também por mais que alguns autores ainda falem em Teoria do Risco Integral, enquanto que nesta definição deles para alguns estaremos tratando de teoria do risco administrativo (para alguns autores, a teoria do risco administrativo e a teoria do risco integral inclusive se confundem), qualquer que seja a qualificação que se dê ao dever de indenizar do Estado, este não poderá ser responsabilizado se não existir relação de causalidade entre sua atividade administrativa e o dano que é suportado pelo particular.<sup>133</sup>

Hely Lopes Meireles traz de maneira expressa a diferenciação entre a teoria do risco integral e a teoria da culpa administrativa:

Isto porque o risco administrativo não se confunde com o risco integral. O risco administrativo não significa que a Administração deva indenizar sempre e em qualquer caso o dano suportado pelo particular; significa, apenas e tão somente, que a vítima fica dispensada da prova da culpa pela Administração, mas esta poderá demonstrar a culpa total ou parcial do lesado no evento danoso, caso em que a Fazenda Pública se eximirá integral ou parcialmente da indenização.<sup>134</sup>

Há como exceção, em hipóteses pontuais e expressas, a adoção da Teoria do Risco Integral em algumas hipóteses previstas em lei. Nestes casos abaixo, como anteriormente estudado, dispensa-se o nexos causal e não são admitidas quaisquer causas excludentes de responsabilidade<sup>135</sup>:

---

<sup>132</sup> MEIRELES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 41. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p.782.

<sup>133</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p.287.

<sup>134</sup> MEIRELES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 41. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p.782.

<sup>135</sup> STOCCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: Tomo I; Doutrina e Jurisprudência. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.592-593.

Art. 21. Compete à União:

[...]

XXIII - explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer natureza e exercer monopólio estatal sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados, atendidos os seguintes princípios e condições:

[...]

d) a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa;<sup>136</sup>

E também:

Art. 1º Fica a União autorizada, na forma e critérios estabelecidos pelo Poder Executivo, a assumir despesas de responsabilidades civis perante terceiros na hipótese da ocorrência de danos a bens e pessoas, passageiros ou não, provocados por atentados terroristas, atos de guerra ou eventos correlatos, ocorridos no Brasil ou no exterior, contra aeronaves de matrícula brasileira operadas por empresas brasileiras de transporte aéreo público, excluídas as empresas de táxi aéreo.<sup>137</sup>

Em que pese a Teoria do Risco Integral se constituir como inadequada e abusiva, em alguns momentos ela se encontra justificada, como estes casos trazidos que evidenciam uma responsabilidade do Estado mais incisiva do que as outras apresentadas, há uma necessidade maior dos cidadãos contarem com os serviços administrativos aqui. Justifica-se pois quando não há mais ninguém além da própria Administração que poderia suportar um encargo tão grande quanto o ressarcimento por danos nucleares ou destruição advinda de atos terroristas. O próprio nome, em uma menção direta ao risco exercido pela atividade, nos traz a ideia de que a atuação estatal envolve um risco de dano que lhe é inerente.<sup>138</sup>

## 2.6 A Nova Responsabilidade Civil com o Afastamento da Culpa e o Dever do Estado de Reparar os Danos Advindos de Omissões Inconstitucionais

A matéria a ser estudada no capítulo seguinte vai se referir às omissões inconstitucionais, para poder se inferir quando há a possibilidade de exigir uma prestação do Estado no que diz respeito ao não cumprimento pelo mesmo da

<sup>136</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 12 dez. 2016.

<sup>137</sup> BRASIL. **Lei nº 10.744, de 9 de outubro de 2003**. Dispõe sobre a assunção, pela União, de responsabilidades civis perante terceiros no caso de atentados terroristas, atos de guerra ou eventos correlatos, contra aeronaves de matrícula brasileira operadas por empresas brasileiras de transporte aéreo público, excluídas as empresas de táxi aéreo. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/L10.744.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.744.htm)>. Acesso em: 22 out. 2016.

<sup>138</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p.599.

proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos, mas em um primeiro momento diz respeito à responsabilidade do Estado pelas mesmas, de maneira isolada. No que diz respeito ao direito à segurança, quando de uma eventual falha no serviço público decorre a possibilidade de indenizar as vítimas dos crimes que são decorridos, encontramos dispositivos de legislação constitucional que a fundamentam, como o artigo 245 da Constituição Federal, em que há um importante marco no sentido de assumir em um primeiro momento no ordenamento jurídico brasileiro que o Estado tem responsabilidade perante as vítimas de um crime. Ao mesmo tempo em que aqui podemos ver uma responsabilidade do Estado por uma omissão inconstitucional relativa, o conteúdo é tido como utópico.

Mais de uma década depois da promulgação da Constituição, nenhuma lei ainda foi editada que tornasse efetiva essa proteção constitucional.<sup>139</sup> Com a existência do dever do Estado de indenizar no que tange ao direito à segurança, temos como exemplo de fundamentação a teoria da ruptura do contrato, em que o Estado, ao assumir para si o monopólio do direito à segurança, e assim proibindo o exercício da autotutela do mesmo pelo povo, deve indenizar quando esse serviço não for adequadamente prestado, ou, o próprio fracasso do aparato institucional. Entretanto, seja qual a fundamentação utilizada, quando temos um exemplo no qual a esposa assassina seu marido no interior de uma residência, denota-se que não há uma falha do Estado em prestar o adequado serviço público, uma vez que não pode se falar em um dever de vigiar o interior das residências, devendo ser levado em consideração sempre a análise do caso concreto.<sup>140</sup>

A responsabilidade civil do Estado em suas novas configurações permite falar do conceito do dano antijurídico, importado de doutrinadores espanhóis e colombianos. A ideia do afastamento da culpa faz com que a responsabilidade civil do Estado em países como a Colômbia seja fundada no dano antijurídico, qual seja, o prejuízo que o titular do patrimônio considerado não deva suportar, mesmo que o

---

<sup>139</sup> Art. 245. A lei disporá sobre as hipóteses e condições em que o Poder Público dará assistência aos herdeiros e dependentes carentes de pessoas vitimadas por crime doloso, sem prejuízo da responsabilidade civil do autor do ilícito. (BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 12 set. 2016).

<sup>140</sup> FREITAS, Marisa Helena D'Arbo Alves de. **Responsabilidade do estado pelos danos às vítimas de crimes**. 2001. 239 f. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Estadual Paulista, Franca, 2001. Disponível em: <[http://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/101461/freitas\\_mhda\\_dr\\_fran.pdf?sequence=1](http://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/101461/freitas_mhda_dr_fran.pdf?sequence=1)>. Acesso em: 12 set. 2016.

agente que o ocasionou tenha agido de maneira completamente lícita.<sup>141</sup> Esse dano antijurídico terá por objeto reestabelecer um desequilíbrio, sendo um claro reflexo da função ressarcitória na responsabilidade civil do Estado, de cunho econômico:

Não há dúvidas que a inserção em nosso sistema jurídico do conceito de dano antijurídico como suporte da responsabilidade patrimonial do Estado, é um claro reflexo da dita função ressarcitória, na qual se presta maior atenção ao dano causado ao cidadão do que o funcionamento dos serviços públicos e a conduta do agente gerador do dano.<sup>142</sup>

O dano antijurídico somente poderá ser constituído quando se referido à uma falha do serviço administrativo<sup>143</sup>, um risco excepcional<sup>144</sup>, ou um dano especial<sup>145</sup>. O dano especial ocorrerá quando a entidade administrativa em sua legitimidade acaba por causar um dano que ultrapassa em demasia a carga que o resto da população deve aguentar, rompendo assim o princípio da igualdade frente às cargas públicas,

<sup>141</sup> BOADA, Catalina Irrisari. **El daño antijurídico y la responsabilidad extracontractual del estado colombiano**. 2000. 89 f. Tesis (Abogado). Pontificia Universidad Javeriana, Santafe de Bogota, 2000. Disponível em: <<http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere1/Tesis27.pdf>>. Acesso em: 12 nov. 2016.

<sup>142</sup> No cabe duda que la inserción en nuestro sistema jurídico del concepto de daño antijurídico como soporte de la responsabilidad patrimonial del Estado, es un claro reflejo de dicha función resarcitoria, en la cual se le presta mayor atención al daño causado al ciudadano que al funcionamiento de los servicios públicos y la conducta del agente generador del daño. (BOADA, Catalina Irrisari. **El daño antijurídico y la responsabilidad extracontractual del estado colombiano**. 2000. 89 f. Tesis (Abogado). Pontificia Universidad Javeriana, Santafe de Bogota, 2000. Disponível em: <<http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere1/Tesis27.pdf>>. Acesso em: 12 nov. 2016).

<sup>143</sup> Quando temos um exemplo no qual a esposa assassina seu marido no interior de uma residência, denota-se que não há uma falha do Estado em prestar o adequado serviço público, uma vez que não pode se falar em um dever de vigiar o interior das residências, devendo ser levado em consideração sempre a análise do caso concreto. (FREITAS, Marisa Helena D'Arbo Alves de. **Responsabilidade do estado pelos danos às vítimas de crimes**. 2001. 239 f. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Estadual Paulista, Franca, 2001. Disponível em: <[http://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/101461/freitas\\_mhda\\_dr\\_fran.pdf?sequence=1P.180](http://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/101461/freitas_mhda_dr_fran.pdf?sequence=1P.180)>. Acesso em: 12 set. 2016).

<sup>144</sup> Que foge da atividade comum da vítima. CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

<sup>145</sup> ORTIZ, David Peñuela. Daño no es sinonimo de daño antijurídico. **Revista LR La República**, Bogotá, 2014. Disponível em: <[http://www.larepublica.co/da%C3%B1o-no-es-sin%C3%B3nimo-de-da%C3%B1o-antijur%C3%ADdico\\_155226](http://www.larepublica.co/da%C3%B1o-no-es-sin%C3%B3nimo-de-da%C3%B1o-antijur%C3%ADdico_155226)>. Acesso em: 12 set. 2016.

Quanto à definição de dano especial: "La responsabilidad administrativa de los entes públicos por el llamado daño especial tiene origen cuando la entidad en ejercicio legítimo de su actividad irroga daño o perjuicio a cualquier persona, de forma tal que sobrepasa el ocasionado a los demás; vale decir, que con su comportamiento se rompe el principio de la igualdad frente a las cargas públicas. Se trata de una responsabilidad objetivo dentro de la cual demostrado el hecho, el daño, y la relación de causalidad entre uno y otro se produce la condena, teniendo en cuenta, eso sí, que se presenten los demás elementos tipificados de este especial régimen. Consejo de Estado. - Sala de lo Contencioso Administrativo. - Sección Tercera. - Santafé de Bogotá, D.C., Treze de Setembro de 1991". (LIZCANO-OROZCO, Rosana. Daño especial: reflexiones sobre su autonomía como uno de los fundamentos de la responsabilidad objetiva. **Revista Dixi**, vol. 14, n. 15, enero-junio, 2012. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4331957.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2016).

uma variação da igualdade perante a lei, e da equidade. Note-se que a noção do dano antijurídico presente em alguns sistemas jurídicos é completamente adequada e pode servir como fundamento para a responsabilidade civil do Estado nos moldes da nova responsabilidade, porém, a matéria em âmbito nacional já era prevista constitucionalmente na forma da nossa responsabilidade objetiva.<sup>146</sup>

No caso da responsabilidade do Estado por omissão há, todavia, uma corrente que foi majoritária durante muito tempo no ordenamento jurídico brasileiro e que afirmava que nestes casos específicos a responsabilidade do Estado deveria ser subjetiva, com a comprovação inequívoca de ato ilícito praticado de forma ativa ou passiva. Há uma inação do Estado, nas hipóteses em que a lei lhe credita algum tipo de atividade ou serviço que vem a causar esse dano, não sendo diretamente responsáveis pelo mesmo.<sup>147</sup> Sendo essa doutrina uma construção com base em um ato ilícito do Estado, mesmo não podendo ser referida de maneira individual na pessoa de determinado servidor, mas atribuída ao Estado como um todo, constitui-se como subjetiva, pressupondo dolo ou culpa.<sup>148</sup>

A admitir-se responsabilidade objetiva nestas hipóteses, o Estado estaria erigido em segurador universal! Razoável que responda pela lesão patrimonial da vítima de um assalto se agentes policiais relapsos assistiram à ocorrência inertes e desinteressados ou se, alertados a tempo de evitá-lo, omitiram-se na adoção de providências cautelares. Razoável que o Estado responda por danos oriundos de uma enchente se as galerias pluviais e os bueiros de escoamento das águas estavam entupidos ou sujos, propiciando o acúmulo de água. Nestas situações, sim, terá havido descumprimento do dever legal na adoção de providências obrigatórias. Faltando, entretanto, este cunho de injuridicidade, que advém do dolo, ou culpa tipificada na negligência, na imprudência ou na imperícia, não há cogitar de responsabilidade pública.<sup>149</sup>

Essa noção entra em choque com as ideias de rompimento com a responsabilidade civil tradicional, como é um exemplo os danos causados ao meio

---

<sup>146</sup> É um conceito importado da doutrina espanhola, que também prevê a responsabilidade objetiva do Estado, excetuada tão somente quando há a quebra donexo causal. Prevê a *Ley 30* de 1992, da Espanha: Artículo 139. Principios de la responsabilidad.

1. Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

<sup>147</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Celso Bastos, 2002. p.303.

<sup>148</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p.628; no mesmo sentido: FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

<sup>149</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p.979.

ambiente, tão somente necessitando para a configuração da responsabilidade civil estatal ambiental a ocorrência da omissão; a existência de um dano, conduta, e um nexo causal entre os mesmos, com fulcro na Lei nº 6.938 de 1981<sup>150</sup> e também no artigo 225, § 3º, da Constituição Federal. Tão somente se faz necessário que o agente assuma o risco.<sup>151</sup>

Desta maneira, a responsabilidade civil objetiva estatal não se aplica indiscriminadamente a todos os casos de danos ambientais, como os que sejam causados por força maior, mas, tão somente os casos nos quais o Estado poderia ter previsto tal fenômeno que venha a causar certo tipo de dano, e tendo os meios para evitar, age de uma maneira desleixada, omissa.<sup>152</sup> O princípio da precaução em matéria de direito ambiental deve ser sopesado, pois sua aplicação excessiva ou insuficiente poderá causar o dever do Estado de indenizar. E a aplicação insuficiente poderá dar lugar a uma omissão.<sup>153</sup>

---

<sup>150</sup> Dispõe a Lei 6.938 de 1981:

Art 14 - Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores:

[...]

§ 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente. (BRASIL. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L6938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6938.htm)>. Acesso em: 02 dez. 2016).

Art. 225 da Constituição Federal, em seu § 3º:

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados. (BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 02 dez. 2016).

<sup>151</sup> HUPFFER, Haide Maria; NAIME, Roberto; ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; CORRÊA, Iose Luciane Machado. Responsabilidade civil do estado por omissão estatal. **Revista de Direito GV**, São Paulo, vol. 8, n.1, Jan./June. 2012. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1808-24322012000100005](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000100005)>. Acesso em: 15 jan. 2016.

<sup>152</sup> HUPFFER, Haide Maria; NAIME, Roberto; ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; CORRÊA, Iose Luciane Machado. Responsabilidade civil do Estado por omissão estatal. **Revista de Direito GV**, São Paulo, vol. 8, n.1, Jan./June. 2012. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1808-24322012000100005](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000100005)>. Acesso em: 15 jan. 2016.

<sup>153</sup> Aqui, nesse caso, o Estado omitiu-se, ante uma incerteza científica e o risco de dano ao meio ambiente, em face da não-aplicação do princípio da precaução. Impunha-se ao Estado não licenciar a comercialização do produto ou retirá-lo imediatamente do mercado. Descumprida essa obrigação imposta pelo princípio da precaução, presente está o dever de indenizar e reparar o meio ambiente. (WEDY. Gabriel. A responsabilidade do estado por dano ambiental e a precaução. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 30 jun. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jun-30/gabriel-wedy-responsabilidade-estado-dano-ambiental>>. Acesso em: 02 dez. 2016).

Assim, de uma maneira análoga, também pode ser entendido que a responsabilidade do Estado por omissão, nos contornos de uma nova responsabilidade civil com o afastamento da culpa também deve ser analisada nos moldes tão somente de uma responsabilidade objetiva, quando o Estado pode agir de determinada maneira a evitar violação contra direitos dos cidadãos, mas age de maneira omissa.<sup>154</sup>

Neste sentido, Rui Stocco também nos refere quanto à responsabilidade do Estado por omissão em matéria de segurança pública:

Mas o atual estado de insegurança e domínio dos espaços de liberdade pelos delinqüentes (assaltantes, matadores, traficantes e outros), quando um preso 'ilustre' (repudiado por todos os Estados da Federação que não o quiseram em seu território), consegue manter a sociedade aterrorizada e comandar a atividade criminosa do interior de presídio tido como de segurança máxima, impondo o temor, o silêncio e o cárcere privado a cidadãos de bem; quando o arrojo e a certeza de impunidade os compele e incita a eliminar integrantes dos poderes constituídos, como Juizes de Direito, Delegados de Polícia, policiais e agentes da fiscalização, tem-se que admitir que o Estado faliu, está anômico, não cumpre a sua finalidade e não mais responde aos estímulos e, portanto, está incapacitado para reagir e proteger. É um doente terminal.

Neste caso, é chegada a hora de repensar esse modelo e de estabelecer, no plano da responsabilidade civil, a socialização dos encargos, de modo que o Estado responderá e deverá reparar sempre, mas exigirá de cada um que se associe, obrigatoriamente a esse sistema socializado, contribuindo para a manutenção de um fundo securitário nacional de reparação de danos.<sup>155</sup>

Assim, a responsabilidade fundada na culpa nas omissões inconstitucionais é anacrônica e entra em um confronto direto contra a moderna noção do direito de danos, da responsabilidade civil com o afastamento da culpa.

Em sentido semelhante, o nexó causal proposto por Caitlin Sampaio Mulholland é perfeitamente adequado à responsabilidade civil objetiva do Estado. A

---

<sup>154</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1071741- SP (2008/0146043-5 de 16/12/2010). Relator ministro Herman Benjamin: "Ordinariamente, a responsabilidade civil do Estado, por omissão, é subjetiva ou por culpa, regime comum ou geral esse que, assentado no art.37 da Constituição Federal, enfrenta duas exceções principais. Primeiro, quando a responsabilização objetiva do ente público decorrer de expressa previsão legal, em microsistema especial, como na proteção do meio ambiente (Lei 6.938/1981, art. 3º, IV, c/c o art. 14, § 1º). Segundo, quando as circunstâncias indicarem a presença de um standard ou dever de ação estatal mais rigoroso do que aquele que jorra, consoante a construção doutrinária e jurisprudencial, do texto constitucional." (WEDY. Gabriel. A responsabilidade do estado por dano ambiental e a precaução. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 30 jun. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jun-30/gabriel-wedy-responsabilidade-estado-dano-ambiental>>. Acesso em: 02 dez. 2016).

<sup>155</sup> STOCO, Rui. Responsabilidade civil e segurança pública. **Migalhas**, 2005. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI14937,11049-Responsabilidade+civil+e+seguranca+publica>>. Acesso em: 02 dez. 2016.

própria motivação da responsabilidade objetiva do Estado nos traz a ideia inerente de que a noção de culpa vai afastar a ideia de reparação integral do dano sofrido, e logo, é excluída do âmbito estatal. Da mesma maneira, o nexos causal presumido também vem a buscar a reparação integral dos danos sofridos pela vítima, baseando-se em um juízo de probabilidade que traz a ideia de que o provável nexos causal existente, e a adequada forma de realização da prova da existência do mesmo, irão prejudicar mais do que colaborar com a reparação dos danos sofridos pela vítima.

Principalmente na responsabilidade civil com os contornos atuais, com o afastamento da culpa de maneira a ver a mesma como um empecilho para a reparação integral dos danos cometidos, e o mesmo se podendo dizer da identificação do autor do dano, faz-se necessário que em situações nas quais seja realizado um adequado juízo de probabilidade, o juiz tenha a faculdade de considerar a configuração de um dever de reparação que seja independente da prova de um nexos causal, baseando-se tal qual estudado na teoria da referida autora. Porém, a teoria circula justamente com base nesse juízo de probabilidade: a teoria do risco administrativo aceita no Brasil se diferencia da teoria do Risco Integral justamente pela ideia de que a ausência de nexos causal entre a atitude do Estado e o dano sofrido pela vítima lhe exclui a possibilidade de responsabilidade. Entretanto, o nexos causal presumido e a responsabilidade objetiva do Estado aceita no Brasil não são mutuamente excludentes. Como alertado e ilustrado por Gilmar Mendes, o resultado de uma responsabilização objetiva do Estado em todo e qualquer caso, se constituiria em catastrófica:

Argumenta que admitir-se, pois, a responsabilidade objetiva do Estado perante toda e qualquer situação, conduziria aos maiores absurdos, já que diante de qualquer fato lesivo causado por terceiros, como um assalto em via pública ou mesmo uma agressão sofrida em local público, se poderia invocar a responsabilidade do Estado, como um 'segurador universal' das mazelas humanas, utilizando-se de termo brilhantemente criado pelo Celso Antônio Bandeira de Mello, além de representar violação direta ao artigo 37 § 6º da Constituição Federal.<sup>156</sup>

O juízo de probabilidade pensado pela autora é aplicado em situações específicas nas quais o nexos causal é a possibilidade dotada de uma carga de

---

<sup>156</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 587.311-AgR**. AGTE.: Município de nova Iguaçu. AGDO.: Maria Izabel Fernandes da Silva. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 16 de novembro de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=617330>>. Acesso em: 15 set. 2016.

“quase-certeza”. O que muitas vezes vai se constituir, como no exemplo do jovem infectado pelo citomegalovírus, em uma prova impossível de ser realizada, mas de extrema probabilidade, inserindo o nexa causal em um verdadeiro empecilho à completa satisfação do princípio da dignidade humana. De tal modo que o nexa causal presumido se encontre admitido na legislação brasileira, sendo utilizado na jurisprudência nacional em inúmeros casos, e também pode a mesma ser relacionada com a Teoria da Causa Eficiente, que já foi aplicada em nosso Supremo Tribunal Federal em um caso de responsabilidade do Estado, como antes estudado. Na mesma linha de pensamento, também se encontra a noção de que sendo o Brasil um país no qual os juízes não estão adstritos a uma cadeia de decisões rígida como nos sistemas de *common law*, o uso da Teoria da Causa Eficiente encontra-se respaldado em contraponto à dominante ideia da Teoria da Causa Direta e Imediata.

Fica evidente que a prova contrária pelo Estado deverá ser realizada de maneira a provar a inexistência deste juízo de probabilidade nestes casos. Analogamente, será estudado o caso trazido pela autora Mulholland quanto à indústria tabagística:

Modelo exemplar da aplicação desta tese se observa no caso de danos causados pelo consumo de tabaco. A vítima do dano deve provar os seguintes elementos para legitimar sua pretensão reparatória. 1. a existência de um dano, como por exemplo, o câncer a boca, nas vias respiratórias ou no pulmão; 2. A tipicidade do resultado danoso, isto é, que o dano sofrido é característico de quem consome tabaco; e 3. o consumo do tabaco, isto é, a causalidade material. Realizada a prova destes elementos, presume-se a existência de um nexa de causalidade jurídico, seja adequado, seja necessário- dependendo da teoria causalista adotada, sem entrar no mérito de seus fundamentos – que levará a imputação da responsabilidade ao empreendedor da atividade tabagista.<sup>157</sup>

A causalidade presumida pode ser rebatida com base em uma demonstração de que os danos não são típicos do consumo do tabaco, ou que a vítima não consumiu cigarros, entrando neste caso também todas as discussões referentes ao risco, como a assunção do próprio risco que a vítima estaria realizando e que já foi estudada nessa dissertação. A presunção do nexa de causalidade é *ad hominis* e vai ser afastada caso sejam provados fatos que extinguem ou modificam a situação na qual se verifica uma quase certeza do nexa causal.<sup>158</sup>

---

<sup>157</sup> MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. **A responsabilidade civil por presunção de causalidade**. Rio de Janeiro: GZ, 2010. p.316.

<sup>158</sup> MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. **A responsabilidade civil por presunção de causalidade**. Rio de Janeiro: GZ, 2010. p.316.

No âmbito da responsabilidade do Estado, por exemplo, há os casos nos quais é comum vítimas pedirem indenizações perante o Estado por balas perdidas; a jurisprudência se divide em uma dominante corrente que exige que haja a prova de que o nexo causal leve o projétil disparado à ação de um policial, em contraponto à uma corrente que defende que pode haver o nexo causal presumido em virtude da presunção de que tenha havido um tiroteio no qual tenham participado policiais.<sup>159</sup>

Corroborando o debate em tela, Anderson Teixeira<sup>160</sup> também analisa a questão do nexo causal e sua modalidade presumida, que está consagrada na Teoria do Risco Administrativo em nosso ordenamento desde 1946, admitindo-se “o nexo causal presumido quando não for possível determinar claramente a relação de causalidade material entre conduta e resultado”. Informa que não se trata de efetuar a reparação de todo e qualquer dano, mas, uma vez que proposta a ação reparatoria, deverá então o Estado demonstrar a excludente do nexo causal, como exemplo, provar que a vítima agiu culposamente e causou o dano com a sua conduta.

Menciona os requisitos buscados pelo STF (utilizando o exemplo de um julgamento, pelo voto do Ministro Celso de Mello) para que haja a responsabilidade objetiva do Estado:

- a) alteridade do dano;
- b) causalidade material (conduta do agente público vinculada ao resultado, independentemente da ilicitude ou licitude da mesma);
- c) oficialidade da conduta;
- d) inexistência de causas excludentes (admitidas possíveis causas que excluam ou atenuem a responsabilidade do Estado, sendo analisado caso a caso).<sup>161</sup>

Cabe ressaltar que as teorias a justificar a relação de causalidade adotada para os casos em que há o nexo causal presumido, embora o STF adote na maioria das vezes a Teoria da Causa Direta, pode ser encaixada na Teoria da Causa Eficiente. Segundo Anderson Teixeira, ao

---

<sup>159</sup> MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. **A responsabilidade civil por presunção de causalidade**. Rio de Janeiro: GZ, 2010. p.316-319.

<sup>160</sup> TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Responsabilidade civil objetiva do estado por omissão que culminou em infecção hospitalar. In: FREITAS, Juarez; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski (Org.). **Comentários à jurisprudência do STF: direitos fundamentais e omissão inconstitucional**. Barueri-São Paulo: Manole, 2012. p.21.

<sup>161</sup> TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Responsabilidade civil objetiva do estado por omissão que culminou em infecção hospitalar. In: FREITAS, Juarez; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski (Org.). **Comentários à jurisprudência do STF: direitos fundamentais e omissão inconstitucional**. Barueri-São Paulo: Manole, 2012. p.22.

Aplicar a Teoria da Causa Eficiente, o Supremo transfere ao Estado o ônus de provar que as alegações são inverídicas, reafirma a Teoria do Risco Administrativo e, o que nos parece mais importante, estabelece ser possível a condenação com base no nexos causal presumido.<sup>162</sup>

Ainda sobre a mesma questão, Elisa Ustarróz<sup>163</sup> afirma que, em casos de danos ocasionados por terceiros, o Estado poderia querer defender-se alegando a interrupção do nexos de causalidade, pois o ato deveria ter sido apenas e diretamente causado por um agente estatal no exato exercício de suas funções. Houve uma mudança de perspectiva da jurisprudência do STF, com uma consequente atenuação da rigidez em relação ao nexos de causalidade, em que na maioria dos casos vige a teoria da causa direta e imediata. Ao tratar especificamente do caso de fuga de presos, informa que seria possível encaixar a situação no descumprimento do dever legal do Estado de vigilância como configurador do nexos de causalidade. Informa que a simples negligência do Estado em agir pode configurá-lo<sup>164</sup>:

[...] a negligência estatal no cumprimento do dever de guarda e vigilância dos presos sob sua custódia e inércia do Poder Público no seu dever de empreender esforços para a recaptura do foragido são suficientes para caracterizar o nexos de causalidade.<sup>165</sup>

Contudo, ainda informa que o tema é controverso inclusive entre os Ministros.

---

<sup>162</sup> TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Responsabilidade civil objetiva do estado por omissão que culminou em infecção hospitalar. In: FREITAS, Juarez; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski (Org.). **Comentários à jurisprudência do STF: direitos fundamentais e omissão inconstitucional**. Barueri-São Paulo: Manole, 2012. p.29.

<sup>163</sup> USTARROZ, Elisa. Omissão estatal e responsabilidade objetiva pela fuga de presos. In: FREITAS, Juarez; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski (Org.). **Comentários à jurisprudência do STF: direitos fundamentais e omissão inconstitucional**. Barueri-São Paulo: Manole, 2012. p.73.

