

GUSTAVO ALEXANDRE BERTUCI

A Dogmática dos Direitos Fundamentais e a Responsabilidade Civil do Estado

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Público, no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Brasília – DF

2008

A meus pais, Pedro e Mafalda, pelos exemplos de vida que são; não só para mim, mas para muitos.

A Vanessa, minha esposa, e Henrique, meu filho, por serem o estímulo e o sentido da minha vida.

A todos os meus Amigos, pelo companheirismo.

A meus pais, Pedro e Mafalda, pelos exemplos de vida que são; não só para mim, mas para muitos.

A Vanessa, minha esposa, e Henrique, meu filho, por serem o estímulo e o sentido da minha vida.

A todos os meus Amigos, pelo companheirismo.

SUMÁRIO

<i>Introdução</i>	6
<i>1. A Dogmática dos Direitos Fundamentais</i>	11
1.1 Fundamentalidade	11
1.2 Historicidade	15
1.3 Universalidade	18
1.4 Constitucionalização	21
1.5 Vinculação dos Poderes Públicos	24
<i>2. A ADI nº 939/DF</i>	26
2.1 O Caso Julgado	26
2.2 O Acórdão	29
2.3 Corolários da Decisão	32
<i>3. A Responsabilidade Civil do Estado</i>	35
3.1 Evolução Histórica	35
3.2 Responsabilidade Civil do Estado na Ordem Jurídica Brasileira	45
3.3 Proximidade das Dogmáticas dos Direitos Fundamentais e da Responsabilidade Civil do Estado	47
<i>Conclusão</i>	54
<i>Referências</i>	58

Introdução

A dogmática dos Direitos Fundamentais vem sendo amplamente analisada e debatida no campo doutrinário e bastante aplicada no âmbito jurisprudencial, haja vista o novo papel que as Cortes Constitucionais foram chamadas a desempenhar nas modernas democracias.

A responsabilidade civil do Estado, por sua vez, é tema que há muito ocupa as Constituições do Brasil e os Tribunais do País, mas que, até hoje – como não poderia deixar de ser –, vem evoluindo, da mesma forma que os Direitos Fundamentais, isto é, doutrinária e jurisprudencialmente.

Em outros termos, o que se buscará no presente trabalho será, em primeiro, a identificação dos traços mais marcantes dos Direitos Fundamentais e, em seguida, aplicar-se-á essa mesma fórmula ao instituto da responsabilidade civil extracontratual do Estado, com o intuito de aclarar as eventuais sintonias e dessemelhanças entre os objetos investigados, revelando-se, alfim, os primeiros consectários dessa busca.

Demais disso, as conseqüências práticas desse exercício tornam-se visíveis, seja pela forma como a Administração Pública deverá encaminhar as questões pertinentes, seja pela atuação, positiva ou negativa, do legislador ordinário ou reformador, seja, por fim, para lançar as primeiras luzes sobre eventual caminho a ser trilhado pela jurisprudência pátria acerca do assunto.

Trata-se, portanto, de estudo nos campos do Direito Constitucional, Administrativo e brevemente no ramo do Direito Civil, especificamente acerca da responsabilidade civil extracontratual do Estado e seu possível enquadramento no rol dos Direitos Fundamentais e implicações emergentes.

Justifica-se a escolha do tema, em primeiro, por conseguir agregar dois dos grandes e principais ramos do Direito Público: Constitucional e Administrativo. Nesse sentido, inegável tratar-se de áreas de relevantes interesses atuais das ciências jurídicas, cujos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais vêm sendo constantemente revistos e atualizados com as novas necessidades sociais e teorias acerca do Estado e suas funções.

Ademais, o presente tema aborda questão em princípio inédita – sobretudo nas obras doutrinárias consagradas e na jurisprudência dos Tribunais Superiores –, de modo que, modestamente, espera-se contribuir ao menos minimamente para o preenchimento dessa lacuna.

O que se pretende, portanto, é responder, ainda que inicialmente, questões da seguinte ordem:

1. A responsabilidade civil extracontratual do Estado é um Direito fundamental e, portanto:

- a) Aplica-se-lhe a dogmática acerca dos Direitos Fundamentais;
- b) É uma cláusula pétrea, o que impediria sua abolição pelo legislador constituinte reformador;

c) Seria dada ao legislador ordinário a possibilidade de regulamentar, conformar ou mesmo limitar o instituto em apreço, desde que respeitado o seu “núcleo essencial”;¹

d) As Cortes de Justiça, por seu turno, devem emprestar-lhe a “máxima eficácia possível”.²

2. A responsabilidade civil extracontratual objetiva do Estado não é um Direito Fundamental e, portanto, não se lhe aplica a dogmática dos Direitos Fundamentais, sendo possível, dessa forma, a transmutação do instituto atual para responsabilidade civil extracontratual subjetiva do Estado ou, mesmo, para a irresponsabilidade do Estado ou, ainda, sua supressão da Carta Magna.

Para melhor encadear o estudo sobre o assunto, desta feita, o presente trabalho contém, além da introdução e conclusão, basicamente três capítulos.

O primeiro versa sobre a dogmática dos direitos fundamentais, onde são abordadas questões relativas à fundamentalidade, historicidade, universalidade, constitucionalização e vinculação dos Poderes Públicos, questões, essas, ínsitas a esses direitos.

O segundo capítulo faz um breve estudo sobre ADI nº 939/DF, em que se discutiu acerca da existência de outros direitos fundamentais no corpo constitucional, portanto fora do catálogo do art. 5º, tendo em vista a sua importância para as pretensões deste trabalho.

¹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*: estudos de direito constitucional. 3ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 41-76.

Já no terceiro capítulo, tenciona-se esclarecer alguns dos fundamentos da responsabilidade civil do Estado, notadamente quanto ao seu aspecto histórico, nas ordens jurídicas estrangeiras, assim como a experiência brasileira no assunto, para, ao final – e já iniciando-se a própria conclusão –, estabelecer-se rápido paralelo entre a dogmática dos direitos fundamentais e as características inerentes à responsabilidade civil do Estado.

No presente trabalho foi utilizado o método dedutivo de abordagem, em procedimento histórico-comparativo.

Quanto às fontes bibliográficas, a pesquisa explorou obras nacionais e estrangeiras, sobretudo portuguesas, relacionadas ao Direito Constitucional, como um todo, e aos Direitos Fundamentais, especificamente, assim também de Direito Administrativo, Responsabilidade Civil, Responsabilidade Civil do Estado, Direito Civil, Introdução ao Estudo do Direito e Filosofia, além de artigos publicados em periódicos.

Buscou-se, ainda, a pesquisa documental, notadamente do acórdão, relatório e votos que levaram ao aresto perfilhado no julgamento da ADI nº 939/DF, pelo Supremo Tribunal Federal.

As citações de até três linhas foram inseridas no próprio texto, entre aspas duplas. As citações maiores de três linhas foram escritas em parágrafos destacados do texto, com tamanho de fonte menor que o do texto corrido e bloco recuado de quatro centímetros da margem esquerda.

² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET BRANCO Paulo Gustavo. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. 1. ed. 2ª Tir. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 132.

O formato itálico foi reservado para as palavras estrangeiras e títulos das obras citadas em notas de referência. O negrito, por sua vez, foi usado para destacar palavras com importante sentido no texto.

As referências ao longo do texto seguem o padrão das notas bibliográficas de rodapé, isto é, sistema numérico-completo, e utiliza-se das expressões *op. cit.*, quando no capítulo respectivo tal obra já foi aludida, *id.*, a fim de indicar que o trecho referido é do mesmo autor da nota imediatamente precedente, mas em outra obra, *Id. Ibid.*, para notas relativas a uma mesma obra, de um mesmo autor, anteriormente mencionada.

Dessa forma, a compilação consistiu na reunião do material disponível à pesquisa, diante da coleta de dados e informações obtidas, com a conseqüente análise e interpretação do material encontrado, citando-se na bibliografia apenas as obras que especificamente contribuíram para este trabalho, a legislação aplicável e a jurisprudência pertinente.

1. A Dogmática dos Direitos Fundamentais

Em vista do delimitado campo pelo qual o presente estudo pretende se desenvolver, insta observar algumas características marcantes dos Direitos Fundamentais.

As lições do Professor Doutor Gilmar Ferreira Mendes emprestam arrimo a essa busca, ao esclarecerem que:

A complexidade do sistema de direitos fundamentais recomenda que se envidem esforços no sentido de precisar os elementos essenciais dessa categoria de direitos, em especial no que concerne à identificação dos âmbitos de proteção e à imposição de restrições ou limitações legais.³

De se notar, por oportuno, que não se pretende esgotar todas as características dos direitos fundamentais, mas, apenas, sobrevoar os traços mais marcantes daquelas que possam, em alguma medida, aproximá-los ou afastá-los dos atributos relativos à responsabilidade civil do Estado.

1.1 Fundamentalidade

Destarte, primeiramente – e por óbvio –, a fundamentalidade dos desígnios dos direitos fundamentais é assente, dado que, conforme já asseverava Santo

³ MENDES, Gilmar Ferreira, *op. cit.*, p. 2.

Tomás de Aquino ⁴, o só fato de o homem ser homem já induz uma série de valores naturais que as ordens jurídicas devem contemplar e envidar esforços e mecanismos capazes de conformá-los e preservá-los. Seria, portanto, a **lei natural** adquirindo concretude através da **lei humana**. ⁵

Mesmo o Prof. José Afonso da Silva – sabidamente refratário à tese da existência de direitos naturais, ou mesmo a direitos supra-estatais, como pretendia Pontes de Miranda –, a quem se recorrerá mais adiante para abordar a característica da historicidade dos direitos fundamentais, admite, no que se refere às “*condições subjetivas*”, a existência de uma “*igualdade fundamental de natureza entre eles* [todos os homens]”. Confira-se o texto na íntegra:

As *condições subjetivas* ou *ideais* ou *lógicas* consistiram precisamente nas fontes de inspiração filosófica anotadas pela doutrina francesa: (1) O *pensamento cristão*, como fonte remota, porque, na verdade, a interpretação do cristianismo que vigorava no século XVIII era favorável ao *status quo* vigente, uma vez que o clero, especialmente o alto clero, apoiava a monarquia absoluta, e até oferecia a ideologia que a sustentava com a tese da origem divina do poder; o pensamento cristão vigente, portanto, não favorecia o surgimento de uma declaração de direitos do homem; o cristianismo primitivo, sim, continha uma mensagem de libertação do homem, na sua afirmação da *dignidade eminente da pessoa humana*, porque o homem é uma criatura formada à imagem de Deus, e esta dignidade pertence a *todos* os homens sem distinção, o que indica uma *igualdade fundamental de natureza entre eles*; há, no entanto, “quem afirme que o cristianismo não supôs uma mensagem de liberdade, mas, especialmente, uma aceitação conformista do fato da escravidão humana”; (2) A *doutrina do direito natural dos séculos XVII e XVIII*, de natureza racionalista, fundada assim na natureza racional do homem, faz descer a este o fundamento do poder político e também do Direito positivo em contraposição à “divinização” que sustentava o regime absolutista vigente; doutrina puramente instrumental e lógica, como concepção do mundo, do Estado e da sociedade, destinada a substituir e a se opor coerentemente à vigente, com força bastante para sustentar as transformações sociais que as condições materiais impunham; sustentando teses de direitos inatos (de caráter também instrumental: meio de opor-se à

4 MORRIS, Clarence (Org.). Os Grandes Filósofos do Direito: leituras escolhidas em direito; tradução Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 49-72.

⁵ *Id. Ibid.*, p. 65-66.

concepção vigorante), encontrou-se base para o reconhecimento de um conjunto de direitos tidos, então, como inerentes à pessoa humana.⁶

Visto isso, um outro aspecto dessa mesma característica é o traço fundante⁷ dos Direitos Fundamentais, ou seja, as atuais ordens jurídicas democráticas, e o Estado que delas deflui, necessariamente devem fundar-se nessa ordem de valores humanos, a fim de se atingir o fim último do Estado Democrático de Direito, isto é, construir uma sociedade livre, justa e solidária, conforme preceitua explicitamente o artigo 3º, inciso I, da Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1998.

