

A responsabilidade civil extracontratual proporcional e objetiva do Estado como um direito fundamental

Andréa Soares Torres*

Resumo: Apresenta-se um estudo que tem por objetivo refletir sobre a adoção do princípio da proporcionalidade na teoria da responsabilidade civil extracontratual objetiva do Estado, como forma de vedação de excessos e inoperâncias do poder público, em garantia ao direito fundamental à boa administração pública.

Palavras-chave: Direito Fundamental. Administração Pública. Responsabilidade Civil. Princípio da Proporcionalidade.

Abstract: Present hereby a study that aims to consider about the principle of adequacy in the theory of the objective extra contractual civil responsibility of the Estate, as a way to inhibit the surplus and the inoperativeness of the public power, in order to guarantee.

Keywords: Fundamental Law. Public Administration. Civil Responsibility. Principle of the Proportionality

Introdução

A Nova Hermenêutica exige a concretização dos preceitos constitucionais e, nesta perspectiva, assume notável importância o direito fundamental à boa administração pública, como uma diretriz para as atividades estatais.

* Promotora de Justiça do Rio Grande do Sul.

Revista do Ministério Público do RS	Porto Alegre	n. 64	out. 2009 – dez. 2009	p. 33-61
-------------------------------------	--------------	-------	-----------------------	----------

Este direito consubstancia-se em um somatório de direitos subjetivos públicos e, na seara da responsabilidade civil estatal, configura-se no direito à plena responsabilidade das suas condutas omissivas e comissivas, com a devida reparação ao prejudicado pelos danos causados pelas suas instituições e seus agentes.

Com essas premissas, sucintamente, enfoca-se a proporcionalidade e o redimensionamento da teoria da responsabilidade civil extracontratual do Estado, sob o prisma daquele princípio, em sua dupla dimensão, como forma de combater os excessos no agir estatal e as omissões e inoperâncias do Poder Público, tudo pela necessária vinculação dos atos administrativos à materialidade da constituição e em observância ao direito fundamental à boa administração pública.

A releitura da responsabilidade extracontratual do Estado, orientada pelo princípio da proporcionalidade, permite a compreensão da teoria moderada, que é o objetivo do presente estudo, com a inserção da ideia da exigência da atuação equilibrada do Poder Público. Perpassam, ainda, neste trabalho, breves noções sobre a responsabilidade proporcional e objetiva do Estado pelas condutas omissivas e comissivas, além da verificação da faculdade de exclusão do nexo causal pela impossibilidade motivada e justificável do cumprimento do dever (a reserva do possível), no intuito de consolidar os argumentos teóricos em prol da responsabilidade proporcional e objetiva do Estado.

1 O princípio da proporcionalidade

1.1 Origem e natureza do princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade surgiu com a problemática da limitação do Poder Executivo, aparecendo como instrumento de limitação do poder de polícia, objetivando a salvaguarda dos direitos fundamentais.

O desenvolvimento da ideia da proporcionalidade ocorreu no âmbito do direito administrativo, como decorrência da evolução do princípio da legalidade. Foi instituída, como base teórica, para que se perpetrasse o controle da adequação dos atos administrativos aos fins previstos na legislação. A proporcionalidade também foi utilizada para que se possibilitasse a adoção da medida menos gravosa aos direitos dos administrados.

O princípio da proporcionalidade, formulado no intuito de controlar o poder de polícia, acompanha a história da defesa dos direitos humanos, surgindo na passagem do Estado de Polícia para o Estado de Direito,

porquanto formulado na consciência da existência de direitos oponíveis ao próprio Estado.¹

É pela via dos direitos fundamentais que ocorre a vinculação do princípio da proporcionalidade ao Direito Constitucional. Nesta perspectiva, este princípio alcança extremada importância e auferir prestígio tão largo quanto outros, como o princípio da legalidade.²

No que pertine à natureza da proporcionalidade, Alexy a qualifica como máxima e não como princípio, porque não se trata de um mandamento de otimização segundo as possibilidades fáticas e jurídicas.