<sup>164</sup> O autor compartilha do mesmo entendimento, uma vez que diz: "Basta provar a ineficiência do Estado, cabendo ao Estado a prova de ter ocorrido força maior e não bastando que comprove a simples ausência de culpa, ou seja, a impecabilidade da conduta de cada um de seus agentes, pois a falha seria do sistema, ou seja, da máquina estatal considerada globalmente". (WALD, Arnoldo. Os fundamentos da responsabilidade civil do estado. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, Edição Temática. p. 25-44, 1993. p.29). Ainda defende que a relação de causalidade decorre do simples fato de ter ocorrido o dano ou sido ensejada ou facilitada a sua ocorrência em virtude de ação ou inércia dos poderes públicos.

<sup>165</sup> USTARROZ, Elisa. Omissão estatal e responsabilidade objetiva pela fuga de presos. In: FREITAS, Juarez; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski (Org.). **Comentários à jurisprudência do STF: direitos fundamentais e omissão inconstitucional**. Barueri-São Paulo: Manole, 2012. p.75.

### 3 ENTRE ATIVISMO JUDICIAL E EFETIVAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO: POSSÍVEIS LIMITES PARA A ATUAÇÃO JUDICIAL EM CASOS DE RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO INCONSTITUCIONAL

Primeiramente, faz-se necessário um subcapítulo que estude o conceito de ativismo judicial. Matéria controversa, sujeita a inúmeras definições, ou até mesmo definições iguais com nomes diferentes, e que para tanto se faz presente a busca por uma evolução histórica e um estudo de seus diferentes conceitos, para enfim conceituar na presente pesquisa o que se entenderá por uma postura ativista do juiz.

No segundo subcapítulo, haverá a exposição de argumentos sobre a relação da postura ativista do Poder Judiciário e o que isso influenciará na separação de poderes, bem como uma análise detalhada da referida teoria para poder enfrentar as questões atinentes ao ativismo judicial e a democracia, bem como um terceiro subcapítulo desdobrando a questão da patologia da omissão inconstitucional.

O quarto e o quinto subcapítulos serão estudos de caso de posturas ativistas do Supremo Tribunal Federal em casos de omissões inconstitucionais ou administrativas, para um melhor enfrentamento da matéria no que diz respeito ao ordenamento jurídico brasileiro, não se excluindo a análise de casos de outros tribunais.

E um subcapítulo final analisará críticas e argumentos acerca do ativismo judicial para, enfim, estabelecer possíveis limites a uma eventual postura ativista ou não do Poder Judiciário, tanto quanto se levando em consideração o nexos causal presumido, como ao ativismo judicial de uma maneira ampla.

#### 3.1 Conceituando Ativismo Judicial

O conceito de ativismo judicial é uma matéria de cunho notadamente controverso, sendo termo conceituado de inúmeras formas, muitas vezes contraditórias.<sup>166</sup> Desta maneira se faz necessário um estudo de diversos conceitos atuais, bem como da formação histórica do mesmo para a formulação de uma noção de ativismo judicial para o prosseguimento do presente trabalho.

---

<sup>166</sup> Ao mesmo tempo em que o problema é reconhecido, há insistência na ausência de criação de uma definição, porém seu uso mesmo assim continua a se propagar. (KMIEEC, Keenan D. The origin and current meanings of Judicial Activism. **California Law Review**, California, vol. 92, issue 5, October, 2004. Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1324&context=californialawreview>>. Acesso em: 15 dez. 2016).

A primeira vez em que o termo foi utilizado ocorreu na revista americana *Fortune Magazine*, em janeiro de 1947, em um artigo escrito pelo historiador Arthur Schlesinger Jr, este que, segundo Keenan Kmieec,

Analisou a atuação de todos os juizes da Suprema Corte na época, expondo as alianças e divisões entre eles. O artigo caracterizou os juizes Black, Douglas, Murphy e Rutlege como 'ativistas judiciais' e os juizes Franfurter, Jackson e Burton como os campeões do auto-comedimento.<sup>167</sup>

No entanto, a utilização do termo “ativismo judicial” pela primeira vez já vem acompanhada de imprecisão terminológica e falha em definir o mesmo como um atributo louvável ou reprovável dos juizes.<sup>168</sup> Entre algumas noções que vislumbram a formação efetiva de um conceito de ativismo judicial, apresentam-se a falha em seguir os textos de lei, ignorar a história ou tradição jurisprudencial, criação de novos direitos ou teorias, alteração de doutrinas ou interpretações existentes, e inclusive julgar com base em interesses partidários<sup>169</sup>. Keenan D. Kmieec propõe uma divisão ao ativismo judicial em: a) ataque a ações constitucionais exercidas por outros atores políticos; b) ignorar precedente; e c) produzir legislação judicial.<sup>170</sup>

A formação histórica de um conceito de ativismo judicial passa necessariamente pelo estudo também de suas três grandes fases. A primeira fase é a Era *Lochner*, também chamado de ativismo judicial *laissez-faire*, marcada pela tendência em proteger os trabalhadores das condições precárias de trabalho as

<sup>167</sup> “[...] Schlesinger's article profiled all nine Supreme Court justices on the Court at that time and explained the alliances and divisions among them. The article characterized Justices Black, Douglas, Murphy, and Rutlege as the 'Judicial Activists' and Justices Frankfurter, Jackson, and Burton as the 'Champions of Self Restraint'. Nas explicações trazidas pelo autor aqui referido sobre as diferenças conceituais entre os dois termos criador por Arthur Schlesinger Jr, se destaca as ideias de que um grupo se preocupa com a utilização da Corte como um instrumento para se atingir efeitos sociais desejados; já o outro se preocupa na utilização da mesma como uma maneira de os outros segmentos do governo atingirem os resultados que o povo quer, seja para o melhor, ou para o pior. Desta maneira, o conceito de ativismo judicial se encontra indissociável da noção de auto-comedimento”. (KMIEEC, Keenan D. The origin and current meanings of Judicial Activism. **California Law Review**, California, vol. 92, issue 5, October, 2004. Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1324&context=californialawreview>>. Acesso em: 15 dez. 2016).

<sup>168</sup> TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 8, n. 1. p. 37-57, Junho/2012. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1808-24322012000100002](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000100002)>. Acesso em: 15 dez. 2016.

<sup>169</sup> YUNG, Corey Rayburn. Flexing judicial muscle: an empirical study of judicial activism in the federal courts. **Northwestern University Law Review**, vol. 105, n. 1, 2011; 2010. Disponível em: <[ssrn.com/abstract=1434742](http://ssrn.com/abstract=1434742)>. Acesso em: 15 dez. 2016. p.10.

<sup>170</sup> KMIEEC, Keenan D. The origin and current meanings of Judicial Activism. **California Law Review**, California, vol. 92, issue 5, October, 2004. Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1324&context=californialawreview>>. Acesso em: 15 dez. 2016.

quais estavam submetidos.<sup>171</sup> Esta era vem cronologicamente antes da aparição do termo “ativismo judicial”, porém, se constitui em um flagrante caso do que hoje muitos entendem como parte do conceito do mesmo, inclusive, quando não se entende como parte de tal conceito a criação judicial do Direito ou o *judicial review* (controle difuso de constitucionalidade das leis). A era *Lochner* durou de 1897, até meados de 1937.<sup>172</sup>

No caso *Lochner vs. N.Y.*, a Suprema Corte americana intervém após a edição de uma legislação que regulamenta número máximo de horas de trabalho para empregados de fábricas, salários mínimos, entre outras medidas, tornando-se um dos mais emblemáticos e simbólicos julgados da era *Lochner*:

A Suprema Corte Americana porém, entendeu que essa ‘interferência com a liberdade contratual’ seria inconstitucional. A Suprema Corte Americana interpretou a palavra liberdade, presentes na quinta e na decimal-quarta emenda como um conceito que envolvia a liberdade contratual, e portanto, uma teoria do devido processo econômico, de acordo com a qual era essencial que todas as medidas restringindo a liberdade contratual fossem justas e razoáveis, isso é, que estivessem de acordo com o devido processo legal na décima quarta emenda.<sup>173</sup>

Os juízes receberam inúmeras críticas quanto ao flagrante ativismo judicial exercido na Era *Lochner*, como a busca pela proteção de interesses de pessoas com poderio econômico em contraponto aos interesses progressistas, a quebra na democracia<sup>174</sup>, além da impossibilidade de se atacar a legislação visto que a Constituição não foi idealizada com vista a uma teoria econômica em particular (*laissez-faire*).<sup>175</sup>

<sup>171</sup> KATJU, Markandey. Separation of powers, judicial review and judicial activism. **Blog Satyam Bruyat - Justice Katju**, 2013. Disponível em: <<http://justicekatju.blogspot.com.br/2013/10/separation-of-powers-judicial-review.html>>. Acesso em: 15 dez. 2016.

<sup>172</sup> TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 8, n. 1. p. 37-57, Junho/2012. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1808-24322012000100002](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000100002)>. Acesso em: 15 dez. 2016.

<sup>173</sup> The US Supreme Court, however, regarded this ‘interference with freedom of contract’ as unconstitutional. It interpreted the word ‘liberty’ in the 5<sup>th</sup> and 14<sup>th</sup> Amendments as including liberty of contract, and thereby formulated, in the last decade of the 19<sup>th</sup> century, a theory of ‘economic due process’ according to which it was essential that all measures restricting liberty of contract be just, fair and reasonable, that is, in accordance with the due process clause in the 14<sup>th</sup> Amendment. (KATJU, Markandey. Separation of powers, judicial review and judicial activism. **Blog Satyam Bruyat - Justice Katju**, 2013. Disponível em: <<http://justicekatju.blogspot.com.br/2013/10/separation-of-powers-judicial-review.html>>. Acesso em: 15 dez. 2016).

<sup>174</sup> GREEN, Craig. An intellectual history of judicial activism. **Emory Law Journal**, Philadelphia, Vol. 58, n. 5. p.1195, 2009. Disponível em: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1410728](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1410728)>. Acesso em: 15 jan. 2017. KATJU, Markandey. Separation of powers, judicial review and judicial activism. **Blog Satyam Bruyat - Justice Katju**, 2013. Disponível em: <<http://justicekatju.blogspot.com.br/2013/10/separation-of-powers-judicial-review.html>>. Acesso em: 15 dez. 2016.

A segunda fase é denominada “Warren Court”, e se inicia em 1953, quando o juiz Earl Warren se torna o novo presidente da Corte. Warren tinha diversas ideologias referentes à justiça social que aplicava em suas decisões, arranjando críticos que alegavam que a Constituição não vinha sendo interpretada como deveria, mas estava à mercê da subjetividade dos juízes, e também de que estava legislando, ao invés de agir como deveria o judiciário.<sup>176</sup> Também, em que pese a defesa de direitos individuais e busca pela justiça social, a fase Warren Court traz os casos mais emblemáticos a favor do ativismo, e também muitos casos que dão uma conotação pejorativa ao mesmo, também trazendo maus resultados e métodos impróprios.<sup>177</sup>

O caso *Brown vs Board of education* foi o mais emblemático desta era, no qual se decidiu que as escolas com alunos separados racialmente entre brancos e negros ia contra a décima quarta emenda da Constituição estadunidense, que estendia aos negros todos os direitos que possuíam os brancos<sup>178</sup>. Outro passo importante desta segunda era foi com relação ao direito a um devido processo legal em âmbito criminal, incluindo a interpretação da sexta emenda da Constituição estadunidense de que para aquele que não estivesse economicamente possibilitado para a contratação de um advogado fosse indicado um defensor público.<sup>179</sup> A redação da sexta emenda previa especificamente apenas a assistência de defensor público para a defesa do acusado.<sup>180</sup>

É uma fase conhecida por sua contribuição tida como revolucionária pelos efeitos políticos e sociais, dotada de inúmeras decisões importantes no que tange à

<sup>176</sup> KATJU, Markandey. Separation of powers, judicial review and judicial activism. **Blog Satyam Bruyat - Justice Katju**, 2013. Disponível em: <<http://justicekatju.blogspot.com.br/2013/10/separation-of-powers-judicial-review.html>>. Acesso em: 15 dez. 2016.

<sup>177</sup> GREEN, Craig. An intellectual history of judicial activism. **Emory Law Journal**, Philadelphia, Vol. 58, n. 5. p.1195, 2009 Disponível em: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1410728](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1410728)>. Acesso em: 15 jan. 2017.

<sup>178</sup> BROWN v. board of education of topeka, 347 U.S. 483. Justia us Supreme Court. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/483/>>. Acesso em: 15 jan. 2017.

<sup>179</sup> KATJU, Markandey. Separation of powers, judicial review and judicial activism. **Blog Satyam Bruyat - Justice Katju**, 2013. Disponível em: <<http://justicekatju.blogspot.com.br/2013/10/separation-of-powers-judicial-review.html>>. Acesso em: 15 dez. 2016.

<sup>180</sup> “Amendment VI: In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the state and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the assistance of counsel for his defense”. (KATJU, Markandey. Separation of powers, judicial review and judicial activism. **Blog Satyam Bruyat - Justice Katju**, 2013. Disponível em: <<http://justicekatju.blogspot.com.br/2013/10/separation-of-powers-judicial-review.html>>. Acesso em: 15 dez. 2016).

proteção constitucional aos politicamente fracos, socialmente desprezados e criminalmente suspeitos, forçando o Judiciário a estender sua consideração e respeito ao direito de minorias impopulares.<sup>181</sup>

Já a terceira fase, que perdura até os dias de hoje, provavelmente se inicia com o caso *New York vs United States*, em que uma decisão da Suprema Corte julga que um dispositivo de lei de competência do Congresso Americano excedeu seu poder em relação à cláusula de comércio.<sup>182</sup>

Nesta terceira fase há ênfase em reestabelecer as estruturas do federalismo, impondo-se restrições aos poderes governamentais em interferir nas funções precípuas dos outros<sup>183</sup>. Mas, ao mesmo tempo, um crescente clamor público pelo ativismo judicial: a omissão de atores políticos em matéria de direitos fundamentais entre outros fatores, como a corrupção, política como sinônimo de interesses partidários, burocratização estatal, e outras maneiras pelas quais os outros poderes sofrem uma deslegitimação perante a sociedade, aumentando a ideia de um juiz “Hércules”, apto a resolver os problemas sociais.<sup>184</sup>

Em que pese os vários elementos de definição já trazidos quanto ao ativismo judicial, a construção de um conceito de ativismo judicial pela doutrina brasileira passa necessariamente pela tendência em se aceitar que os juízes ativistas são vistos como aqueles que invadem as áreas de competências dos outros atores políticos, em contraponto direto ao indissociável conceito de auto-comedimento, como aqueles que não invadem estas funções precípuas ao Legislativo e ao Executivo. Ou seja, o ativismo judicial como a interferência do Poder Judiciário no processo democrático. Esta é a noção mais identificada com o ativismo judicial e presente na definição de vários autores, em que pese envolver tão somente uma

---

<sup>181</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996. p.92.

<sup>182</sup> KMIEEC, Keenan D. The origin and current meanings of Judicial Activism. **California Law Review**, California, vol. 92, issue 5, October, 2004. Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1324&context=californialawreview>>. Acesso em: 15 dez. 2016.

<sup>183</sup> A ênfase em manter as estruturas do federalismo é exemplificada pelos esforços do Juiz Wilkinson, em citações trazidas por Kmiec, que afirma que o federalismo foi fundamentalmente esquecido na segunda fase do Ativismo Judicial, a fase “Warren Court”. (KMIEEC, Keenan D. The origin and current meanings of Judicial Activism. **California Law Review**, California, vol. 92, issue 5, October, 2004. Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1324&context=californialawreview>>. Acesso em: 15 dez. 2016).

<sup>184</sup> TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 8, n. 1. p. 37-57, Junho/2012. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1808-24322012000100002](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000100002)>. Acesso em: 15 dez. 2016.

pequena parcela dos elementos definidores de ativismo judicial.<sup>185</sup> Já Anderson Teixeira sustenta que este conceito deve ser usado com cautela quando se trata de combater as omissões dos demais poderes.<sup>186</sup>

Esta noção é adequada ao Brasil, tendo em vista a ideia de que a avaliação do modo de exercício da função jurisdicional um dos fatores mais importantes na definição do que se constitui ou não em ativismo judicial, pois exclui as definições do referido conceito envolvendo a adstrição à jurisprudência e decisões anteriores, vinculado ao princípio da *stare decisis*, como no sistema estadunidense<sup>187</sup>. O princípio da *stare decisis* representa a ideia de que *um caso* análogo já julgado somente não será aplicado a um caso futuro quando não ocorrer a similaridades entre os elementos que caracterizam ambos os casos, a menos que seja necessária uma inovação jurisprudencial em função de outros princípios e regras que demandem aplicação. Logo, o *stare decisis* vincula para o futuro todos os demais juízes que venham a atuar em matéria semelhante:<sup>188</sup>

Diante de um precedente, os órgãos incumbidos do exercício da função jurisdicional se comportam como o fazem os magistrados nos sistemas romano-germânicos diante da Constituição ou da lei: primeiro verificam a pertinência do julgado diante do caso que lhes é trazido a julgamento, pois podem entender que a norma dele inferida não é aplicável à controvérsia atual, em razão de diferenças relevantes no respectivo material fático (a técnica do *distinguishing*); em segundo lugar, procede-se ao refinamento da interpretação do texto da decisão precedente, do que poderá resultar a

<sup>185</sup> Katju faz a ressalva de que vê o Ativismo Judicial como uma derivação da jurisprudência sociológica, o que arma o Judiciário com amplos poderes legislativos e executivos. Kmiec também define como ativismo judicial quando se ignora precedentes judiciais. Ver sobre isso também os outros textos aqui já citados. (KATJU, Markandey. Separation of powers, judicial review and judicial activism. **Blog Satyam Bruyat - Justice Katju**, 2013. Disponível em: <<http://justicekatju.blogspot.com.br/2013/10/separation-of-powers-judicial-review.html>>. Acesso em: 15 dez. 2016) Yung vê o conceito de ativismo judicial como um complexo conceito multidimensional, e portanto, impossível de se analisar por um simples binômio auto-comedimento e ativismo, mas faz a ressalva de que a única forma de se medir o ativismo de determinado juiz para muitos autores é através da intervenção judicial no processo democrático, corroborando o entendimento desta ideia como a noção dominante. (YUNG, Corey Rayburn. Flexing judicial muscle: an empirical study of judicial activism in the federal courts. **Northwestern University Law Review**, vol. 105, n. 1, 2011; 2010. Disponível em: <[ssrn.com/abstract=1434742](http://ssrn.com/abstract=1434742)>. Acesso em: 15 dez. 2016).

<sup>186</sup> TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 8, n. 1. p. 37-57, Junho/2012. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1808-24322012000100002](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000100002)>. Acesso em: 15 dez. 2016.

<sup>187</sup> Ideias trazidas para a criação de um conceito a partir de RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.104-105.

<sup>188</sup> TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 8, n. 1. p. 37-57, Junho/2012. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1808-24322012000100002](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000100002)>. Acesso em: 15 dez. 2016; CICONETTI, Stefano Maria; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Jurisdição constitucional comparada**. Florianópolis: Conceito, 2010. p.284.

restrição ou ampliação dos efeitos da norma a ele acoplada ou até mesmo o reconhecimento da revogação, total ou parcial, do precedente (a técnica do *overruling*); finalmente, na hipótese de se assentar a imprestabilidade do precedente para o caso *sub judice*, o juiz ou o tribunal produzirão a norma de decisão com base nos princípios gerais do *common law*, no raciocínio analógico ou na equidade, de forma similar ao procedimento de integração de lacunas nos sistemas de *civil law*, mas com a relevante diferença de que essa decisão inovadora, se adotada por tribunal de apelação ou superior, passará a constituir um precedente vinculativo.<sup>189</sup>

Este conceito do Judiciário interferindo no processo democrático se constitui no chamado ativismo judicial como objeto de estudo de uma ciência política, diferente da ideia do mesmo como um produto da jurisprudência. O ativismo judicial como produto da jurisprudência, diferentemente, representa o nível de liberdade possuído pelo Judiciário na interpretação de leis já existentes, em que pese sua necessidade de adstrição à moda de julgados anteriores, comum nos já referidos sistemas da *common law*.<sup>190</sup>

Também é válido fazer menção ao conceito de Arpita Saha:

O conceito de ativismo judicial é contrário à ideia da doutrina da Separação de Poderes formada pelo legislativo, executivo e judiciário. A Constituição indiana demarca a competência de todos eles e suas áreas de operação. Porém, as vezes, com as falhas do poder legislativo e executivo, a Separação de Poderes se transforma em uma teoria tão somente presente em manuais, e o terceiro poder do governo, o judiciário, assume poderes sem precedentes com o nome de *Judicial Review*, um fundamento da Constituição indiana. À isso, denominamos *Ativismo Judicial*.<sup>191</sup>

Porém, para efeitos do presente trabalho e dos conceitos já dispostos, *judicial review* e ativismo judicial não se confundem. Como nos explica Anderson Teixeira, aquele é um controle de legitimidade constitucional de atos normativos ou com força

<sup>189</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.106.

<sup>190</sup> A noção dominante do Ativismo Judicial como objeto de estudo de uma ciência política se justifica por sua utilização pela grande maioria dos autores aqui estudados. Mesmo que não ofereçam um conceito determinado, se extrai o mesmo pelo conteúdo de seus textos, inclusive nas partes em que referem à críticas envolvendo a quebra de democracia pelas funções que o Judiciário pode exercer. (SALZBERGER, Eli. *Judicial activism*. In *Israel: sources, forms and manifestations*. **Universidade de Haifa - Faculdade de Direito**, 2007. Disponível em: <[ssrn.com/abstract=984918](https://ssrn.com/abstract=984918)>. Acesso em: 15 jan. 2017).

<sup>191</sup> "The concept of Judicial Activism goes against the very doctrine of Separation of Powers among the Legislative, the Executive and the Judiciary. The Constitution of India demarcates all these powers and their areas of operation. However, sometimes with the failure of the Legislature and the Executive, the Separation of Powers remain a theory only in textbooks and the third wing of governance, the judiciary assumes powers unprecedented for under the name and guise of *Judicial Review*, which is a very basic feature of the Constitution of India.6 This is known as *Judicial Activism*". (SAHA, Arpita. *Judicial activism in curbing the problem of public nuisance to environment in india*. **Universidade de Direito Nacional**, Jodhpur, 2009. Disponível em: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1439704](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1439704)>. Acesso em: 15 jan. 2017).

de lei, i.e., o controle difuso de constitucionalidade de leis. Já no ativismo judicial teremos decisões baseadas em argumentos políticos.<sup>192</sup>

Outro conceito muitas vezes utilizado de maneira semelhante ao ativismo judicial, mas que com ele não se confunde, é a judicialização.<sup>193</sup>

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, freqüentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.<sup>194</sup>

No mesmo sentido, Lenio Luiz Streck, que nos afirma que a judicialização é um problema de competência ou incompetência para a prática de determinado ato, ligada ao funcionamento inadequado das instituições, enquanto que no ativismo o juiz vai substituir os juízos políticos e morais, a vontade do julgador substitui o debate político fundada em uma subjetividade.<sup>195</sup>

<sup>192</sup> TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 8, n. 1. p. 37-57, Junho/2012. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1808-24322012000100002](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000100002)>. Acesso em: 15 dez. 2016.

<sup>193</sup> Lênio Luiz Streck em seus artigos “O Rubicão e os quatro ovos do condor: de novo, o que é ativismo?” e “O que é isto, o ativismo judicial, em números?”, tece críticas à Luiz Werneck Vianna e Thamy Pogrebinschi como autores que utilizam de ativismo judicial e judicialização de maneira equivocada: STRECK, Lenio Luiz. O Rubicão e os quatro ovos do condor: de novo, o que é ativismo?. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 7 jan. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jan-07/senso-incomum-rubicao-quatro-ovos-condor-ativismo>>. Acesso em: 15 jan. 2017. e STRECK, Lenio Luiz. O que é isto, o ativismo judicial, em números?. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 26 out. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-out-26/observatorio-constitucional-isto-ativismo-judicial-numeros>>. Acesso em: 15 jan. 2017.

<sup>194</sup> BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. **Faculdade de Direito de Franca**. [2017?]. Disponível em: <[www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso\\_para\\_Selecao.pdf](http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf)>. Acesso em: 15 jan. 2017.

<sup>195</sup> STRECK, Lenio Luiz. O Rubicão e os quatro ovos do condor: de novo, o que é ativismo?. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 7 jan. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jan-07/senso-incomum-rubicao-quatro-ovos-condor-ativismo>>. Acesso em: 15 jan. 2017. e STRECK, Lenio Luiz. O que é isto, o ativismo judicial, em números?. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 26 out. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-out-26/observatorio-constitucional-isto-ativismo-judicial-numeros>>. Acesso em: 15 jan. 2017.

O autor nos traz um exemplo de ativismo judicial praticado em território brasileiro:

Por exemplo, quando o STF decide que, no artigo 366 do CPP, a prova considerada urgente fica ao arbítrio do juiz decidir, está não somente fazendo ativismo, com a institucionalização da discricionariedade judicial - ponto importante para aferir o grau de ativismo e da judicialização - como também está 'legislando'. Não parece que o legislador, ao estabelecer, nos marcos da democracia, que a prova considerada urgente possa ser colhida de forma antecipada, tenha 'querido' deixar isso ao bel prazer do juiz [...]. Bom, mas foi isto que o STF disse que o dispositivo 'quer dizer'. Atenção: sei que o STF mudou sua posição depois disso (HC 114.519). O que importa, entretanto, é que assim já havia julgado.<sup>196</sup>

Notando-se então aí a clara ofensa à separação dos poderes, pois está o Judiciário legislando. Também, do mesmo autor:

Por vezes, para a preservação dos direitos fundamentais, faz-se necessário que o Judiciário (ou os Tribunais Constitucionais) seja chamado a se pronunciar, toda vez que existir uma violação por parte de um dos Poderes à Constituição. Portanto, a judicialização decorre de (in)competência - por motivo de inconstitucionalidades - de poderes ou instituições.<sup>197</sup>

Judicialização se relaciona com o funcionamento inadequado das instituições; já o ativismo judicial se relaciona com a resposta que o Judiciário vai oferecer para a questão que é alvo de legislação; se os juízos e valores pessoais do juiz substituírem o debate político, a este estaremos chamando de ativista.<sup>198</sup>

### 3.2 O Princípio da Separação de Poderes em Face do Ativismo Judicial

A separação dos poderes de Montesquieu é a base da discussão acerca do ativismo judicial como objeto de estudo da ciência política.<sup>199</sup> Para Montesquieu, a função legislativa irá consistir na produção de normas gerais e abstratas; a função judicial irá verificar em concreto a violação ou não de tais normas; e a função

<sup>196</sup> STRECK, Lênio Luiz. O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns?. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 13 jun. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>>. Acesso em: 15 jan. 2017.

<sup>197</sup> STRECK, Lenio Luiz. O Rubicão e os quatro ovos do condor: de novo, o que é ativismo?. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 7 jan. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jan-07/senso-incomum-rubicao-quatro-ovos-condor-ativismo>>. Acesso em: 15 jan. 2017.

<sup>198</sup> STRECK, Lenio Luiz. O Rubicão e os quatro ovos do condor: de novo, o que é ativismo?. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 7 jan. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jan-07/senso-incomum-rubicao-quatro-ovos-condor-ativismo>>. Acesso em: 15 jan. 2017.

<sup>199</sup> KATJU, Markandey. Separation of powers, judicial review and judicial activism. **Blog Satyam Bruyat - Justice Katju**, 2013. Disponível em: <<http://justicekatju.blogspot.com.br/2013/10/separation-of-powers-judicial-review.html>>. Acesso em: 15 dez. 2016.

executiva possui um caráter residual, no sentido de incluir todo ato individual que não se inclui em uma ou outra das funções anteriores. Os três poderes estarão em um mesmo plano, sem hierarquia entre os mesmos, e Montesquieu nos deixa claro também que o Judiciário deve seguir a letra da lei, sendo um pressuposto do governo republicano.<sup>200</sup>

#### Sobre a separação de poderes de Montesquieu:

É importante salientar que a doutrina a que se convencionou a denominação 'Separação dos Poderes', não foi assim conceituada por seu autor Montesquieu. Da leitura de sua obra, extraem-se duas ideias principais, quais sejam: a distinção tripartite das funções do Estado e a ideia de controle recíproco entre estas atividades. Em momento algum escreveu o autor a palavra 'separação dos poderes', isto decorreu da interpretação principal de sua obra, mormente a apropriação da doutrina que se constituiu em um dos paradigmas apregoados pela Revolução Francesa.<sup>201</sup>

Desta maneira, na França, que é onde surgiu o princípio da separação dos poderes, isso foi interpretado simploriamente e erroneamente como a impossibilidade de um poder exercer controle sobre o outro.<sup>202</sup> Também no mesmo sentido, Carlos Ruiz Miguel expõe que a separação de poderes se encontra demasiadamente defasada, com necessidade de uma leitura moderna; discorre que a separação de poderes será não a impossibilidade de um poder exercer funções precípuas de outro poder, mas sim a impossibilidade de um dos atores políticos exercer completamente as funções do outro, como por exemplo, o Judiciário agir como se fosse o Legislativo.<sup>203</sup>

<sup>200</sup> GUASTINI, Ricardo. Separación de los poderes o división de lo poder?. **Grado Cero Prensa**, 2015. Disponível em: <<https://gradoceroprensa.wordpress.com/2015/12/30/separacion-de-los-poderes-o-division-del-poder-de-riccardo-guastini/>>. Acesso em: 15 jan. 2017. "No governo republicano, é da natureza da Constituição que os juízes sigam a letra da lei. Não há cidadão contra quem se possa interpretar uma lei quando se trata de seus bens, honra, ou de sua vida". (MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000).