Não por acaso, inclusive, que o Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho afirma, com fulcro em Montesquieu, que o Documento Constitucional “Só merece o nome se preencher concomitantemente duas condições: dividir o exercício do poder segundo a fórmula de Montesquieu, criando um sistema de freios e contrapesos; **não ir além dos limites que lhe traçam os direitos fundamentais**”⁸ (grifos nossos).

Em verdade, ainda com base no mesmo mestre da Faculdade de Direito do Largo do São Francisco, os direitos fundamentais, grafados pelo jusnaturalismo, não são criados pelas ordens constitucionais, mas apenas explicitados nas Declarações de Direitos, textos estes decorrentes, ainda que desnecessário, do pacto social. São as suas palavras:

⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 27ª ed., revista e atualizada (até a Emenda Constitucional n. 52, de 8.3.2006). São Paulo: Malheiros, 2006, p. 173-174.

⁷ J. J. Gomes Canotilho (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 379) nos ensina que “A idéia de fundamentalidade material insinua que o conteúdo dos direitos fundamentais é decisivamente constitutivo das estruturas básicas do Estado e da sociedade.”

O pacto social prescinde de um documento escrito. Entretanto, nada proíbe que seja reduzido a termo, em texto solene. Isto, inclusive, tem a vantagem da clareza e da precisão, bem como um caráter educativo. Tal documento o século XVIII cuidou de formalizar. Não é ele a Constituição que já o presume. É a *declaração* de Direitos.

No pensamento político setecentista, a declaração de direitos, por um lado, explicita os direitos naturais, por outro, como já se apontou, enuncia as limitações destes, que são admitidas a bem da vida em sociedade.

[...]

Só mais tarde, por economia de tempo e trabalho, é que se passou a estabelecer num mesmo documento a declaração de Direitos (o pacto social) e a Constituição (o pacto político).⁹

Ainda sobre a fundamentalidade desses direitos, o J.J. Gomes Canotilho biparte o conceito, sob o prisma da proteção, em fundamentalidade formal e material. Cabível, pois, a fim de não se perder a essência dos conceitos, a cita literal:

Fundamentalidade formal

A **fundamentalidade formal**, geralmente associada à constitucionalização, assinala quatro dimensões relevantes: (1) as normas consagradoras de direitos fundamentais, enquanto normas fundamentais, são normas colocadas no grau superior da ordem jurídica; (2) como normas constitucionais encontram-se submetidas aos procedimentos agravados de revisão; (3) como normas incorporadoras de direitos fundamentais passam, muitas vezes, a constituir limites materiais da própria revisão (cfr. CRP, art. 288.º / d e e); (4) como normas dotadas de vinculatividade imediata dos poderes públicos constituem parâmetros materiais de escolhas, decisões, ações e controlo, dos órgãos legislativos, administrativos e jurisdicionais (cfr. afloramento desta idéia no art. 18.º / 1 da CRP).

Fundamentalidade material

A ideia de **fundamentalidade material** insinua que o conteúdo dos direitos fundamentais é decisivamente constitutivo das estruturas básicas do Estado e da sociedade. *Prima facie*, a fundamentalidade material poderá parecer desnecessária perante a constitucionalização e a fundamentalidade formal a ela associada. Mas não é assim. Por um lado, a fundamentalização pode não estar associada à constituição escrita e à idéia de fundamentalidade formal

⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 9ª ed., revista. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 03.

⁹ *Id. Ibid.*, p. 05-06.

como o demonstra a tradição inglesa das *Common-Law Liberties*. Por outro lado, só a idéia de fundamentalidade material pode fornecer suporte para: (1) a abertura da constituição a outros direitos, também fundamentais, mas não constitucionalizados, isto é, direitos materialmente mas não formalmente fundamentais (cfr. CRP, art. 16.º / 1.º); (2) a aplicação a estes direitos só materialmente constitucionais de alguns aspectos do regime jurídico inerente à fundamentalidade formal; (3) a abertura de novos direitos fundamentais (Jorge Miranda). Daí o falar-se, nos sentidos (1) e (3), em *cláusula aberta* ou e *princípio da não tipicidade* dos direitos fundamentais. Preferimos chamar-lhe 'norma com *fattispecie* aberta' (Baldassare) que, juntamente com uma *compreensão aberta do âmbito normativo das normas concretamente* consagradoras de direitos fundamentais, possibilitará uma concretização e desenvolvimento plural de todo o sistema constitucional.¹⁰

Certo é, então, que, seja pela essência existente em todos os homens – condição inata, portanto –, advinda da própria dignidade da pessoa humana, cabendo às ordens jurídicas reconhecê-los, seja, de outra banda, pelo Estado que deve erigir, fundando-se também no princípio da igualdade, os direitos fundamentais grafam-se pela fundamentalidade.

1.2 Historicidade

Outro traço inequívoco dos Direitos Fundamentais é a historicidade.¹¹ Isso porque, ao fim e ao cabo, são direitos que surgiram – por vezes do clamor popular frente ao Estado, por outras da ideologia dominante da época em que concebidos –, inicialmente com o propósito de que o Estado se abstinhasse de certas práticas

¹⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes, *op. cit.*, p. 379-380.

¹¹ Norberto Bobbio (*A Era dos Direitos*; tradução de Carlos Nelson Coutinho. 8ª ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 5) assere que “[...] os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.”

(direitos de primeira geração), seguindo-se o momento histórico, social e econômico que exigia desse mesmo Estado sua intervenção a fim de implementar políticas públicas com o objetivo último de minimizar as desigualdades sociais (direitos de segunda geração) ou preservar direitos de titularidade coletiva (direitos de terceira geração).

Nesse sentido, a assertiva do Prof. José Afonso da Silva, *in verbis*:

Temos, pois, que ampliar nossa visão do problema para admitir outras fontes de inspiração das declarações de direitos, sem deixar de reconhecer que as primeiras abeberam no cristianismo e no jusnaturalismo sua idéia de homem abstrato. Mas não é uma observação correta esta de atribuir, ao surgimento de uma nova idéia de direito, tão profundamente revolucionária, inspiração de natureza basicamente ideal, sem levar em conta **as condições históricas objetivas, que, na verdade, constituem a sua fundamentação primeira**. As doutrinas e concepções filosóficas têm relevância enorme no processo. Mas elas próprias são condicionadas por aquelas condições materiais. Surgem precisamente para ordená-las numa compreensão ideológica coerente, interpretando-as, para definir-lhes as leis a elas imanentes, já que, em tais momentos agudos da evolução social, se percebe a superação de situações caducas pelo despontar de algo novo.

Pelo que se vê, não há propriamente uma inspiração das declarações de direitos. Houve reivindicações e lutas para conquistar os direitos nelas consubstanciados. E quando as condições materiais da sociedade propiciaram, elas surgiram, conjugando-se, pois, condições objetivas e subjetivas para sua formulação. ¹² (grifos nossos)

Seguindo essa esteira de raciocínio, e com arguta capacidade sintética, o Prof. Paulo Gustavo Gonet Branco assim prevê:

O caráter da historicidade, ainda, explica que os direitos possam ser proclamados em certa época, desaparecendo em outras, ou que se modifiquem no tempo. Revela-se, desse modo, a índole evolutiva dos direitos fundamentais.

¹² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 27ª ed., revista e atualizada (até a Emenda Constitucional n. 52, de 8.3.2006). São Paulo: Malheiros, 2006, p. 172-173.

Essa evolução é impulsionada pelas lutas em defesa de novas liberdades em face de poderes antigos – já que os direitos fundamentais costumam ir-se afirmando gradualmente – e em face das novas feições assumidas pelo poder.

[...]

Ilustração de interesse prático acerca do aspecto da historicidade dos direitos fundamentais é dada pela evolução que se observa no direito a não receber pena de caráter perpétuo. Tanto a Constituição atual como a anterior estabeleceram vedação à pena de caráter perpétuo. Esse direito que antes de 1988 se circunscrevia à esfera das reprimendas penais passou a ser também aplicável a outras espécies de sanções.¹³

Dessa maneira, a característica da historicidade permite concluir que, em determinado tempo histórico – e mesmo espaço histórico –, os direitos fundamentais adquirem volume e vivacidade, de acordo com as necessidades sociais intrínsecas a esse meio. Assim, em determinadas épocas e lugares, o clamor por direitos fundamentais é retrato, em grande monta, dos embates havidos entre Estado e cidadãos.

Claro que, de um lado, o reconhecimento de determinado direito fundamental, em dado momento, não retira a necessidade de contínuo cuidado em sempre se visitar e reforçar esses direitos, dado que, nas lições de Montesquieu, “[...] a experiência eterna mostra que todo o homem que tem poder é tentado a abusar dele; vai até onde encontra limites. Quem o diria! A própria virtude tem necessidade de limites.”¹⁴

¹³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET BRANCO Paulo Gustavo. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. 1. ed. 2ª Tir. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 121-122.

¹⁴ *Do Espírito das Leis*. São Paulo: Nova Cultural. Livro XI, Cap. IV, p. 200, v. 1. (Coleção Os Pensadores, 28). Também encontrado no *Curso de Direito Constitucional*, de Celso Antônio Bandeira de Mello, 22ª ed., p. 31.

Já sob outro prisma, os direitos anteriormente declarados não excluem, ao revés, somam-se aos novos direitos em discussão e em edificação, inclusive pelo reconhecimento constitucional positivo ou mesmo pela atuação das Cortes Constitucionais, a fim de se formar um todo constitucional, de características e respectiva hermenêutica ímpares, haja vista que os direitos fundamentais formam uma categoria jurídica específica, onde suas características essenciais podem ser resumidas em “posições jurídicas *subjectivas*, individuais, universais e permanentes e fundamentais”¹⁵.

Assim, por tudo, em primeiro, não se deve abandonar os direitos anteriormente declarados – quiçá a que penas da sociedade dos antepassados – e, em segundo, a conformação de novos direitos fundamentais deve assumir roupagem larga, a fim de agasalhar os novos e os antigos, sempre com espaço reservado, ainda, para outros até então impensados.

1.3 Universalidade

O caráter universal dos direitos fundamentais é muito bem colocado pelo Prof. Paulo Bonavides, em seu indispensável *Curso de Direito Constitucional*, cujos ensinamentos, com fulcro na doutrina de Carl Schmitt, merecem transcrição completa:

Vinculando os direitos fundamentais propriamente ditos a uma concepção do Estado de Direito liberal, sem levar em conta a possibilidade de fazer-se, como se fez, desses direitos primeiro uma

¹⁵ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os Direitos Fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 1998, p. 171.

abstração e, a seguir, uma concretização, independente da modalidade de Estado e ideologia, em ordem a torná-los compatíveis com o sentido de sua universalidade, Carl Schmitt, nas considerações sobre o assunto, retrata com inteira exatidão o caráter de tais direitos enquanto direitos da primeira geração.

Senão, vejamos:

Os direitos fundamentais propriamente ditos são, na essência, entende ele, os direitos do homem livre e isolado, direitos que possui em face do Estado. E acrescenta: numa acepção estrita são unicamente os direitos da liberdade, da pessoa particular, correspondendo de um lado ao conceito de Estado burguês de Direito, referente a uma liberdade, em princípio ilimitada diante de um poder estatal de intervenção, em princípio limitado, mensurável e controlável.

Corresponde assim, por inteiro, a uma concepção de direitos absolutos, que só excepcionalmente se relativizam “segundo o critério da lei” ou “dentro dos limites legais”. De tal modo que – prossegue Schmitt noutro lugar da *Teoria da Constituição* – as limitações aos chamados direitos fundamentais genuínos aparecem como exceções, estabelecendo-se unicamente com base em lei, mas lei em sentido geral; a limitação se dá sempre debaixo do controle da lei, sendo mensurável na extensão e no conteúdo.