Na teoria de Alexy, princípios são mandatos de otimização, são normas que ordenam que algo se realize na maior medida do possível. Já as máximas são verdadeiros cânones de interpretação, parâmetros de aferição da ordenação lógica e racional dos atos do Poder Público. Refere o autor:

A máxima da proporcionalidade é com frequência denominada “princípio da proporcionalidade”. Nesse caso, no entanto, não se trata de um princípio no sentido aqui empregado. A adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito não são sopesadas contra algo. Não se pode dizer que elas às vezes tenham precedência, e às vezes não. O que se indaga é, na verdade, se as máximas parciais foram satisfeitas ou não, e sua não-satisfação tem como consequência uma ilegalidade. As três máximas parciais devem ser, portanto, consideradas como regras. (ALEXY, 2008, p. 117).

Na doutrina brasileira, é majoritária a corrente que entende a proporcionalidade como princípio, não havendo pretensão no presente trabalho responder de forma definitiva a natureza da proporcionalidade, mormente considerando que a discussão em nada altera o fim específico desta investigação.

Contudo, para a compreensão do princípio em epígrafe e de seus contornos científicos, necessária a análise da proporcionalidade em seu sentido amplo e dos seus elementos parciais, além da identificação de suas variantes terminológicas.

1.2 Variantes terminológicas.

A não sinonímia entre razoabilidade e proporcionalidade

A doutrina e a jurisprudência controvertem acerca da terminologia do cânone sob exame. Todavia, as discrepâncias terminológicas não tiram a importância do princípio da proporcionalidade no controle da constitucionalidade no âmbito dos direitos fundamentais.

¹ BARROS, S.T. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p. 33.

² BONAVIDES, P. **Curso de Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 395.

As expressões mais utilizadas na linguagem jurídica são “proporcionalidade” (Verhältnismässigkeit) e “proibição de excesso” (Übermassverbot), normalmente expressos para definição do conjunto de seus elementos constitutivos ou subprincípios designados como adequação (Geeignetheit), necessidade (Erforderlichkeit) e proporcionalidade em sentido estrito (Verhältnismässigkeit).³

Jorge Reis Novaes leciona que a referência mais comum, tanto na doutrina como jurisprudência constitucional, não é a da *proibição de excesso*, mas antes a da proporcionalidade. Menciona que, quando muito, a *proibição de excesso* exsurge identificada com o princípio da proporcionalidade em sentido lato, sendo este último constituído por distintos subprincípios, como o da proporcionalidade em sentido estrito.⁴

Da mesma forma, na obra do autor português Canotilho, verifica-se o emprego da expressão *princípio da proibição de excesso* para a designação do cânone em seu sentido amplo: “Posteriormente, o princípio da proporcionalidade em sentido amplo, também conhecido por princípio da proibição de excesso (Übermassverbot), foi erigido à dignidade de princípio constitucional (cfr. arts. 18/2, 19/4, 265 e 266/2)”.⁵

O termo proibição de excesso ou vedação de excesso, comumente utilizado por autores europeus⁶, enfoca tão-somente uma das faces de abordagem do princípio da proporcionalidade, o qual abrange outras possibilidades de compreensão, como a da proibição de insuficiência. Assim, na consecução do presente trabalho, privilegiar-se-á a termo *proporcionalidade em sentido amplo*, em reconhecimento de seu duplo viés interpretativo.

Inquestionável, por outro lado, a forte semelhança entre a razoabilidade e a proporcionalidade, especialmente no tocante à finalidade de ambos os princípios no controle da constitucionalidade dos atos da Administração Pública. Contudo, vislumbram-se diferenças entre elas no que pertine à construção técnica-jurídica.

De fato, o emprego da expressão razoabilidade implica uma ideia de adequação (subprincípio da proporcionalidade), idoneidade e equidade. A reprovação é, sem dúvida, não só a consequência do ato irrazoável, como do desproporcional.

³ BONAVIDES, P. *Curso de Direito Constitucional*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 403.

⁴ NOVAIS, J.R. *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra – Portugal: Coimbra, 2003, p. 729.