<sup>201</sup> GRISON, Leonardo; LIMBERGER, Têmis. Políticas públicas e direito à saúde: tensão entre os poderes - a necessidade de estabelecer critérios judiciais para a intervenção. **Revista do Direito da UNISC**, Santa Cruz. 31, jan./jun., 2009. Disponível em: <<https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/1082>>. Acesso em: 15 jan. 2017.

<sup>202</sup> GRISON, Leonardo; LIMBERGER, Têmis. Políticas públicas e direito à saúde: tensão entre os poderes - a necessidade de estabelecer critérios judiciais para a intervenção. **Revista do Direito da UNISC**, Santa Cruz. 31, jan./jun., 2009. Disponível em: <<https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/1082>>. Acesso em: 15 jan. 2017.

<sup>203</sup> MIGUEL, Carlos Ruiz. Crítica de la llamada inconstitucionalidad por omisión. **Revista Peruana de Derecho Constitucional**, nº 2, p. 99-110, (2000). Disponível em: <[https://www.academia.edu/24643655/Cr%C3%ADtica\\_de\\_la\\_llamada\\_inconstitucionalidad\\_por\\_omisi%C3%B3n](https://www.academia.edu/24643655/Cr%C3%ADtica_de_la_llamada_inconstitucionalidad_por_omisi%C3%B3n)>. Acesso em: 15 jan. 2017.

A separação dos poderes de Montesquieu também se diferencia da divisão de poderes. A separação de poderes é marcada pela especialização de função entre os órgãos, quando uma função é exercida em sua integralidade por determinado órgão, o Legislativo não devendo exercer as funções judiciais pelo mesmo motivo ao qual ao Judiciário não é possível exercer as funções legislativas, se a comprovação da violação do direito for confiada para o mesmo órgão competente de criar o mesmo, a igualdade e a segurança jurídica poderiam ser danificadas. E também, formado pela independência recíproca entre os mesmos, quando um órgão está livre de qualquer interferência por parte do outro em razão de sua função, duração e funcionamento.<sup>204</sup>

Já na divisão de poderes, estes atributos não são existentes no que diz respeito aos poderes Legislativo e Executivo, ocorrendo um sistema de freios e contrapesos.<sup>205</sup> Neste sistema de divisão de poderes envolvendo o sistema de freios e contrapesos, os poderes são impedidos uns pelos outros de abusarem das competências que lhe são conferidas. Neste caso, o Poder Judiciário perde sua parcela de contribuição no poder político, formado tão somente pelo Legislativo e pelo Executivo, pois serve somente para verificar eventuais violações na lei. Os atributos de independência e especialização se aplicam ao Poder Judiciário.<sup>206</sup>

Outros fundamentos para a existência do ativismo judicial são justificados pelas teorias indianas do preenchimento de vazios e do clamor público. A teoria do preenchimento de vazios nos traz que a inércia de um ator político cria um vazio dentro do modelo político local. Para evitar danos à nação e desastres na disposição democrática inerente a mesma, outro poder deve assumir a responsabilidade no preenchimento deste vazio.<sup>207</sup> Desta maneira, outros atores políticos expandem seus horizontes para realizar as funções que não foram realizadas por determinado poder:

Neste caso, o vazio é criado pela inatividade, incompetência, desrespeito com as normas legais, negligência, corrupção, indisciplina e falta de caráter dos membros dos outros dois órgãos do governo, o legislativo e o executivo. Logo, resta ao judiciário, o órgão restante do sistema de governo, ao qual

---

<sup>204</sup> GUASTINI, Ricardo. Separación de los poderes o división de lo poder?. **Grado Cero Prensa**, 2015. Disponível em: <<https://gradoceroprensa.wordpress.com/2015/12/30/separacion-de-los-poderes-o-division-del-poder-de-riccardo-guastini/>>. Acesso em: 15 jan. 2017.

<sup>205</sup> *Checks and balances*.

<sup>206</sup> GUASTINI, Ricardo. Separación de los poderes o división de lo poder?. **Grado Cero Prensa**, 2015. Disponível em: <<https://gradoceroprensa.wordpress.com/2015/12/30/separacion-de-los-poderes-o-division-del-poder-de-riccardo-guastini/>>. Acesso em: 15 jan. 2017.

<sup>207</sup> SAHA, Arpita. Judicial activism in India: a necessary evil. **Universidade de Direito Nacional**, Jodhpur, 2008. Disponível em: <[papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1156979](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1156979)>. Acesso em: 15 jan. 2017.

não lhe resta outra escolha mas expandir seus horizontes e preencher os vazios criados pelo legislativo e pelo executivo.<sup>208</sup>

Já a teoria do clamor público nos traz que o ativismo judicial surge quando a legislação não consegue resolver todos os problemas e situações da sociedade, restando ao Judiciário melhorar a situação daqueles que se encontram oprimidos com esta situação. A única maneira pela qual isso pode ser realizado, é com interpretações não-convencionais para as legislações presentes.<sup>209</sup>

*Ativismo Judicial e omissões inconstitucionais.* Há um debate sobre a possibilidade de o ativismo judicial se constituir em uma ofensa ao princípio da separação dos poderes; o controle da inatividade do legislador vai se constituir em antidemocrático e aristocrático, sendo necessário que os institutos referidos de controle das omissões inconstitucionais ponderassem mais sobre as consequências que causam. Há aqui uma retirada de poder do Parlamento em virtude de beneficiar um órgão técnico-jurídico como o Tribunal Constitucional:<sup>210</sup>

[...] se é impossível conseguir um ordenamento jurídico perfeito (sem nenhum descumprimento ou com sanção perante todos os descumprimentos), nos cabe perguntarmos; caso venha a ocorrer algum descumprimento da lei, quais serão os menos danosos ou mais toleráveis para o sistema democrático? Dito em outros termos, em que condições a vontade popular é menos prejudicada? Nesta matéria, para mim, sempre e em todo caso, é preferível que a vontade decisiva seja do Parlamento no lugar da do Tribunal Constitucional, pois o

<sup>208</sup> "In this case, the vacuum is created by the inactivity, incompetence, disregard of law, negligence, corruption, utter indiscipline and lack of character among the two organs of governance viz. the legislature and the executive (Subhash C. Kashyap, 1997). Hence the remaining organ of the governance system i.e. the judiciary is left with no other alternative but to expand its horizons and fill up the vacuums created by the executive and the legislature". (SAHA, Arpita. *Judicial activism in India: a necessary evil*. **Universidade de Direito Nacional**, Jodhpur, 2008. Disponível em: <papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\_id=1156979>. Acesso em: 15 jan. 2017).

<sup>209</sup> SAHA, Arpita. *Judicial activism in India: a necessary evil*. **Universidade de Direito Nacional**, Jodhpur, 2008. Disponível em: <papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\_id=1156979>. Acesso em: 15 jan. 2017.

<sup>210</sup> "El constructo discutido no se cohonesta bien con el principio democrático. Si seguimos este principio en toda su lógica, no hay discusión alguna acerca del hecho de que el Parlamento tiene mayor legitimidad democrática que el Tribunal Constitucional. Por su parte, el principio de división de poderes tiene como objetivo evitar una de las posibles consecuencias del principio democrático: la tiranía de la mayoría. Esto significa que si anulamos el principio de división de poderes nos veríamos abocados a una de estas dos consecuencias: bien la afirmación del principio democrático radical (que implicaría la supresión del Tribunal Constitucional, pues bastaría con el Parlamento), bien la afirmación del principio aristocrático radical (que implicaría la supresión del Parlamento, pues bastaría con el Tribunal Constitucional). El principio de división de poderes es la más alta construcción del Derecho Público de los últimos siglos y constructos como el impugnado debieran ponderar más las consecuencias que producen sobre la misma. La pretensión de controlar la inactividad del legislador pone en peligro el principio de división de poderes y lo hace siempre en un sentido aristocrático y antidemocrático". (MIGUEL, Carlos Ruiz. Crítica de la llamada inconstitucionalidad por omisión. **Revista Peruana de Derecho Constitucional**, nº 2, p. 99-110, (2000). Disponível em: <https://www.academia.edu/24643655/Cr%C3%ADtica\_de\_la\_llamada\_inconstitucionalidad\_por\_omisi%C3%B3n>. Acesso em: 15 jan. 2017).

primeiro tem mais legitimidade democrática direta e submete à uma responsabilidade política, ao passo que o segundo carece da primeira e não se submete à segunda.<sup>211</sup>

Diferentemente, Francisco Fernandez Segado não crê em uma ofensa ao princípio da separação de poderes, mas sim no efetuar de uma atividade essencial para a salvaguarda necessária quanto às liberdades de movimentos requeridas em regulações definitivas. Quanto ao dever constitucional de legislar também pode se desprender o chamado dever de proteção, que vai obrigar o Estado a atuar na defesa de certos valores e direitos, como a vida e a integridade física, tendo como ponto mais incisivo os direitos fundamentais, visualizados como deveres de proteção, uma consequência necessária do caráter dos direitos fundamentais como normas objetivas de princípios e decisões axiológicas.<sup>212</sup>

Há de se falar também na separação das funções entre o poder legislativo e o garante da eficácia da Constituição, dentre as quais são exemplificativos os seguintes limites à atuação de um Tribunal Constitucional, mas em que pese agir se intrometendo em funções precípuas do legislativo, não poderá criar direito:

Quando a regra de direito necessária não for deduzível dos princípios ou das regras legalmente previstas, não caberá sua concretização.

---

<sup>211</sup> Partiendo del hecho (universalmente constatado) de que es imposible conseguir el ordenamiento jurídico de perfecto (esto es, sin ningún incumplimiento o con sanción de todos los incumplimientos); cabe plantearse, la siguiente pregunta: en caso de que el ordenamiento sufriera incumplimientos, ¿cuáles de ellos serían más tolerables o menos dañinos para el sistema democrático?. O dicho en otros términos: ¿en qué condiciones la voluntad popular aparece menos despreciada? En esta materia, para mí, siempre y en todo caso, me parece preferible que la voluntad decisiva sea la del parlamento en lugar de la del Tribunal Constitucional, pues el primero tiene más legitimidad democrática directa y se somete a una responsabilidad política, a diferencia del segundo que carece de la primera y no se somete a la segunda. (MIGUEL, Carlos Ruiz. Crítica de la llamada inconstitucionalidad por omisión. **Revista Peruana de Derecho Constitucional**, nº 2, p. 99-110, (2000). Disponível em: <[https://www.academia.edu/24643655/Cr%C3%ADtica\\_de\\_la\\_llamada\\_inconstitucionalidad\\_por\\_omisi%C3%B3n](https://www.academia.edu/24643655/Cr%C3%ADtica_de_la_llamada_inconstitucionalidad_por_omisi%C3%B3n)>. Acesso em: 15 jan. 2017).

<sup>212</sup> Con todo, no obstante las apreciaciones que preceden, creemos que sería erróneo pensar en que cuando el Tribunal Constitucional federal ha podido adoptar decisiones que parecieran convertirlo en legislador sustituto, ello lo ha hecho para suplantar al legislador. Bachof ha efectuado al respecto una precisión de interés, al subrayar que la asunción transitoria por los Tribunales Constitucionales de funciones propias del legislador no la llevan a cabo 'para ganarle de mano al legislador, sino precisamente para todo lo contrario, esto es, para salvaguardarle la necesaria libertad de movimiento requerida para una regulación definitiva'. (SEGADO. Francisco Fernandez. El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas. Algunas cuestiones dogmáticas. **Estudios Constitucionales**, vol. 7, nº 2, p. 13-69, 2009. Disponível em: <[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-52002009000200002](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002009000200002)>. Acesso em: 15 jan. 2017).

Quando a adoção do direito seja resultado de uma opção política, inserida no âmbito de discricionariedade do legislador. Nos próprios limites de emprego da analogia.<sup>213</sup>

Esses critérios fornecem importantes características na diferenciação entre o Judiciário agir como o Poder Legislativo ou como o guardião da Constituição. E em que pese a doutrina pesquisada para a formulação de critérios ser relativa tão somente ao Poder Legislativo, podemos aplicar a mesma de maneira análoga no âmbito das omissões administrativas.

O *Bundesverfassungsgericht*, Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, apresenta uma interessante alternativa frente às omissões constitucionais legislativas e administrativas: a diferenciação entre a omissão com o descumprimento absoluto ou parcial pela atividade legislativa. A doutrina e jurisprudência alemã tinham a tendência a considerar como admissíveis as ações judiciais envolvendo as lesões de direitos fundamentais por omissões do legislador; em uma sentença do Tribunal Constitucional Federal, em 1958, porém, sucedeu-se uma novidade com o aparecimento das omissões ditas legislativas, pois mesmo não tendo o poder para decretar qual deveria ser a remuneração dos servidores públicos, matéria essa que era conferida ao poder legislativo por meio da edição de Lei Federal, podia apreciar elementos como a mudança do padrão de vida que era advinda de elementos econômicos. O tribunal declarou a violação constitucional, sem anular a norma, surgindo a primeira menção à uma prestação legislativa insuficiente, que não seja adequada.<sup>214</sup> Logo, também se

---

<sup>213</sup> El tribunal Constitucional no puede «crear» derecho. Por tanto, encontraremos esos límites, Cuando la regla de derecho necesaria no es deducible de los principios y normas constitucionales. No cabe la «concretización». - Cuando la adopción del derecho que colma la laguna es ejercicio de una opción política (ámbito de discrecionalidad del legislador). - En los propios límites del empleo de la analogía. (RUIZ, Maria Angeles Ahumada. El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas. **Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, Madrid, n. 8. Enero-Abril 1991. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1050867.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2017).

<sup>214</sup> En la segunda de sus sentencias, la de 11 de junio de 1958, el Tribunal Constitucional Federal se pronunció sobre un recurso de queja planteado frente a una ley federal que establecía la remuneración de los funcionarios públicos. El Tribunal se manifestó en el sentido de que aunque no estuviese legitimado para fijar los sueldos de los funcionarios, disponía de elementos suficientes como para apreciar que, en virtud de la alteración del coste de la vida, los valores establecidos por tal ley no se correspondían a los parámetros mínimos a que se refiere el art. 33.5 de la Grundgesetz, al que ya hemos aludido en un momento anterior. El BVerfG no declaró la nulidad de la norma, porque de la misma no se hubiera derivado sino un agravamiento del estado de inconstitucionalidad, limitándose por tanto a constatar la violación constitucional. Con esta doctrina, el BVerfG identificó muy tempranamente que omisión inconstitucional era no sólo el incumplimiento absoluto de la obligación de legislar, sino también la ejecución defectuosa o incompleta de ese mismo deber (omisión relativa, aunque también omisión parcial o *Teilunterlassung*). (SEGADO, Francisco Fernandez. El control de las omisiones legislativas por el Bundesverfassungsgencht. **Revista de Derecho**, Madrid, 2009. Disponível em: <<http://revistas.ucu.edu.uy/index.php/revistadederecho/article/viewFile/826/828>>. Acesso em: 15 jan. 2017).

constitui em uma violação constitucional a omissão inconstitucional onde o poder legislativo ou administrativo realizem os seus serviços, mas incorram em omissão pelo exercício dos mesmos resultarem em violações de direitos fundamentais, como veremos a seguir.

### 3.3 Análise Crítica da Jurisprudência do STF em Casos de Omissões Inconstitucionais Legislativas

Para uma melhor compreensão do que se está sustentando na presente pesquisa, deve-se passar então à análise em concreto das omissões inconstitucionais legislativas e administrativas.

Nos casos relacionados à omissões inconstitucionais legislativas, já se constituem em referência clássica na jurisprudência constitucional brasileira os julgados dos mandados de injunção 708<sup>215</sup> e 712<sup>216</sup>, ambos atinentes ao direito de

---

<sup>215</sup> MANDADO DE INJUNÇÃO. GARANTIA FUNDAMENTAL (CF, ART. 5º, INCISO LXXI). DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS (CF, ART. 37, INCISO VII). EVOLUÇÃO DO TEMA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). DEFINIÇÃO DOS PARÂMETROS DE COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL PARA APRECIÇÃO NO ÂMBITO DA JUSTIÇA FEDERAL E DA JUSTIÇA ESTADUAL ATÉ A EDIÇÃO DA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA PERTINENTE, NOS TERMOS DO ART. 37, VII, DA CF. EM OBSERVÂNCIA AOS DITAMES DA SEGURANÇA JURÍDICA E À EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL NA INTERPRETAÇÃO DA OMISSÃO LEGISLATIVA SOBRE O DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS, FIXAÇÃO DO PRAZO DE 60 (SESENTA) DIAS PARA QUE O CONGRESSO NACIONAL LEGISLE SOBRE A MATÉRIA. MANDADO DE INJUNÇÃO DEFERIDO PARA DETERMINAR A APLICAÇÃO DAS LEIS Nos 7.701/1988 E 7.783/1989. 1. SINAIS DE EVOLUÇÃO DA GARANTIA FUNDAMENTAL DO MANDADO DE INJUNÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MI 708 DF**. Impetrante: Sintem. Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 25 de outubro de 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558551>>. Acesso em: 15 jan. 2017).

<sup>216</sup> MANDADO DE INJUNÇÃO. ART. 5º, LXXI DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. CONCESSÃO DE EFETIVIDADE À NORMA VEICULADA PELO ARTIGO 37, INCISO VII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. LEGITIMIDADE ATIVA DE ENTIDADE SINDICAL. GREVE DOS TRABALHADORES EM GERAL [ART. 9º DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL]. APLICAÇÃO DA LEI FEDERAL N. 7.783/89 À GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO ATÉ QUE SOBREVENHA LEI REGULAMENTADORA. PARÂMETROS CONCERNENTES AO EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE PELOS SERVIDORES PÚBLICOS DEFINIDOS POR ESTA CORTE. CONTINUIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO. GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO. ALTERAÇÃO DE ENTENDIMENTO ANTERIOR QUANTO À SUBSTÂNCIA DO MANDADO DE INJUNÇÃO. PREVALÊNCIA DO INTERESSE SOCIAL. INSUBSISTÊNCIA DO ARGUMENTO SEGUNDO O QUAL DAR-SE-IA OFENSA À INDEPENDÊNCIA E HARMONIA ENTRE OS PODERES [ART. 20 DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL] E À SEPARAÇÃO DOS PODERES [art. 60, § 4º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL]. INCUMBE AO PODER JUDICIÁRIO PRODUZIR A NORMA SUFICIENTE PARA TORNAR VIÁVEL O EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS, CONSAGRADO NO ARTIGO 37, VII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MI 712 PA**. Impetrante: SINJEP. Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Eros Grau. Pará, 25 de outubro de 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558553>>. Acesso em: 15 jan. 2017).

greve dos servidores públicos. Tratar-se-ia *prima facie* de um perfeito caso de ativismo judicial, já estudada em teoria no corpo da presente pesquisa e com inúmeros argumentos a favor da ação positiva do Judiciário no caso de omissão de algum dos poderes. No MI 708, interposto pelo Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa (SINTEM), tratou-se de discussão quanto ao polêmico tema do direito à greve dos servidores públicos, do qual não há legislação suficiente a respeito, incorrendo em uma violação dos direitos fundamentais da referida classe. Anteriormente, o Supremo Tribunal Federal já havia decidido em outros casos que os direitos constitucionalmente garantidos por meio do mandado de injunção serão satisfeitos mediante edição do ato legislativo respectivo, em vez de mediante provimento jurisdicional do Supremo Tribunal Federal; todavia, a decisão judicial quando declara a existência de uma omissão inconstitucional, mas declara a existência de mora do respectivo órgão, ciente de que deverá ocorrer a edição de respectiva legislação, o que não ocorreu com o referido tema. Restava desta maneira definido que o Supremo Tribunal Federal poderá adotar outras medidas que possam garantir a posição buscada pelo impetrante até a satisfação do referido ato legislativo, mas em sua antiga jurisprudência como tão somente uma ordem ou mandamento para outro poder que deveria ocorrer pela utilização do mandado de injunção.<sup>217-218</sup> Como exemplo da referida medida, o STF já decidiu por diversas vezes após a referida decisão citada quanto a possibilidade de que sejam aplicados aos servidores públicos civis a lei que regulamenta a greve para os empregados do setor privado.<sup>219</sup>

---

<sup>217</sup> EMENTA: - Mandado de injunção. Estabilidade de servidor público militar. Artigo 42, parágrafo 9., da Constituição Federal. Falta de legitimação para agir. - Esta Corte, recentemente, ao julgar o mandado de injunção 188, decidiu por unanimidade que só tem 'legitimatío ad causam', em se tratando de mandado de injunção, quem pertença a categoria a que a Constituição Federal haja outorgado abstratamente um direito, cujo exercício esteja obstado por omissão com mora na regulamentação daquele. - Em se tratando, como se trata, de servidores públicos militares, não lhes concedeu a Constituição Federal direito a estabilidade, cujo exercício dependa de regulamentação desse direito, mas, ao contrario, determinou que a lei disponha sobre a estabilidade dos servidores públicos militares, estabelecendo quais os requisitos que estes devem preencher para que adquiram tal direito. - Precedente do STF: MI 235. Mandado de injunção não conhecido. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MI 107 DF**. Requerente: José Emídio Teixeira Lima. Requerido: Presidente da República. Relator: Moreira Alves. Brasília, 21 de novembro de 1990. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81745>>. Acesso em: 15 jan. 2017).

<sup>218</sup> Também se decidiu na referida jurisprudência da nota de rodapé 220 que a omissão inconstitucional pode se referir à uma omissão total ou parcial do legislador, sendo esse tipo de decisão, proferida em sede de controle abstrato de normas quanto à existência ou não de omissão e é dotada de eficácia Erga Omnes.

<sup>219</sup> Mandado de Injunção Nº 631 é um exemplo.

O impetrante aqui questiona a omissão do poder legislativo já referida, diante de uma situação de paralisação dos serviços pelas péssimas condições nas quais estavam submetidos seus servidores, com tratativas de negociação quanto às melhorias sumariamente recusadas pelos órgãos competentes. A Administração Pública municipal requereu a ilegalidade da greve junto ao Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba. O sindicato referido então fundamenta seu mandado de injunção na forma prevista na Constituição Federal para que seja suprida a omissão do poder público e seja elaborada uma norma para o caso concreto, de modo a garantir o direito de greve de seus servidores. O Mandado de Injunção foi deferido no sentido de viabilizar o direito de greve com a aplicação das Leis nº 7.701/1998 e 7.783/1989<sup>220</sup>, além de dar o prazo de sessenta dias para que o Congresso Nacional edite lei sobre a matéria.

Já no Mandado de Injunção 712, há a menção ao fato de que sendo um direito fundamental de caráter instrumental, a auto-aplicabilidade do direito de greve é imediata.<sup>221</sup> Nesse sentido, corrobora o entendimento de Ederson Garin Porto ao explicar que:

Tal como redigida a norma, afigura-se indiscutível reconhecer que ausência de norma regulamentadora não deve obstar o exercício dos direitos e das liberdades constitucionais referidas no dispositivo. O remédio constitucional deveria, portanto, outorgar ao cidadão aquele direito que estaria sendo obstaculizado pela omissão legislativa. Caberia, em outras palavras, ao Poder Judiciário fazer às vezes do legislador e entregar ao jurisdicionado a regulamentação por ele omitida.<sup>222</sup>

Podemos vislumbrar a classificação de uma norma como de eficácia limitada sujeita a uma ação do Poder Legislativo, tal qual já foi dada ciência diversas vezes ao referido.<sup>223</sup> Porém, tratamos de uma norma relativa a direitos fundamentais, de

---

<sup>220</sup> A Lei nº 7.701 fala sobre a especialização das turmas dos Tribunais do Trabalho em processos coletivos, quanto à competência dos juízos para julgar a greve dos servidores públicos. Já a segunda lei, trata de um regime de greve a ser aplicado aos trabalhadores privados, porém, pela continuidade e essencialidade dos serviços públicos, a ser decidido em cada caso concreto, mediante solicitação do órgão legítimo, pode se impor pelo respectivo tribunal competente regime de greve mais severo para essa classe de trabalhadores.

<sup>221</sup> Recurso Extraordinário 367089-RS é um exemplo da auto-aplicabilidade referida, conforme; SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p.318.

<sup>222</sup> PORTO, Ederson Garin. **Direito a regime jurídico análogo em casos de omissão legislativa: o caso do direito de greve na visão do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em Comentários à Jurisprudência do STF: Direitos fundamentais e omissão inconstitucional. Barueri-São Paulo: Manole, 2012. p.87.

<sup>223</sup> Para ler mais sobre a aplicabilidade das normas constitucionais, ver: SILVA, José Afonso da. **Brazil aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2012.

natureza constitucional, sempre eficazes, e na medida de sua eficácia, imediatamente aplicáveis, mesmo que esse grau seja baixo, como explica Ingo Wolfgang Sarlet:

Não é outro o entendimento que se recolhe do direito comparado, razão pela qual cumpre aproveitar a oportunidade para referir a abalizada e paradigmática lição do renomado publicista espanhol García de Enterría, que, partindo de uma concepção substancial da Constituição e reconhecendo o caráter vinculante reforçado e geral das suas normas, sustenta que na Lei Fundamental não existem declarações (sejam elas oportunas ou inoportunas, felizes ou desafortunadas, precisas ou indeterminadas) destituídas de conteúdo normativo, sendo que apenas o conteúdo concreto de cada norma poderá precisar, em cada caso, qual o alcance específico de sua carga eficaz.<sup>224</sup>

Resta claro que, tratando-se de direito fundamental, qual seja, o direito de greve, este teria a auto-aplicabilidade prevista na Lei Maior. Em que pese a constitucionalidade de um direito de greve extensível à todos os trabalhadores, porém, faz-se a ressalva quanto a diferente natureza do serviço público e a necessidade de edição de nova lei pelo Congresso Nacional que atenda a essas peculiaridades não tratadas nas leis utilizadas momentaneamente para a satisfação dos direitos não tratados em virtude da omissão do Poder Legislativo.<sup>225</sup> De tal passo que o Judiciário agiu no sentido de permitir a satisfação de um direito fundamental aos servidores públicos.

Como disserta Ederson Garin Porto sobre a nova maneira pela qual o Supremo Tribunal Federal enfrenta o tema:

---

<sup>224</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p.255.

<sup>225</sup> Dispõe o Ministro-relator Eros Grau no mandado de injunção citado na nota de rodapé 219; “A Constituição, ao dispor sobre os trabalhadores em geral, não prevê *limitação* do direito de greve: a eles compete decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dela defender. Por isso a lei não pode restringi-lo, senão protegê-lo, sendo constitucionalmente admissíveis todos os tipos de greve. Na relação estatutária do emprego público não se manifesta tensão entre trabalho e capital, tal como se realiza no campo da exploração da atividade econômica pelos particulares. Neste, o exercício do poder de fato, a greve, coloca em risco os interesses egoísticos do sujeito detentor de capital - indivíduo ou empresa - que, em face dela, suporta, em tese, potencial ou efetivamente redução de sua capacidade de acumulação de capital. Verifica-se, então, oposição direta entre os interesses dos trabalhadores e os interesses dos capitalistas. Como a greve pode conduzir à diminuição de ganhos do titular de capital, os trabalhadores podem em tese vir a obter, efetiva ou potencialmente, algumas vantagens mercê do seu exercício. O mesmo não se dá na relação estatutária, no âmbito da qual, em tese, aos interesses dos trabalhadores não correspondem, antagonicamente, interesses individuais, senão o interesse social. A greve no serviço público não compromete, diretamente, interesses egoísticos do detentor de capital, mas sim os interesses dos cidadãos que necessitam da prestação do serviço público. A norma veiculada pelo artigo 37, VII, da Constituição do Brasil reclama regulamentação, a fim de que seja adequadamente assegurada a coesão social”.

Colocada nesses termos a discussão, conclui-se que o mandado de injunção, segundo novo entendimento consolidado no Supremo Tribunal Federal, tem lugar nas hipóteses de omissão legislativa, ficando autorizado, em tais casos, a proferir sentença chamada 'aditiva', tal como no direito italiano, estabelecendo uma regulação provisória enquanto perdurar a lacuna não suplantada pelo poder judiciário.<sup>226</sup>

Essa extensão da atividade do Judiciário é claramente fundamentada pela doutrina estudada quanto ao ativismo judicial, a qual, devemos relembrar os principais pontos:

a) há diferentes conceituações quanto ao que se constitui como ativismo judicial, com muitos utilizando também os termos da jurisdição constitucional, mas há quase um consenso em se definir que o Poder Judiciário poderá adentrar nas áreas envolvendo as funções precípua de outros poderes;

b) mesmo com as inúmeras correntes e críticas apresentadas, há também praticamente um consenso em definir que essa invasão do Poder Judiciário nas outras esferas estará se dando com o fim de evitar omissões inconstitucionais que estejam lesando aos direitos fundamentais;

c) o Judiciário deverá agir de maneira ponderada e devidamente fundamentada a partir da Constituição, a fim de evitar consequências danosas que possam advir de suas ações;

d) fundamenta-se no chamado dever de proteção do Judiciário, para garantir a salvaguarda de direitos fundamentais.