A vinculação essencial dos direitos fundamentais à liberdade e à dignidade humana, enquanto valores históricos e filosóficos, nos conduzirá sem óbices ao significado de universalidade inerente a esses direitos como ideal da pessoa humana. A universalidade se manifestou pela primeira vez, qual descoberta do racionalismo francês da Revolução, por ensejo da célebre Declaração dos Direitos do Homem de 1789.¹⁶

Sem perder esse conceito, J.J. Gomes Canotilho, contudo, é capaz de lançar luzes sobre outro enfoque pelo qual se pode abordar o atributo da universalidade, *in verbis*:

O processo de fundamentalização, constitucionalização e positivação dos direitos fundamentais colocou o indivíduo, a pessoa, o homem, como centro da titularidade de direitos. A delimitação do âmbito dessa titularidade levanta alguns problemas: (1) – todos os indivíduos terão os direitos reconhecidos pelas normas de direitos fundamentais, ou serão apenas os cidadãos portugueses os únicos dotados de “subjectividade jurídica” para lhes ser atribuída a titularidade de direitos fundamentais?; (2) – só as “pessoas naturais”

¹⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 561-562.

têm direitos ou a titularidade de direitos estende-se também a “substratos sociais” (organizações, associações, pessoas colectivas)?; (3) – quando começa e acaba a titularidade de direitos fundamentais?

O princípio geral – **princípio da universalidade** – está consagrado no art. 12.º: os direitos fundamentais são “direitos de todos”, são direitos humanos e não apenas direitos dos cidadãos portugueses, a não ser quando a constituição ou a lei (com autorização constitucional) estabeleça uma “reserva dos direitos” para os “nacionais” ou cidadãos portugueses. Há, porém, alguns desvios a este princípio.¹⁷ (grifos no original)

O que se pretende dizer, portanto, acerca do traço da universalidade é, de um lado, que o reconhecimento desses direitos fundamentais por determinada ordem constitucional ou declaração de direitos pode ser indicativo para que outras nações, com as características conformativas que lhes forem peculiares, também passem a considerar, ou mesmo constatar, o direito surgido ou apresentado, dado que, como já visto, para receber o carimbo de fundamental, referido direito deve ser associado à fundamentalidade da vida em sociedade e à dignidade da pessoa humana.

Ademais, dentro do Estado de Direito em que já se houver reconhecido tal direito fundamental, sua aplicabilidade deve abranger a todos aqueles, pessoas físicas ou jurídicas, que lá se encontrem, sejam pessoas nacionais natas, nacionalizadas ou estrangeiras, conforme a possibilidade de atendimento. Ou seja, não se podem criar castas onde “todos os animais são iguais, mas uns animais são mais iguais do que outros”¹⁸, justamente por conta do carácter universal que deve permear os direitos fundamentais.

¹⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Op. cit.*, p. 416-417.

¹⁸ ORWELL, George. *A Revolução dos Bichos*. Tradução de Heitor Ferreira. 6ª ed. Porto Alegre: Globo, 1977, p. 128.

1.4 Constitucionalização

Inicialmente, o histórico e as assertivas de José Afonso da Silva vêm em boa hora para auxiliar na compreensão do tema, a saber:

As declarações de direitos assumiram, inicialmente, a forma de proclamações solenes em que, em articulado orgânico especial, se enunciam direitos. Depois, passaram a constituir o preâmbulo das constituições, na França especialmente. Atualmente, ainda que nos documentos internacionais assumam a forma das primeiras declarações, nos ordenamentos nacionais integram as constituições, adquirindo o caráter concreto de *normas jurídicas positivas constitucionais*, por isso, subjetivando-se em direito particular de cada povo, como já vimos, configuram *declarações constitucionais de direito*, o que tem consequência jurídica prática relevante, como diremos mais adiante.

[...]

A natureza desses direitos, em certo sentido, já ficou insinuada antes, quando procuramos mostrar que a expressão *direitos fundamentais do homem* são situações jurídicas, objetivas e subjetivas, definidas no direito positivo, em prol da dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana. Desde que, no plano interno, assumiram o caráter concreto de *normas positivas constitucionais*, não tem cabimento retomar a velha disputa sobre seu valor jurídico, que sua previsão em declarações ou em preâmbulos das constituições francesas suscitava. Sua natureza passara a ser constitucional o que já era uma posição expressa no art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, a ponto de, segundo este, sua adoção ser um dos elementos essenciais do próprio conceito de constituição.

Mas também não são normas de valor supraconstitucionais ou de natureza supra-estatal como querem Duguit e Pontes de Miranda, embora o sejam cada vez mais de dimensão internacional, como lembramos antes.

São *direitos constitucionais* na medida em que se inserem no texto de uma constituição ou mesmo constem de simples declaração solenemente estabelecida pelo poder constituinte. São direitos que nascem e se fundamentam, portanto, no princípio da soberania popular.

A *eficácia e aplicabilidade* das normas que contêm os direitos fundamentais dependem muito de seu enunciado, pois se trata de

assunto que está em função do Direito positivo. A Constituição é expressa sobre o assunto, quando estatui que *as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*. Mas certo é que isso não resolve todas as questões, porque a Constituição mesma faz depender de legislação ulterior a aplicabilidade de algumas normas definidoras de direitos sociais, enquadrados dentre os fundamentais. Por regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia contida e aplicabilidade imediata, enquanto as que definem os direitos econômicos e sociais tendem a sê-lo também na Constituição vigente, mas algumas, especialmente as que mencionam uma lei integradora, são de eficácia limitada, de princípios programáticos e de aplicabilidade indireta, mas são tão jurídicas como as outras e exercem relevante função, porque, quanto mais de aperfeiçoam e adquirem eficácia mais ampla, mais se tornam garantias da democracia e do efetivo exercício dos demais direitos fundamentais.¹⁹

A constitucionalização, pois, pode ser definida como a positivação, no âmbito constitucional, de **direitos humanos** anteriormente **declarados** e que, em face desse processo, passam a receber a marca de **fundamentais**. Esclarecendo esta conceituação, os ensinamentos de escol de Paulo Gustavo Gonet Branco:

Uma característica associada aos direitos fundamentais diz com o fato de estarem consagrados em preceitos da ordem jurídica. Esta característica serve de traço divisor entre as expressões *direitos fundamentais* e *direitos humanos*.

A expressão *direitos humanos*, ou *direitos do homem*, é reservada para aquelas reivindicações de perene respeito a certas posições essenciais ao homem. São direitos postulados em bases jusnaturalistas, contam com índole filosófica e não possuem como característica básica a positivação numa ordem jurídica particular.

A expressão *direitos humanos*, ainda, e até por conta da sua vocação universalista, supranacional, é empregada para designar pretensões de respeito à pessoa humana, inseridas em tratados e em outros documentos de direito internacional.

Já a locução *direitos fundamentais* é reservada aos direitos relacionados com posições básicas das pessoas, inscritos em diplomas normativos de cada Estado. São direitos que vigem numa ordem jurídica concreta, sendo, por isso, garantidos e limitados no espaço e no tempo – pois são assegurados na medida em que cada Estado os consagra.

¹⁹ SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 175 e 179-180.

Essa distinção conceitual não significa que os direitos humanos e os direitos fundamentais estejam em esferas estanques, incomunicáveis entre si. Há uma interação recíproca entre eles. Os direitos humanos internacionais encontram, muitas vezes, matriz nos direitos fundamentais consagrados pelos Estados e estes, de seu turno, não raro acolhem no seu catálogo de direitos fundamentais direitos humanos proclamados em diplomas e em declarações internacionais. É de se ressaltar a importância da Declaração Universal de 1948 na inspiração de tantas constituições do pós-guerra.

[...]

Essa característica da *constitucionalização* dos direitos fundamentais traz conseqüências de evidente relevo. As normas que os abrigam impõem-se a todos os poderes constituídos, até ao poder de reforma da Constituição.²⁰

Canotilho, por conseguinte, ao enfrentar a questão da positivação dos direitos fundamentais, assim leciona:

A positivação constitucional não significa que os direitos fundamentais deixem de ser elementos constitutivos da legitimidade constitucional, e, por conseguinte, elementos legitimativo-fundamentantes da própria ordem jurídico-constitucional positiva, nem que a simples positivação jurídico-constitucional os torne, só por si, 'realidades jurídicas efectivas' (ex. catálogo de direitos fundamentais em constituições meramente semânticas). Por outras palavras: a positivação jurídico-constitucional não 'dissolve' nem 'consome' quer o momento de 'jusnaturalização' quer as raízes fundamentantes dos direitos fundamentais (dignidade humana, fraternidade, igualdade, liberdade).²¹

O mesmo mestre português prossegue, já acerca da constitucionalização em si, e não apenas da positivação dos direitos fundamentais, com o seguinte alerta:

Designa-se por **constitucionalização** a incorporação de direitos subjectivos do homem em normas formalmente básicas, subtraindo-se o seu reconhecimento e garantia à disponibilidade do legislador ordinário (Stourzh). A constitucionalização tem como conseqüência mais notória a protecção dos direitos fundamentais mediante o controlo jurisdiccional da constitucionalidade dos actos normativos

²⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET BRANCO Paulo Gustavo. *Op. Cit.*, p. 125-126.

²¹ CANOTILHO, J.J. Gomes, *Op. cit.*, p. 378.

reguladores destes direitos. Por isso e para isso, os direitos fundamentais devem ser compreendidos, interpretados e aplicados como *normas jurídicas vinculativas* e não como trechos ostentatórios ao jeito das grandes “declarações de direitos”.²²

Pelo exposto, a marca da constitucionalização dos direitos humanos tem o condão de, a um só tempo, especificar a característica de fundamentalidade do dito direito e, assim também, impor ao legislador infraconstitucional ou reformador limites de sua atuação, devendo-se respeitar os limites traçados pelas normas positivas atreladas intrínseca e extrínsecamente aos direitos fundamentais.

1.5 Vinculação dos Poderes Públicos

Como visto no tópico anterior, a constitucionalização de direitos, transformando-os em fundamentais, impõe limites à atuação dos Poderes Públicos. Entenda-se, pois, que, apesar da ênfase no tolhimento da atividade legislativa ordinária infraconstitucional, conformadora ou reformadora, esta vinculação atinge igualmente as ações da Administração Pública e do Poder Judiciário.

No que se faz pertinente a esse estudo, porém, ressaltar-se-á, inicialmente, a limitação imposta ao Poder Executivo, dada a proximidade com o tema a ser ainda abordado no Capítulo 2.

Sobre esse ponto, imperioso se faz trazer à colação, uma vez mais, os ensinamentos precisos de Paulo Gustavo Gonet Branco, embasados na doutrina de J.J. Gomes Canotilho, *in verbis*:

²² Id. *Ibid.*, loc. Cit.

A vinculação da Administração às normas de direitos fundamentais torna nulos os atos praticados com ofensa ao sistema desses direitos. De outra parte, a Administração deve interpretar e aplicar as leis segundo os direitos fundamentais. A atividade discricionária da Administração não pode deixar de respeitar os limites que lhe acenam os direitos fundamentais. Em especial, os direitos fundamentais devem ser considerados na interpretação e aplicação, pelo administrador público, de cláusulas gerais e de conceitos jurídicos indeterminados.²³

Já sobre a atuação que deve ser adotada pelo Poder Judiciário como um todo, e pelas Cortes Constitucionais, em especial, insito ao papel de dirimir as controvérsias que lhes são apresentadas está o “dever de conferir a tais direitos máxima eficácia possível”²⁴ e, quando na eventualidade do papel normativo, a estes direitos fundamentais, é exigido dos Juízos legiferantes que lhes sejam conferidos “efeito ótimo”.²⁵

De se notar, por conseguinte, que esses caros valores fundamentais, fundantes, históricos, universais, constitucionalizados e vinculativos aos Poderes Públicos devem receber tratamento ímpar, de modo a interagirem entre si, vez que influem na interpretação de toda a ordem jurídico-constitucional.