⁵ CANOTILHO, J.J.Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra – Portugal: Almedina, 2003, p. 267.

⁶ De acordo com Bonavides, “A locução ‘vedação de excesso’, ou seja, *Übermassverbot*, teve a preferência de importantes juristas desde Jellinek, um clássico do Direito Administrativo, até Peter Lerche, autor de uma originalíssima e fundamental obra sobre o assunto, estampada ao começo da década de 60. Também usaram essa designação Klaus Stern, Hoffmam-Becking, Kloepper, H. Liesegang e Selmer, entre outros.” (Curso de Direito Constitucional cit. p. 403).

Celso Antônio Bandeira de Mello entende que a proporcionalidade vem a ser apenas uma faceta do princípio da razoabilidade. Em realidade, como um aspecto específico do princípio da razoabilidade, o autor compreende que a matriz constitucional seja a mesma entre os cânones, quais sejam os arts. 37, 5º, II, e 84, IV, da Carta Magna.⁷

Há, entretanto, uma fungibilidade entre eles no que se refere à origem dos institutos. A ideia de razoabilidade desenvolveu-se historicamente no âmbito da *common law*, enquanto que a proporcionalidade se originou dos sistemas da família jurídica romano-germânica (*civil law*), como instrumental axiológico para a contenção da arbitrariedade no exercício dos poderes administrativos, na passagem do Estado de Polícia para o Estado de Direito.⁸

Além disso, existem diferenças quanto à estrutura dos institutos. O princípio da razoabilidade exige que os atos administrativos sejam adequados entre meios e fins. O ato estatal deve passar pelo crivo da razoabilidade para estar na conformidade da lei. A proporcionalidade, por sua vez, em razão da influência da teorização germânica, exige três máximas ou elementos, quais sejam a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.⁹

Ao observarmos os subprincípios que integram a proporcionalidade, compondo a sua estrutura técnico-jurídica, percebe-se que a razoabilidade se limita ao primeiro elemento estrutural (*Geeignetheit*), consubstanciado na exigência de que as medidas restritivas em causa sejam aptas a realizar o fim visado, devendo apresentar adequação entre meios e fins. Por conseguinte, inegável que a proporcionalidade, como princípio tridimensional, é mais ampla estruturalmente em relação ao princípio da razoabilidade, porquanto este não limitado ao exame da adequação.

⁷ BANDEIRA DE MELLO, C.A. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p.111.

⁸ Observa-se, neste aspecto, a relevante contribuição de José Sérgio da Silva Cristóvam: “Uma primeira diferença está na origem dos institutos. Enquanto a origem da razoabilidade remonta a Magna Carta inglesa de 1215, a proporcionalidade é fruto da tentativa de limitação dos poderes estatais, contemporâneos à passagem do estado absolutista para o Estado de direito, tendo aplicação primeiramente no Direito Administrativo alemão.” (Colisões entre Princípios Constitucionais – Razoabilidade, Proporcionalidade e Argumentação Jurídica. Curitiba: Juruá, 2006, p.195/196.

⁹ NOVAIS, J.R. **As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra – Portugal: Coimbra, 2003, p.730/731.

1.3 O princípio da proporcionalidade em sentido amplo ou da proibição de excesso (übermassverbot)

A proporcionalidade é um parâmetro valorativo para verificar a constitucionalidade de uma medida legislativa, administrativa, ou judicial.

O princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso, na forma como adotado pelo legislador português, constitui, sobretudo, em limite constitucional à liberdade de conformação do legislador. Canotilho, ao referir acerca da “europeização” do princípio em comento, assim aduziu:

A convergência dos sistemas de *common law* e de direito administrativo, no ordenamento europeu, vem realçar que o princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso é, hoje, assumido como princípio de controlo exercido pelos tribunais sobre a adequação dos meios administrativos (sobretudo coactivos) à prossecução do escopo e ao balanceamento concreto dos direitos ou interesses em conflitos. (CANOTILHO, 2003, p. 268)

A doutrina mais moderna o aponta como um cânone de natureza constitucional, regra fundamental na proteção de direitos fundamentais e um princípio essencial do Estado de Direito, compondo-lhe de três elementos parciais ou subprincípios: adequação, exigibilidade e proporcionalidade em sentido estrito.