Ao estender os efeitos do mandado de injunção no caso concreto para a satisfação de um direito de greve, mesmo que esteja fazendo as vezes de Poder Legislativo, a possibilidade é corroborado pela doutrina por se tratar de uma omissão constitucional relativa a satisfação de direitos fundamentais. O Supremo Tribunal Federal agiu de uma maneira ponderada inclusive, ao dar ciência ao Poder Legislativo da exigência de edição de nova lei em sua antiga jurisprudência, o que não surtiu efeito e faz com que o atuação judicial protetiva da categoria profissional tenha sido a única forma de garantir os direitos referidos.

Ainda, deve-se referir que não se trata, no caso em tela, de um ativismo judicial nocivo, segundo a terminologia estadunidense, pois a atuação judicial fora a única forma de salvaguardar os direitos fundamentais sociais ofendidos e, por

---

<sup>226</sup> PORTO, Ederson Garin. Direito a regime jurídico análogo em casos de omissão legislativa: o caso do direito de greve na visão do Supremo Tribunal Federal. In: FREITAS, Juarez; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski (Org.). **Comentários à jurisprudência do STF: direitos fundamentais e omissão inconstitucional**. Barueri-São Paulo: Manole, 2012. p.83.

consequência, a supremacia da Constituição. De tal forma, Anderson Teixeira expõe, em análise da atuação do Supremo Tribunal Federal em outro julgado, que<sup>227</sup>:

Primeiramente, sobre a possível ocorrência de violação ao princípio da separação de poderes (art.2ºda Constituição), em virtude de quebra da autonomia funcional do legislativo frente ao judiciário, tal hipótese torna-se insustentável quando confrontada com o princípio da Supremacia da Constituição. A decisão de caráter mandamental tomada pelo Supremo Tribunal Federal, em ação direta de inconstitucionalidade por omissão, tem como finalidade última assegurar a efetividade da norma constitucional ainda carente de regulamentação. A natureza de Tribunal Constitucional- que reveste aquela corte- consente-lhe a prerrogativa de atuar como órgão externo ao Judiciário, isto é, como poder autônomo e derradeiro guardião da Constituição.<sup>228</sup>

A atuação do Supremo Tribunal Federal define-se como ponderada no caso concreto, com base na já citada proteção dos direitos fundamentais, salvaguarda da Constituição, e a ciência dada ao Poder Legislativo para que venha a editar lei sobre o referido tema tão somente reafirma a própria supremacia da Constituição.

Em outras decisões, o Supremo Tribunal Federal já demonstrava seu protagonismo judicial preocupado com a efetivação dos direitos fundamentais quando nos casos de omissões legislativas, geralmente efetuado de uma maneira ponderada, podendo ser citados os exemplos da súmula vinculante número 11<sup>229</sup>, onde regulamenta o uso das algemas, sem uma base legal para tanto, mas amparado no princípio da proteção da dignidade da pessoa humana e da presunção de inocência do réu; a própria natureza da súmula vinculante invoca controvérsias quanto à sua utilização, discussões quanto a se constituir em um ato legislativo editado pelo Poder Judiciário ou também, se na verdade se constitui como um ato jurisdicional<sup>230</sup>, podendo se averiguar a incidência de um ativismo no caso concreto,

<sup>227</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Adin 875-DF**. Requerente: Governador do Estado do Rio Grande do Sul. Requerido: Congresso Nacional. Relator Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 24 de fevereiro de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610258>>. Acesso em: 15 jan. 2017.

<sup>228</sup> TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Inconstitucionalidade por omissão frente ao dever de estabelecer critérios para o rateio do Fundo de Participação dos Estados. In: FREITAS, Juarez; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski (Org.). **Comentários à jurisprudência do STF: direitos fundamentais e omissão inconstitucional**. Barueri-São Paulo: Manole, 2012.

<sup>229</sup> STF-Súmula vinculante nº 11. “Só é lícito o uso de algemas em caso de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado”.

<sup>230</sup> Para ver mais sobre a matéria: SIFUENTES, Monica. **Súmula vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos Tribunais**. São Paulo: Saraiva, 2005.

pois se trata de um ato político em uma postura ativista do Tribunal, mesmo que se utilize de um mecanismo constitucional, uma vez que regulamenta área do Legislativo em face de uma omissão sua. Todavia, para esse ativismo fundado na súmula vinculante funcionar e não ser nocivo, os juízes deverão estar adstritos a um respeito à tradicional separação de poderes e ao sistema de freios e contrapesos.<sup>231</sup>

De tal passo é o que ocorre quando o Supremo Tribunal Federal decide pela edição da súmula vinculante referida pelo julgamento do Habeas Corpus 91.952<sup>232</sup>, em que em um tribunal do júri a juíza ordena que o réu permaneça algemado sem nenhuma justificativa convincente para tanto, e desta maneira, além de colocar o mesmo em situação degradante, contribui para uma péssima influência na imagem que os jurados possuem do referido réu.

Conforme o relator Ministro Marco Aurélio:

Ora, estes preceitos - a configurarem garantias dos brasileiros e dos estrangeiros residentes no país - repousam no inafastável tratamento humanitário do cidadão, na necessidade de lhe ser preservada a dignidade. Manter o acusado em audiência, com algema, sem que demonstrada, ante práticas anteriores, a periculosidade, significa colocar a defesa, antecipadamente, em patamar inferior, não bastasse a situação de todo degradante. O julgamento no Júri é procedido por pessoas leigas, que tiram as mais variadas ilações do quadro verificado. A permanência do réu algemado indica, à primeira visão, cuidar-se de criminoso da mais alta

<sup>231</sup> “No Brasil, esse necessário equilíbrio entre a Jurisdição Constitucional e as Instituições Legislativas tornou-se mais premente com a possibilidade de edição de Súmulas Vinculantes por parte do Supremo Tribunal Federal, não só em matéria de vigência e eficácia da legislação (tradicional função de legislador negativo dos Tribunais Constitucionais), mas também em função dessa possibilidade ser direcionada à interpretação da legislação face ao texto constitucional, permitindo uma verdadeira atuação de legislador positivo, com grandes reflexos na possibilidade de ampliação do ativismo judicial. O bom senso entre a ‘passividade judicial’ e o ‘pragmatismo jurídico’, entre o ‘respeito à tradicional formulação das regras de freios e contrapesos da Separação de Poderes’ e ‘a necessidade de garantir às normas constitucionais à máxima efetividade’ deve guiar o Poder Judiciário, e, em especial, o Supremo Tribunal Federal na aplicação do ativismo judicial, com a apresentação de metodologia interpretativa clara e fundamentada, de maneira a balizar o excessivo subjetivismo, permitindo a análise crítica da opção tomada, com o desenvolvimento de técnicas de auto-contenção judicial, principalmente, afastando sua aplicação em questões estritamente políticas, e, basicamente, com a utilização minimalista desse método decisório, ou seja, somente interferindo excepcionalmente de forma ativista, mediante a gravidade de casos concretos colocados e em defesa da supremacia dos Direitos Fundamentais”. (MORAES, Alexandre de. As súmulas vinculantes no Brasil e a necessidade de limites ao ativismo judicial. **Revista Faculdade de Direito Univ.** São Paulo, v. 106/107, p. 267 - 285 jan./dez. 2011/2012. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67946/70554>>. Acesso em: 15 jan. 2017).

<sup>232</sup> ALGEMAS - UTILIZAÇÃO. O uso de algemas surge excepcional somente restando justificado ante a periculosidade do agente ou risco concreto de fuga. JULGAMENTO - ACUSADO ALGEMADO - TRIBUNAL DO JÚRI. Implica prejuízo à defesa a manutenção do réu algemado na sessão de julgamento do Tribunal do Júri, resultando o fato na insubsistência do veredicto condenatório. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 91952 SP**. Impetrante(s): Katia Zacharias Sebastião e Outro(a/s). Coator(a/s)(es): Superior Tribunal De Justiça. Relator: Marco Aurélio. São Paulo, 07 de agosto de 2008. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2916879/habeas-corpus-hc-91952-sp>>. Acesso em: 15 jan. 2017).

periculosidade, desequilibrando o julgamento a ocorrer, ficando os jurados sugestionados.<sup>233</sup>

Se este for qualificado como um caso ativismo, será então comedido, até mesmo positivo, no sentido estadunidense, pois ocorreu em busca da satisfação dos direitos fundamentais.

No entanto, já no caso da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132<sup>234</sup> pode se começar a notar alguns problemas sérios apontados

<sup>233</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 91952 SP**. Impetrante(s): Katia Zacharias Sebastião e Outro(a/s). Coator(a/s)(es): Superior Tribunal De Justiça. Relator: Marco Aurélio. São Paulo, 07 de agosto de 2008. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2916879/habeas-corpus-hc-91952-sp>>. Acesso em: 15 jan. 2017.

<sup>234</sup>“Ementa: 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir ‘interpretação conforme à Constituição’ ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de ‘promover o bem de todos’. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana ‘norma geral negativa’, segundo a qual ‘o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido’. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da ‘dignidade da pessoa humana’: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO ‘FAMÍLIA’ NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão ‘família’, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por ‘intimidade e vida privada’ (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-

pela doutrina como caso de nocivo ativismo judicial, mesmo quando em defesa de direitos fundamentais. Na referida decisão, o Supremo Tribunal Federal reconhece as uniões homoafetivas como uniões estáveis, deixando de vigorar como mera sociedade de fato.

O Supremo Tribunal Federal age aqui buscando a extensão dos direitos fundamentais dos homossexuais, também sem previsão legal, mas amparado nos princípios da igualdade, da vedação das práticas discriminatórias e na dignidade da

---

reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas.

4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE 'ENTIDADE FAMILIAR' E 'FAMÍLIA'. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no § 3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia 'entidade familiar', não pretendeu diferenciá-la da 'família'. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado 'entidade familiar' como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equiparação jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do § 2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem 'do regime e dos princípios por ela adotados', verbis: 'Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte'. 5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição. 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA 'INTERPRETAÇÃO CONFORME'). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de 'interpretação conforme à Constituição'. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva". (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 132 RJ**. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Ayres Britto. Rio de Janeiro: 05 de maio de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. A cesso em: 15 jan. 2017).

pessoa humana. Ainda que haja uma ponderação média de princípios, visto que busca a proteção de direitos fundamentais e que os mesmos não estão entrando em conflito contra outras garantias fundamentais, como será visto adiante, o ativismo dá os sinais de suas limitações.

Qual seja, o Judiciário agindo como o Legislativo, não tem a mesma técnica do referido órgão e toma decisões sem a necessária tecnicidade :

Mesmo que no voto relator não haja expressa menção sobre o detalhamento da extensão dos direitos garantidos pelo reconhecimento mencionado, por uma interpretação mais acurada dos efeitos do que foi decidido é nítida a possibilidade para a conversão do casamento civil entre homossexuais companheiros, segundo *as mesmas regras e com as mesmas consequências* de uma relação heterossexual.

O objetivo deste artigo, portanto, é trabalhar com o (novo) texto produzido pelo STF. Afinal, como bem diz Gadamer, se queres dizer algo sobre um texto (e o acórdão do STF é um texto), deixe primeiro que o texto te diga algo. Mesmo não concordando com o texto produzido pelo STF, a norma a ele atribuída não pode ignorar os mínimos elementos semânticos. Consequentemente, temos de interpretá-lo sob a luz dos efeitos que possa produzir, em especial demonstrar que se houve por bem efetivar um direito igualitário, que todos seus efeitos devem caminhar pela mesma trilha, sem exceção, inclusive a possibilidade da conversão da união estável em casamento.

Se pretendeu igualar liberdades públicas, que estas sejam levadas interpretadas de forma integral e sem pitadas de restrição. Do contrário, de nada valeria enquadrar excluídos de uma categoria em uma determinada entidade familiar, se estes não pudessem exercer todos os direitos como integrantes de tais. Ou seja, a decisão do STF não pode ser como uma montanha que dá a luz um ratinho...!<sup>235</sup> (grifo do autor).

Logo, mesmo a esse ativismo judicial médio já podemos notar uma falha do mesmo. Não se constitui como errônea a busca pela satisfação dos direitos fundamentais, que de aplicabilidade imediata devem satisfeitos como outrora já vistos, mas os termos nos quais são realizados é que tornam a decisão passível de crítica:

Portanto, voltamos ao problema fundamental da questão que passa ao largo das discussões jurídicas empreendidas nessa seara, ou seja, que tipo de democracia queremos? Não se trata de ser contra ou a favor da proteção dos direitos pessoais e patrimoniais dos homossexuais. Aliás, se for para enveredar por esse tipo de discussão, advertimos desde já que somos absolutamente a favor da regulamentação de tais direitos, desde que efetuados pela via correta, que é a do processo legislativo previsto pela Constituição Federal. O risco que exsurge desse tipo de ação é que uma intervenção desta monta do Poder Judiciário no seio da sociedade produz

---

<sup>235</sup> STRECK, Lenio Luiz de; MONTAI, Rogerio Lima de. A conversão da união estável em casamento. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 6 jul. 2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-jul-06/uniao-homoafetiva-direito-conversao-uniao-estavel-casamento>>. Acesso em: 15 jan. 2017.

graves efeitos colaterais. Quer dizer: há problemas que simplesmente não podem ser resolvidos pela via de uma ideia errônea de ativismo judicial. O Judiciário não pode substituir o legislador (não esqueçamos, aqui, a diferença entre ativismo e judicialização: o primeiro, fragilizador da autonomia do direito; o segundo, contingencial).<sup>236</sup>

Os autores aqui citados acreditam que houve um erro no reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas pelo Supremo Tribunal Federal, mas em entrevista ao Conjur, Lênio Luiz Streck, um dos autores citados, considera a decisão referente ao uso de algemas da súmula vinculante número 11 como correta.<sup>237</sup>

Também há a possibilidade de discussão em casos de ativismo judicial mais forte, diga-se imoderado, como por exemplo, na interrupção da gestação do feto anencéfalo, em que há uma omissão do Legislativo em resolver uma questão de relevância enorme para a população brasileira, mas ao mesmo tempo, matéria controversa e com direitos fundamentais que entram em conflito.

Por essa ser uma decisão mais polêmica e controversa, suscita-se a ideia de que o Supremo Tribunal Federal aqui possa ter agido de uma maneira ativista em termos fortes, ao invés do modo ponderado já referido. De tal passo que essa postura ativista foi condenada por parcela dos julgadores, enquanto o Ministro Gilmar Mendes votou pela descriminalização da interrupção de gestação de feto anencéfalo, incluindo a mesma entre as hipóteses legais de aborto previstas em lei, Ricardo Lewandowski entendeu que se trata de área do Legislativo e que não pode ser matéria do Supremo Tribunal Federal, e o Ministro Cesar Peluso entendeu não ser possível admitir que o feto não tenha vida, cada qual com seus argumentos a

---

<sup>236</sup> STRECK, Lênio Luiz; BARRETO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte”. **Revista de Estudos Constitucionais Hermenêutica e Teoria do Direito**, São Leopoldo, Vol. 1, n. 2, 2009. Disponível em: <[revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/47](http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/47)>. Acesso em: 15 jan. 2017.

<sup>237</sup> Diz o autor que: “Um exemplo ilustra bem isso: a Súmula Vinculante 11 [que regulamenta o uso das algemas]. Ela simboliza a má compreensão de muitas decisões do STF, tomadas em favor da democracia e da liberdade. A Suprema Corte dos Estados Unidos, quando comandada pelo juiz Earl Warren, sofreu muitas críticas pelas suas avançadas decisões em questões ligadas à discriminação racial. A corte Mendes – é impossível não falar assim, porque o STF assumiu um novo ritmo sob a presidência de Gilmar Mendes – também sofre esse tipo de críticas. Muitos disseram que a súmula das algemas era vaga, extensa, inaplicável e absurda. Ora, ela preconizou prudência no manejo das algemas. Veio para retirar a arbitrariedade do algemador. Do verbete, deve-se extrair o seguinte princípio: ‘algemas são excepcionais e, ainda quando necessárias, o seu uso deve preservar os direitos fundamentais’. Não teremos jamais um método seguro para a aplicação da Súmula 11, e tampouco de outras súmulas, mas teremos um maior respeito aos direitos fundamentais. Isso é o que diz a Súmula Vinculante 11. [...] Claro que nem sempre o STF acerta”. (PINHEIRO, Aline. *Ativismo não é bom para a democracia*. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 15 mar. 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-mar-15/entrevista-lenio-streck-procurador-justica-rio-grande-sul>>. Acesso em: 15 jan. 2017).

favor e contra. A votação foi 8 a 2 no sentido de descriminalizar a conduta de interromper a gestação de feto anencéfalo.<sup>238</sup>

Aqui há novamente uma omissão do legislativo na qual pela relevância do assunto para a sociedade, quais sejam, direitos fundamentais, entre eles, o absoluto direito à vida, havendo desta maneira a necessidade do Supremo Tribunal Federal agir. Resta assim tão somente a decisão entre ser uma ofensa a um direito à vida de um nascituro ou à integridade física da mãe por todos os riscos que podem ocorrer. Há casos nos quais fetos acometidos de anencefalia sobreviveram.

Gustavo Henrique Borges Polegati e Rachel Lopes Queiroz Chacur sustentam, acerca de casos de anencefalia, uma argumentação pela qual passa a ofensa à dignidade da pessoa humana e da integridade física da mãe de acordo com o Supremo Tribunal Federal, e a qual os mesmos se filiam:

Nos casos de anencefalia, pela medicina atual, não há métodos de tratamento ou cura que possa viabilizar a vida, a morte do feto é inexorável, inevitável, trata-se de morte cerebral, mesmo que o coração funcione não há vida sem atividade cerebral. De acordo com a lei 9434/1997 que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento, a morte se dá, para todos os efeitos legais, a partir do momento da parada de todas as funções encefálicas, ou seja, ocorrendo a morte cerebral o ordenamento jurídico reconhece a possibilidade de doação dos órgãos. O feto anencefálico não possui o encéfalo, total ou parcialmente, portanto, não estaria o feto na mesma situação de quem morre com a parada das funções encefálicas.<sup>239</sup>

Porém, há quem argumente no sentido de possibilidades de vida de um feto anencéfalo, como a coordenadora da Unidade de Terapia Intensiva (UTI) Neonatal do Hospital São Francisco, Cinthia Macedo Specian<sup>240</sup>, a anencefalia se constitui em

---

<sup>238</sup> ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma República laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. FETO ANENCÉFALO – INTERRUPÇÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 54**. Requerente: CNTS. Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 29 de abril de 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 15 jan. 2017).

<sup>239</sup> POLEGATI, Gustavo Henrique Borges; CHACUR, Rachel Lopes Queiroz. O STF acertou ao descriminalizar o aborto de fetos anencéfalos. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 18 dez. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-dez-18/stf-acertou-descriminalizar-aborto-anencefalos>>. Acesso em: 20 jan. 2017.

<sup>240</sup> A notícia citada nos traz que: “De acordo com a coordenadora da Unidade de Terapia Intensiva (UTI) Neonatal do Hospital São Francisco, Cinthia Macedo Specian, a anencefalia é uma das principais malformações neurais detectadas em fetos em todo o mundo. O problema acontece por volta do 14º dia de gestação, quando os ossos da calota craniana se formam. Quando isso não ocorre, a massa encefálica fica exposta ao líquido amniótico e se deteriora. Para ela, o feto

uma malformação neural, não podendo que o mesmo seja considerado um natimorto cerebral; ao invés de uma vida quase impossibilitada, o feto tem chances consideráveis de sobreviver, devendo ser tratado como alguém doente, e não como o Supremo Tribunal Federal nos traz. Nesse sentido, dispõe o ministro César Peluso:

É fácil concluir, pois, que uma decisão judicial isentando de sanção o aborto de fetos portadores de anencefalia, ao arrepio da legislação penal vigente, além de discutível do ponto de vista ético, jurídico e científico, diante dos distintos aspectos que essa patologia pode apresentar na vida real, abriria as portas para a interrupção da gestação de inúmeros outros embriões que sofrem ou venham a sofrer outras doenças, genéticas ou adquiridas, as quais, de algum modo, levem ao encurtamento de sua vida intra ou extra-uterina.<sup>241</sup>

O argumento do ministro Cesar Peluso, se tratando de uma matéria controversa e que como tal deveria ser julgada por um órgão competente, dotado de mecanismos suficientes para decidir a matéria, qual seja, o Legislativo, é uma das críticas já observadas no presente trabalho quanto ao ativismo judicial<sup>242</sup>. Há argumentos fortes o suficiente para demonstrar que podemos falar não tão somente no resguardo da dignidade da pessoa humana da mãe, mas em um confronto entre a dignidade da referida contra o direito à vida do feto.

Foi um ativismo judicial forte, em matéria controversa, e em que pese a busca pela satisfação de direitos fundamentais e concretização da Constituição ocorrida, altamente sujeito a críticas. Mesmo se fazendo necessário que o Judiciário atue quando o Legislativo se mantém inerte em matérias de relevância para a sociedade, a referida decisão foi marcada por um elevado caráter antidemocrático.

---

anencéfalo, ao contrário do que considera o Conselho Federal de Medicina (CFM), não deve ser considerado um natimorto cerebral. 'Ele tem um comprometimento severo de um órgão muito importante, mas não posso classificá-lo como um indivíduo que está em morte encefálica. Estudos mostram que todos eles têm respiração espontânea, mais de 50% conseguem mamar, sugar e deglutir o leite. Pacientes com morte encefálica não deglutem nem a saliva e não têm movimento ocular', explicou. A médica destacou que, em casos de anencefalia, a comunicação com o cérebro, apesar de 'rudimentar e insuficiente' para manter a vida por um longo período, existe. Com um tempo de vida impossível de ser medido, fetos com a malformação, segundo ela, podem ser comparados a crianças que já nascem com graves problemas de coração e demais órgãos. 'É um ser ativo que tem necessidades específicas e independentes da mãe', acrescentou". (LABOISSIERE, Paula. Especialistas defendem direito à vida de fetos com anencefalia. **Empresa Brasil de Comunicação S/A**, Brasília, 2012. Disponível em: <<http://memoria.etc.com.br/agenciabrasil/noticia/2012-04-10/especialistas-defendem-direito-vida-de-fetos-com-anencefalia>>. Acesso em: 20 jan. 2017).

<sup>241</sup> Jurisprudência citada na nota de rodapé 239.

<sup>242</sup> Como estudado no capítulo sobre o ativismo judicial, o Judiciário muitas vezes não teria os mecanismos suficientes para decidir a matéria com a mesma técnica que o Legislativo.

Em outras instâncias, nas quais pode se notar uma atuação judicial com vistas a corrigir erros crassos do Legislativo, com a não-satisfação de direitos fundamentais pela pura inércia do mesmo, é natural que se exija uma atuação judicial, que busque a concretização da Constituição e não se constituindo em uma ofensa à ordem democrática. Mas aqui se lida com o confronto entre direitos fundamentais, com pesados argumentos de ambos os lados, e que deveria ser julgado por um órgão com a técnica adequada para efetuar os respectivos juízos sobre a matéria. O Judiciário vem e assume a competência do Legislativo para tratar sobre um controverso tema, ao invés deste agir quando necessário.

### 3.4 Análise Crítica da Jurisprudência do STF em Casos de Omissões Inconstitucionais Administrativas

Em que pese uma adstrição da doutrina à posição já vista de que a responsabilidade do Estado nos casos de omissão é subjetiva, o Supremo Tribunal Federal se posiciona no sentido da mesma também ser objetiva<sup>243</sup>. Todavia, há uma clara discordância quanto à responsabilização pelos atos omissivos do Estado: caberia a aplicação da responsabilidade objetiva?

De tal passo uma parcela da doutrina segue o caminho rumo à resposta afirmativa a esta pergunta, conforme se pode ver abaixo em transcrição de uma interessante fundamentação que merece colação:

Queremos deixar claro, no entanto, que o elemento marcante da responsabilidade extracontratual do Estado é efetivamente *a responsabilidade objetiva*; daí não se nos afigurar inteiramente correto afirmar que, nas condutas omissivas, incidiria a responsabilidade subjetiva. A responsabilidade objetiva é

---

<sup>243</sup>EMENTA Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Administrativo. Estabelecimento de ensino. Ingresso de aluno portando arma branca. Agressão. Omissão do Poder Público. Responsabilidade objetiva. Elementos da responsabilidade civil estatal demonstrados na origem. Reexame de fatos e provas. Impossibilidade. Precedentes. 1. A jurisprudência da Corte firmou-se no sentido de que as pessoas jurídicas de direito público respondem objetivamente pelos danos que causarem a terceiros, com fundamento no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, tanto por atos comissivos quanto por omissivos, desde que demonstrado o nexo causal entre o dano e a omissão do Poder Público. 2. O Tribunal de origem concluiu, com base nos fatos e nas provas dos autos, que restaram devidamente demonstrados os pressupostos necessários à configuração da responsabilidade extracontratual do Estado. 3. Inadmissível, em recurso extraordinário, o reexame de fatos e provas dos autos. Incidência da Súmula nº 279/STF. 4. Agravo regimental não provido". (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE 697326 RS**. Agte.: Estado do Rio Grande do Sul. Agdo.: Kimerson Becker. Relator: Min. Dias Toffoli. Rio Grande do Sul, 05 de março de 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3692940>>. Acesso em: 20 jan. 2017).

um plus em relação à responsabilidade subjetiva e não deixa de subsistir em razão desta; além do mais, todos se sujeitam normalmente à responsabilidade subjetiva, porque essa é a regra do ordenamento jurídico. Por conseguinte, quando se diz que nas omissões o Estado responde somente por culpa, não se está dizendo que incide a responsabilidade subjetiva, mas apenas que se trata da responsabilização comum, ou seja, aquela fundada na culpa, não se admitindo então a responsabilização sem culpa.<sup>244</sup>

O doutrinador nos ensina então que na conduta omissiva do Estado poderemos distinguir entre uma omissão normal, ou uma tida como ensejadora da responsabilidade civil do Estado, somente quando esta configura um desleixo da ação administrativa.

Em sentido similar, mas em parte divergente, Dirley da Cunha Junior<sup>245</sup> refere que na realidade não se trataria de uma responsabilidade objetiva, mas sim de uma responsabilidade subjetiva por culpa anônima, caracterizada pela *faute du service*, em que se há a necessidade de demonstração da culpa do serviço, e não do agente que realizou o ato. É nesse sentido que o Supremo Tribunal Federal já decidiu pela responsabilização do Estado no caso de preso morto por colegas de carceragem em sua cela no presídio: há um dever geral de vigilância que não foi plenamente satisfeito, visto a ocorrência de um assassinato nas dependências de um presídio, e desta forma, há uma omissão flagrante que atinge os direitos fundamentais à vida e integridade física do preso.<sup>246</sup> Aqui o Supremo Tribunal Federal age na esteira dos termos utilizados por José Carvalho dos Santos Filho, em virtude de um desleixo do Estado quanto aos seus deveres constitucionais.

É nesse sentido que Juarez Freitas traz que:

Sem precisar lançar mão do conceito de ‘culpa anônima’ (não individualizável) em sede de responsabilidade pelas condutas omissivas do Poder Público, a falta de cumprimento dos deveres (o desidioso cumprimento) gera o dever de indenizar ou compensar. Definitivamente, a omissão pode ser causadora de dano anômalo ou injusto. Omissão inclusive pela implementação intempestiva de políticas públicas. Desaconselhável enquadrá-la como simples condição para o evento danoso, tampouco concebê-la como mera situação favorável à

---

<sup>244</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 30 ed. Rio de Janeiro Atlas 2016. p.596.

<sup>245</sup> CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de direito administrativo**. 12. ed. Salvador: JusPODIVM, 2013.

<sup>246</sup> “Morte de detento por colegas de carceragem. Indenização por danos morais e materiais. Detento sob a custódia do Estado. Responsabilidade objetiva. Teoria do Risco Administrativo. Configuração do nexo de causalidade em função do dever constitucional de guarda (art. 5º, XLX). Responsabilidade de reparar o dano que prevalece ainda que demonstrada a ausência de culpa dos agentes públicos”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 272.839**. Recorrente: Estado de Mato Grosso. Recorridos: Michele Freitas Leite e outros. Relator: Min. Gilmar Mendes, Brasília, 01 de fevereiro de 2005. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14739657/recurso-extraordinario-re-272839-mt>>. Acesso em: 20 jan. 2017).

ocorrência de prejuízo. A omissão estatal carrega, por assim dizer, o frustrado princípio ativo do dever estatal não cumprido. Bem por isso, é de se afastar a indagação adstrita à noção de omissão 'voluntária', negligência ou imprudência, nos termos do art.927, caput, do Código Civil. Tudo porque, à semelhança do que sucede com as condutas comissivas, a responsabilidade extracontratual do Estado por omissão haverá de ser proporcional, com a mencionada inversão do ônus da prova, que não se confunde com a simples presunção de culpa do poder público.<sup>247</sup>

Deste modo, tendo em vista as divergências doutrinárias aqui trazidas pela responsabilidade subjetiva do Estado por atos omissivos tradicionalmente ensinada pela doutrina, a presente pesquisa se utilizará da responsabilidade objetiva em casos de omissões do Estado tal qual já preconizada pelo Supremo Tribunal Federal.