²³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET BRANCO Paulo Gustavo. *Op. Cit.*, p. 128.

²⁴ *Ib. Idib.*, p. 132.

²⁵ *Ib. Idib.*, p. 133.

2. A ADI nº 939/DF

Ainda quanto ao estudo acerca dos Direitos Fundamentais, notadamente no Brasil, inegável a importância, como verdadeiro divisor de águas, do julgamento da ADI nº 939/DF, que versava sobre a inconstitucionalidade da instituição do Imposto Provisório Sobre Movimentações Financeiras (IPMF).

O colendo Supremo Tribunal Federal, nessa ocasião, decidiu que há outros Direitos Fundamentais insertos no corpo constitucional, ainda que fora do rol daqueles contemplados nos incisos do art. 5º.²⁶

2.1 O Caso Julgado

A Confederação Nacional dos Trabalhadores no Comércio – CNTC, com fundamento de legitimidade no art. 103, IX, da CF, propôs Ação Direita de Inconstitucionalidade, perante o Supremo Tribunal Federal, contra a Emenda Constitucional nº 03/93, que, além de alterações no próprio Texto Constitucional, previu, em seu art. 2º, a possibilidade de a União “instituir, nos termos de Lei Complementar, com vigência até 31 de dezembro de 1994, imposto sobre

²⁶ É bem verdade que a composição desse Tribunal, à época da prolação do acórdão, era bem diferente da atual. Todavia, acredita-se que esse viés interpretativo deve se manter com qualquer composição da Corte, pois, a uma, o próprio texto constitucional, em seu art. 5º, § 2º assim o permite e, a duas, a moderna doutrina constitucionalista também caminha nesse sentido.

movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira”.²⁷

No entanto, o cerne da questão era a expressa inaplicabilidade do chamado princípio da anterioridade tributária (previsto no art. 150, III, “b”, da Carta Política) ao tributo recém criado, haja vista a dicção do § 2º, do art. 2º, da referida Emenda Constitucional, publicada no DOU de 18/03/1993²⁸.

Com isso, a partir da edição da Lei Complementar, exigida pelo *caput* do artigo, o imposto poderia passar a ser cobrado dos contribuintes, ainda que nesse mesmo ano de 1993, o que acabou efetivamente ocorrendo, face à publicação, em 14 de julho de 1993, da Lei Complementar nº 77, que instituiu o Imposto Provisório sobre a Movimentação ou a Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira (IMPF).

O Exmo. Sr. Ministro Sydney Sanches, sorteado relator do caso, adotou o relatório de lavra do ilustre Subprocurador-Geral da República, em substituição, Dr. Paulo de Tarso Braz Lucas.

De se notar, realmente, a precisão do resumo dos fatos até então acontecidos, valendo destaque para a decisão, em sede de medida cautelar, do C. STF²⁹. Já quanto à sua *Opinio Iuris*, o i. representante do *Parquet*, resumidamente, assim se manifestou:

²⁷ BRASIL. Constituição (1988) *Constituição da República Federativa do Brasil*: Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nº 1/92 a 53/2006 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão nº 1 a 6/94. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2007, p. 198.

²⁸ *Id. Ibid.*, p. 196-198.

²⁹ “Por maioria de votos, o Tribunal rejeitou a preliminar de inépcia da inicial, suscitada pelo Ministro Carlos Velloso, vencidos S. Exa. e o Ministro Ilmar Galvão. Ainda por votação unânime, o Tribunal

É verdade que o tema em muitos aspectos merecia ser melhor explorado e desenvolvido em suas amplas implicações, o que só é possível alcançar após um longo e exaustivo processo de pesquisa e reflexão. Mas, nos limites da questão aqui posta concretamente, a rota observada não parece conduzir a erro. O princípio da anterioridade, por mais valioso que seja para o contribuinte, não está ligado estritamente às esferas biológica, psicológica e espiritual do ser humano. E nem possui um caráter universal e intemporal. Não se caracteriza, pois, como um direito ou garantia individual que, na forma do art. 60, § 4º, inciso IV, da CF, seja insuscetível de modificação, suspensão ou abolição.³⁰

Já as informações do Exmo. Sr. Presidente da República, à época Dr. Itamar Franco, foram adotadas pelo Exmo. Sr. Advogado-Geral da União, Dr. Geraldo Quintão, cuja lavra se deve ao Dr. Obi Damasceno Ferreira, Consultor da União. O norte desse informativo, pois, não se afasta da orientação exarada pela PGR, ou seja, por seus próprios fundamentos, “a regra da anterioridade comporta exceções e derrogações, de índole constitucional, não sendo intangível perante o Legislativo Federal quando investido de seu poder constituinte derivado.”³¹

Este, pois, o caso que se apresentava, cabendo o esclarecimento de que apenas as questões estritamente relevantes para o presente estudo foram abordadas, ou seja, apenas os argumentos acerca da constitucionalidade ou

excluiu do processo a União Federal, por ilegitimidade passiva e, em conseqüência, a parte do pedido que contra ela se deduziu. Votou o Presidente. Em seguida, conhecendo, em parte, da ação, o Tribunal passou ao exame do requerimento de medida cautelar, deferindo-a, pelo voto médio, para suspender, até 31.12.1993, os efeitos do art. 2º e seus parágrafos, da Emenda Constitucional nº 03, de 17.3.1993, bem como da Lei Complementar nº 77, de 13.7.1993. Vencidos, em parte, os Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello, que deferiram em maior extensão a cautelar, nos termos enunciados em seus votos; e os Ministros Francisco Rezek, Moreira Alves e Presidente (Min. Octávio Gallotti), que a indeferiram. Ressalvou, ainda, o Tribunal, que, não podendo ser pronunciada, até 31.12.1993, a decisão definitiva, serão os autos trazidos a Plenário, pelo Relator, em questão de ordem, para que se delibere sobre a subsistência e se reavalie a extensão da medida cautelar.”

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional e Tributário. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 939/DF. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores no Comércio. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Sydney Sanches. Brasília, DF, 15 de dezembro de 1993. STF, Brasília, 2007. Disponível em <<http://www.stf.gov.br/jurisprudência/htm>>.

³¹ *Id. Ibid.*

inconstitucionalidade da EC nº 03/93 relativos ao princípio da anterioridade tributária foram ressaltados, olvidando-se, propositadamente, os demais.

2.2 O Acórdão

O voto de abertura, cunhado pelo Exmo. Sr. Relator, Min. Sydney Sanches, após adotar a fundamentação dos pareceres da Presidência da República, da AGU e do Ministério da Fazenda, notadamente quanto aos aspectos da coerência do texto da EC 03/93 com a Constituição relativos aos princípios da anualidade, segurança jurídica, vedação ao confisco, isonomia, tipicidade da tributação, etc., etc., diverge dos citados pronunciamentos ao analisar os princípios da anterioridade, bitributação e não-cumulatividade.

Destarte, especificamente quanto à transgressão do art. 60, § 4º, inciso IV, da CF, pela EC 03/93, ao prever a inaplicabilidade, ao novel tributo, do princípio da anterioridade tributária, o Min. Relator é enfático:

Nem me parece que, além das exceções ao princípio da anterioridade, previstas expressamente no § 1º do art. 150, pela Constituição originária, outras pudessem ser estabelecidas por emenda constitucional, ou seja, pela Constituição derivada.

Se não se entender assim, o princípio e a garantia individual tributária, que ele encerra, ficariam esvaziados, mediante novas e sucessivas emendas constitucionais, alargando as exceções, seja para impostos previstos no texto originário, seja para os não previstos.³²

³² *Id. Ibid.*

Portanto, pelo voto do Ministro Relator, o pedido da ação direta de inconstitucionalidade em tela foi julgado parcialmente procedente, em especial para “declarar a inconstitucionalidade das expressões ‘III, ‘b’, e’, contidas no § 2º do art. 2º da Emenda Constitucional nº 3, de 17.03.1993, por permitirem a cobrança do I.P.M.F. no corrente ano de 1993.”³³

Já o Ministro Sepúlveda Pertence, em posição dissonante, aderiu à corrente da constitucionalidade da suspensão da aplicabilidade do princípio da anterioridade tributária ao imposto em comento, argumentando, em síntese, que:

Creio que na demarcação de qual seja a extensão da limitação material ao poder de reforma constitucional, que proíbe a deliberação sobre propostas tendentes a abolir direitos e garantias individuais, o intérprete não pode fugir a uma carga axiológica a atribuir, no contexto da Constituição, a eventuais direitos ou garantias nela inseridos. E não consigo, por mais que me esforço, ver, na regra da anterioridade, recortada de exceções no próprio Texto de 1988, a grandeza de cláusula perene, que se lhe quer atribuir, de modo a impedir ao órgão de reforma constitucional a instituição de um imposto provisório que a ela não se submeta.³⁴

Esses, portanto, os dois paradigmas pelos os quais a votação do Pretório Excelso se enveredou, destacando-se, uma vez mais, que no presente trabalho só foram abordados os entendimentos relativos à possibilidade de se içar à categoria de direito fundamental o princípio da anterioridade tributária.

A tese vencedora, como cediço, foi no sentido de que o Poder Constituinte derivado extrapolou seus limites ao estabelecer a inaplicabilidade do princípio da anterioridade tributária a novo imposto, uma vez que tal princípio, em face de seu conteúdo material, é considerado direito fundamental, aplicando-se-lhe, portanto, a

³³ *Id. Ibid.*

³⁴ *Id. Ibid.*

limitação contida no art. 60, § 4º, inciso IV, da Carta da República Brasileira. Eis a ementa do acórdão, na íntegra:

EMENTA: - Direito Constitucional e Tributário.

Ação Direita de Inconstitucionalidade de Emenda Constitucional e de Lei Complementar.

I.P.M.F.

Imposto provisório sobre a Movimentação ou a Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira – I.P.M.F.

Artigos 5º, § 2º, 60, § 4º, incisos I e IV, 150, incisos III, “b”, e IV, “a”, “b”, “c” e “d”, da Constituição Federal.

1. Uma Emenda Constitucional, emanada, portanto, de Constituinte derivada, incidindo em violação à Constituição originária, pode ser declarada inconstitucional, pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função precípua é a de guarda da Constituição (art. 102, I, “a”, da C.F.).

2. A Emenda Constitucional nº 3, de 17.03.1993, que, no art. 2º, autorizou a União a instituir o I.P.M.F., incidiu em vício de inconstitucionalidade, ao dispor, no parágrafo 2º desse dispositivo, que, quanto a tal tributo, não se aplica o “art. 150, III, ‘b’ e VI”, da Constituição, porque, desse modo, violou os seguintes princípios e normas imutáveis (somente eles, não outros):

1º - o princípio da anterioridade, que é garantia individual do contribuinte (art. 5º, § 2º, art. 60, § 4º, inciso IV, e art. 150, III, “b”, da Constituição);

2º - o princípio da imunidade tributária recíproca (que veda à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a instituição de impostos sobre o patrimônio, rendas ou serviços uns dos outros) e que é garantia da Federação (art. 60, § 4º, inciso I, e art. 150, VI, “a”, da C.F.);

3º - a norma que, estabelecendo outras imunidades, impede a criação de impostos (art. 150, III) sobre:

“b”): templos de qualquer culto;

“c”): patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei; e

“d”): livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão;

3. Em conseqüência, é inconstitucional, também, a Lei Complementar nº 77, de 13.07.1993, sem redução de textos, nos

pontos em que determinou a incidência do tributo no mesmo ano (art. 28) e deixou de reconhecer as imunidades previstas no art. 150, VI, “a”, “b”, “c” e “d” da C.F. (arts. 3º, 4º e 8º do mesmo diploma, L.C. nº 77/93).

4. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente, em parte, para tais fins, por maioria, nos termos do voto do Relator, mantida, com relação a todos os contribuintes, em caráter definitivo, a medida cautelar, que suspendera a cobrança do tributo no ano de 1993.³⁵

Assim, a abrangência da decisão é no sentido de que, não apenas o rol do art. 5º da CF estabelece direitos fundamentais, dado que, em primeiro, o próprio § 2º do mesmo dispositivo permite a oxigenação do elenco e, em segundo, o que faz um direito ser considerado fundamental ou não, como já visto nos tópicos anteriores, apesar da dificuldade que se enfrenta, é a sua essência, historicamente ambientada.

2.3 Corolários da Decisão

Mencionado *decisum*, registre-se já de início, encontra amparo na doutrina de J. J. Gomes Canotilho, notadamente quando o nobre mestre português afirma a existência de direitos fundamentais dispersos, *in verbis*:

O amplo catálogo de direitos fundamentais ao qual é dedicada a Parte I da Constituição não esgota o campo constitucional dos direitos fundamentais. Dispersos ao longo da Constituição existem outros direitos fundamentais, vulgarmente chamados *direitos fundamentais formalmente constitucionais mas fora do catálogo* ou **direitos fundamentais dispersos**.³⁶ (grifos do próprio autor)

Mas mais do que isso, a partir do momento que uma Corte Constitucional admite, conforma, constitucionaliza um direito fundamental, também como já visto,

³⁵ *Id. Ibid.*

atrai para esse direito, a partir de então, toda a hermenêutica específica, voltada para os direitos fundamentais. Ou seja, a declaração, pelo Tribunal competente, ou mesmo pela posterior legislação, de um novo direito fundamental, não é ato estanque, sem conseqüências jurídicas práticas. Ao contrário, é como se, a partir do momento da declaração, todo o edifício interpretativo dos direitos fundamentais passasse a ser a morada desse novo direito.

Nesse mesmo sentido, os preciosos ensinamentos do Professor Inocêncio Mártires Coelho:

Segundo a maioria dos doutrinadores, a diferença específica entre Lei e Constituição – da qual resultaria, por via de conseqüência, também a diferença entre as respectivas interpretações – residiria na peculiar *estrutura normativo-material* das cartas políticas, mais precisamente a da sua parte *dogmática*, onde se compendiam os chamados *direitos fundamentais*.³⁷ (grifos no original)

Dessa feita, percebe-se tornar necessário um maior aprofundamento acerca de todos os dispositivos constitucionais, sobretudo quanto aos direitos fundamentais, a fim de emprestar-lhes maior alcance e efetividade, conforme se depreende do próprio preâmbulo constitucional³⁸ e dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil³⁹. Nesse sentido, as preciosas lições do Prof. Paulo Gustavo Gonet Branco:

A compreensão, portanto, das normas constitucionais não pode desprender-se do desígnio essencial do constituinte, que busca

³⁶ *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 404-405.

³⁷ COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. 2ª ed., revista e aumentada. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 89.

³⁸ Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais [...].

³⁹ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III – a dignidade da pessoa humana.

estruturar o Estado sobre o pilar ético-jurídico-político do respeito e da promoção dos direitos fundamentais.

A interpretação constitucional não se faz adequadamente sem o arrimo oferecido pela teoria dos direitos fundamentais [...].⁴⁰

Por fim, impende-se frisar que o raciocínio desenvolvido pelos eméritos julgadores, quando do exame da ADI nº 939/DF, é perfeitamente aplicável a eventuais outros casos em que se discuta a fundamentalidade de certo conceito – direito, mesmo –, fora do catálogo do art. 5º da CF.

Em outros termos, acaso a Corte Constitucional se veja diante de uma situação concreta, assemelhada àquela analisada e debatida na ADI nº 939/DF, em que se pretenda elevar à categoria de direito fundamental algum outro direito previsto na ordem jurídica brasileira, ainda que fora do rol do art. 5º da CF ou mesmo fora do corpo textual da Carta, e, nesse caso, verificada a fundamentalidade desse direito, solução semelhante deve ser encontrada.

⁴⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET BRANCO Paulo Gustavo. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. 1. ed. 2ª Tir. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 104.

3. A Responsabilidade Civil do Estado

Conforme asseverado alhures, as teorias acerca da responsabilidade civil do Estado vêm seguindo o desenvolvimento do próprio conceito de Estado, o que torna imprescindível breve incursão no aperfeiçoamento por que passou o instituto jurídico em tela no decorrer do tempo.

3.1 Evolução Histórica

Sabe-se que, num primeiro momento – de Estado Absoluto –, as pessoas do Rei e do Estado se confundiam, o que levava a aforismos como *The King can do no wrong* (o rei não erra) e *L'État c'est moi* (o Estado sou eu), entre outros, revelando, dessa forma, que nenhuma responsabilidade poderia ser dirigida ao Rei e, portanto, ao próprio Estado, o que levou a uma situação insustentável, sobretudo do ponto de vista da justiça.

As bases teóricas que emprestavam arrimo à irresponsabilidade do Estado, pois, são muito bem apresentadas por Yussef Said Cahali, a saber:

A teoria da irresponsabilidade absoluta da Administração Pública firma-se em três postulados: 1) na soberania do Estado, que, por natureza irreduzível, proíbe ou nega sua igualdade ao súdito, em qualquer nível de relação; a responsabilidade do soberano perante o súdito é impossível de ser reconhecida, pois envolveria uma contradição nos termos da equação; 2) segue-se que, representando o Estado soberano o direito organizado, não pode aquele aparecer como violador desse mesmo direito; 3) daí, os atos contrários à lei praticados pelos funcionários jamais podem ser considerados atos de

Estado, devendo ser atribuídos pessoalmente àqueles, como praticados *nomine próprio*.⁴¹

Ainda sobre a irresponsabilidade do Estado e a conseqüente insatisfação gerada na população, prossegue o mesmo mestre:

Em realidade, dentro da concepção política do Estado absoluto não podia caber a idéia de reparação dos danos causados pelo Poder Público, dado que não se admitia a constituição de direitos contra o Estado soberano, que gozava de imunidade total; essa concepção ainda continuou sendo sustentada em nome do princípio da separação dos poderes, em virtude do qual a sustentação da responsabilidade do Poder Público importaria a censura ou o julgamento dos seus atos, atividade defesa ao Poder Judiciário.

[...]

Nesta fase histórica, portanto, inexistia a questão da responsabilidade civil do estado: a irresponsabilidade aparece como um axioma cuja legitimidade não é posta em dúvida; a existência de uma responsabilidade pecuniária a cargo do patrimônio é considerada como entrave perigoso À liberdade dos serviços; na ordem patrimonial, os administrados não têm à sua disposição senão a ação ressarcitória contra o agente causador do dano.

[...]

Mas essa teoria não resistiu por muito tempo aos seus contraditores.

[...]

Na doutrina, pôs-se em evidência que a teoria da irresponsabilidade representava clamorosa injustiça, resolvendo-se na própria negação do direito: se o Estado se constitui para a tutela do direito, não tinha sentido que ele próprio o violasse impunemente; o Estado, como sujeito dotado de personalidade, é capaz de direitos e obrigações como os demais entes, nada justificando a sua irresponsabilidade.⁴²

Por conseguinte, na tentativa de fazer o Estado reparar os danos causados – e em vista da própria ideologia liberal dominante à época –, as fórmulas civilísticas de reparação existentes passaram a ser também aplicáveis ao Estado, sobretudo

⁴¹ CAHALI, Yusef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. 3ª ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 20-21.

quando do cometimento de atos ilícitos, cujos danos poderiam ser objetivamente mensurados e, portanto, sujeitos a ressarcimento. Trata-se inegavelmente de uma evolução quanto ao enfoque jurídico acerca da responsabilidade civil do Estado, mas, ainda assim, insuficiente para a pacificação dos conflitos surgidos entre cidadãos e Estado, notadamente quando do ocasionamento de danos deste naqueles, conforme prossegue o citado Desembargador paulista:

Tinha-se como certo que duas classes de funções desempenha o Estado: as essenciais ou necessárias, no sentido de que tendem a assegurar a existência mesma do Poder Público (manter a ordem constitucional e jurídica), e as facultativas ou contingentes, no sentido de que não são essenciais para a existência do Estado, mas este, não obstante, as realiza para satisfazer necessidades sociais, de progresso, bem-estar e cultura; quando realiza as funções necessárias, age como Poder Público, soberano; quando realiza funções contingentes, age como gestor de interesses coletivos.

Em condições tais, agindo o Estado no exercício de sua soberania, na qualidade de poder supremo, supra-individual, os atos praticados nessa qualidade, atos *jure imperii*, restariam incólumes a qualquer julgamento e, mesmo quando danosos para os súditos, seriam insuscetíveis de gerar direito à reparação.

Todavia, na prática de atos *jure gestionis*, o Estado equipara-se ao particular, podendo ter sua responsabilidade civil reconhecida, nas mesmas condições de uma empresa privada, pelos atos de seus representantes o prepostos lesivos ao direito de terceiros; distinguia-se, então, conforme tivesse havido ou não culpa do funcionário: havendo culpa, a indenização seria devida; sem culpa, não haveria ressarcimento do dano.⁴³

Resta claro, pois, que essa orientação gerou mais desavenças do que composições, tanto entre os doutrinadores, quanto entre os magistrados, legisladores e mesmo administrados, uma vez que a instabilidade e a dificuldade de aplicação efetiva da fórmula tornaram-se evidentes. Assim, Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

⁴² *Id. Ibid.*, p. 21-22.

⁴³ *Id. Ibid.*, p. 22-23.

Numa primeira fase, distinguia-se, para fins de responsabilidade, os atos de império e os atos de gestão. Os primeiros seriam os praticados pela Administração com todas as prerrogativas e privilégios de autoridade e impostos unilateral e coercitivamente ao particular independentemente de autorização judicial, sendo regidos por um direito especial, exorbitante do direito comum, porque os particulares não podem praticar atos semelhantes; os segundos seriam praticados pela Administração em situação de igualdade com os particulares, para a conservação e desenvolvimento do patrimônio público e para a gestão de seus serviços; como não difere a posição da Administração e a do particular, aplica-se a ambos o direito comum.

Essa distinção foi idealizada como meio de abrandar a teoria da irresponsabilidade do monarca por prejuízos causados a terceiros. Passou-se a admitir a responsabilidade civil quando decorrente de atos de gestão e a afastá-la nos prejuízos resultantes de atos de império. [...]

Surgiu, no entanto, grande oposição a essa teoria, quer pelo reconhecimento da impossibilidade de dividir-se a personalidade do Estado, quer pela própria dificuldade, senão impossibilidade, de enquadrar-se como atos de gestão todos aqueles praticados pelo Estado na administração do patrimônio público e na prestação de seus serviços.⁴⁴

No entanto, em que pese a crítica – atualmente válida, sem dúvidas –, não se pode negar o grande avanço conseguido nesse momento histórico, ou seja, o Estado liberal que se formava, depondo o regime monárquico absolutista anterior, foi capaz de, a um só tempo, como causas e conseqüências entrelaçadas, exigir o nascimento de uma nova ordem jurídica, fundada em um documento formal, escrito, denominado de Constituição e, ainda, impingir ao Estado o seu dever de responsabilizar-se, seja para se afastar das relações jurídico-privadas que se pretendiam formar, seja para que se lhe pudessem impor esses novos direitos e obrigações que surgiam, seja, por fim – e aqui o ponto de encontro com o presente estudo –, para responsabilizá-lo civilmente pelos danos que causasse, nos moldes jurídicos disponíveis, isto é, de acordo com os preceitos liberais da época, que

⁴⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 597-598.

permeavam não só a política e a economia de então, mas, e precisamente, a edição dos atos legislativos de outrora e o mundo jurídico como um todo.