A decomposição do princípio da proporcionalidade *em sentido lato* em seus vários elementos constitutivos permite, sem sombra de dúvida, um escalonamento dos controles em um processo de filtragem sucessiva, o qual seleciona para última fase (proporcionalidade em sentido estrito) aqueles atos que já passaram pelos testes da idoneidade e indispensabilidade. Os controles de idoneidade e indispensabilidade são de natureza prevalentemente objetiva, ainda que não dispensem processos de ponderação. Entretanto, o controle pertinente à última fase da proporcionalidade é essencialmente de avaliação subjetiva, dependendo de procedimentos de ponderação de bens. Nesse processo, com mais clareza, permite-se distinguir as diferentes fases do controle da proporcionalidade em sentido amplo¹⁰, exigindo a exata compreensão de cada uma delas, as quais serão tratadas em tópicos em apartados.

¹⁰ NOVAIS, J.R. **As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra – Portugal: Coimbra, 2003, p.758

1.3.1 Princípio da adequação de meios ou da conformidade ("Geeignetheit")

O princípio da adequação de meios, por vezes também denominado de princípio da idoneidade ou da aptidão, impõe que qualquer medida restritiva adotada deva ser adequada à consecução da finalidade objetivada. Significa dizer que a medida estatal desencadeada (meio) há de ser idônea para atingir a finalidade perseguida (fim): a realização do interesse público.¹¹

J.J. Canotilho assim conceitua a adequação ("Geeignetheit"):

O princípio da conformidade ou adequação impõe que a medida adoptada para a realização do interesse público deve ser apropriada à prossecução do fim ou fins a ele subjacentes. Consequentemente, a exigência de conformidade pressupõe a investigação e a prova de que o acto do poder público é apto para e conforme os fins justificativos da sua adopção (*Zielkonformität, Zwecktauglichkeit*). (CANOTILHO, 2003, p. 269/270)

Suzana de Toledo Bastos aponta que o exame da idoneidade da medida restritiva deve ser feito sob o enfoque negativo, ou seja, apenas quando inequivocamente se constatar a inidoneidade para os objetivos propostos é que ela deve ser barrada no controle.¹²

Já Wilson Antônio Steinmetz esclarece que a resposta sobre a adequação dos meios é dada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, tanto na formulação negativa, quanto na positiva do princípio. Explicita que, na primeira, uma medida não é adequada se o for completamente, isto é, se a restrição ou medida são plenamente inadequadas. Na fórmula positiva, a medida é adequada se com ela é possível alcançar o resultado perseguido.¹³

A filtragem da conformidade, seja no aspecto negativo ou positivo, em suma, objetiva verificar a aptidão ou não do ato para o fim pretendido, possibilitando ou vedando o exame das fases posteriores do controle.

¹¹ FELDENS, L. **A Constituição Penal**. A Dupla Face da Proporcionalidade no Controle das Normas Penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.162.

¹² BARROS, S.T. **O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p.75.

¹³ STEINMETZ, W.A. **Colisão de Direitos Fundamentais e o princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p.149/150.

1.3.2 Princípio da exigibilidade ou da necessidade ("Erforderlichkeit")

Pelo subprincípio da necessidade, também é denominado de princípio da indispensabilidade ou do meio menos restritivo, a medida não deverá exceder os limites indispensáveis à conservação do fim legítimo que se pretende. Em outras palavras, uma medida para ser admissível deve ser necessária.

Paulo Bonavides¹⁴ observa que, de todas as medidas que igualmente servem para um determinado fim, cumpre eleger aquela menos nociva aos interesses do cidadão, razão pela qual o princípio da necessidade (*Erforderlichkeit*) pode ser chamado de princípio da escolha do meio mais suave.