No Recurso Extraordinário 495.740<sup>248</sup>, oriundo do Distrito Federal, julgado pela Segunda Turma do STF, com relator o Ministro Celso de Mello, uma servidora pública

<sup>247</sup> FREITAS, Juarez. Por uma hermenêutica superadora da omissão inconstitucional nas políticas públicas. In: FREITAS, Juarez; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski (Org.). **Comentários à jurisprudência do STF: Direitos fundamentais e omissão inconstitucional**. Barueri-São Paulo: Manole, 2012. p.14.

<sup>248</sup>EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO PODER PÚBLICO - ELEMENTOS ESTRUTURAIS - PRESSUPOSTOS LEGITIMADORES DA INCIDÊNCIA DO ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO - INFECÇÃO POR CITOMEGALOVÍRUS - FATO DANOSO PARA O OFENDIDO (MENOR IMPÚBERE) RESULTANTE DA EXPOSIÇÃO DE SUA MÃE, QUANDO GESTANTE, A AGENTES INFECCIOSOS, POR EFEITO DO DESEMPENHO, POR ELA, DE ATIVIDADES DESENVOLVIDAS EM HOSPITAL PÚBLICO, A SERVIÇO DA ADMINISTRAÇÃO ESTATAL - PRESTAÇÃO DEFICIENTE, PELO DISTRITO FEDERAL, DE ACOMPANHAMENTO PRÉ-NATAL - PARTO TARDIO - SÍNDROME DE WEST - DANOS MORAIS E MATERIAIS - RESSARCIBILIDADE - DOCTRINA - JURISPRUDÊNCIA - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. - Os elementos que compõem a estrutura e delinham o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o 'eventus damni' e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva imputável a agente do Poder Público que tenha, nessa específica condição, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal. Precedentes. A omissão do Poder Público, quando lesiva aos direitos de qualquer pessoa, induz à responsabilidade civil objetiva do Estado, desde que presentes os pressupostos primários que lhe determinam a obrigação de indenizar os prejuízos que os seus agentes, nessa condição, hajam causado a terceiros. Doutrina. Precedentes. - A jurisprudência dos Tribunais em geral tem reconhecido a responsabilidade civil objetiva do Poder Público nas hipóteses em que o 'eventus damni' ocorra em hospitais públicos (ou mantidos pelo Estado), ou derive de tratamento médico inadequado, ministrado por funcionário público, ou, então, resulte de conduta positiva (ação) ou negativa (omissão) imputável a servidor público com atuação na área médica. - Servidora pública gestante, que, no desempenho de suas atividades laborais, foi exposta à contaminação pelo citomegalovírus, em decorrência de suas funções, que consistiam, essencialmente, no transporte de material potencialmente infecto-contagioso (sangue e urina de recém-nascidos). - Filho recém-nascido acometido da 'Síndrome de West', apresentando um quadro de paralisia cerebral, cegueira, tetraplegia, epilepsia e malformação encefálica, decorrente de infecção por citomegalovírus contraída por sua mãe, durante o período de gestação, no exercício de suas atribuições no berçário de hospital público. - Configuração de todos os pressupostos primários determinadores do reconhecimento da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, o que faz emergir o dever de indenização pelo dano pessoal e/ou patrimonial". (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AI 852.237 RS**. AGTE.: União. AGDO.: Vania Daniela Freitas Cardoso. Relator: Min. Celso de Mello. Porto Alegre, 25 de junho de 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4463295>>. Acesso em: 15 jan. 2017).

de hospital-berçário move ação para buscar a responsabilidade estatal em virtude de contaminação por citomegalovírus, uma vez que, estando grávida, a sua não remoção do contato com fezes e urina fez com que a criança nascesse com paralisia cerebral, cegueira, além de outras complicações, enquanto realizava suas atividades.

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal entendeu não existir nexos de causalidade material entre a doença e a conduta da rede hospitalar pública, o que era o principal argumento de defesa trazido pelo Estado, mas a servidora recorreu da decisão até chegar a discussão ao STF, com fulcro na responsabilidade objetiva estatal, mediante Recurso Extraordinário e Agravo Regimental no sentido de acolher as premissas trazidas pela recorrente.

Esse é um caso basilar da aplicação do juízo de probabilidade presente no nexo causal presumido, como pode ser desprendido da seguinte análise doutrinária:

Já a Teoria da Causa Direta, que foi tacitamente defendida no caso em exame pela Procuradoria-Geral do Distrito Federal, tenta aproximar-se de um elevado grau de certeza na determinação das condições que podem ser tomadas como causas do resultado danoso. Entretanto, a exposição constante de uma mulher grávida a material contagioso já pode ser por si só considerada causa direta da contaminação, tendo em vista que a precisa determinação do momento em que teria ocorrido a entrada do citomegalovírus no corpo da gestante é algo praticamente impossível, bem como não foram produzidas provas pelo Estado indicando que tal contaminação não poderia ter ocorrido dentro das dependências do hospital onde a servidora trabalhava - pelo contrário, o conjunto probatório apresentado pelo réu aumenta ainda mais as dúvidas acerca da salubridade das condições de trabalho oferecidas à servidora durante o período gestacional.<sup>249</sup>

Os argumentos da parte recorrente são baseados na teoria do risco administrativo aceita por parcela da doutrina e jurisprudência brasileiras, que como tal, permite a existência do nexo causal presumido<sup>250</sup>, de uma forma diferente do que a que anteriormente foi estudada nesse trabalho: dá-se o afastamento da culpa na responsabilidade civil, ganhando o nexo causal presumido um leque muito mais amplo de opções, amparado não somente em um juízo de probabilidade, como no caso aqui referido, mas também na solidariedade social. Ao passo que o nexo causal presumido já presente no caso concreto antes da modernização da doutrina

---

<sup>249</sup> TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Responsabilidade civil objetiva do estado por omissão que culminou em infecção hospitalar. In: FREITAS, Juarez; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski (Org.). **Comentários à jurisprudência do STF: direitos fundamentais e omissão inconstitucional**. Barueri-São Paulo: Manole, 2012. p.29.

<sup>250</sup> TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Responsabilidade civil objetiva do estado por omissão que culminou em infecção hospitalar. In: FREITAS, Juarez; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski (Org.). **Comentários à jurisprudência do STF: direitos fundamentais e omissão inconstitucional**. Barueri-São Paulo: Manole, 2012. p.21.

vai se referir a um juízo de probabilidade que dá quase certeza da contaminação da gestante pelo Estado, o novo nexo causal vai se referir à concretização da reparação integral do dano injusto:

Antes, a obrigação de indenizar estava calcada na busca de um agente que com sua conduta culposa- na qual se verifica a imputabilidade, o discernimento e a falta de diligência- gerou o dano à vítima. Hoje, o dever reparatório baseia-se em outros fundamentos - ainda que presente aquele inicial - quais sejam, o risco da atividade e a solidariedade social. Esta ampliação da justificativa ressarcitória trouxe consequências relevantes para a teoria geral da responsabilidade civil, sendo a mais visível a modificação de seu paradigma: do dano causado ao dano sofrido.<sup>251</sup>

A aplicação do nexos de causalidade habitual, tendo que ser provado em sua plenitude, seria um atentado direto contra a dignidade da pessoa humana, e entraria em confronto direto com o ressarcimento pelos danos causados à gestante no caso concreto, em virtude da nova configuração da responsabilidade civil com o afastamento da culpa. Há a exposição da servidora aos riscos de qualquer maneira, competindo ao Estado provar que a contaminação ocorreu por fatos que não teriam nexos causal.<sup>252</sup>

Também foi referido, como trazido por Anderson Vichinkeski Teixeira, que há uma argumentação no sentido do sistema de saúde do Distrito Federal estar sobrecarregado e que, de tal sorte, não seria possível exigir de um hospital público todo o dever de cautela que se espera, o que é uma menção ao princípio da reserva do possível.<sup>253</sup> Porém, este mesmo princípio é muitas vezes interpretado de maneira

<sup>251</sup> MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. **A responsabilidade civil por presunção de causalidade**. Rio de Janeiro: GZ, 2010. p.338.

<sup>252</sup> No mesmo sentido em relação à um nexos causal presumido: "DOENÇA PROFISSIONAL - TENDINITE - ATIVIDADE BRAÇAL - RISCOS INERENTES À FUNÇÃO - NEXO CAUSAL - PRESUNÇÃO E ÔNUS DA PROVA. 1. Se a atividade cotidianamente desenvolvida pelo empregado era de natureza braçal, alcançando variados movimentos de forte impacto, é de se reconhecer exposição a riscos de lesionamento dos tendões e articulações, sendo nesse sentido o Decreto n. 3.048/99 (anexo II, item X)10, que inclui como fatores de risco da síndrome do impacto e da tendinite bicipital, não apenas os movimentos repetitivos, mas também o ritmo de trabalho penoso e as vibrações localizadas. 2. Por outro lado, em havendo compatibilidade entre a lesão apresentada pelo trabalhador e os riscos da atividade por ele desenvolvida, o nexos causal é presumido, competindo ao empregador provar que a doença foi adquirida em razão de outras atividades ou fatores. 3. Recurso improvido, decisão unânime". (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho 24ª Região. **RO 0027300-11.2004.5.24.0031**. Recorrente: Fundação Bradesco. Recorrido: Ademar de Souza. Relator: Juiz Amaury Rodrigues Pinto Júnior. Campo Grande, 02 de setembro de 2005. Disponível em: <<http://sgrh.trt24.jus.br/jurisprudencia/pages/jurisprudencia/pesquisa.xhtml#>>. Acesso em: 15 jan. 2017).

<sup>253</sup> Sobre o referido princípio, ver CANOTLHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991. A critério de elucidação: "A construção teórica da 'reserva do possível' tem, ao que se sabe, origem na Alemanha, especialmente a partir do início dos anos de 1970. De acordo com a noção de reserva do possível, a efetividade dos direitos sociais a prestações

errônea pela doutrina brasileira, sendo que em sua natureza, oriunda da jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, constitui-se como a impossibilidade de o indivíduo exigir de maneira racional o que pode se esperar da sociedade, impossibilitando exigências acima de um certo limite básico social, sendo que, como tal, é o hospital que deveria comprovar que tinha motivos para não ter sido financeiramente capaz de ter dado segurança para a servidora gestante. A adstrição da realização dos direitos sociais, culturais e econômicos a um erário completamente cheio do Estado dará margem à ineficácia dos mesmos.<sup>254</sup> Logo, trata-se de outro argumento que se encontra praticamente inviabilizado.

De tal sorte que, desta maneira, caberia ao Estado a prova de que a contaminação não ocorreu pela exposição que a servidora teve em seu período de emprego:

A questão relativa à prova leva, primeiramente, em conta a defesa do Estado na ação movida pelo lesado. Diante dos pressupostos da responsabilidade objetiva, ao Estado só cabe defender-se provando a inexistência do fato administrativo, a inexistência de dano ou a ausência do nexos causal entre o fato e o dano. Mas há ainda outro fator que merece ser analisado. A pretensão formulada pelo indivíduo para obter do Estado a reparação de prejuízos atenua em muito o princípio de que o ônus da prova incumbe a quem alega (*onus probandi incumbit ei que dicit, non qui negat*). Se o autor da ação alega a existência do fato, o dano e o nexos de causalidade entre um e outro, cabe ao Estado-réu a contraprova sobre tais alegações.<sup>255</sup> (grifo do autor).

De maneira semelhante, o STF já decidiu a respeito do princípio da reserva do possível como vedada no que for atentatória a direitos fundamentais e constitucionalmente garantidos, em uma decisão que obriga o Município de São Paulo a matricular crianças em unidades de ensino infantil próxima da residência ou do endereço de trabalho de seus responsáveis legais. O acórdão foi no sentido de

---

materiais estaria sob a reserva das capacidades financeiras do Estado, uma vez que seriam direitos fundamentais dependentes de prestações financiadas pelos cofres públicos. A partir disso, a 'reserva do possível' (*Der Vorbehalt des Möglichen*) passou a traduzir (tanto para a doutrina majoritária, quanto para a jurisprudência constitucional na Alemanha) a idéia de que os direitos sociais a prestações materiais dependem da real disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado, disponibilidade esta que estaria localizada no campo discricionário das decisões governamentais e parlamentares, sintetizadas no orçamento público". (SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filtchiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas considerações. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 24, jul. 2008. Disponível em: <[www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo\\_mariana.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html)>. Acesso em: 15 jan. 2017).

<sup>254</sup> KRELL, Andreas. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des) caminhos de um direito constitucional comparado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p.29-30.

<sup>255</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 30 ed. Rio de Janeiro Atlas 2016. p.591.

que o descumprimento de políticas públicas definidas na Constituição se constitui em uma hipótese por meio da qual se legitima a intervenção jurisdicional. Trata-se do Agravo Regimental em Recurso Extraordinário n. 639.337. O Município de São Paulo ataca a decisão que obriga o mesmo a matricular crianças em unidades de ensino infantil que sejam próximas de sua residência ou do endereço de trabalho de seus responsáveis legais, com cominação de multa diária por criança que não esteja sendo atendida.<sup>256</sup> A turma negou provimento ao recurso de agravo em votação unânime. A reserva do possível estaria subsumida a situações com um cunho emergencial para a infraestrutura do Estado.<sup>257</sup>

Nas palavras do relator Ministro Celso de Mello:

---

<sup>256</sup> “EMENTA: CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - SENTENÇA QUE OBRIGA O MUNICÍPIO DE SÃO PAULO A MATRICULAR CRIANÇAS EM UNIDADES DE ENSINO INFANTIL PRÓXIMAS DE SUA RESIDÊNCIA OU DO ENDEREÇO DE TRABALHO DE SEUS RESPONSÁVEIS LEGAIS, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA POR CRIANÇA NÃO ATENDIDA - LEGITIMIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DAS ‘ASTREINTES’ CONTRA O PODER PÚBLICO - DOUTRINA - JURISPRUDÊNCIA - OBRIGAÇÃO ESTATAL DE RESPEITAR OS DIREITOS DAS CRIANÇAS - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 53/2006) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM CASO DE OMISSÃO ESTATAL NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO - INOCORRÊNCIA DE TRANSGRESSÃO AO POSTULADO DA SEPARAÇÃO DE PODERES - PROTEÇÃO JUDICIAL DE DIREITOS SOCIAIS, ESCASSEZ DE RECURSOS E A QUESTÃO DAS ‘ESCOLHAS TRÁGICAS’ - RESERVA DO POSSÍVEL, MÍNIMO EXISTENCIAL, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL - PRETENDIDA EXONERAÇÃO DO ENCARGO CONSTITUCIONAL POR EFEITO DE SUPERVENIÊNCIA DE NOVA REALIDADE FÁTICA - QUESTÃO QUE SEQUER FOI SUSCITADA NAS RAZÕES DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO - PRINCÍPIO ‘JURA NOVIT CURIA’ - INVOCAÇÃO EM SEDE DE APELO EXTREMO - IMPOSSIBILIDADE - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. POLÍTICAS PÚBLICAS, OMISSÃO ESTATAL INJUSTIFICÁVEL E INTERVENÇÃO CONCRETIZADORA DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE EDUCAÇÃO INFANTIL: POSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE 639.337 AgR**. AGTE.: Município de São Paulo. AGDO.: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Min. Celso de Mello. São Paulo, 23 de agosto de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>>. Acesso em: 15 jan. 2017).

<sup>257</sup> “Embora tenhamos que reconhecer a existência destes limites fáticos (reserva do possível) e jurídicos (reserva parlamentar em matéria orçamentária) implicam certa relativização no âmbito da eficácia e efetividade dos direitos sociais prestacionais, que, de resto, acabam conflitando entre si, quando se considera que os recursos públicos deverão ser distribuídos para atendimento de todos os direitos fundamentais sociais básicos, sustentamos o entendimento, que aqui vai apresentado de modo resumido, no sentido de que sempre onde nos encontramos diante de prestações de cunho emergencial, cujo indeferimento acarretaria o comprometimento irreversível ou mesmo o sacrifício de outros bens essenciais, notadamente - em se cuidando da saúde da própria vida, integridade física e dignidade da pessoa humana, haveremos de reconhecer um direito subjetivo do particular à prestação reclamada em Juízo”. (SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista Eletrônica sobre a reforma do Estado**, Salvador, n. 11, set.8/out./nov., 2007. Disponível em: <[www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31953-37383-1-PB.pdf](http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31953-37383-1-PB.pdf)>. Acesso em: 15 jan. 2017).

Cabe ter presente, bem por isso, consideradas as dificuldades que podem derivar da escassez de recursos – com a resultante necessidade de o Poder Público ter de realizar as denominadas ‘escolhas trágicas’ (em virtude das quais alguns direitos, interesses e valores serão priorizados ‘com sacrifício’ de outros) -, o fato de que, embora invocável como parâmetro a ser observado pela decisão judicial, a cláusula da reserva do possível encontrará, sempre, insuperável limitação na exigência constitucional de preservação do mínimo existencial, que representa no contexto de nosso ordenamento positivo, emanação direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana, tal como tem sido reconhecido pela jurisprudência constitucional.<sup>258</sup>

Em uma analogia com o exemplo referido por Andreas Krell no qual o autor traz como uma extensão do princípio da reserva do possível a possibilidade de que existam universidades federais, mas não que a educação deva ser gratuita para todos, podemos ver que o razoável a se exigir do Estado seja uma infraestrutura adequada que vise a prevenir contaminações, como a referida nesse estudo de caso, e também que vise a garantir a satisfação das necessidades relativas à educação como a melhor tradução do princípio.<sup>259</sup> De construção doutrinária muitas vezes indissociável do princípio da reserva do possível, também podemos falar no mínimo existencial, não só quanto às condições de sobrevivência do indivíduo, mas também relacionadas à preservação do princípio da dignidade humana, e que para as autoras aqui referidas, se constitui em uma limitação para o princípio da reserva do possível:

Concluindo, pode-se dizer que o mínimo existencial impõe um limite à aplicação da reserva do possível como restrição aos direitos fundamentais sociais. Em outras palavras, exerce a função de parâmetro para avaliar se determinada restrição a direito social, imposta pelo Poder Público, sob o

---

<sup>258</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE 639.337 AgR**. AGTE.: Município de São Paulo. AGDO.: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Min. Celso de Mello. São Paulo, 23 de agosto de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>>. Acesso em: 15 jan. 2017.

<sup>259</sup> No mesmo sentido: “A teoria da reserva do possível, portanto, tal qual sua origem, não se refere direta e unicamente à existência de recursos materiais suficientes para a concretização do direito social, mas à razoabilidade da pretensão deduzida com vistas a sua efetivação. Entretanto, a interpretação e transposição que se fez de tal teoria, especialmente em solo pátrio, fez dela uma teoria da reserva do financeiramente possível, na medida em que se considerou como limite absoluto à efetivação de direitos fundamentais sociais (i) a suficiência de recursos públicos e (ii) a previsão orçamentária da respectiva despesa”. (MANICA, Fernando Borges. Teoria da reserva do possível: direitos fundamentais à prestações e a intervenção do poder judiciário na implementação de políticas públicas. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 25, fev./mar.abr., 2011. Disponível em: <<http://direitodoestado.com/revista/REDAE-25-ABRIL-2011-FERNANDO-BORGES-MANICA.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2017).

argumento da reserva do possível, observou ou não o princípio da proporcionalidade.<sup>260</sup>

Há um padrão mínimo em direitos sociais que deve ser reconhecido, e que claramente foram violados no caso concreto, não ocorrendo a satisfação do direito à saúde tal qual deveria ter sido satisfeito, pois a dignidade humana está intimamente ligada ao mínimo existencial e resta claramente violada.<sup>261</sup> Sem a satisfação de um mínimo existencial, viola-se o próprio direito à liberdade do cidadão, de tal passo que nem sempre vai se encontrar positivado no texto constitucional; porém, é protegido negativamente em face da intervenção do Estado e garantido de maneira positiva pelas prestações estatais.<sup>262263</sup> Logo, uma vez que os direitos sociais são todos fundamentais<sup>264</sup>, deve ocorrer uma previsão obrigatória que sirva para o

<sup>260</sup> MATSUDA, Juliana Tiemi Maruyama; PEREIRA, Helida Maria; SOUZA; Luciana Camila de. O Mínimo existencial como limite à aplicação da reserva do possível na efetivação dos direitos fundamentais sociais. **Advocacia Geral da União**, [2017?]. Disponível em: <[www.agu.gov.br/page/download/index/id/%207306306](http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/%207306306)>. Acesso em: 15 jan. 2017.

<sup>261</sup> Conforme as observações sobre a relação do Mínimo Existencial com o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana presentes em: SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

<sup>262</sup> “O mínimo existencial é direito protegido negativamente contra a intervenção do Estado e, ao mesmo tempo, garantido positivamente pelas prestações estatais. Diz-se, pois, que é direito de status negativus e de status positivus, sendo certo que não raro se convertem uma na outra ou se co-implicam mutuamente a proteção constitucional positiva e a negativa”. (TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, vol. 177, p.29-49, jul./set., 1989. Disponível em: <[bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/46113/44271](http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/46113/44271)>. Acesso em: 15 jan. 2017).

<sup>263</sup> “Neste sentido, verifica-se, desde logo e na esteira do que já tem sido afirmado há algum tempo entre nós, que também os direitos sociais abrangem tanto direitos (posições ou poderes) a prestações (positivos) quanto direitos de defesa (direitos negativos ou a ações negativas), partindo-se aqui do critério da natureza da posição jurídico-subjetiva reconhecida ao titular do direito, bem como da circunstância de que os direitos negativos (notadamente os direitos à não-intervenção na liberdade pessoal e nos bens fundamentais tutelados pela Constituição) apresentam uma dimensão ‘positiva’ (já que sua efetivação reclama uma atuação positiva do Estado e da sociedade), ao passo que os direitos a prestações (positivos) fundamentam também posições subjetivas ‘negativas’, notadamente quando se cuida de sua proteção contra ingerências indevidas por parte dos órgãos estatais, de entidades sociais e também de particulares”. (SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filtchiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas considerações. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n.24, jul. 2008. Disponível em: <[www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo\\_mariana.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html)>. Acesso em: 15 jan. 2017).

<sup>264</sup> “Em síntese, embora lamentando o cunho sumário das razões expostas, mas tendo em vista a absoluta necessidade de traçarmos as diretrizes basilares das considerações subseqüentes, firma-se aqui posição em torno da tese de que – pelo menos no âmbito do sistema de direito constitucional positivo nacional – todos os direitos sociais são fundamentais, tenham sido eles expressa ou implicitamente positivados, estejam eles sediados no Título II da CF (dos direitos e garantias fundamentais) ou dispersos pelo restante do texto constitucional, ou se encontrem ainda (também expressa e/ou implicitamente) localizados nos tratados internacionais regularmente firmados e incorporados pelo Brasil”. (SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filtchiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas considerações. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n.24, jul. 2008. Disponível em: <[www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo\\_mariana.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html)>. Acesso em: 15 jan. 2017).

cumprimento afirmativo desses direitos. Tal prestação positiva é referida por Lisandro Luís Wottrich, amparado em Alexy<sup>265</sup>, quando nos traz reflexão sobre a liberdade do indivíduo contra as possíveis intervenções do Estado:

Há de se consignar que se, de um lado, a cláusula da reserva do possível possui supedâneo teórico razoável e vem sendo acolhida na jurisprudência, na esteira da doutrina nacional e estrangeira que a defende, de outro, não pode ela servir como moduladora de toda a atividade afirmativa pública, no sentido de convalidar-se em uma ‘desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, principalmente os de cunho social’. Ela há de ser excepcional no que tange aos direitos dotados de fundamentalidade, porquanto esses não podem de forma alguma ser preteridos ou deixados de lado pelo Estado, já que eles não fazem parte do campo discricionário dos entes públicos, com eles não se barganha ou flexibiliza.<sup>266</sup>

Logo, contra um poder público omissivo, resta consolidada a legitimidade do Poder Judiciário para uma atuação que não se constituiria em uma ingerência na função precípua de outro poder, mas uma forma de superar a inércia estatal, implementando políticas públicas em caráter de excepcionalidade, sob pena de comprometer a eficácia da Constituição.<sup>267</sup>

De tal passo que também podemos falar na proibição do retrocesso presente na jurisprudência citada, que significa sua concretização em uma dimensão negativa quanto ao que diz respeito aos direitos sociais de natureza prestacional, não podendo, uma vez que um determinado nível de satisfação do direito seja atingido, que o mesmo seja restringido ou reduzido, a menos, claro, que se utilize para tanto de uma política compensatória, o que não é o caso.<sup>268</sup> O mínimo existencial, seja em matéria de direito à saúde ou à educação, mesmo que não previsto em lei, deverá ser analisado de acordo com as peculiaridades do caso concreto, mesmo que a legislação não esteja nos dando a resposta de maneira clara; cabe um poder ao

<sup>265</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2011.

<sup>266</sup> WOTTRICH, Lisandro Luis. Impossibilidade de invocação por parte do município do princípio da reserva do possível frente ao dever de proteção integral do menor. In: FREITAS, Juarez; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski (Org.). **Comentários à jurisprudência do STF: direitos fundamentais e omissão inconstitucional**. Barueri-São Paulo: Manole, 2012. p.65.

<sup>267</sup> No caso jurisprudencial da nota de rodapé 257 vota o relator: “Inexiste obstáculo jurídico-processual à utilização, contra entidades de direito público, da multa cominatória prevista no § 5º do art. 461 do CPC. A ‘astreinte’ - que se reveste de função coercitiva - tem por finalidade específica compelir, legitimamente, o devedor, mesmo que se cuide do Poder Público, a cumprir o preceito, tal como definido no ato sentencial”.

<sup>268</sup> SENA, Jaqueline Santa Brigida; LEVY, Wilson. Judicialização do direito à saúde: entre reserva do possível e participação democrática no acesso a medicamentos. In: FREITAS, Juarez; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski (Org.). **Comentários à jurisprudência do STF: direitos fundamentais e omissão inconstitucional**. Barueri-São Paulo: Manole, 2012. p.46.

legislador e administrador para definir o que faz parte desse núcleo essencial, e quando um deles estiver falhando, resta ao Poder Judiciário intervir.<sup>269</sup> Nos casos concretos, pelos riscos de contaminação presentes no primeiro caso e pela não-satisfação do direito à educação, torna-se inviável a utilização da reserva do possível, pois estão sendo feridos o núcleo essencial dos direitos que constituem o mínimo existencial.

Já no Recurso Extraordinário 607.771<sup>270</sup>, do Estado de Santa Catarina, trata-se do dever de indenizar do Estado pelos danos ocasionados por presos que escaparam do sistema prisional. Um dos presos que escapou praticou latrocínio. A condenação do Tribunal de Justiça foi no sentido de condenar o Estado ao dever de indenizar os danos morais e a fixação de pensão à viúva do de cujus. O Tribunal de Justiça condenou o Estado por entender como existente o dever de indenizar os danos morais, além de fixar uma pensão mensal devida à viúva. O Estado recorreu embasado em uma suposta ausência do nexo de causalidade entre a fuga do preso e qualquer dever do poder público. Segundo o sustentado na presente pesquisa, a decisão se mostra correta, em que pese, por exemplo, o seguinte argumento ilustrado por Aldo de Campos Costa:

Em matéria de *presos foragidos*, o Estado só responderá pelo crime praticado se o nexo de causalidade for demonstrado. É necessário que haja um intervalo de tempo pequeno entre a fuga e o ato lesivo. O tema é frequentemente abordado pela jurisprudência dos tribunais de superposição a partir de episódios envolvendo estupro cometido por condenado submetido a regime prisional aberto que pratica, em várias ocasiões, falta grave de evasão, sem que as autoridades responsáveis pela execução da

---

<sup>269</sup> CASTRO, Ione Maria Domingues de. **Direito à saúde no âmbito do sus: um direito ao mínimo existencial garantido pelo judiciário?**. 2012. 366 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <[http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-02102012-162450/publico/IONE\\_MARIA\\_DOMINGUES\\_DE\\_CASTRO\\_TESE\\_17\\_01\\_2012.pdf](http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-02102012-162450/publico/IONE_MARIA_DOMINGUES_DE_CASTRO_TESE_17_01_2012.pdf)>. Acesso em: 15 jan. 2017.