Alguns excertos, encadeados entre si, da excelente obra intitulada *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*, especialmente na parte escrita pelo Professor Doutor Paulo Gustavo Gonet Branco, são capazes de bem elucidar o quanto exposto. Vejamos:

O movimento, surgido dos estertores do regime absolutista, pretendia a jurisdicização do *liberalismo*, no seu sentido tanto político (ligado à garantia do cidadão perante o Estado) quanto econômico (vinculado aos postulados de uma economia de livre mercado). O movimento queria que se assegurasse a separação dos poderes e se proclamassem direitos individuais, em documento constitucional, como garantias da liberdade almejada.

[...]

O constitucionalismo era, pois, a expressão sistematizada do conceito de democracia liberal ou constitucional. Era, também, o movimento que a economia capitalista necessitava para garantir a sua expansão.

O constitucionalismo reivindica a segurança jurídica que o regime absolutista negava por definição. Nesse contexto, explica-se o impulso que as idéias de respeito a um núcleo mínimo de direitos, como a propriedade e as liberdades de profissão, de ação e de locomoção, obtiveram no período.

[...]

Nesse período, ganha prestígio a teoria de personalidade jurídica do Estado. Para que as relações entre o Estado e o indivíduo pudessem constituir relações jurídicas, cumpria que o Estado fosse considerado como sujeito de direito, capaz de titularizar direitos e também obrigações. Dessa forma, o monarca, até então identificado com o Estado, passa a ser apenas um dos órgãos da pessoa jurídica *Estado*, tendo as suas prerrogativas e faculdades delineadas na Constituição.

A idéia de que o Estado é sujeito de direitos e obrigações é fundamental para que se lhe possam opor os direitos fundamentais. Enquanto o Estado se situava para além da ordem jurídica, não lhe era exigível um comportamento com base no direito. Situar o Estado como sujeito de direito, enseja o reconhecimento de uma esfera de

autonomia em que os indivíduos são titulares de direitos exercitáveis contra os poderes públicos.⁴⁵

Todavia, a equiparação, em termos de responsabilidade civil, do Estado ao particular, não mais atendia aos anseios populares. Isso deve, em verdade, em face da constatação de que os poderes estatais estão sobremaneira potencializados em relação aos dos particulares. Não é outro o comentário de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Sem embargo, a responsabilidade do Estado governa-se por princípios próprios, compatíveis com a peculiaridade de sua posição jurídica, e, por isso mesmo, é mais extensa que a responsabilidade que pode calhar às pessoas privadas.

As funções estatais rendem ensejo à produção de danos mais intensos que os suscetíveis de serem gerados pelos particulares. As condições em que podem ocasioná-los também são distintas.

Com efeito: seja porque os deveres públicos do Estado o colocam permanentemente na posição de obrigado a prestações multifárias das quais não se pode furtar, pena de ofender o Direito ou omitir-se em sua missão própria, seja porque dispõe do uso normal de força, seja porque seu contato onímodo e constante com os administrados lhe propicia acarretar prejuízos em escala macroscópica, o certo é que a responsabilidade estatal por danos há de possuir fisionomia própria, que reflita a singularidade de sua posição jurídica. Sem isto, o acobertamento dos particulares contra os riscos da ação pública seria irrisório e por inteiro insuficiente para resguardo de seus interesses e bens jurídicos.⁴⁶

Partiu-se, dessa forma, para a efetiva separação, sobretudo em relação à responsabilidade civil do Estado, entre os ramos civilísticos e publicísticos do Direito como um todo. Por todos, Hely Lopes Meirelles:

⁴⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET BRANCO Paulo Gustavo. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. 1. ed. 2ª Tir. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 108-109.

⁴⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 22ª ed., revista e atualizada até a Emenda Constitucional 53, de 19.12.2006. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 960-961.

Realmente, não se pode equiparar o Estado, com seu poder e seus privilégios administrativos, ao particular, despido de autoridade e de prerrogativas públicas. Tornaram-se, por isso, inaplicáveis em sua pureza os princípios subjetivos da culpa civil para a responsabilização da Administração pelos danos causados aos administrados. Princípios de Direito Público é que devem nortear a fixação dessa responsabilidade.⁴⁷

Há quem diga, mesmo, que o próprio Direito Administrativo, ramo do Direito Público, nasce com o julgamento de um caso que envolvia questões acerca da responsabilidade civil do Estado, isto é, o caso *Blanco*. Em excelente síntese, citando José Cretella Júnior, Maria Sylvia Zanella Di Pietro relata:

Pode-se dizer que a autonomia do Direito Administrativo, ou seja, a sua posição como ciência dotada de objeto, métodos, institutos, princípios e regime jurídico próprios, começou a conquistar-se a partir do famoso caso *Blanco*, ocorrido em 1873, e que envolveu uma menina (Agnès Blanco) que, ao atravessar uma rua da cidade francesa de *Bordeaux*, foi colhida por uma vagonete da Companhia Nacional de Manufatura de Fumo, que transportava matéria-prima de um para outro edifício (cfe. José Cretella Júnior, *Tratado de Direito Administrativo*, 1970, v. 8:22-23). Naquela oportunidade, o Conselheiro Davi, do Tribunal de Conflitos, proferiu o seu voto, colocando de lado o Código de Napoleão e afirmando, pela primeira vez, o equacionamento e a solução da responsabilidade civil do Estado em termos publicísticos. Relembre-se de que, nessa ocasião, ocorreu o choque de competências entre o Conselho de Estado e a Corte de Cassação. O conflito era de atribuição negativo; suscitado perante o Tribunal de Conflitos – a quem cabia dirimir os conflitos dessa natureza entre a jurisdição comum e a administrativa –, o Conselheiro Davi, entusiasmado com o caso, não só concluiu que o Conselho de Estado era competente para decidir a controvérsia, como também devia fazê-lo em termos publicísticos, já que o Estado era parte na relação jurídica. Acentua-se aqui a saída do instituto da responsabilidade do campo do direito civil, como então era tratado, para mergulhar no campo do Direito Administrativo, onde a relação entre preposto e preponente é diversa dessa mesma relação no campo do Direito Civil.⁴⁸

⁴⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 28ª ed., atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 622.

⁴⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, op. cit, p. 5.

No entanto, as teorias publicistas da responsabilidade civil do Estado, por seu turno, também passaram por evoluções e acomodações, conforme a ordem jurídica de cada país.

Inicialmente, atrelou-se a responsabilidade civil do Estado à falta do serviço (*faute du service*, dos franceses), isto é, bastava que o serviço prestado pelo Estado efetivamente não funcionasse, funcionasse mal ou demoradamente para que eventuais danos daí decorrentes aos administrados pudessem ser imputados ao agente prestador do serviço – *in casu*, o próprio Estado. O cerne, pois, dessa teoria é muito bem apresentado por Sérgio Cavalieri Filho, ou seja:

De acordo com essa nova concepção, a culpa anônima ou falta do serviço público, geradora de responsabilidade do Estado, não está necessariamente ligada à idéia de falta de algum agente determinado, sendo dispensável a prova de que funcionários nominalmente especificados tenham incorrido em culpa. Basta que fique constatado um mau agenciador geral, anônimo, impessoal, na defeituosa condução do serviço, à qual o dano possa ser imputado.

⁴⁹

Urge salientar, nesse ponto, que a falta do serviço – ao contrário do que sustentado por muitos e que, de fato, à primeira vista parece ser – diz respeito à responsabilidade civil subjetiva do Estado, e não objetiva. É o que ensina Celso Antônio Bandeira de Mello, em sua clássica lição:

É mister acentuar que a responsabilidade por 'falta do serviço', falha do serviço ou culpa do serviço (*faute du service*, seja qual for a tradução que se lhe dê) não é, de modo algum, modalidade de responsabilidade objetiva, ao contrário do que entre nós e alhures, às vezes, tem-se inadvertidamente suposto. É responsabilidade subjetiva porque baseada na culpa (ou dolo), como sempre advertiu o Prof. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello.

⁴⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 3^ª ed., revista, aumentada e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 184.

Com efeito, para sua deflagração não basta a mera objetividade de um dano relacionado com um serviço estatal. Cumpre que exista algo mais, ou seja, culpa (ou dolo), elemento tipificador da responsabilidade subjetiva.

É muito provável que a causa deste equívoco, isto é, da suposição de que a responsabilidade pela *faute du service* seja responsabilidade objetiva, deve-se a uma defeituosa tradução da palavra *faute*. Seu significado corrente em francês é o de culpa. Todavia, no Brasil, como de resto em alguns outros países, foi inadequadamente traduzida como 'falta' (ausência), o que traz ao espírito a idéia de algo objetivo.⁵⁰

Em um segundo momento, agora já sob a ótica da responsabilidade civil objetiva, surge a teoria do risco administrativo, em cujas estruturas tem-se que “a Administração Pública gera risco para os administrados, entendendo-se como tal a possibilidade de dano que os membros da comunidade podem sofrer em decorrência da normal ou anormal atividade do Estado”⁵¹. Entretanto, deve-se salientar que, mesmo nas ordens jurídicas que admitem a teoria do risco administrativo, o nexo de causalidade entre a ação do Estado e o dano deve estar configurado, excluindo-se, apenas, a busca pelo dolo ou culpa na ação do agente estatal. Por suas próprias palavras, segue o Mestre e Desembargador carioca:

Com efeito, a teoria do risco administrativo, embora dispense a prova da culpa da Administração, permite ao Estado afastar a sua responsabilidade nos casos de exclusão do nexo 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 da sua atividade administrativa, e não pela atividade de terceiros ou da própria vítima, e nem, ainda, por fenômenos da Natureza, estranhos a 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

⁵⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 22ª ed., revista e atualizada até a Emenda Constitucional 53, de 19.12.2006. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 967-968.

⁵¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio, *op. cit.*, p. 185.

teoria do risco administrativo e, por via de consequência, o Poder Público não poderá ser responsabilizado.⁵²

Já a teoria do risco integral é “modalidade extremada da doutrina do risco para justificar o dever de indenizar mesmo nos casos de culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou de força maior”⁵³, de utilidade prática bastante discutível, haja vista os conceitos de Estado que se encontram nas ordens jurídicas dos países ocidentais.

Ademais, conforme a doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello, a responsabilidade civil do Estado fundamenta-se em dois dos princípios democráticos mais caros, na formulação do próprio conceito de Estado, a saber:

A nosso ver, o fundamento se biparte.

a) No caso de comportamentos *ilícitos* comissivos ou omissivos, jurídicos ou materiais, o dever de reparar o dano é *contrapartida do princípio da legalidade*. Porém, no caso de comportamentos ilícitos *comissivos*, o dever de reparar já é, além disso, imposto também pelo *princípio da igualdade*.

b) No caso de comportamentos *lícitos*, assim como na hipótese de danos *ligados a situação criada pelo Poder Público* – mesmo que não seja o Estado o próprio autor do ato danoso –, entendemos que o fundamento da responsabilidade estatal é garantir uma equânime repartição dos ônus provenientes de atos ou efeitos lesivos, evitando que alguns suportem prejuízos ocorridos por ocasião ou por causa de atividades desempenhadas no interesse de todos. De conseguinte, seu fundamento é o princípio da igualdade, noção básica do Estado de Direito.⁵⁴

Portanto, a linha evolutiva do instituto da responsabilidade civil do Estado aponta para a ampliação de seu reconhecimento e eficácia, de modo a permitir, cada vez mais, que o cidadão comum possa receber do Estado o tratamento digno,

⁵² Id. *Ibid.*, p. 186.

⁵³ Id. *Ibid.*, p. 187.