O exame da necessidade foi formulado por Alexy¹⁵ na seguinte estrutura: O Estado possui um objetivo Z, com fundamento no princípio P1 (ou Z é simplesmente idêntico a P1). Há, pelo menos, duas medidas, M1 e M2, para a realização de Z, sendo que ambas são igualmente adequadas. M2 atinge menos intensamente que M1 -ou não afeta- a realização do que uma norma de direito fundamental com estrutura de princípio – P2 – exige. Nesta perspectiva, para P1 é indiferente que a escolha recaia em M1 ou M2. Para P2, entretanto, na qualidade de princípio, há exigência de uma otimização tanto em relação às possibilidades fáticas quanto no que pertine às possibilidades jurídicas. Em relação à primeira, P2 pode ser realizado em maior medida na hipótese da escolha de M2 no lugar de M1.

No entendimento de Alexy, as máximas da adequação e da necessidade são oriundas dos princípios definidos como mandamentos de otimização com relação às possibilidades fáticas¹⁶.

Nesta formulação, observa-se que no exame da necessidade de uma medida se insere o requisito da adequação, vez que apenas o que é adequado pode ser necessário, mas o que é necessário não pode ser inadequado.¹⁷

Em suma, no plano fático, o controle da necessidade da medida restritiva deve constatar a possibilidade do Poder Público ter adotado outra medida, igualmente eficaz e menos gravosa aos direitos dos cidadãos.

¹⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 397.

¹⁵ ALEXY, R. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. [Trad. Virgílio Afonso da Silva] 5. ed. (alemã) Malheiros, 2008, p. 119.

¹⁶ Idem ref. 15, p. 118.

¹⁷ MENDES, G. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília Jurídica, 2000, p. 250 (O autor, citando Pieroth e Schilink, ressalta que a prova da necessidade tem maior relevância do que o teste da adequação. Menciona que, caso positivo o teste da necessidade, não há de ser negativo o teste da adequação. Em contrapartida, se o teste da necessidade for negativo, o resultado positivo da adequação não mais poderá afetar o resultado definitivo ou final).

1.3.3 Princípio da proporcionalidade em sentido restrito ("Verhältnismässigkeit")

O juízo de proporcionalidade no sentido restrito é exercido após a verificação da adequação e necessidade da medida restritiva de direito. Presentes estes elementos, cabe averiguar se a finalidade da intervenção constitui em elemento essencial desta, ou seja, se os resultados positivos a serem obtidos superam as desvantagens oriundas da restrição imposta.

Consoante Alexy, a máxima da proporcionalidade em sentido restrito é decorrente do fato de princípios serem mandamentos de otimização em virtude das possibilidades jurídicas.¹⁸ O autor esclarece, na fórmula anteriormente aludida, que o exame da necessidade permite privilegiar M2 em face de M1. Mas a escolha entre as duas alternativas não é uma questão para o exame da necessidade, mas uma questão de possibilidade jurídica, ou seja, de sopesamento entre P1 e P2 (proporcionalidade em sentido estrito). Desse modo, afirma que, mesmo para o caso que o meio menos gravoso afete a realização de P2, o exame da necessidade deve ser seguido sempre pelo exame da proporcionalidade em sentido restrito.

Gilmar Ferreira Mendes, com apoio de PIEROTH e SCHILINK, refere que a proporcionalidade em sentido estrito possui um papel de "... controle de sintonia fina" (Stimmigkeitskontrolle), indicando a justeza da solução encontrada ou a necessidade de sua revisão".¹⁹

Canotilho perfilha o entendimento de que se trata de uma questão de "medida" ou "desmedida" para se alcançar um fim.²⁰

Jorge Reis Novais, com muita propriedade, assenta que, na prática, a proporcionalidade raramente se centra com exclusividade no meio e fins concretos, mas, anteriormente, advém combinada com o controle de indispensabilidade em uma ponderação mais ampla de vantagens e desvantagens. Afirma que essa ponderação é mais produtiva, quando não limitada na relação isolada entre um meio e um fim, mas se observada a indispensabilidade, quando comparadas às alternativas restritivas de que o

¹⁸ ALEXI, R. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. [Trad. Virgílio Afonso da Silva]. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 118.