<sup>270</sup> EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ARTIGO 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. LATROCÍNIO COMETIDO POR FORAGIDO. NEXO DE CAUSALIDADE CONFIGURADO. PRECEDENTE. 1. A negligência estatal no cumprimento do dever de guarda e vigilância dos presos sob sua custódia, a inércia do Poder Público no seu dever de empreender esforços para a recaptura do foragido são suficientes para caracterizar o nexo de causalidade. 2. Ato omissivo do Estado que enseja a responsabilidade objetiva nos termos do disposto no artigo 37, § 6º, da Constituição do Brasil. Agravo regimental a que se nega provimento. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 607.771 SC**. AGTE: Estado de Santa Catarina. AGDO: Sirlei Santos Bertoncini. Relator: Min. Eros Grau. Santa Catarina, 20 de abril de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611128>>. Acesso em: 15 jan. 2017).

pena lhe apliquem a medida de regressão do regime prisional aplicável à espécie (STF RE 573.595 AgR). [...].<sup>271</sup>(grifo do autor).

Houve, no caso em tela, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário, submetido à Segunda Turma. O Relator do processo no STF foi o Ministro Eros Grau. Em ambos os julgamentos, tanto do Agravo Regimental como do Recurso Extraordinário, foi reafirmada a manutenção do dever de indenizar.

A parte que propôs a ação se embasou na teoria do risco administrativo e na responsabilidade objetiva do Estado prevista no texto constitucional, sendo a guarda e vigilância dos presos responsabilidade do poder público, de modo que, portanto, os danos que o mesmo comete em uma eventual fuga são, indiretamente, culpa do Estado. O estado de Santa Catarina se embasou em uma eventual ausência do nexo de causalidade entre a conduta do estado e o dano que ocorreu, uma necessária adstrição a uma conduta dolosa ou culposa do agente do estado, e que tenha relação direta com o dano, não incidindo a responsabilidade objetiva, e a desconfiguração do nexo de causalidade pelo elevado transcurso de tempo, três anos entre a fuga e o fato ocorrido. No voto do relator Eros Grau, os acontecimentos foram o suficiente para desencadear a configuração do nexo causal. Esse dever de segurança se estende nos casos que são nitidamente menos controversos, nos quais o estado deve garantir o dever de segurança dos presos em virtude de ameaças a sua integridade física dentro do sistema prisional.<sup>272</sup> Como na bibliografia citada pela já referida jurisprudência, o dever de polícia do Estado vai se estender às pessoas recolhidas em unidades prisionais do poder público, ou de qualquer recinto sob a tutela do poder público,<sup>273</sup> em que se verifique que a omissão do Estado é causada por não se estar agindo de acordo com o padrão mínimo que se deveria agir. Já em outros casos, como um dano resultante da ação de marginais, em um

---

<sup>271</sup> COSTA, Aldo de Campos. A responsabilidade do estado no STF e no STJ. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 17 abr. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-abr-17/toda-prova-responsabilidade-estado-stf-stj>>. Acesso em: 15 jan. 2017.

<sup>272</sup> APELAÇÃO. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO. MORTE DE PRESO EM UNIDADE PRISIONAL. DEVER DE VIGILÂNCIA DO ESTADO. INDENIZAÇÃO. DANOS MATERIAIS. FILHOS MENORES. PENSÃO MENSAL. CABIMENTO. DANOS MORAIS. QUANTUM REDUZIDO. REEXAME E APELOS CONHECIDOS E PARCIALMENTE PROVIDOS. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Ceará. **APL 0137790-69.2009.8.06.0001**. CE 0137790-69.2009.8.06.0001. Apelante/Apelado: Estado do Ceará. Relator: Jucid Peixoto do Amaral. Ceará, 09 de março de 2016. Disponível em: <<http://tj-ce.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/321769236/apelacao-apl-1377906920098060001-ce-0137790-6920098060001>>. Acesso em: 15 jan. 2017).

<sup>273</sup> CRETELLA JUNIOR, José. **O estado e a obrigação de indenizar**. São Paulo: Saraiva, 1998. p.251.

caso fortuito e imprevisível em uma via pública, em uma omissão genérica do poder público, não verifica-se essa diminuição do padrão mínimo:

Nesse caso não se configura a responsabilidade do Estado. Na omissão genérica não há o fato juridicamente relevante, qual seja, um comportamento inferior ao padrão legal exigível na situação em apreço. O Estado não atuou dada a impossibilidade ou a intransponível dificuldade de fazê-lo (que depende do cotejamento dos recursos disponíveis em face das outras necessidades estatais) e ainda a imprevisibilidade do acontecimento. A garantia genérica da segurança pública é um padrão mínimo de resguardo da coletividade e não uma proteção individualizada, subjetiva, de cada particular em todas as circunstâncias.<sup>274</sup>

A matéria é ainda mais favorável ao voto do relator citado acima quando analisamos conjuntamente a ideia de nexos causal presumido e responsabilidade civil com o afastamento da culpa. O direito à vida é suficiente para que o juízo de probabilidade do nexos causal presumido seja levado em consideração, uma vez que o principal fundamento para a presunção do mesmo é a dignidade da pessoa humana. Junto com os deveres de vigilância que o Estado tem em relação à fuga de presos, torna a matéria de difícil defesa para o poder público. O nexos causal com base em um juízo de probabilidade tem que ser utilizado para que as vítimas possam efetivamente ser ressarcidas, e a violação de direitos fundamentais de maneira incontestável como ocorrida nesse caso concreto, traz esta necessidade de indenização presente na modernidade, mesmo que entre a fuga do preso foragido e o efetivo latrocínio tivesse tido um transcurso longo de tempo. Também pode-se falar na omissão do Estado na proteção do direito à vida que se deu pela violação do dever de segurança. O Estado, ao agir dessa maneira, viola os direitos fundamentais e, como tal, deve ser responsabilizado.

Mas é claro que só poderá se responsabilizar o Estado com base em um nexos causal presumido quando um juízo de probabilidade puder ser utilizado de maneira adequada, e não com base em uma teoria do risco integral. Qual seja, o

---

<sup>274</sup> Nesse caso não se configura a responsabilidade do Estado. Na omissão genérica não há o fato juridicamente relevante, qual seja, um comportamento inferior ao padrão legal exigível na situação em apreço. O Estado não atuou dada a impossibilidade ou a intransponível dificuldade de fazê-lo (que depende do cotejamento dos recursos disponíveis em face das outras necessidades estatais) e ainda a imprevisibilidade do acontecimento. A garantia genérica da segurança pública é um padrão mínimo de resguardo da coletividade e não uma proteção individualizada, subjetiva, de cada particular em todas as circunstâncias. (MOTA, Mauricio Jorge Pereira da. Responsabilidade civil do estado por balas perdidas. **Revista de Direito da Cidade**, Rio de Janeiro, vol. 03, n. 02. p. 329-366 [2017?]. Disponível em: <[www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/download/9858/7720](http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/download/9858/7720)>. Acesso em: 20 jan. 2017).

fator determinante será a existência de um desleixo ou não do Estado em sua atividade normal, em que pese que o mesmo não poderá, por exemplo, ser responsabilizado por todos os assaltos ocorridos em vias públicas, quando as mesmas estiverem propriamente vigiadas, conforme podemos desprender da análise do acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo.<sup>275</sup>

O terceiro caso que se examina aqui é o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 720.501<sup>276</sup>, do Estado do Rio de Janeiro. Foi negado provimento tanto ao Recurso Extraordinário quanto ao Agravo Regimental, pela invocação da súmula 279 do STF. Perante o STF, o caso não foi reexaminado pela segunda turma, tendo como relator o Ministro Gilmar Mendes, uma vez que os Ministros compreenderam que deveria haver reexame de provas para julgamento do recurso, então foi negado provimento tanto ao Recurso Extraordinário quanto ao Agravo Regimental, por invocação da Súmula 279 do STF. O relator, porém, afirma que existe uma diferença entre a reapreciação da questão probatória que não pode ser confundida com a valoração da mesma, permitida em sede de recurso extraordinário, conforme defende. Sendo assim, em sua decisão citou trecho do acórdão recorrido, em que compreende como demonstrados os fatos ensejadores dos danos morais e a responsabilização do Município pelo dever de indenizar.

---

<sup>275</sup> RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. MORTE DE CIVIL EM ASSALTO. FALHA NO SERVIÇO PÚBLICO DE VIGILÂNCIA E SEGURANÇA. OMISSÃO INEXISTENTE. AUSÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE. IMPOSSIBILIDADE DO ESTADO ESTAR PRESENTE EM TODOS OS LUGARES. RECURSO NÃO PROVIDO. Em tema de responsabilidade civil do Estado, descabe impor-lhe a reparação na hipótese de morte de vítima de assalto em via pública, por ausência do nexo de causalidade entre o fato e a alegada omissão, até porque não há como impor a Administração Pública encarregada de vigilância e segurança estar em todos os lugares evitando crimes. (BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **CR 524.371.5/1-00 SP**. Apelante: Expedito Januário Pereira e outro. Apelada: Fazenda do estado de São Paulo. Relator: Ronaldo Frigini. São Paulo, 15 de agosto de 2008. Disponível em: <<http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3224623/apelacao-com-revisao-cr-5243715100-sp/inteiro-teor-101332913?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 20 jan. 2017).

<sup>276</sup> EMENTA: Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. 2. Direito Administrativo. 3. Responsabilidade civil do Estado. Agressão de guarda municipal a vendedor ambulante. Indenização por danos morais: possibilidade. 4. Reexame do acervo fático-probatório. Incidência do Enunciado 279 da Súmula do STF. Precedentes. 5. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 6. Agravo regimental a que se nega provimento. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE 720.501 RJ**. AGTE.: Município de Niterói. AGDO.: Carlos Castilho de Oliveira Floriano. Relator: Min. Gilmar Mendes. Rio de Janeiro, 11 de dezembro de 2012. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23034394/agreg-no-recurso-extraordinario-com-agravo-are-720501-rj-stf>>. Acesso em: 20 jan. 2017).

A decisão é confirmada de uma forma indireta pelo STF, devendo então ser analisado o acórdão proveniente do Tribunal a quo, i.e., o Tribunal de Justiça carioca: Apelação Cível n. 0000986-94.2010.8.19.0002<sup>277</sup>. É um caso de um vendedor ambulante, que realizava atividades ilegais e acaba sendo agredido fisicamente por um guarda municipal. Os argumentos de defesa do Município de Niterói envolvem a inexistência do nexo de causalidade, a existência de uma culpa concorrente da vítima pelo fato de que a mesma exercia atividades ilegais, e a falta de proporcionalidade do quantum indenizatório estabelecido. Já a fundamentação da parte agredida tem fulcro na responsabilidade objetiva do Estado, uma vez que a conduta do agente público lhe causou danos físicos e morais, A sentença de primeiro grau condenou o Município a indenizar, e foi mantida pelo Tribunal.

Essa é uma conduta que afeta os direitos fundamentais da vítima pelo Estado, quais sejam, a integridade física e psicológica da vítima; haja vista a existência de uma conduta desproporcional e injustificada por parte do agente público que exercia a função cujo exercício lhe foi conferido. A culpa concorrente alegada não deverá prosperar, visto que o fato de o mesmo estar exercendo atividades ilegais não possibilita a utilização de agressões físicas por parte do guarda municipal.

Há uma ausência de relação entre a agressão perpetrada pelo agente público e a venda dos produtos realizada de forma irregular; a culpa concorrente deve levar em consideração os atos que sejam determinantes para a produção do resultado, desprezando aqueles que sejam inócuos para o mesmo.<sup>278</sup> Este ato foi inócuo para a agressão do guarda municipal, já que em nenhuma hipótese legal o mesmo poderia ter agredido o ambulante como forma de punição ou repreensão. Diferente seria se um assaltante fosse agredido por um policial como forma de

---

<sup>277</sup> APELAÇÃO CÍVEL. Indenizatória. Agressão desnecessária de guarda municipal em face de vendedor ambulante que não possuía autorização para trabalhar em via pública. Prova dos autos que demonstram a conduta do agente público e o nexo causal. O dever legal de vigilância de logradouro público, não autoriza o guarda municipal a usar a força quando sua integridade física não está ameaçada. Sentença que fixou o dano moral em R\$5.000,00. Manutenção do valor. Pequeno reparo para fazer incidir a lei 9494/97 e suas posteriores alterações, no que tange aos juros. Precedentes DESPROVIMENTO AO RECURSO. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE 720.501 RJ**. AGTE.: Município de Niterói. AGDO.: Carlos Castilho de Oliveira Floriano. Relator: Min. Gilmar Mendes. Rio de Janeiro, 11 de dezembro de 2012. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23034394/agreg-no-recurso-extraordinario-com-agravo-are-720501-rj-stf>>. Acesso em: 20 jan. 2017).

<sup>278</sup> BOSCH, Marcia Helena. **Excludentes no código de defesa do consumidor**: o tratamento das hipóteses caso fortuito, força maior e risco de desenvolvimento. 2009. 132 f. Tese (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica. São Paulo, 2009. Disponível em: <[www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp090616.pdf](http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp090616.pdf)>. Acesso em: 20 jan. 2017.

coibir um assalto, por exemplo. Mas no caso concreto, a conduta do guarda municipal foi errônea, não havendo o fato delituoso em questão tendo concorrido em nenhum grau.<sup>279</sup>

Primeiramente, quanto ao nexo de causalidade, antes de se adentrar na questão do nexo causal presumido, faz-se a ressalva de que não há como desqualificar a existência do nexo causal no caso em questão: o Supremo Tribunal Federal só age de acordo com o conteúdo probatório presente no caso concreto, pois em sede de recurso extraordinário não é possível reexame de fatos e provas, logo, aceita-se como realizada a agressão sofrida pelo vendedor ambulante pelo agente público. O agente público, que no exercício de suas funções agride fisicamente a outrem, torna-se caso de responsabilidade civil objetiva do Estado, em virtude de que o excesso do servidor no exercício de sua função não exclui a culpa da administração, mas até a agrava, como já visto no corpo do presente trabalho, uma vez que esse abuso pressupõe a má escolha do servidor. Sendo assim, uma vez que a administração ao deferir ou possibilitar a realização de determinada atividade para seu servidor vai assumir os riscos da mesma, uma eventual ausência do nexo de causalidade no caso de um dano perpetrado por um agente público envolveria uma mínima controvérsia sobre a natureza do agente que agrediu o vendedor ambulante.<sup>280</sup> De tal passo que o Supremo Tribunal Federal já decidiu também que não necessariamente o agente público deva estar no exercício de suas funções, mas a mera configuração de

---

<sup>279</sup> “A culpa concorrente, em tema de responsabilidade civil do Estado, ocorre quando há uma concorrência da ação do agente público e da culpa do particular, ambos contribuindo para a ocorrência do evento. Há uma divisão de responsabilidade e, conseqüentemente, do quantum a ser indenizado. A culpa exclusiva ou concorrente da vítima, quando comprovada, ocasiona uma quebra do nexo de causalidade entre a ação do Estado e o evento danoso, essencial para se caracterizar a responsabilidade civil objetiva do Estado. Se a contribuição culposa do particular não foi completa e suficiente para afastar o nexo causal, não será excluída a responsabilidade civil objetiva do Estado, pois o evento teria ocorrido independente da participação da vítima.” (REIS, Maria do Carmo Guerrieri Saboya. Responsabilidade civil do estado e a culpa concorrente da vítima. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, n. 246, 1998).

<sup>280</sup> Matéria controversa por exemplo, a natureza do tabelião de notas, diferente de todas as figuras do ordenamento jurídico, exercendo uma atividade delegada pelo poder público em caráter privativo, ou ainda, do substituto do tabelião, que não passa pelo crivo da escolha da administração para exercer a função, mas realiza os mesmos atos que o titular. Sobre os notários e a natureza de sua função; ler: (BENICIO, Hercules. **Responsabilidade civil do estado decorrente de atos notariais e de registro**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2005; BRANDELLI, Leonardo. **Teoria geral do direito notarial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998; CENEVIVA, Walter. **Lei dos notários e dos registradores comentada**: Lei nº 8935/94. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014).

que tenha agido na qualidade de serviço público já basta para a configuração da responsabilidade do Estado.<sup>281</sup>

Há um caráter subsidiário no nexo causal presumido, em que podemos nos valer de sua utilização tão somente quando o nexo tradicional vai em desencontro ao princípio da dignidade humana e a efetiva reparação dos danos que as vítimas venham a sofrer, em que aliados a um juízo de probabilidade de acordo com o caso concreto, possa clamar pela utilização do mesmo. No caso concreto em questão não há a necessidade: a controvérsia do caso se dá pela Administração sustentar que não pode ser responsabilizada por conduta de seu agente que não considera como correta. Entretanto, como já demonstrado, a natureza de servidor público é que traz ao Estado o dever de indenizar, fundado na má-escolha dos agentes pela Administração.

Ainda, em acórdão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região há uma menção à teoria do dano direto e imediato como defesa do Estado, responsabilizado por um mal-estar súbito que vitimou fatalmente uma mulher, visto que o autor da ação, seu marido, entende que foi um fator que contribuiu fundamentalmente para o resultado morte: o atraso estatal em proporcionar à esposa o socorro médico. Em que pese a nítida falha em proporcionar um tráfego adequado por parte do Estado, que acarretou sim em uma demora para que a vítima fatal tenha recebido atendimento adequado e que possa ter tido alguma influência no resultado, se constitui como correta a decisão em virtude de que o nexo causal entre a morte e a omissão do Estado não é incisivo suficiente para a construção de um juízo de probabilidade envolvendo o nexo causal presumido.<sup>282</sup>

---

<sup>281</sup> CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. C.F., art. 37, § 6º. I. - Agressão praticada por soldado, com a utilização de arma da corporação militar: incidência da responsabilidade objetiva do Estado, mesmo porque, não obstante fora do serviço, foi na condição de policial-militar que o soldado foi corrigir as pessoas. O que deve ficar assentado é que o preceito inscrito no art. 37, § 6º, da C.F., não exige que o agente público tenha agido no exercício de suas funções, mas na qualidade de agente público. II. - R.E. não conhecido. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 160401 SP**. Recorrente: Estado de São Paulo. Recorrido: Marino Vettori. Relator: Min. Carlos Velloso. São Paulo, 20 de abril de 1999. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=213419>>. Acesso em: 20 jan. 2017).

<sup>282</sup> CIVIL E CONSTITUCIONAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. NEXO DE CAUSALIDADE. TEORIA DO DANO DIRETO E IMEDIATO. CONCAUSAS SUCESSIVAS.

I – Na esteira do precedente do Supremo Tribunal Federal (vide RE 130.764, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 07/08/1992), a jurisprudência tem entendido que, em matéria de responsabilidade civil do Estado, a relação de causalidade rege-se pela teoria do dano direto e imediato.

II - Essa teoria só admite o nexo etiológico quando o dano é efeito necessário de uma causa, o que abarca o dano direto e imediato sempre, e, por vezes, o dano indireto e remoto, quando, para a produção deste, não haja concausa sucessiva.

Desta feita, entende-se como correta a utilização da teoria da causa direta e imediata no caso concreto e tal como preconizada pelo Supremo Tribunal Federal; todavia, sustenta-se ser necessário ao nosso Tribunal Constitucional utilizar da teoria da causa eficiente quando lhe for necessário; teoria esta que não é estranha ao mesmo, como já visto anteriormente ao longo da presente pesquisa. O nexos causal presumido para ser utilizado no sistema brasileiro passa diretamente pela adoção da teoria da causa eficiente quando for o caso concreto.

Já em decisão mais antiga do Supremo Tribunal Federal, este decide pela não satisfação de um nexos de causalidade entre uma omissão que possibilitou a fuga de um preso que vem a integrar uma quadrilha e comete um latrocínio. O argumento utilizado pelo Supremo Tribunal Federal para essa suposta não-satisfação do nexos causal se embasa em uma aplicação da teoria da causa direta e imediata, em que se aduz que é impossível saber se os resultados delitivos não teriam sido cometidos sem a fuga e conseqüente integração do foragido na quadrilha, sendo um dos argumentos citados o de que o mesmo não a liderava.<sup>283</sup>

---

III – Segundo Sérgio Cavalieri Filho, concausa é uma circunstância que se junta à causa principal, concorrendo para o resultado. Citando Agostinho Alvim, o autor conclui que as concausas supervenientes só têm relevância se forem capazes de romper o nexos causal anterior, erigindo-se em causa direta e imediata do novo dano, dando origem a novo nexos causal (Programa de Responsabilidade Civil, 6. ed., pp. 84-85).

IV – No caso, a causa principal para o falecimento da esposa do autor foi, com toda a certeza, o mal súbito que lhe acometeu. Embora o engarrafamento seja concausa sucessiva em relação ao mal orgânico, não se trata de circunstância relevante para fins de ruptura do primitivo nexos etiológico, pois não pode ser apontada como causa direta e imediata do resultado morte. Este, por sua vez, não pode ser considerado um efeito necessário da omissão da ré quanto ao seu dever de manter as boas condições de tráfego na Ponte Rio-Niterói.

V – Recurso conhecido e improvido. (BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. **AC 354223 RJ 1993.51.02.083900-8**. Apelante: Benezio Inacio Barboza. Apelado: Departamento Nacional De Estradas de Rodagem-Dner. Relator: Desembargadora Federal Vera Lucia Lima. Rio de Janeiro: 09 abr. 2008. Disponível em: <<http://trf-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1507551/apelacao-civel-ac-354223-rj-19935102083900-8?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 15 jan. 2017).

<sup>283</sup> Responsabilidade civil do Estado. Dano decorrente de assalto por quadrilha de que fazia parte preso foragido vários meses antes. - A responsabilidade do Estado, embora objetiva por força do disposto no artigo 107 da Emenda Constitucional n. 1/69 (e, atualmente, no parágrafo 6. do artigo 37 da Carta Magna), não dispensa, obviamente, o requisito, também objetivo, do nexos de causalidade entre a ação ou a omissão atribuída a seus agentes e o dano causado a terceiros. - Em nosso sistema jurídico, como resulta do disposto no artigo 1.060 do Código Civil, a teoria adotada quanto ao nexos de causalidade e a teoria do dano direto e imediato, também denominada teoria da interrupção do nexos causal. Não obstante aquele dispositivo da codificação civil diga respeito a impropriamente denominada responsabilidade contratual, aplica-se ele também a responsabilidade extracontratual, inclusive a objetiva, até por ser aquela que, sem quaisquer considerações de ordem subjetiva, afasta os inconvenientes das outras duas teorias existentes: a da equivalência das condições e a da causalidade adequada. - No caso, em face dos fatos tidos como certos pelo acórdão recorrido, e com base nos quais reconheceu ele o nexos de causalidade indispensável para o reconhecimento da responsabilidade objetiva constitucional, é inequívoco que o nexos de causalidade inexistente, e, portanto, não pode haver a incidência da responsabilidade prevista no artigo 107 da Emenda Constitucional n. 1/69, a que corresponde o parágrafo 6. do

Sustenta-se aqui que a aplicação da teoria da causa eficiente se constitui como mais adequada. Como uma correlação lógica da referida teoria, entende-se que a fuga de um preso de alta periculosidade por omissão do Estado foi um fator determinante para os consequentes danos causados. Aqui há um juízo de probabilidade mais incisivo do que do acórdão do Tribunal Regional Federal anteriormente referido, em que pese não seja tão plenamente satisfeito quanto a fuga de um único preso que vem a cometer um assassinato.

### **3.5 Possíveis Parâmetros para uma Limitação do Ativismo Judicial em Casos de Responsabilidade Civil do Estado por Omissão**

O ativismo judicial, em virtude de sua natureza controversa, deve ter sua atuação guiada por modelos de comportamento hermenêutico. Mas para isso, se faz necessário um estudo antecedente sobre as críticas e argumentos acerca do mesmo que estão presentes na doutrina.

#### **3.5.1 Críticas e Argumentos Acerca do Ativismo Judicial**

O estudo de uma matéria tão controversa quanto o ativismo judicial exige o conhecimento acerca da doutrina que o defende e o vê como necessário, quanto também a respeito das críticas que sofre e que entram na conceituação do mesmo com aspectos negativos.

Inúmeras críticas surgem quanto à possibilidade de utilização do ativismo judicial em um suposto sentido positivo. Para Skelly Wright, a Corte não pode legislar, e quando exerce alguma das outras funções de outros atores políticos, causa um risco direto à democracia. As críticas do autor podem ser agrupadas em três subdivisões. A primeira concerne às limitações de competência institucional do Poder Judiciário. O Poder Judiciário possui conhecimentos técnicos e métodos para agir como si mesmo, e não como os outros atores políticos. Logo, quando exercesse

---

artigo 37 da atual Constituição. Com efeito, o dano decorrente do assalto por uma quadrilha de que participava um dos evadidos da prisão não foi o efeito necessário da omissão da autoridade pública que o acórdão recorrido teve como causa da fuga dele, mas resultou de concausas, como a formação da quadrilha, e o assalto ocorrido cerca de vinte e um meses após a evasão. Recurso extraordinário conhecido e provido. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 130764 PR**. Recorrente: Estado do Paraná e Ministério Público do Estado do Paraná; Recorridos: H. Kaminski & CIA. LTDA e outros. Relator: Moreira Alves. Brasília, 12 de maio de 1992. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=207632>>. Acesso em: 15 jan. 2017).

a função reservada a outros poderes, poderia estar agindo de uma maneira inadequada, de forma que comprometeria a ordem democrática. Mesmo nos inúmeros casos com resultados positivos à sociedade ocorridos durante a segunda fase histórica do ativismo judicial (Corte Warren), os resultados não se constituem como louváveis, uma vez que a Corte não é o instrumento pelo qual os mesmos deveriam ter sido alcançados.<sup>284</sup>

Já a segunda parte dessa subdivisão nos traz os danos que serão advindos à responsabilidade popular, pois a ausência de certas funções estarem sendo exercidas pelos membros do Poder Judiciário, que não são eleitos de maneira democrática poderá causar uma crise na legitimidade e confiança que o Legislativo e o Executivo possuem perante a sociedade. Tanto as instituições deixarão de exercer suas funções da maneira que devem, uma vez que confiam no Judiciário para corrigir a sua inércia ou erros, quanto o povo que elege os membros dos outros atores políticos cada vez mais deixará de se preocupar com sua escolha, uma vez que passa a perder a importância quem ocupa os referidos cargos.<sup>285</sup>

E pela Corte se tratar de um órgão não democrático, só deve agir em casos de necessidade:

A Corte, então, não funciona como um grupo que revisa a legislação do poder judiciário, mas de maneira mais sábia, com uma perspectiva mais adequada. Quando a maioria se posiciona de maneira a decidir que a legislação é desejável, não cabe à Corte invalidar a mesma simplesmente por pensar de maneira diferente. Ainda assim, quando a Corte ataca a legislação, diz para a maioria que ela não pode conseguir o que quer. Se a Corte se abster de fazer isso simplesmente porque os juizes acham o Status Quo preferível, quando com base em quê atacar a legislação? Quais são as características institucionais da Corte que possibilitam trazer uma louvável perspectiva para a legislação que o Poder Legislativo não consegue? Como a Corte presume ser possível dizer que a maioria presente não poderá obter o que queria porque seus desejos são contrários aos seus princípios mais fundamentais?<sup>286</sup>

---

<sup>284</sup> WRIGHT, J. Skelly. Role of the supreme court in a democratic society: judicial activism or restraint. **Cornell Law Review**, vol. 54, nov., 1968, n. 1. Disponível em: <<http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3730&context=clr>>. Acesso em: 20 jan. 2017.

<sup>285</sup> WRIGHT, J. Skelly. Role of the supreme court in a democratic society: judicial activism or restraint. **Cornell Law Review**, vol. 54, nov., 1968, n. 1. Disponível em: <<http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3730&context=clr>>. Acesso em: 20 jan. 2017.