⁵⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Op. cit.*, p. 971.

especialmente no sentido de ver os danos ocasionados pelos Poderes Estatais efetivamente reparados, como forma de minimizar sua condição, do cidadão, de hipossuficiente e vulnerável em relação ao próprio Estado.⁵⁵

3.2 Responsabilidade Civil do Estado na Ordem Jurídica Brasileira

Como cediço, a previsão de que o Estado deve responder pelos danos que causar, na ordem jurídica brasileira, é constitucional. Mais precisamente, é assim descrita: “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 regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa” (Constituição da República Federativa do Brasil, art. 37, § 6º).

Do exposto, fácil concluir que a teoria do risco administrativo foi adotada pelo constituinte de 1988. Todavia, nem sempre foi assim.

Em verdade, “o princípio da responsabilidade civil do Estado jamais foi posto em dúvida no direito brasileiro”⁵⁶, porém, nas ordens constitucionais de 1824, 1891, 1934 e 1937, claro é o viés individualista – e, portanto, civilista –, fazendo-se crer que, até então, a responsabilidade civil do Estado Brasileiro era baseada na culpa do agente causador do dano.

Somente com a Constituição de 1946 é que se passou a adotar a teoria publicista do risco administrativo, especialmente com a dicção do seu art. 194: “As

⁵⁵ *Id. Ibid.*, p. 962.

⁵⁶ CAHALI, Yussef Said, *op. cit.*, p. 30.

peças jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros”. Mas a identificação da adoção pela teoria do risco administrativo só é percebida com a leitura do parágrafo único do mesmo dispositivo: “Caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes”.

Dessa forma, concluiu-se que o silêncio do *caput* acerca da culpa e sua previsão expressa no parágrafo único do art. 194, da Carta Política de 1946, levaria inexoravelmente à admissão, em solo brasileiro, da responsabilidade civil extracontratual objetiva do Estado.

É o que se depreende do excelente relato de Yussef Said Cahali, *in verbis*:

Os autores são unânimes em reconhecê-lo, havendo, mesmo, certa uniformidade na argumentação deduzida: se o elemento *culpa* é previsto (parágrafo único do art. 194 da CF de 1946, do art. 105 da CF de 1967 e do art. 107 da CF de 1969; segunda parte do art. 37, § 6º, da CF de 1988) apenas para assegurar a ação regressiva das pessoas jurídicas contra os funcionários causadores do dano quanto tiver havido dolo ou culpa deles, daí resulta, por exclusão, que, omitindo-se o corpo do artigo quanto a referir-se ao elemento subjetivo, terá estabelecido que essas entidades devem reparar o dano mesmo sem culpa, em qualquer caso; assim, a interpretação que se extrai da ausência de referência ao elemento *culpa do funcionário* na disposição principal só pode ser a de que prescinde desse elemento subjetivo para a obrigação de indenizar nele estabelecida; de outra forma não se justificaria tal omissão, se sempre constou esse elemento da legislação anterior.⁵⁷

Portanto, a ordem jurídica brasileira sempre admitiu a responsabilização do Estado – ainda que inicialmente responsabilidade subjetiva, passando pela teoria do *faute du service* e chegando aos moldes da responsabilidade civil extracontratual objetiva do Estado, fundada na teoria do risco administrativo –, ao contrário das

⁵⁷ Id. Ibid., p. 32.

ordens estrangeiras, sobretudo européias, cujas monarquias pregavam a irresponsabilidade estatal. É bem verdade, inclusive, que apenas recentemente Inglaterra e Estados Unidos passaram a admitir a responsabilidade do Estado ⁵⁸, o que denota, em primeiro, posição vanguardista sempre assumida pelo Brasil, tanto doutrinária, quanto jurisprudencialmente, e, em segundo, a abrangência universal da instituição, ou seja, não se pode pensar em Estado, atualmente, sem que se lhe seja possível imputar a responsabilidade pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem aos cidadãos.

Entretanto, não é todo e qualquer dano que pode ser imputado ao Estado. Há que haver o indispensável nexo de causalidade entre ação do Estado e o dano suportado pelo particular, pena de, como visto, admitir-se a responsabilidade total – teoria do risco integral – do Estado sobre qualquer dano que seja ocasionado à sociedade, bastando-se, pois, que não se conheça seu real causador, isto é, o Estado responderia como subsidiário em todos os casos de indenização, o que não se pode admitir.

3.3 Proximidade das Dogmáticas dos Direitos Fundamentais e da Responsabilidade Civil do Estado

Odete Medauar, oportunamente, relembra-nos das fases por que passou a Administração Pública no âmbito constitucional brasileiro, a saber:

As Constituições do século XIX ignoraram a Administração Pública, pois um ou dois preceitos isolados aí são encontrados. Exemplo

⁵⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, op. cit., p. 957.

significativo oferece a Constituição brasileira de 1824, que não contém capítulo específico sobre a Administração ou sobre servidores e traz dispositivos isolados em matéria administrativa.

Com a expansão da atividade administrativa, sobretudo no âmbito social e econômico, registra-se tendência paralela de inserção, nas Constituições, de preceitos que antes figuram [sic] em leis sobre matéria administrativa. As Constituições contemporâneas demonstram a realização dessa tendência, pelo modo mais amplo e profundo com que se ocupam da Administração Pública. A Constituição brasileira de 1988 alinha-se a essa tendência. No Título III, denominado “Da Organização do Estado”, traz o capítulo VII, intitulado “Da Administração Pública”, com quatro seções, uma das quais dedicada aos Servidores Públicos.

[...]

Hoje, no estudo, pesquisa, interpretação e aplicação do direito administrativo, torna-se essencial o encadeamento dos seus temas ao sistema constitucional pátrio, o que leva à necessidade de leitura de toda a Constituição para conhecer o nexu caracterizador da Administração no ordenamento geral do Estado. Por outro lado, a atuação rotineira da Administração é um dos elementos reveladores da efetividade das normas constitucionais na vida da coletividade.⁵⁹

Os direitos fundamentais, a seu turno, também foram, pouco a pouco, assumindo lugar de destaque em todas as constituições das democracias que surgiam mundialmente e em especial no Brasil.

Com isso, o desenvolvimento das teorias acerca da responsabilidade civil extracontratual do Estado segue, *pari passu*, a evolução do próprio conceito de Estado e, em certa medida, do constitucionalismo como um todo.

Historicamente, como visto, o Estado, representado inicialmente na figura do monarca, não admitia contra si qualquer atribuição de responsabilidade pelos danos eventualmente ocasionados em vista de sua própria atuação, o que gerava inegável

⁵⁹ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 7ª edição revista e ampliada. São Paulo: RT, 2003, p. 50-51.

insatisfação da sociedade governada, obrigando, pois, o surgimento do Estado de Direito.

Assim, ante a premente necessidade do cidadão de imputar deveres e opor seus direitos ao Estado, fez-se necessária a separação desses dois entes (rei e Estado) e, ao mesmo tempo, a sujeição de ambos à lei. Nasce o Estado (Liberal) de Direito, o que dá azo, de um lado, ao surgimento dos Direitos Fundamentais de primeira geração e, de outro, à teoria da responsabilidade civil extracontratual subjetiva do Estado.

Todavia, o só abster-se não mais atendia aos anseios populares, dado que, apesar de garantir liberdades, o valor igualdade era quase relegado ao esquecimento pelo Estado. Necessitava-se, desta feita, de um Estado mais atuante, interveniente. Aflora, então, o Estado Social que, a seu turno, seria capaz de garantir os Direitos Fundamentais de segunda e terceira geração.

Entretanto, o Estado mais intervencionista acaba por gerar mais lesões aos administrados ⁶⁰, fator este determinante, assim, no surgimento da responsabilidade civil extracontratual objetiva do Estado, fundada na teoria do órgão ou doutrina organicista. ⁶¹

Portanto, a historicidade mostra-se presente tanto na dogmática dos direitos fundamentais, quanto na evolução das teorias acerca da responsabilidade civil do

⁶⁰ Weida Zancaner Brunini (*Da Responsabilidade Extracontratual da Administração Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 21) afirma que “A necessidade de uma melhor proteção aos direitos do administrado, face às lesões ocasionadas pelo Estado, crescentemente mais intervencionista, propiciou inúmeras teorias acerca do fundamento e da natureza da responsabilidade civil do Estado”.

⁶¹ Celso Antônio Bandeira de Mello (*Curso de Direito Administrativo*. 22ª ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 53, de 19.12.2006. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 972) leciona que “A

Estado, podendo-se afirmar, até mesmo, que em certos pontos e em certa medida, uma surge em consequência da outra e vice-versa.

Aliás, a própria noção evolutiva de Estado de Direito – que deve estar presente em qualquer ordem constitucional democrática – funde-se com o surgimento da responsabilização do Estado pelos danos criados. Esse, inclusive, o pensamento de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Parece-nos que a responsabilidade do Estado, desde o advento do Estado de Direito, sob o ponto de vista lógico poderia independe de regra expressa para firmar-se, bem como dispensar o apelo a normas de Direito Privado para lhe servirem de socorro.

Segundo entendemos, a idéia de responsabilidade do Estado é uma consequência lógica inevitável da noção de Estado de Direito. A trabalhar-se com categorias puramente racionais, dedutivas, a responsabilidade estatal é simples corolário da submissão do Poder Público ao Direito.

Deveras, a partir do instante em que se reconheceu que todas as pessoas, sejam elas de Direito Privado, sem de Direito Público, encontram-se, por igual, assujeitadas à ordenação jurídica, ter-se-ia que aceitar, a bem da coerência lógica, o dever de umas e outras – sem distinção – responderem pelos comportamentos violadores do direito alheio em que incorressem.

Ademais, como o Estado Moderno acolhe, outrossim, o princípio da igualdade de todos perante a lei, forçosamente haver-se-á de aceitar que é injurídico o comportamento estatal que agrave desigualmente a alguém, ao exercer atividades no interesse de todos, sem ressarcir ao lesado.

[...]

Por tudo isto não cremos que se possa, no moderno Estado de Direito, colocar qualquer dúvida sobre a existência do princípio da responsabilidade do Estado nos casos em que falte texto exposto dispondo sobre a matéria. Igualmente, parece-nos sem fomento jurídico satisfatório buscar apoio em regras do Direito Privado para sustentar-lhe a existência, uma que a base para admiti-lo reside na própria espinha dorsal do Estado de Direito.⁶²

relação entre a vontade e a ação do Estado e de seus agentes é uma relação de *imputação direta* dos atos dos agentes ao Estado. Esta é precisamente a peculiaridade da chamada relação orgânica”.

⁶² Id. Ibid., p. 963-964.

Em outra passagem de seu clássico Curso de Direito Administrativo, o citado autor eleva à categoria de princípio a ampla e efetiva responsabilidade civil do estado frente aos danos ocasionados aos cidadãos, entendendo-o como corolário dos princípios da legalidade e da igualdade.⁶³

O que se quer sustentar, aqui, é que, assim como a historicidade, a fundamentalidade – ou o caráter fundante – também está presente na responsabilidade civil do Estado, tanto quanto no reconhecimento dos direitos fundamentais, ou seja, atualmente, não apenas os direitos naturalmente ínsitos à existência humana, como referido por Santo Tomás de Aquino, e visto alhures, mas também aqueles que defluem da própria ordem constitucional democrática merecem ser alçados à categoria de direitos fundamentais e, dentre eles, ao menos no âmbito do presente estudo, salta aos olhos o dever do Estado de reparar os danos causados aos particulares, não mais se admitindo a irresponsabilidade estatal.

Em outras palavras, qualquer ordem jurídica que persiga a igualdade de todos perante a lei – Estado de Direito –, assim também busque sua fundamentação na dignidade da pessoa humana, deve prever o dever estatal de reparar os danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros.

A especificidade de hermenêutica, igualmente, vale para os direitos fundamentais e para a responsabilidade civil do Estado. Como anteriormente mencionado, as características essenciais dos direitos fundamentais – que justamente por isso os colocam como categoria jurídica específica – constituem-se na subjetividade, individualidade, universalidade e permanência dessas situações.