¹⁹ MENDES, G.F.; COELHO, I.M.; BRANCO, P.G.G. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 251.

²⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra – Portugal: Almedina, 2003, p. 270. Consoante o ilustre constitucionalista: "(...) Quando se chegar à conclusão da necessidade e adequação da medida coactiva do poder público para alcançar determinado fim, mesmo neste caso deve perguntar-se se o resultado obtido com a intervenção é *proporcional* à "carga coactiva" da mesma. Está aqui em causa o *princípio da proporcionalidade em sentido restrito*, entendido como princípio da "justa medida". Meios e fim são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, com o objectivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim".

poder constituído dispõe, considerando a sua margem de livre apreciação. Nessa seara, entende que, no controle da proporcionalidade, o que vai ser ponderado não são os valores, bens ou interesses, mas quais as vantagens ou desvantagens das alternativas legítimas e disponíveis pela Administração ou Tribunal.²¹

De fato, a funcionalidade do controle restrito da proporcionalidade tornar-se-á mais eficaz se o exame da restrição não se condicionar somente na relação entre o meio e o fim, ou seja, seus objetivos serão melhor alcançados se verificadas as vantagens ou desvantagens das alternativas legítimas e disponíveis.

1.4 O campo de aplicação do princípio da proporcionalidade

O campo de aplicação do princípio da proporcionalidade é o relativo à restrição dos direitos, garantias e liberdades por quaisquer espécies de atos perpetrados pelo poder público, sejam estes provenientes do executivo, legislativo ou judiciário.

É, no entanto, quando ocorre antagonismo entre direitos fundamentais, que o princípio da proporcionalidade assume fundamental importância, como instrumento de interpretação, buscando a solução para as colisões entre eles.

Ao intérprete cumpre averiguar se os direitos em colisão estão consagrados, de forma escrita ou não, como normas-princípios constitucionais. A inicialização do procedimento do controle da proporcionalidade ocorre se o objetivo almejado tem legitimidade constitucional. Posteriormente, há que ser procedida a uma descrição do caso em conflito, no intuito de identificar todas as circunstâncias importantes da situação específica. Somente após os exames preliminares da constitucionalidade do fim e a identificação das circunstâncias relevantes é que se efetuam os exames dos subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.²²

Neste contexto, o princípio da proporcionalidade alcança os denominados conflitos de bens, valores ou princípios constitucionais. Em suma, a aplicação de tal princípio ocorre quando verificada restrição a determinado direito fundamental ou um conflito entre diferentes princípios constitucionais, cotejando-se cada um destes direitos (ou princípios) por meio de seus três elementos, anteriormente explicitados: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. O critério da proporcionalidade é tópico

²¹ NOVAIS, J.R. **As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra – Portugal: Coimbra, 2003, p. 764/765.

²² STEINMETZ, W.A. **Colisão de Direitos Fundamentais e o princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 154.

e é aplicado para solução de um problema relativo a um caso concreto e específico,²³ visando à harmonização de direitos antagônicos.

A Constituição Federal Brasileira de 1988 não contemplou o princípio da proporcionalidade como norma geral de direito escrito, como o fez o constituinte português ao assim consagrá-lo no art. 18, 2, da Carta Magna, *in verbis*: “a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”.²⁴

Contudo, como princípio relevante no constitucionalismo moderno, a proporcionalidade é extraída dos próprios fundamentos da constituição e, por conseguinte, qualificada como um princípio geral de direito.

Além dos próprios fundamentos constitucionais, o princípio tem assento na doutrina e jurisprudência dos tribunais, em um contexto de ideais jurídicos de efetiva proteção aos direitos fundamentais, como uma garantia especial para, no dizer de HESSE, a máxima eficácia e otimização na concorrência entre eles.