<sup>286</sup> "The Court, then, is not to function as a nine-man bevy, reviewing legislation from the same, but presumably more enlightened, perspective as the legislature. When the majority, speaking through the legislature, has decided that the legislation is desirable, it is not for the Court to strike it down simply because it thinks otherwise. Yet whenever the Court strikes down legislation, it says to the

Na jurisprudência estadunidense os acórdãos relativos ao equilíbrio que deve haver entre o legislador e o poder judiciário são geralmente controversos, tal qual a natureza da matéria aqui referida, com inúmeros votos dissidentes, como explicitado por François Rigaux:

Ora, tanto nos artigos de doutrina como em alguns de seus votos dissidentes, o juiz Scalia, cujo pensamento é sem dúvida o mais articulado no âmbito conservador, pronuncia-se o mais das vezes contra o ativismo judiciário: em um país onde os homens são livres, leis democraticamente adotadas não devem ser postas em xeque com muita facilidade por juízes que não foram eleitos pelo povo.<sup>287</sup>

Para Lenio Streck, o ativismo judicial sempre será nocivo, pois o juiz, quando colocar seus comportamentos e juízos pessoais no lugar da decisão política, vai se constituir como pernicioso ao conceito de democracia normativa.<sup>288</sup>

Porém, Streck também defende a possibilidade de utilização da jurisdição constitucional para realizar direitos fundamentais sociais, especialmente os que estejam contidos em políticas públicas, em que pese os críticos ataquem tal prática como uma invasão da esfera da legislação, sendo basicamente as diferenças no que cada autor entende como ativismo judicial a diferença com os outros autores, visto que é um termo controverso e sujeito a inúmeros conceitos e discordâncias quanto à sua terminologia.<sup>289</sup>

Os defeitos da atividade criativa do Poder Judiciário são compensados abundantemente por diversas qualidades positivas da criação judiciária do Direito, de acordo com Mauro Cappelletti, e isso se mostra como algo bem mais intensificado em países nos quais não exista a aplicação do princípio do *stare decisis*. Desta maneira, há um potencial de flexibilidade, concretude e adaptabilidade às circunstâncias imprevisíveis do caso, muito maiores do que a capacidade do

---

majority that it may not have its own way. If the Court is to refrain from doing this simply because the Justices find the status quo preferable, when and on what basis is it to strike down legislation? What are the Court's institutional characteristics that enable it to bring to the appraisal of legislation a new and different perspective unavailable to the legislature? How can the Court presume to say to the present majority that it cannot have its own way because its wishes are contrary to its own fundamental principles?". (WRIGHT, J. Skelly. Role of the supreme court in a democratic society: judicial activism or restraint. **Cornell Law Review**, vol. 54, nov., 1968, n. 1. Disponível em: <<http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3730&context=clr>>. Acesso em: 20 jan. 2017).

<sup>287</sup> RIGAUX, François. **A lei dos juízes**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p.326.

<sup>288</sup> STRECK, Lenio Luiz. O Rubicão e os quatro ovos do condor: de novo, o que é ativismo?. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 7 jan. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jan-07/senso-incomum-rubicao-quatro-ovos-condor-ativismo>>. Acesso em: 15 jan. 2017.

<sup>289</sup> STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p.126.

Legislativo, assumindo assim o Poder Judiciário um valor muito maior na época atual, com tantas transformações sociais.<sup>290</sup>

O autor demonstra isso rebatendo as críticas que poderiam ser feitas à uma liberdade criativa do juiz na aplicação de jurisprudência em fatos e situações ocorridas anteriormente:

Também a esse propósito, no entanto, são muito fortes os argumentos que o juiz criativo pode aduzir em sua defesa. Embora exista aqui um déficit no plano da certeza e da previsibilidade, existe por sua vez no direito jurisprudencial um benefício potencial, justamente pela possibilidade de se dar maior peso à equidade e à 'justiça do caso concreto'. E afinal de contas a certeza não tem valor absoluto e, além disso, os tribunais demonstram amplamente que seriam perfeitamente capazes de evitar tais consequências – justamente com o acréscimo de imaginação e criatividade -, quando a mudança improvisada da jurisprudência comportasse resultados iníquos, adaptando, moderando e também limitando ou postergando os efeitos de tal mudança, evitando, assim, injusto prejuízo às partes do caso concreto e aos sujeitos em situações similares. Também não julgo condenável tal comportamento dos tribunais.<sup>291</sup>

Anderson Teixeira refere aquilo que a doutrina estadunidense costuma chamar de distinção entre o ativismo judicial positivo e o ativismo judicial nocivo, pois aquele seria uma forma de se lutar contra demandas com elevado e crescente grau de complexidade enfrentadas pelo Poder Judiciário. Logo, isso impede que o Judiciário se mantenha vinculado ao antigo padrão de racionalidade jurídica, possibilitando a formação de um novo padrão:

Aqui vemos então um primeiro elemento a determinar o que caracteriza a racionalidade jurídica do ativismo judicial: *decisões fundamentadas substancialmente em princípios*, afastando ou negando a aplicabilidade de regras específicas para a fatispécie. Se Schlesinger, no seu texto famoso de 1947, não se manifestou sobre ser o ativismo judicial algo positivo ou demeritório, parece não haver dúvidas de que os direitos fundamentais devem preponderar, como regra geral, frente a demais normas do ordenamento jurídico, mesmo outras de natureza constitucional.<sup>292</sup> (grifo do autor).

Um possível conceito de ativismo judicial positivo, a partir do sentido estadunidense, é aquele que busca a supremacia da Constituição, ou concretização dos direitos fundamentais, ou uma decisão fundamentada em reconhecidos

---

<sup>290</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes-legisladores**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1992. p.84-85.

<sup>291</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes-legisladores**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1992. p.85-86.

<sup>292</sup> TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 8, n. 1. p. 37-57, Junho/2012. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1808-24322012000100002](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000100002)>. Acesso em: 15 dez. 2016.

princípios jurídicos, ou uma decisão que seja sustentada por técnicas hermenêuticas que não extrapolem a *mens legis* e nem derroguem a *mens legislatoris* do ato normativo referido. Quando realizado em sua forma positiva, verifica-se uma atuação judicial necessária em defesa dos direitos fundamentais dos indivíduos em razão de omissões dos outros poderes políticos.<sup>293</sup>

A defesa de aspectos positivos de um ativismo judicial também é realizada por Roberto Omar Berizonce, que vai discorrer no mesmo sentido de necessidade de o Judiciário assumir determinadas funções, dizendo que certa subsunção a conceitos indeterminados, preceitos abertos, flexíveis, além da inércia do legislador em determinados casos, fazem com que exista a necessidade de realizar tarefas integrativas e de suplência judiciária, devendo o Judiciário assumir novas funções, antes vistas como não-tradicionais.<sup>294</sup>

No que pese as críticas recebidas ao ativismo judicial, Oreste Policcino expõe que o Judiciário ao realizar funções precípua dos outros poderes, não estará agindo como o Legislativo ou Executivo, mas continuará agindo como o Judiciário, adstrito aos princípios de *nemo iudex in causa propria*, *audiatur et altera pars* e *ubi non est actio non est iurisdictio* que também serão seguidos no caso de funções de outros atores políticos estarem sendo exercidas.<sup>295</sup> No mesmo sentido, Luis Roberto Barroso expõe que o Judiciário sempre deverá verificar se a matéria tratada em algum outro poder não vai ser melhor qualificado para decidir a matéria respectiva, não interferindo no procedimento democrático quando se constituírem em razoáveis e tenham observado o procedimento adequado, também vinculado o autor no

<sup>293</sup> TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 8, n. 1. p. 37-57, Junho/2012. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1808-24322012000100002](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000100002)>. Acesso em: 15 dez. 2016.

<sup>294</sup> “La creciente ‘esfumación’ de la ley, por la recurrencia a preceptos ‘abiertos’, flexibles, conceptos indeterminados, sus contrastes y ‘lagunas’, tanto como el inmovilismo del legislador, terminan trasladando a los jueces funciones que son más propias de aquél, debiendo asumir tareas integrativas y de ‘suplencia judicial’. Se ven forzados a atender una demanda de justicia amplificada y cualitativamente más compleja ante requerimientos perentorios de efectividad de las garantías. Un creciente ‘activismo’ judicial sustantivo es su consecuencia. En ese cuadro, los jueces deben asumir progresivamente, junto al clásico rol del decisor de los conflictos, nuevas funciones no tradicionales”. (BERIZONCE, Roberto Omar. Activismo judicial e participacion en la construccion de las politicas publicas. **Civil Proc. Review**, Germany, v.1, n.3, p.46-74, sep./dec., 2010. Disponível em: <[http://www.civilprocedurereview.com/busca/baixa\\_arquivo.php?id=24&embedded=true](http://www.civilprocedurereview.com/busca/baixa_arquivo.php?id=24&embedded=true)>. Acesso em: 15 jan. 2017).

<sup>295</sup> POLICCINO, Oreste. Legal reasoning of the court of justice in the context of the principle of equality between judicial activism and self-restraint. **German Law Journal**, pp. 283-317, 2004. Disponível em: <<https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm?abstractid=1277306>>. Acesso em: 15 jan. 2017.

sentido de defesa da atuação judicial em caso de afronta aos direitos fundamentais.<sup>296</sup>

E quanto à ideia de que o Judiciário não possui o conhecimento técnico ou aparato necessário para agir em funções precípuas a outros poderes, em que pese uma parcela de verdade, deve ser feita a menção de que os juízes devem estar perfeitamente conscientes desta limitação, e também, que não faltam casos e domínios da vida jurídica em que o tipo de situações se mostra perfeitamente compatível com funções que envolvam certos níveis de criatividade judiciária.<sup>297</sup>

É possível notar que todos os autores se filiam à ideia de que o Judiciário pode se imiscuir em esferas de outros poderes no que diz respeito aos direitos fundamentais, em que pese diferenças de conceituação, com alguns referindo os supostos benefícios de um ativismo judicial, ou com a ideia da jurisdição constitucional, pois, como referido, não há um conceito imutável e incontroverso do que se constitui como o ativismo judicial. Porém, é nítida a associação do mesmo com uma maior liberdade criativa do mesmo, ocorrendo inúmeros benefícios quanto à uma invasão eventual de áreas precípuas de outros poderes, mas também aspectos nocivos, como o caráter antidemocrático de muitas decisões.

### 3.5.2 Existem Limites Possíveis ao Ativismo Judicial?

O ativismo judicial se constitui em uma matéria controversa, e a sua utilização deve ser necessariamente guiada por certos modelos de comportamento hermenêutico com vistas a satisfação dos direitos fundamentais sem que ocorra uma atividade nociva ao modelo democrático e à separação de poderes.

Tendo em vista o que se sustentou até agora, pode-se dizer que o juiz, desejando afastar-se da nocividade de um ativismo judicial quando em exercício de sua atividade jurisdicional acerca de omissões inconstitucionais, deverá atentar para:

a) o nexa causal presumido, pois este se constitui em uma necessária transformação causada pela complexidade do direito. É uma forma de satisfazer mais plenamente a responsabilidade civil com os novos elementos do afastamento

---

<sup>296</sup> BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. **Faculdade de Direito de Franca**. [2017?]. Disponível em: <[www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso\\_para\\_Selecao.pdf](http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf)>. Acesso em: 15 jan. 2017.

<sup>297</sup> CAPELETTI, Mauro. **Juízes-legisladores**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1992. p.86.

da culpa que permeiam sua noção moderna. Como tal, deverá ser utilizada para a responsabilização do Estado nos casos nos quais exista um juízo de probabilidade que deixe evidente a possibilidade muito grande do Estado ter causado o dano ao particular em uma relação de causalidade; como tal se constitui em uma forma de satisfação do princípio da dignidade da pessoa humana. A análise prática do presente trabalho procurou examinar casos nos quais esse juízo é adequado e nos quais o mesmo se mostra inadequado, e muito mais do que advogar seu uso, faz-se referência ao fato de que cada vez mais esta nova forma de nexos causal será utilizada em virtude das transformações da responsabilidade civil.

b) para a correta utilização deste novo nexos causal presumido, são cada vez mais necessárias questões hermenêuticas como a possibilidade de utilização da teoria da causa eficiente em detrimento da teoria da causa direta, quando for o caso; o foco da nova responsabilidade civil sempre estará com a efetiva reparação do dano ao prejudicado, e a teoria da causa eficiente é perfeitamente adequada e muitas vezes necessária ao juízo de probabilidade presente no nexos causal presumido. Isso se deve pelo fato de que para a utilização adequada do nexos causal presumido, que envolve transformar em certo algo que é tido como incerto, se faz necessária a utilização de uma causa que tenha um poder intrínseco de produção do fenômeno, em detrimento da necessidade de prova do nexos causal tradicional, arraigada na Teoria da Causalidade Adequada, em que a causa vai se consistir no antecedente necessário e adequado na produção do respectivo resultado.

c) ao nexos causal presumido, a análise hermenêutica sempre deverá tomar o efetivo cuidado para que não seja levado o Estado a uma condição de segurador universal, sempre diferenciando o exercício do juízo de probabilidade com a utilização de uma Teoria do Risco Integral. O principal critério para a diferenciação da correta utilização dos parâmetros de uma nova responsabilidade civil para a Teoria do Risco Integral, é o correto uso do nexos causal presumido, agindo o mesmo como um limitador; pois o Estado não vai ser responsabilizado por toda e qualquer contingência, mas tão somente o será nos casos em que há uma probabilidade alta de que o mesmo tenha sido o efetivo causador do dano. Logo, dessa maneira a nova responsabilidade civil se coaduna como uma possibilidade de satisfazer a Teoria do Risco Administrativo de forma mais ampla, ainda assim objetivando a busca pela efetiva reparação do dano em detrimento da expiação, mas que deve ser realizada de uma forma comedida.

d) soma-se a efetiva e correta utilização do nexo causal presumido com a da satisfação dos direitos fundamentais, sendo realizada com a utilização da atuação judicial. Satisfação essa que só poderá ocorrer com o respeito à democracia, pois há a necessidade de se atentar aos limites à atuação judicial de uma maneira ampla, de modo que possa ocorrer sem violar a democracia. Há praticamente um consenso na doutrina que, tal qual foi proposta, a postura protagonista não incorre em riscos para a democracia quando for utilizada para a satisfação de direitos fundamentais em virtude da inércia de outros atores políticos, mas mais do que isso, se constitui como um dever do Poder Judiciário, que deve agir como o guardião da Constituição; a inércia de outros poderes políticos prejudica a possível satisfação desses direitos fundamentais legitimando a postura ativista.

e) Pode-se notar que o Supremo Tribunal Federal toma atitudes ativistas que apresentam mais ou menos riscos, e os casos nos quais não há confrontos entre direitos fundamentais são muito adequados à utilização do ativismo judicial, sendo comumente descritos pela doutrina que estuda o tema em questão. Quando há uma mora de algum ator político em agir, ou tão somente uma não-prestação inexcusável, o Judiciário deverá intervir sem hesitação. Mesmo em virtude da tecnicidade do órgão em que não tem a mesma forma de agir do Legislativo, o que pode acarretar problemas, deve-se proteger a Constituição e, por consequência, resguardar a efetivação dos direitos fundamentais.

f) já a situação fica mais complicada quando há um conflito de direitos fundamentais; a situação descrita na letra “e” é relativamente simples, pois a ausência de ativismo judicial vai resultar em uma violação aos direitos fundamentais, e os mesmos se constituem no principal aspecto que legitima a atuação do Poder Judiciário fora de suas funções precípua. Quando há um conflito de direitos fundamentais, porém, se está diante de uma situação na qual algum direito fundamental vai ser sopesado e de certa forma, violado. Aqui pesa contra o Judiciário de uma forma mais contundente a tecnicidade do referido órgão, que não possui o mesmo aparato do Legislativo, e desta feita, pode tomar decisões com um grau de risco maior. E a separação dos poderes, também possui aqui um peso diferente, pois o Poder Judiciário vai fazer de certa forma escolhas alternativas quanto aos direitos fundamentais com a ausência da representação popular.

A postura ativista encontra seus limites de acordo com o caso concreto, principalmente nestes casos, em que o judiciário deverá ou não agir, mas com uma

cautela maior que os casos da letra “e”. Uma cautela maior tão somente, pois a doutrina dá a preferência aos estudos de um ativismo judicial voltado para a satisfação de direitos fundamentais perante a inércia de outros poderes, e que poderia se constituir em tão somente uma formalidade que pode ensejar danos em face dos direitos fundamentais, porém, mesmo aqui, com todas as críticas que já sofreu e ainda sofre a postura ativista do Poder Judiciário, não há motivos para crer que o mesmo não possa ser defendido em tais casos.

g) a implementação de políticas públicas se constitui como uma das maneiras pelas quais o Judiciário poderá garantir a satisfação dos direitos fundamentais em virtude da inércia dos outros poderes, como já decidido pelo Supremo Tribunal Federal.<sup>298</sup> O Judiciário, ao agir no que diz respeito às políticas públicas, deve sempre buscar efetivar o conteúdo da Constituição, e não ficar sujeito à subjetividade. Levando em consideração a democracia substantiva e os direitos fundamentais na atuação judicial, basear-se-á também nos quatro fundamentos do Direito Administrativo moderno, quais sejam, legitimidade, finalidade, eficiência e resultados.<sup>299</sup> Não se atribui ao Poder Judiciário a função de criar políticas públicas, mas tão somente de impor a execução daquelas já estabelecidas em lei, entendendo-se caber ao Judiciário o dever de agir na tutela da efetivação de serviços sociais básicos, e que desta maneira, também possa exigir a adoção de políticas sociais eficientes. Onde o Poder Legislativo ou Executivo falhar na implementação das políticas públicas e resguardo dos direitos fundamentais, o

---

<sup>298</sup> Dispõe o ministro Celso de Mello: “Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 45 DF**. Relator: Min. Celso de Mello, Brasília, 29 abr. 2004. Disponível em: <[www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoTexto.asp?id=2812726&tipoApp=RTF](http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoTexto.asp?id=2812726&tipoApp=RTF)>. Acesso em: 15 jan. 2017).

<sup>299</sup> GRISON, Leonardo; LIMBERGER, Têmis. Políticas públicas e direito à saúde: tensão entre os poderes - a necessidade de estabelecer critérios judiciais para a intervenção. **Revista do Direito da UNISC**, Santa Cruz. 31, jan./jun., 2009. Disponível em: <<https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/1082>>. Acesso em: 15 jan. 2017.

Judiciário deve assumir uma postura ativista e realizar a correição desses serviços sociais básicos.<sup>300</sup>

h) É matéria amplamente estudada e defendida pela doutrina que há um mínimo existencial em matéria de direitos fundamentais que deverá ser satisfeito, não podendo o Estado usar a reserva do possível para não cumprir os direitos que sejam concernentes a essa esfera. Mas ao mesmo tempo, isto se constitui em mais um fator, mesmo que indiretamente, de defesa ao ativismo judicial. Se há um mínimo existencial em matéria de direitos fundamentais que deve ser protegido, não só o Estado não poderá se utilizar da reserva do possível para não os cumprir, mas o Poder Judiciário deverá agir quando esses estiverem sendo violados em decorrência da atuação de outros poderes.

---

<sup>300</sup> KRELL, Andreas. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des) caminhos de um direito constitucional comparado. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002. p.92-102.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Primeiramente conclui-se que a antiga noção de responsabilidade civil se encontra de certa feita defasada, caminhando a passos largos para a sua superação em virtude da existência de uma moderna e nova forma sua, que é definida por muitos autores, principalmente da doutrina estrangeira, como reparação de danos. Essa reparação de danos é tão somente formada pelo ato humano, ato danoso, e nexos causal entre a conduta e o respectivo dano, atingindo esta reparação qualquer pessoa que seja lesada, independentemente da existência de culpados. Se faz necessária como um desdobramento das complexidades vividas pelo ordenamento jurídico atual, em prol da solidariedade e da efetiva busca pela satisfação do dano de quem o sofre, sem a busca por culpados, que muitas vezes mais engessa do que efetivamente contribui para o ressarcimento dos danos de quem os venha a sofrer.

Em defesa desse fenômeno, há um leque enorme de autores na doutrina estrangeira e brasileira como já visto, mas mesmo assim, faz-se prudente ainda tratar a responsabilidade civil com sua antiga terminologia, pela controvérsia existente ao tema e atualidade da nova definição. Quanto à isso também é importante referir que boa parte dos manuais e doutrinadores ainda trata e considera a responsabilidade civil tal qual sempre foi existente, mesmo nos casos em que reconhecem a existência da corrente envolvendo a reparação de danos.

Porém, a moderna noção de reparação de danos, ou, como também podemos chamar, nova responsabilidade civil, encontra defensores e argumentos suficientes para uma defesa contundente, principalmente na doutrina estrangeira e provavelmente em questão de alguns anos encontrará uma adesão ainda maior em território nacional. Desta maneira, extremamente relevante se fez relacionar essa nova responsabilidade civil com a forma como o Estado deve reparar os danos advindos de suas omissões inconstitucionais.

Conclui-se primeiramente nesta questão que em virtude da nova responsabilidade civil com fundamento na reparação de danos; há um novo nexos causal, o presumido, que se baseia na solidariedade e busca pela efetiva reparação do dano de quem o sofreu, fundamentada na dignidade da pessoa humana para relevar a existência de provas de um nexos causal com elementos de certeza, sendo substituído por um juízo de probabilidade, que será definido em critérios específicos nos casos concretos.

Esse juízo de probabilidade encontra limites, e relacionando com a responsabilidade civil do Estado, não podendo jamais ser confundido com a teoria do risco integral; o Estado não vai ser alçado à condição de segurador universal como na referida teoria, porém, nos casos em que o nexos causal apresenta elementos suficientes para a formulação de um juízo de probabilidade, se constitui em uma afronta contra a dignidade da pessoa humana que este não seja utilizado no lugar do nexos causal tradicional.

Ao longo da presente dissertação, também foi concluído que a teoria da causa direta se constitui como a que foi adotada pelo nosso ordenamento jurídico brasileiro, mas que em virtude deste novo nexos causal presumido, uma postura hermenêutica do juiz deverá levar em consideração a teoria da causa eficiente, que de certa feita é mais adequada à teoria, quando for o caso, visto que possui uma relação com a causa com um poder intrínseco de produção do fenômeno, o que auxilia no juízo de uma quase certeza referente à nova forma de nexos causal.

Essa transformação da responsabilidade civil possui um caráter inovador no âmbito do Direito Civil e do Direito Administrativo brasileiro, porém, a responsabilidade civil do Estado por omissões inconstitucionais com base na mesma e em um nexos causal presumido não terá outra maneira de satisfação que não pelo ativismo judicial.

O ativismo judicial se constitui em uma matéria controversa, e ao longo de inúmeros conceitos, a presente dissertação se posicionou no sentido de que será ativista a postura do juiz que entre na área de funções precípua do Legislativo ou do Executivo; mesmo encontrando diversos posicionamentos com terminologias diferentes. Mas seu caráter controverso não está adstrito à questões terminológicas, com pesadas críticas em face de danos à democracia que podem advir de um poder não escolhido pelo povo, qual seja, o Poder Judiciário, se inserir nas finalidades precípua de poderes dependentes da representação popular para que sejam legítimos, o que conduz para uma discussão entre uma dualidade na qual de um lado vemos a efetiva satisfação dos direitos fundamentais, e de outro o respeito aos valores da democracia e da separação de poderes.

Ainda, também existem críticas quanto ao desempenho que o Poder Judiciário teria por não possuir a mesma tecnicidade do Poder Legislativo ou do Poder Executivo, isto é, sem tecnicidade, não consegue exercer as finalidades precípua dos outros poderes de maneira adequada. Mesmo que as críticas possam

ter sido feitas ao ativismo judicial no passado, ainda são muito atuais, e o vislumbre de casos práticos permite analisar os danos advindos da falta de tecnicidade do Poder Judiciário quando o mesmo se insere na matéria pertinente aos outros poderes.

Porém, o estudo dos casos práticos também mostrou inúmeras vezes os benefícios pelos quais o ativismo judicial é defendido; a súmula da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que vem a delimitar a forma pela qual deve ocorrer a utilização das algemas não encontrou críticas, bem como a aplicação em termos práticos da impossibilidade de que o Estado venha a não efetivar a prestação dos direitos fundamentais com base na reserva do possível.

A jurisprudência que possibilita que casais homossexuais venham a se caracterizar como membros do conceito de uma união estável é uma busca pela satisfação dos direitos fundamentais que sob tal aspecto é de certa forma incontroversa, pois não há um confronto de princípios em jogo a ser ponderado, mas tão somente a inércia dos outros poderes de efetivar esses direitos. A falta de atuação ativista do Poder Judiciário nesse caso serviria tão somente como corolário da violação de relevantes princípios do ordenamento jurídico brasileiro como a igualdade e a dignidade da pessoa humana.

Porém, este caso é demonstrativo da dualidade presente na discussão quanto ao ativismo judicial, pois além de trazer um aspecto positivo, também denota a falta de tecnicidade do Poder Judiciário para atuar como se o Legislativo fosse; e esta decisão recebe críticas quanto aos efeitos que dela possam advir. O Judiciário ao não ter a mesma tecnicidade do Legislativo ignorou os efeitos que possam advir de uma possível conversão da união estável em casamento, possibilidade que se estende a todas as uniões estáveis e que pode ser feita perante um registro civil, não se confundido com o simples casamento de um casal que conviva em união estável. Quando o casal homossexual realizar uma conversão da união estável em casamento, deveria ter os mesmos direitos de todos os casados.

Também se revela na análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que o mesmo já vem se inclinando na ideia de um nexos causal presumido em matéria de responsabilidade civil do Estado para efetivar a satisfação do princípio da dignidade da pessoa humana. O nexos causal utilizado no caso concreto é efetivamente o mesmo que a doutrina vem estudando, e tal qual como trazido,

também é indicativo da necessidade de utilização da teoria da causa eficiente em detrimento da teoria da causalidade adequada.

O ativismo judicial é defendido por inúmeros autores, e criticado veementemente por outros tantos, mas em sua defesa há justamente esta busca pela efetiva satisfação dos direitos fundamentais, pois se constitui em um aspecto de importância tão contundente no Direito que abre margem para a relativização das ideias referentes à democracia e à separação de poderes. A presente dissertação também se posiciona no sentido compartilhado pela imensa maioria dos autores estudados, de que o ativismo judicial deve ser utilizado quando busca a salvaguarda de direitos fundamentais, funcionando o Supremo Tribunal Federal como o efetivo guardião da Constituição Federal.

A falta de efetivação de direitos fundamentais que são provocados pelas omissões inconstitucionais do Estado, sejam elas administrativas ou legislativas é tão somente um aprimoramento da responsabilidade civil, com base nas novas exigências trazidas pela sociedade moderna, e que não se constitui em um risco para a democracia quando corretamente utilizada, e desta maneira se unem os liames referentes à nova responsabilidade civil e ao ativismo judicial. Porém, para a efetivação desta atuação ativista em prol dos direitos fundamentais nos casos envolvendo as omissões inconstitucionais em virtude da responsabilidade do Estado, em virtude da controvérsia atinente à matéria, se faz necessária a criação de certos critérios delimitadores da atuação hermenêutica judicial.

Logo, são elencados alguns critérios para a correta utilização do ativismo judicial, norteando a atuação hermenêutica do juiz, com fins a evitar que o Estado se torne um segurador universal, mas ao mesmo tempo garantir que a nova responsabilidade civil se encontra satisfeita. Para isso, os critérios elencados buscaram atender à questões técnicas, como a utilização do nexos causal presumido como norteador principal na diferenciação entre a nova responsabilidade civil com o afastamento da culpa e a Teoria do Risco Integral e a possibilidade da utilização da teoria da causa eficiente em detrimento da teoria da causalidade adequada para uma melhor utilização da nova face do nexos causal, uma vez que apesar desta ser preconizada no Código Civil nacional, aquela já foi usada pelo Supremo Tribunal Federal, e a doutrina deixa claro que cada uma das teorias da causalidade tem seus defeitos e qualidades, desta forma mostrando que não há uma incontroversa e perfeita para o julgamento de todos os casos concretos.

A julgar pela transformação ocorrendo não só em território nacional, mas no Direito como um todo, a nova responsabilidade civil e o nexos causal presumido vão se tornar cada vez mais fortes na doutrina e jurisprudência brasileira, e desde já se fazem necessários estudos sobre sua adequada utilização. Sempre se deverá levar em consideração os danos aos direitos fundamentais, que são o aspecto central de todos os ordenamentos jurídicos, e outro fator de respaldo para tanto é a impossibilidade de utilização da reserva do possível como forma do Estado não efetivar a satisfação dos direitos fundamentais, que legitima ainda mais a atuação judicial nesses casos.

A análise prática de casos do Supremo Tribunal Federal também mostra que a postura ativista do mesmo deverá ser comedida, devendo atuar de maneira imprescindível quando algum dos poderes estiver em mora e desta maneira esteja prejudicando a satisfação de um direito fundamental por parte do cidadão, mas se abstendo por exemplo nos casos em que há um conflito de direitos fundamentais. Também sempre se atentando para as inúmeras críticas já propostas pela doutrina quanto ao ativismo judicial, mais especificamente, as consequências advindas de um órgão como o Judiciário executar funções sem a técnica necessária que só estará presente em outros atores políticos, críticas essas que são muito mais fáceis de rebater em face de casos em que não há conflitos de direitos fundamentais. É exemplo disso o caso envolvendo a descriminalização dos abortos envolvendo fetos anencéfalos, em que há fundamentação contundente em favor de direitos fundamentais que entram em confronto direto no caso concreto.

E formulado também o critério que diz respeito à implementação de políticas públicas pelo Poder Judiciário como forma de efetivar este ativismo judicial. O ativismo judicial deverá sempre ser guiado pela busca da satisfação dos direitos fundamentais, e esta é uma forma pela qual o mesmo poderá agir de maneira a efetivar o conteúdo previsto na Constituição de forma menos passível de críticas em sua postura ativista.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2011.

AMEZAGA, Juan José. **Culpa aquiliana**: lecciones del curso de derecho civil. Montevideo: Escuela Nacional de Artes y Oficios, 1914.