⁶³ Id. Ibid., p. 76-77.

De outro lado, também é possível enxergar, de acordo com o que visto até aqui, essas mesmas características no instituto da responsabilidade civil do Estado.

Mais, o dinamismo também está presente nos direitos fundamentais e na responsabilidade estatal, dado que, com o passar do tempo, posições jurídicas e direitos anteriormente conquistados incorporam-se aos novos que surgem, conforme o momento histórico o exija. Os direitos fundamentais atravessam a fase de reconhecimento e implantação de sua terceira e até mesmo quarta geração, ao passo que a responsabilidade civil do Estado vem evoluindo num crescente protetivo dos direitos dos particulares. Por todos, Celso Antônio Bandeira de Mello:

Daí que a história da responsabilidade do Poder Público por danos reflete uma contínua evolução e adaptação a estas peculiaridades do Estado. Progride, continuamente, para uma extensão e alargamento dos casos de responsabilidade e da maneira de engajá-la. Amplia-se sempre, em linha constante e crescente, de maneira a agasalhar casa vez mais intensamente os interesses privados.⁶⁴

Desta feita, vem bem a calhar o entendimento do Pretório Excelso quando do julgamento da ADI nº 939/DF, no sentido de que não apenas o rol do art. 5º da Carta Magna Brasileira contém restritivamente os direitos fundamentais, isto é, todo o corpo constitucional está repleto de direitos fundamentais que devem ser perseguidos, aclarados e conformados à ordem jurídica nacional, como, por exemplo, a própria responsabilidade civil do Estado.

O traço da universalidade, a seu turno, também é encontrado nos direitos fundamentais e na responsabilidade civil do Estado, uma vez que, como mencionado, até mesmo as ordens jurídicas refratárias a essa tese, como Estados

⁶⁴ Id. Ibid., p. 962.

Unidos e Inglaterra – o que se deve, talvez, pelo caráter não-interpretativo de seus órgãos judiciais ⁶⁵ –, também passaram não só a prever, mas também a efetivamente adotar, a necessidade de o Estado responsabilizar-se pelos danos causados aos cidadãos, nos casos previstos.

Finalmente, a constitucionalização, e a vinculação dos Poderes Públicos dela decorrente, como visto quando da análise da dogmática dos direitos fundamentais (Capítulo 1, Seções 1.4 e 1.5), também permeia o atual conceito de responsabilidade civil do Estado, sobretudo do Estado Brasileiro, dado que, a uma, não se pode negar que referido instituto tenha ancoragem constitucional e, a duas, sua própria evolução permite dizer que os Poderes Públicos, cada vez mais, reconhecem-no e o ampliam, sendo impensável um retrocesso legal ou interpretativo.

⁶⁵ O Professor Inocêncio Mártires Coelho, em sua obra *Hermenêutica Constitucional*, após fazer a distinção entre as correntes interpretativas e não-interpretativas, no capítulo 6, intitulado Interpretação Constitucional e Criação Judicial do Direito, conclui, acerca dos norte-americanos, que “[...] nos Estados Unidos, mais do que em qualquer outra sociedade política, parece ter sido observada a salutar advertência de Fernando Lassalle no sentido de que a sobrevivência das constituições depende da sua *adequação* à realidade constitucional, aos fatores reais de poder, que aquele socialista alemão considerava verdadeiros *fragmentos da constituição*; ou, se preferirmos expressões de Konrad Hesse, da sintonia entre a realidade histórica e a superestrutura institucional.” (p. 84).

Conclusão

À guisa de conclusão, depois de todo o exposto, a proximidade das dogmáticas dos direitos fundamentais e da responsabilidade civil do Estado parece evidente.

Ou seja, os caracteres informativos, e mesmo constitutivos, dos direitos fundamentais são também encontrados no instituto jurídico em comento.

Ademais, as lições extraídas do julgamento da ADI nº 939/DF, notadamente no sentido de se reconhecer a existência de outros direitos fundamentais no corpo da Constituição, também podem, e devem, ser aplicadas na constatação de que a responsabilidade civil do Estado é, em muitas medidas, um direito fundamental.

Dito isso, percebe-se que a aplicabilidade da dogmática dos direitos fundamentais, concretizada sobretudo pelas Cortes Constitucionais e idealizada pela

doutrina, que em grande monta traduz cientificamente os anseios sociais, é de rigor, o que traz conseqüências práticas de relevantes aspectos.

Primeiramente, urge reconhecer, portanto, o caráter de cláusula pétrea, nos moldes do art. 60, § 4º, inciso IV, da Constituição Federal, o que claramente impede, pois, que o legislador derivado, mesmo na sua acepção reformadora, sequer possa deliberar sobre proposta tendente a abolir a responsabilidade civil do Estado do ordenamento jurídico brasileiro.

Mas se pode ir mais além, ainda nesse ponto, dado que, nem mesmo é possível suprimir o § 6º, do art. 37, da CF, ao argumento de que legislação infraconstitucional seria capaz de tratar do assunto, assim como não caberia fazer concessões sobre a irresponsabilidade estatal, ainda que casuística e temporariamente.

Nesse passo, conforme anteriormente mencionado, o caso julgado na ADI nº 939/DF versava sobre a necessária observância do princípio da anterioridade tributária – reconhecido que foi como direito fundamental –, mesmo para um tributo instituído provisoriamente e que, portanto, teria duração limitada no tempo, considerando-se, ainda, as exceções à aplicabilidade do referido princípio feitas pelo próprio Texto Maior.

Isto é, o que se decidiu, e vale, também como já dito, para toda e qualquer demanda que envolva contexto fático semelhante, é que não cabe ao legislador derivado fazer concessões ou supressões, mesmo momentâneas, a direitos grafados com a característica ímpar da fundamentalidade. E se vale lá, deverá valer aqui também.

O que se admite, mas sempre com fulcro na dogmática dos direitos fundamentais, assim como em vista da dinamicidade por que passa toda a sociedade moderna, é a possibilidade de o legislador infraconstitucional, na exata medida de sua competência e desde que respeitados todos os demais axiomas até aqui mencionados, além de outros impostos igualmente pela própria Constituição, regulamentar o instituto da responsabilidade civil do Estado.

Veja-se, nesse ponto, que o mencionado núcleo essencial do direito fundamental deve ser observado, sob pena de se fazer letra morta os ditames constitucionais a respeito. Em termos práticos, portanto, a legislação infraconstitucional, destinada a conformar o direito fundamental em apreço, não poderá inutilizar as determinações emanadas da própria Constituição ou, melhor dizendo, no caso em tela, eventual legislação ordinária não poderá transmudar a responsabilidade civil objetiva do Estado brasileiro em responsabilidade subjetiva, nem tampouco ferir-lhe de morte, em sua essencialidade.

A evolução doutrinária e jurisprudencial pátria, por conseguinte, também deve observar a fundamentalidade da responsabilidade civil do Estado, haja vista que, por se tratar de direito fundamental, deriva-se necessariamente a efetiva implicação de que lhe seja assegurada a máxima eficácia possível, ou seja, à exceção de eventuais conflitos surgidos com outros direitos de igual jaez – o que somente o caso concreto poderá dimensionar, não havendo, portanto, fórmula prévio para o deslinde dessas questões –, a regra é a eficácia plena de tudo o quanto diga respeito à responsabilidade civil do Estado e, no caso brasileiro, na modalidade objetiva.

Questão interessante, mas que não foi, propositadamente, abordada neste inicial estudo, tendo-se em conta a especificidade do tema, diz respeito à máxima eficácia da responsabilidade civil do Estado a ser emprestada pela Administração Pública, quando diante de situações concretas, o que pode vir a ser tema para outro trabalho dessa monta.

Por todo o expendido, dessa forma, pôde-se perceber que a responsabilidade civil do Estado é, sim, um direito fundamental, principalmente em se considerando o estágio atual desse instituto na ordem jurídica brasileira, devendo-se-lhe aplicar, integralmente, mas na medida das suas vicissitudes, a dogmática dos direitos fundamentais, com todas as circunstâncias e características relativas, impondo-se, pois, deveres a todos os Poderes Públicos envolvidos, a fim de conformar tal direito à ordem constitucional positiva democrática vigente.

Referências

AFONSO DA SILVA, José. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 27ª ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 52, de 8.3.2006. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

AGUIAR DIAS, José de. *Da Responsabilidade Civil*. 5ª ed. volumes I e II. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

_____. *Responsabilidade Civil em Debate*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1983.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 22 ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 53, de 19.12.2006. São Paulo: Malheiros, 2007.

BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 16ª ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL. Constituição (1988) *Constituição da República Federativa do Brasil*: Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nº 1/92 a 53/2006 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão nº 1 a 6/94. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2007.

BRASIL. *Novo Código Civil Brasileiro / Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*: estudo comparativo com o código civil de 1916. Coordenação de Giselle de Melo Braga Tapai. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional e Tributário. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 939/DF. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores no Comércio. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Sydney Sanches. Brasília, DF, 15 de dezembro de 1993. STF, Brasília, 2007. Disponível em <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/htm>>. Acesso em: 07 jun. 2007.

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

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CANOTILHO, J.J. Gomes; VITAL MOREIRA. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CASTRO, Guilherme Couto de. *A Responsabilidade Civil Objetiva no Direito Brasileiro*. Forense, 1997.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 3 ed. rev. aum. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. 2ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil*. 14ª ed., rev. São Paulo: Saraiva, 2000, 7º vol.

FERREIRA, Vanessa de Oliveira. Responsabilidade civil do Estado. *Fórum Administrativo – Direito Público – FA*. Belo Horizonte, ano 7, n. 74, p. 51-59, abr. 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. Da responsabilidade civil do Estado. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, ano 25, n. 100, p. 323, out./dez. 1988.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 9ª ed., rev. São Paulo: Saraiva, 2007.

GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 9 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

GOMES, Orlando. *Tendências Modernas da Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LOPES, Othon de Azevedo. *Responsabilidade Jurídica: horizontes, teoria e linguagem*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

MARTINS FILHO, Ives Gandra. *Manual Esquemático de Filosofia*. 3 ed. São Paulo: LTr, 2006.

_____. *Manual Esquemático de História da Filosofia*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Ltr, 2004.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 28ª ed., atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, et. al. São Paulo: Malheiros, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET BRANCO Paulo Gustavo. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. 1. ed. 2ª Tir. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3 ed. rev. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2004.

MONTENEGRO, Antônio Lindbergh C. *Ressarcimento de Danos: pessoais e materiais*. 7 ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*. São Paulo: Nova Cultural, 2000. (Coleção Os Pensadores, 28).

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MOREIRA, Egon Bockmann. *O Processo Administrativo no Direito Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1999.

ORWELL, George. *A Revolução dos Bichos*. Tradução de Heitor Ferreira. 6ª ed. Porto Alegre: Globo, 1977 p. 128.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Observações sobre a responsabilidade patrimonial do Estado. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, ano 28, n. 111, p. 79, jul./set. 1991.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: responsabilidade civil*. 14ª ed., atual. São Paulo: Saraiva, 1995, v. 4.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 9ª ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

TÔRRES, Heleno Taveira. O princípio da responsabilidade objetiva do Estado e a teoria do risco administrativo. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, ano 32, n. 126, p. 231, abr./jun. 1995.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Responsabilidade civil do Estado. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, ano 24, n. 96, p. 233, out./dez. 1987.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987.

WALD, Arnoldo. Os fundamentos da responsabilidade civil do Estado. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, ano 30, n. 117, p. 5, jan./mar. 1993.

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU* EM
DIREITO PÚBLICO

GUSTAVO ALEXANDRE BERTUCI

**A Dogmática dos Direitos Fundamentais e a
Responsabilidade Civil do Estado**

Brasília – DF

2008