Assim, denota-se que o princípio da proporcionalidade vem sendo considerado como um verdadeiro princípio constitucional não-escrito. Por meio dele, como anteriormente expandido, busca-se um instrumento de aplicação do Direito e um controle da relação de adequação *medida-fim*. Em sintética análise, faz-se um exame se a medida estatal perpetrada possui efetividade para atingir uma finalidade perseguida.²⁵

Poder-se-á inferir, do exposto, que o princípio da proporcionalidade está fundamentado em nossa ordem constitucional pela essência dos direitos

²³ BONAVIDES, P. **Curso de Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 426. Consoante o ilustre constitucionalista “... o critério da proporcionalidade é tópico, volve-se para a justiça do caso concreto ou particular, se aparenta consideravelmente com a equidade e é um eficaz instrumento de apoio às decisões judiciais que, após submeterem o caso a reflexões pró e contras (*Abwägung*), a fim de averiguar se na relação entre meios e fins não houve excesso (*Übermassverbot*), concretizam assim a necessidade do ato decisório da correção”.

²⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra – Portugal: Almedina, 2003, p. 267.

²⁵ Luciano Feldens equaciona o tema, com muita propriedade, na obra “A Constituição Penal – A Dupla Face da Proporcionalidade no Controle das Normas Penais”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.166: “Também entendido como princípio da ‘justa medida’ – por meio do qual são pesadas ‘as desvantagens dos meios em relação às vantagens dos fins’ – corresponde a uma análise que se encontra lastro na teoria da ponderação, a significar que o meio utilizado não pode demonstrar-se desproporcional em relação ao fim perseguido.” À diferença do que sucedia com os juízos de adequação e necessidade, nos quais o fim figurava tão-somente como ponto de referência, na análise da ponderação a finalidade da intervenção constitui elemento essencial da mesma, de sorte que a relevância do fim perseguido se faz ponderar com a relevância do prejuízo causado ao direito fundamental, razão pela qual se torna fundamental determinar a importância que a Constituição concede à consecução do referido fim”.

fundamentais, como mecanismo de efetiva proteção, bem como pela concepção do Estado de Direito, implementado para a proteção dos direitos dos seus cidadãos, o que o qualifica, sem qualquer dúvida, como um axioma do Direito Constitucional brasileiro.

1.5 O princípio da proporcionalidade e a sua dupla perspectiva: a proibição de excesso e a proibição de proteção deficiente

O desdobramento da proporcionalidade, como dogma, dá-se pela necessidade de proteção à sociedade, não só pela clássica função de proteção contra o arbítrio, mas, de igual modo, de proteção contra a omissão estatal, no que diz respeito com o cumprimento de um imperativo constitucional, qual seja o dever de tutela de um direito fundamental-social. Logo, a proporcionalidade tem dupla dimensão: proteção positiva e proteção negativa.

Para a efetiva função de mecanismo de proteção dos direitos fundamentais, necessária a superação da leitura unilateral do princípio da proporcionalidade, consubstanciada na ideia de proibição do excesso (*Übermassverbot*). Além disso, imprescindível a noção de proibição da insuficiência, o que significa que também o Estado não deve agir de modo insuficiente ou mesmo não agir.

O reconhecimento da necessidade de proibição da proteção deficiente efetivou-se, originalmente, pelo Tribunal Constitucional Alemão em decisão sobre aborto, na qual restou ponderado que, considerados os bens em conflito, caberia ao Estado à adoção de "... medidas normativas e fáticas suficientes para cumprir seu dever de tutela...", como forma de efetiva "proibição de insuficiência".²⁶

Nessa premissa, a violação do princípio ocorre tanto no Estado arbitrário, que excede em suas atribuições, como no que vem a ser inoperante na proteção dos direitos fundamentais do cidadão. A dupla perspectiva da proporcionalidade decorre da imprescindível necessidade de garantia dos direitos fundamentais e do próprio Estado de Direito.

A evolução doutrinária do princípio da proporcionalidade é consequente da ideia de que o Poder Público, em todas as suas instâncias, tem a obrigação de sacrificar o mínimo para a preservação máxima da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais.