AZEVEDO, Álvaro Villaça de. Responsabilidade civil. In: SLAIBI Filho, Nagib; COUTO, Sergio (Coord.). **Responsabilidade civil**: estudos e depoimentos no cenário do nascimento de José de Aguiar Dias (1906-2006). Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. **Faculdade de Direito de Franca**. [2017?]. Disponível em: <[www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso\\_para\\_Selecao.pdf](http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf)>. Acesso em: 15 jan. 2017.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

BENICIO, Hercules. **Responsabilidade civil do estado decorrente de atos notariais e de registro**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2005.

BERIZONCE, Roberto Omar. Activismo judicial e participacion en la construccion de las politicas publicas. **Civil Proc. Review**, Germany, v.1, n.3, p.46-74, sep./dec., 2010. Disponível em: <[http://www.civilprocedurereview.com/busca/baixa\\_arquivo.php?id=24&embedded=true](http://www.civilprocedurereview.com/busca/baixa_arquivo.php?id=24&embedded=true)>. Acesso em: 15 jan. 2017.

BOADA, Catalina Irrisari. **El daño antijurídico y la responsabilidad extracontractual del estado colombiano**. 2000. 89 f. Tesis (Abogado). Pontificia Universidad Javeriana, Santafe de Bogota, 2000. Disponível em: <<http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere1/Tesis27.pdf>>. Acesso em: 12 nov. 2016.

BOSCH, Marcia Helena. **Excludentes no código de defesa do consumidor: o tratamento das hipóteses caso fortuito, força maior e risco de desenvolvimento**. 2009. 132 f. Tese (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica. São Paulo, 2009. Disponível em: <[www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp090616.pdf](http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp090616.pdf)>. Acesso em: 20 jan. 2017.

BRANDELLI, Leonardo. **Teoria geral do direito notarial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 12 set. 2016.

\_\_\_\_\_. Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm)>. Acesso em: 12 set. 2016.

\_\_\_\_\_. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 12 set. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L6938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6938.htm)>. Acesso em: 02 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em: 22 out. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 10.744, de 9 de outubro de 2003**. Dispõe sobre a assunção, pela União, de responsabilidades civis perante terceiros no caso de atentados terroristas, atos de guerra ou eventos correlatos, contra aeronaves de matrícula brasileira operadas por empresas brasileiras de transporte aéreo público, excluídas as empresas de táxi aéreo. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/L10.744.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.744.htm)>. Acesso em: 22 out. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de processo civil. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 12 set. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Adin 875-DF**. Requerente: Governador do Estado do Rio Grande do Sul. Requerido: Congresso Nacional. Relator Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 24 de fevereiro de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610258>>. Acesso em: 15 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 54**. Requerente: CNTS. Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 29 de abril de 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 15 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 132 RJ**. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Ayres Britto. Rio de Janeiro: 05 de maio de 2011. Disponível em:  
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 15 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 45 DF**. Relator: Min. Celso de Mello, Brasília, 29 abr. 2004. Disponível em:  
<[www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoTexto.asp?id=2812726&tipoApp=RTF](http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoTexto.asp?id=2812726&tipoApp=RTF)>. Acesso em: 15 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **AI 852.237 RS**. AGTE.: União. AGDO.: Vania Daniela Freitas Cardoso. Relator: Min. Celso de Mello. Porto Alegre, 25 de junho de 2013. Disponível em:  
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4463295>>. Acesso em: 15 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **ARE 639.337 AgR**. AGTE.: Município de São Paulo. AGDO.: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Min. Celso de Mello. São Paulo, 23 de agosto de 2011. Disponível em:  
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>>. Acesso em: 15 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **ARE 697326 RS**. Agte.: Estado do Rio Grande do Sul. Agdo.: Kimerson Becker. Relator: Min. Dias Toffoli. Rio Grande do Sul, 05 de março de 2013. Disponível em:  
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3692940>>. Acesso em: 20 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **ARE 720.501 RJ**. AGTE.: Município de Niterói. AGDO.: Carlos Castilho de Oliveira Floriano. Relator: Min. Gilmar Mendes. Rio de Janeiro, 11 de dezembro de 2012. Disponível em:  
<<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23034394/agreg-no-recurso-extraordinario-com-agravo-are-720501-rj-stf>>. Acesso em: 20 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **HC 91952 SP**. Impetrante(s): Katia Zacharias Sebastião e Outro(a/s). Coator(a/s)(es): Superior Tribunal De Justiça. Relator: Marco Aurélio. São Paulo, 07 de agosto de 2008. Disponível em:  
<<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2916879/habeas-corporus-hc-91952-sp>>. Acesso em: 15 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **MI 107 DF**. Requerente: José Emídio Teixeira Lima. Requerido: Presidente da República. Relator: Moreira Alves. Brasília, 21 de novembro de 1990. Disponível em:  
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81745>>. Acesso em: 15 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **MI 708 DF**. Impetrante: Sintem. Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 25 de outubro de 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558551>>. Acesso em: 15 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **MI 712 PA**. Impetrante: SINJEP. Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Eros Grau. Pará, 25 de outubro de 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558553>>. Acesso em: 15 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **RE 272.839**. Recorrente: Estado de Mato Grosso. Recorridos: Michele Freitas Leite e outros. Relator: Min. Gilmar Mendes, Brasília, 01 de fevereiro de 2005. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14739657/recurso-extraordinario-re-272839-mt>>. Acesso em: 20 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **RE 587.311-AgR**. AGTE.: Município de nova Iguaçu. AGDO.: Maria Izabel Fernandes da Silva. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 16 de novembro de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=617330>>. Acesso em: 15 set. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **RE 495.740 TAR/DF**. Recorrente: Ministério Público do Distrito Federal e territórios. Recorrido: Distrito Federal. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 02 de junho de 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=600791>>. Acesso em: 15 set. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **RE 130764 PR**. Recorrente: Estado do Paraná e Ministério Público do Estado do Paraná; Recorridos: H. Kaminski & CIA. LTDA e outros. Relator: Moreira Alves. Brasília, 12 de maio de 1992. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=207632>>. Acesso em: 15 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **RE 160401 SP**. Recorrente: Estado de São Paulo. Recorrido: Marino Vettori. Relator: Min. Carlos Velloso. São Paulo, 20 de abril de 1999. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=213419>>. Acesso em: 20 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **RE 607.771 SC**. AGTE: Estado de Santa Catarina. AGDO: Sirlei Santos Bertoncini. Relator: Min. Eros Grau. Santa Catarina, 20 de abril de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611128>>. Acesso em: 15 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de São Paulo. **CR 524.371.5/1-00 SP**. Apelante: Expedito Januário Pereira e outro. Apelada: Fazenda do estado de São Paulo. Relator: Ronaldo Frigini. São Paulo, 15 de agosto de 2008. Disponível em: <<http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3224623/apelacao-com-revisao-cr-5243715100-sp/inteiro-teor-101332913?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 20 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Ceará. **APL 0137790-69.2009.8.06.0001**. CE 0137790-69.2009.8.06.0001. Apelante/Apelado: Estado do Ceará. Relator: Jucid Peixoto do Amaral. Ceará, 09 de março de 2016. Disponível em: <<http://tj-ce.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/321769236/apelacao-apl-1377906920098060001-ce-0137790-6920098060001>>. Acesso em: 15 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional do Trabalho 24ª Região. **RO 0027300-11.2004.5.24.0031**. Recorrente: Fundação Bradesco. Recorrido: Ademar de Souza. Relator: Juiz Amaury Rodrigues Pinto Júnior. Campo Grande, 02 de setembro de 2005. Disponível em: <<http://sgrh.trt24.jus.br/jurisprudencia/pages/jurisprudencia/pesquisa.xhtml#>>. Acesso em: 15 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. **AC 354223 RJ 1993.51.02.083900-8**. Apelante: Benezio Inacio Barboza. Apelado: Departamento Nacional De Estradas de Rodagem-Dner. Relator: Desembargadora Federal Vera Lucia Lima. Rio de Janeiro: 09 abr. 2008. Disponível em: <<http://trf-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1507551/apelacao-civel-ac-354223-rj-19935102083900-8?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 15 jan. 2017.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do estado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CALLE, Maximiliano A. Aramburo. Responsabilidad civil y riesgo en Colombia: apuntes para el desarrollo de la teoria del riesgo en el siglo XXI. **Revista Facultad de Derecho Y Ciencias políticas**, Colombia, vol. 38, n. 108, p. 15-51, 2008. Disponível em: <<https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/view/601/539>>. Acesso em: 15 set. 2016.

CANOTLHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991.

CAPELETTI, Mauro. **Juízes-legisladores**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1992.

CARLUCCI, Alda Kemelmajer de. Los dilemas de la responsabilidade civil. **Revista Chilena de derecho**, Chile. Vol. 28, nº 4, p.671-679, mayo 2001. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2650297.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. É possível uma responsabilidade civil sem dano?. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 18 abr. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-abr-18/direito-civil-atual-possivel-responsabilidade-civil-dano>>. Acesso em: 15 set. 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 30 ed. Rio de Janeiro Atlas 2016.

CASTRO, Ione Maria Domingues de. **Direito à saúde no âmbito do sus: um direito ao mínimo existencial garantido pelo judiciário?**. 2012. 366 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <[http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-02102012-162450/publico/IONE\\_MARIA\\_DOMINGUES\\_DE\\_CASTRO\\_TESE\\_17\\_01\\_2012.pdf](http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-02102012-162450/publico/IONE_MARIA_DOMINGUES_DE_CASTRO_TESE_17_01_2012.pdf)>. Acesso em: 15 jan. 2017.

CATALAN, Marcos. **A morte da culpa na responsabilidade contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CENEVIVA, Walter. **Lei dos notários e dos registradores comentada: Lei nº 8935/94**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CICONETTI, Stefano Maria; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Jurisdição constitucional comparada**. Florianópolis: Conceito, 2010.

CODERCH, Pablo Salvador; GARCÍA, Juan Antonio Ruiz. **Riesgo, responsabilidad objetiva e negligencia**. Barcelona, Universitat Pompeu Fabra, 2002. Disponível em: <[http://www.indret.com/pdf/085\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/085_es.pdf)>. Acesso em: 15 set. 2016.

CONSOLO, Giovanni Cesareo. **Tratatto sul risarcimento del danno in materia di delitti e quasi delitti**. seconda edizione. Torino: Unione Tipografico Editrice Torinese, 1914.

COSTA, Aldo de Campos. A responsabilidade do estado no STF e no STJ. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 17 abr. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-abr-17/toda-prova-responsabilidade-estado-stf-stj>>. Acesso em: 15 jan. 2017.

COSTA, Carlos Alberto Calvo. La vigencia de la antijuridicidad en el actual derecho de daños. **Revista de responsabilidad civil y seguros: publicación mensual de doctrina, jurisprudencia y legislación**, ano 11, extra 1, p.89-96, 2009 Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2965923>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

CRETELLA JUNIOR, José. **O estado e a obrigação de indenizar**. São Paulo: Saraiva, 1998.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de direito administrativo**. 12. ed. Salvador: JusPODIVM, 2013.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. Vol. 7.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

FREITAS, Juarez. Por uma hermenêutica superadora da omissão inconstitucional nas políticas públicas. In: FREITAS, Juarez; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski (Org.). **Comentários à jurisprudência do STF: direitos fundamentais e omissão inconstitucional**. Barueri-São Paulo: Manole, 2012.

FREITAS, Marisa Helena D'Arbo Alves de. **Responsabilidade do estado pelos danos às vítimas de crimes**. 2001. 239 f. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Estadual Paulista, Franca, 2001. Disponível em: <[http://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/101461/freitas\\_mhda\\_dr\\_fran.pdf?sequence=1P.180](http://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/101461/freitas_mhda_dr_fran.pdf?sequence=1P.180)>. Acesso em: 12 set. 2016.

FRUGOLI, Martin A. Daño: conceptos, clasificaciones y autonomias. El Punto unánimemente coincidente. **Resarcimiento. Derecho y Cambio Social**, [2016?]. Disponível em: <[http://www.derechoycambiosocial.com/revista023/Dano\\_conceptos\\_clasificaciones\\_autonom%C3%ADas.pdf](http://www.derechoycambiosocial.com/revista023/Dano_conceptos_clasificaciones_autonom%C3%ADas.pdf)>. Acesso em: 15 set. 2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GARCIA, Saul Uribe. La responsabilidad por riesgo. **Revista Ratio Iuris**, Medellín, n° 1, [2016?]. Disponível em: <<http://www.juecesyfiscales.org/descargas/riesgo.zip?ml=S&>>. Acesso em: 15 set. 2016.

GHERSI, Carlos A. **Teoría general de la reparación de daños**. Buenos Aires: Astrea. 1997.

GOMES, Orlando. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GREEN, Craig. An intellectual history of judicial activism. **Emory Law Journal**, Philadelphia, Vol. 58, n. 5. p.1195, 2009 Disponível em: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1410728](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1410728)>. Acesso em: 15 jan. 2017.

GRISON, Leonardo; LIMBERGER, Têmis. Políticas públicas e direito à saúde: tensão entre os poderes - a necessidade de estabelecer critérios judiciais para a intervenção. **Revista do Direito da UNISC**, Santa Cruz. 31, jan./jun., 2009. Disponível em: <<https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/1082>>. Acesso em: 15 jan. 2017.

GUASTINI, Ricardo. Separación de los poderes o división de lo poder?. **Grado Cero Prensa**, 2015. Disponível em: <<https://gradoceroprensa.wordpress.com/2015/12/30/separacion-de-los-poderes-o-division-del-poder-de-riccardo-guastini/>>. Acesso em: 15 jan. 2017.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernanda Novaes. Responsabilidade pressuposta: evolução de fundamentos e de paradigmas da responsabilidade civil na contemporaneidade. **Revista da faculdade de direito da UFG**, Goiás, v.31, n.1, 2007. Disponível em: <[www.revistas.ufg.br/revfd/article/download/12029/7983?journal=revfd](http://www.revistas.ufg.br/revfd/article/download/12029/7983?journal=revfd)>. Acesso em: 15 nov. 2016.

HUPFFER, Haide Maria; NAIME, Roberto; ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; CORRÊA, Iose Luciane Machado. Responsabilidade civil do estado por omissão estatal. **Revista de Direito GV**, São Paulo, vol. 8, n.1, Jan./June. 2012. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1808-24322012000100005](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000100005)>. Acesso em: 15 jan. 2016.

ITURRASPE, Jorge Mosset. La relación de causalidad em la responsabilidad extracontractual. **Revista Latinoamericana de Derecho**, México, ano I, n. 1, enero-junio, 2004 Disponível em: <<https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/latinoamericana-derecho/article/view/21282/18956>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

BROWN v. board of education of topeka, 347 U.S. 483. Justia us Supreme Court. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/483/>>. Acesso em: 15 jan. 2017.

KATJU, Markandey. Separation of powers, judicial review and judicial activism. **Blog Satyam Bruyat - Justice Katju**, 2013. Disponível em: <<http://justicekatju.blogspot.com.br/2013/10/separation-of-powers-judicial-review.html>>. Acesso em: 15 dez. 2016.

KMIEEC, Keenan D. The origin and current meanings of Judicial Activism. **California Law Review**, California, vol. 92, issue 5, October, 2004. Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1324&context=california-lawreview>>. Acesso em: 15 dez. 2016.

KRELL, Andreas. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des) caminhos de um direito constitucional comparado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

LABOISSIERE, Paula. Especialistas defendem direito à vida de fetos com anencefalia. **Empresa Brasil de Comunicação S/A**, Brasília, 2012. Disponível em: <<http://memoria.etc.com.br/agenciabrasil/noticia/2012-04-10/especialistas-defendem-direito-vida-de-fetos-com-anencefalia>>. Acesso em: 20 jan. 2017.

LEON, Luis Diez-Picaso Ponce de. Culpa y riesgo en la responsabilidad civil extra-contractual. **AFDUAM** 4, Universidad Autónoma de Madrid, pp. 153-166, 2000. Disponível em: <<https://www.uam.es/otros/afduam/pdf/4/culpa%20y%20riesgo%20en%20la%20responsabilidad%20civil.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2016.

LIZCANO-OROZCO, Rosana. Daño especial: reflexiones sobre su autonomía como uno de los fundamentos de la responsabilidad objetiva. **Revista Dixi**, vol. 14, n. 15, enero-junio, 2012. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4331957.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2016.

MADRIGAL, Doris Aria Maria. Reflexiones teóricas y prácticas sobre la reparación del daño y la justicia restaurativa. **Justicia Restaurativa**, [2017?]. Disponível em: <<http://www.justiciarestaurativa.org/aroundla/costarica/reflexiones>>. Acesso em: 15 jan. 2017.

MANICA, Fernando Borges. Teoria da reserva do possível: direitos fundamentais à prestações e a intervenção do poder judiciário na implementação de políticas públicas. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 25, fev./mar.abr., 2011. Disponível em: <<http://direitodoestado.com/revista/REDAE-25-ABRIL-2011-FERNANDO-BORGES-MANICA.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2017.

MATSUDA, Juliana Tiemi Maruyama; PEREIRA, Helida Maria; SOUZA; Luciana Camila de. O Mínimo existencial como limite à aplicação da reserva do possível na efetivação dos direitos fundamentais sociais. **Advocacia Geral da União**, [2017?]. Disponível em: <[www.agu.gov.br/page/download/index/id/%207306306](http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/%207306306)>. Acesso em: 15 jan. 2017.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MEIRELES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 41. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito administrativo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MIGUEL, Carlos Ruiz. Crítica de la llamada inconstitucionalidad por omisión. **Revista Peruana de Derecho Constitucional**, nº 2, p. 99-110, (2000). Disponível em: <[https://www.academia.edu/24643655/Cr%C3%ADtica\\_de\\_la\\_llamada\\_inconstitucionalidad\\_por\\_omisi%C3%B3n](https://www.academia.edu/24643655/Cr%C3%ADtica_de_la_llamada_inconstitucionalidad_por_omisi%C3%B3n)>. Acesso em: 15 jan. 2017.

MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C. **Responsabilidade civil**. 2. ed. revista e ampliada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MORAES, Alexandre de. As súmulas vinculantes no Brasil e a necessidade de limites ao ativismo judicial. **Revista Faculdade de Direito Univ.** São Paulo, v. 106/107, p. 267 - 285 jan./dez. 2011/2012. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67946/70554>>. Acesso em: 15 jan. 2017.

MOTA, Mauricio Jorge Pereira da. Responsabilidade civil do estado por balas perdidas. **Revista de Direito da Cidade**, Rio de Janeiro, vol. 03, n. 02. p. 329-366 [2017?]. Disponível em: <[www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/download/9858/7720](http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/download/9858/7720)>. Acesso em: 20 jan. 2017.

MÚGICA, Santiago Cavanillas. **La transformacion de la responsabilidad civil en la jurisprudencia**. Pamplona: Aranzadi, 1987.

MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. **A responsabilidade civil por presunção de causalidade**. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 4. ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2013.

ORTIZ, David Peñuela. Daño no es sinonimo de daño antijurídico. **Revista LR La República**, Bogotá, 2014. Disponível em: <[http://www.larepublica.co/da%C3%B1o-no-es-sin%C3%B3nimo-de-da%C3%B1o-antijur%C3%ADdico\\_155226](http://www.larepublica.co/da%C3%B1o-no-es-sin%C3%B3nimo-de-da%C3%B1o-antijur%C3%ADdico_155226)>. Acesso em: 12 set. 2016.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: 1966. Vol II.

\_\_\_\_\_. **Instituições de direito civil**: contratos. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. Vol. III.

\_\_\_\_\_. **Responsabilidade civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PINHEIRO, Aline. Ativismo não é bom para a democracia. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 15 mar. 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-mar-15/entrevista-lenio-streck-procurador-justica-rio-grande-sul>>. Acesso em: 15 jan. 2017.

POLEGATI, Gustavo Henrique Borges; CHACUR, Rachel Lopes Queiroz. O STF acertou ao descriminalizar o aborto de fetos anencéfalos. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 18 dez. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-dez-18/stf-acertou-descriminalizar-aborto-anencefalos>>. Acesso em: 20 jan. 2017.

POLICCINO, Oreste. Legal reasoning of the court of justice in the context of the principle of equality between judicial activism and self-restraint. **German Law Journal**, p. 283-317, 2004. Disponível em: <<https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm?abstractid=1277306>>. Acesso em: 15 jan. 2017.

PORTO, Ederson Garin. Direito a regime jurídico análogo em casos de omissão legislativa: o caso do direito de greve na visão do Supremo Tribunal Federal. In: FREITAS, Juarez; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski (Org.). **Comentários à jurisprudência do STF: direitos fundamentais e omissão inconstitucional**. Barueri-São Paulo: Manole, 2012.

PREVOT, Juan Manoel. El problema de la relación de causalidade en el derecho de la responsabilidad civil. **Revista Chilena de Derecho Privado**, Santiago, n. 15, diciembre, 2010. Disponível em: <[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-80722010000200005](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-80722010000200005)>. Acesso em: 15 nov. 2016.

QUEIROGA, Antônio Elias de. **Responsabilidade civil e o novo código civil**. 3. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

RAMIREZ, Laureano Jimenez. Vigencia de la ley aquilia en el derecho civil colombiano. **Crítério Jurídico Garantista**, Ano 2, nº 2, Janeiro-Junho de 2010. Disponível em: <<http://revistas.fuac.edu.co/index.php/criteriojuridicogarantista/article/viewFile/325/308>>. Acesso em: 15 jan. 2017.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

REIS, Maria do Carmo Guerrieri Saboya. Responsabilidade civil do estado e a culpa concorrente da vítima. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, n. 246, 1998.

RENNER, Rafael Henrique. Notas sobre o conceito de dano na responsabilidade civil. **Revista Legis Augustus**, v. 3, n. 2, p. 92-150, jul./dez. 2012. Disponível em: <[apl.unisuam.edu.br/revistas/index.php/legis augustus/article/view/284](http://apl.unisuam.edu.br/revistas/index.php/legis augustus/article/view/284)>. Acesso em: 15 set. 2016.

RIGAUX, François. **A lei dos juizes**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ROSENKRANTZ, Carlos F. El riesgo y la responsabilidad extracontractual: algunas consideraciones filosóficas, jurídicas y económicas acerca de una difícil relación.

**Revista Jurídica de la Universidad de Palermo**, [2017?]. Disponível em: <[http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista\\_juridica/n3N2-October1998/032Juridica02.pdf](http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n3N2-October1998/032Juridica02.pdf)>. Acesso em: 15 set. 2016.

RUGGIERO, Roberto. **Instituições de direito civil**: direito das obrigações e direito hereditário. 1. ed. Campinas: Bookseller, 1999. Vol. III.

RUIZ, Maria Angeles Ahumada. El control de constitucionalidade de las omisiones legislativas. **Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, Madri, n. 8. Enero-Abril 1991. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1050867.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2017.

SAHA, Arpita. Judicial activism in curbing the problem of public nuisance to environment in india. **Universidade de Direito Nacional**, Jodhpur, 2009. Disponível em: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1439704](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1439704)>. Acesso em: 15 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. Judicial activism in India: a necessary evil. **Universidade de Direito Nacional**, Jodhpur, 2008. Disponível em: <[papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1156979](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1156979)>. Acesso em: 15 jan. 2017.

SALZBERGER, Eli. Judicial activism. In Israel: sources, forms and manifestations. **Universidade de Haifa - Faculdade de Direito**, 2007. Disponível em: <[ssrn.com/abstract=984918](https://papers.ssrn.com/abstract=984918)>. Acesso em: 15 jan. 2017.

SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro. **Direito civil**: responsabilidade civil. São Paulo: Atlas, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

\_\_\_\_\_. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista Eletrônica sobre a reforma do Estado**, Salvador, n. 11, set.8/out./nov., 2007. Disponível em: <[www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31953-37383-1-PB.pdf](http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31953-37383-1-PB.pdf)>. Acesso em: 15 jan. 2017.

\_\_\_\_\_; FIGUEIREDO, Mariana Filtchiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas considerações. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 24, jul. 2008. Disponível em: <[www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo\\_mariana.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html)>. Acesso em: 15 jan. 2017.

\_\_\_\_\_; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. São Paulo: Atlas, 2009.

SEGADO, Francisco Fernandez. El control de las omisiones legislativas por el Bundesverfassungsgencht. **Revista de Derecho**, Madri, 2009. Disponível em: <<http://revistas.ucu.edu.uy/index.php/revistadederecho/article/viewFile/826/828>>. Acesso em: 15 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas. Algunas cuestiones dogmaticas. **Estudios Constitucionales**, vol. 7, n° 2, p. 13-69, 2009. Disponível em: <[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-52002009000200002](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002009000200002)>. Acesso em: 15 jan. 2017.

SENA, Jaqueline Santa Brigida; LEVY, Wilson. Judicialização do direito à saúde: entre reserva do possível e participação democrática no acesso a medicamentos. In: FREITAS, Juarez; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski (Org.). **Comentários à jurisprudência do STF**: direitos fundamentais e omissão inconstitucional. Barueri-São Paulo: Manole, 2012.

SIFUENTES, Monica. **Súmula vinculante**: um estudo sobre o poder normativo dos Tribunais. São Paulo: Saraiva, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Brazil aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2012.

STOCCO, Rui. Responsabilidade civil e segurança pública. **Migalhas**, 2005. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI14937,11049-Responsabilidade+civil+e+seguranca+publica>>. Acesso em: 02 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. **Tratado de responsabilidade civil**: Tomo I; Doutrina e Jurisprudência. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

STRECK, Lenio Luiz de; MONTAI, Rogerio Lima de. A conversão da união estável em casamento. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 6 jul. 2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-jul-06/uniao-homoafetiva-direito-conversao-uniao-estavel-casamento>>. Acesso em: 15 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns?. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 13 jun. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>>. Acesso em: 15 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. O que é isto, o ativismo judicial, em números?. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 26 out. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-out-26/observatorio-constitucional-isto-ativismo-judicial-numeros>>. Acesso em: 15 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. O Rubicão e os quatro ovos do condor: de novo, o que é ativismo?. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 7 jan. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jan-07/senso-incomum-rubicao-quatro-ovos-condor-ativismo>>. Acesso em: 15 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

\_\_\_\_\_; BARRETO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte”. **Revista de Estudos Constitucionais Hermenêutica e Teoria do Direito**, São Leopoldo, Vol. 1, n. 2, 2009. Disponível em: <[revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/47](http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/47)>. Acesso em: 15 jan. 2017.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 37-57, Junho/2012. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1808-24322012000100002](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000100002)>. Acesso em: 15 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. Inconstitucionalidade por omissão frente ao dever de estabelecer critérios para o rateio do Fundo de Participação dos Estados. In: FREITAS, Juarez; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski (Org.). **Comentários à jurisprudência do STF: direitos fundamentais e omissão inconstitucional**. Barueri-São Paulo: Manole, 2012.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, vol. 177, p.29-49, jul./set., 1989. Disponível em: <[bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/46113/44271](http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/46113/44271)>. Acesso em: 15 jan. 2017.

TRIAS, Encarna Roca. El riesgo como criterio de imputación subjetiva del daño en la jurisprudencia del tribunal Supremo Español. **Revista Para el Análisis Del Derecho**, Barcelona, Octubre, 2009. Disponível em: <[www.indret.com/pdf/688\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/688_es.pdf)>. Acesso em: 15 set. 2016.

USTARROZ, Elisa. Omissão estatal e responsabilidade objetiva pela fuga de presos. In: FREITAS, Juarez; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski (Org.). **Comentários à jurisprudência do STF: direitos fundamentais e omissão inconstitucional**. Barueri-São Paulo: Manole, 2012.

VALENZUELA, Daniel Peña. Riesgo, daño y responsabilidad jurídica en la era digital. **Derecho Penal y Criminología**, Vol. 28, Nº. 84, p.77-10, 2007. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3311848.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2016.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. Vol. IV.

WALD, Arnaldo. Os fundamentos da responsabilidade civil do estado. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, Edição Temática. p. 25-44, 1993.

WEDY, Gabriel. A responsabilidade do estado por dano ambiental e a precaução. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 30 jun. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jun-30/gabriel-wedy-responsabilidade-estado-dano-ambiental>>. Acesso em: 02 dez. 2016.

WOTTRICH, Lisandro Luis. Impossibilidade de invocação por parte do município do princípio da reserva do possível frente ao dever de proteção integral do menor. In: FREITAS, Juarez; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski (Org.). **Comentários à jurisprudência do STF: direitos fundamentais e omissão inconstitucional**. Barueri-São Paulo: Manole, 2012.

WRIGHT, J. Skelly. Role of the supreme court in a democratic society: judicial activism or restraint. **Cornell Law Review**, vol. 54, nov., 1968, n. 1. Disponível em: <<http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3730&context=clr>>. Acesso em: 20 jan. 2017.

YÁGUEZ, Ricardo de Angel. **La responsabilidade civil**. Bilbao: Univerisas de Deusto, 1989.

YUNG, Corey Rayburn. Flexing judicial muscle: an empirical study of judicial activism in the federal courts. **Northwestern University Law Review**, vol. 105, n. 1, 2011; 2010. Disponível em: <[ssrn.com/abstract=1434742](https://ssrn.com/abstract=1434742)>. Acesso em: 15 dez. 2016.