Inegável que cada vez mais se percebe uma crise de efetividade dos direitos fundamentais assegurados pelo Poder Público, o que torna premente a compreensão e efetivação da perspectiva de que o Estado também poderá

²⁶ SCHWABE, J. *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. [Trad. Beatriz Hennig e outros]. Montevideu: Fundação Konrad-Adenauer, 2005, p. 276.

frustrar o seu dever de proteção atuando de modo insuficiente ou mesmo se omitindo no cumprimento de um imperativo constitucional.²⁷

Embora o princípio da proibição da proteção deficiente, como um instrumento de controle da constitucionalidade dos atos do Estado, caminhe lentamente em nosso direito, tem-se como inarredável a sua importância no que pertine à realização dos direitos fundamentais, primordialmente os de natureza prestacional, e para própria construção do Estado Democrático de Direito.²⁸

Na luta pela efetivação dos direitos fundamentais, resta, assim, a exata compreensão do duplo viés do princípio da proporcionalidade, não se podendo mais falar de uma função somente de proteção negativa do Estado, sendo cada vez mais necessário que sejam dadas respostas para a concretização de todos os direitos fundamentais, afigurando-se inconstitucional, da mesma forma, a deficiência de proteção a determinado bem jurídico.

2 A Responsabilidade Civil Extracontratual do estado e o direito fundamental à boa administração pública

2.1 O direito fundamental à boa administração pública trazido pela União Europeia e sua aplicação no sistema constitucional brasileiro

A Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, aprovada no Conselho Europeu de Nice, em 07 de dezembro de 2000, consagrou expressamente o Direito Fundamental à Boa Administração Pública, no seu artigo 41, *in verbis*:

1. Todas as pessoas têm direito a que seus assuntos sejam tratados pelas instituições e órgãos da União de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável.
2. Este direito compreende, nomeadamente: – o direito de qualquer pessoa a ser ouvida antes de a seu respeito ser tomada qualquer medida individual que a afecte desfavoravelmente, – o direito de qualquer pessoa a ter acesso aos processos que se lhe refiram, no respeito dos legítimos interesses da confidencialidade e do segredo profissional e comercial, – a obrigação, por parte da administração, de fundamentar as suas decisões.

²⁷ SARLET, I. **Constituição e Proporcionalidade**: O Direito Penal e os Direitos Fundamentais entre Proibição de Excesso e de Insuficiência. *Artigo*. Revista de Estudos Criminais, v. 3, nº 12, out/dez.2003.

²⁸ GAVIÃO, J.V.N. **A Proibição de Proteção Deficiente**. *Artigo*. Revista do Ministério Público nº 61. maio/outubro.2008 Porto Alegre.p 93/111.

3. Todas as pessoas têm direito à reparação, por parte da Comunidade, dos danos causados pelas suas instituições ou pelos seus agentes no exercício das respectivas funções, de acordo com os princípios gerais comuns às legislações dos Estados-Membros.

4. Todas as pessoas têm a possibilidade de se dirigir às instituições da União numa das línguas oficiais dos Tratados, devendo obter uma resposta na mesma língua.²⁹

J.J. Gomes Canotilho esclarece que o objetivo primeiro da elaboração de carta europeia de direitos fundamentais foi a *positivação dos direitos*, mediante a sua incorporação jurídica no ordenamento da União. Em segundo lugar, alude que houve a pretensão de positivação dos direitos, conferindo-lhes um valor de *Fundamental Rights*, com a atribuição de uma hierarquia materialmente superior no quadro das fontes do Direito na União Europeia. O ilustre constitucionalista português afirma que: “A carta europeia de direitos fundamentais é uma carta vinculativa dos órgãos legislativos, executivos e jurisdicionais da União Europeia e não uma constituição juridicamente constitutiva e conformadora de um hipotético “Estado europeu””.³⁰

A elaboração de uma carta de direitos fundamentais foi, sem dúvida, decorrente do fenómeno da *globalização*, a qual impunha medidas tendentes à proteção dos indivíduos dos efeitos mais perniciosos desse fenómeno, especialmente no que tange aos direitos económicos e sociais, com a ideia de um destino comum para a Europa, fulcrada em um “contrato social” supranacional.³¹

A Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, portanto, veio consagrar uma série de experiências no âmbito constitucional-administrativo, permitindo o desenvolvimento do denominado princípio da boa administração pública.

²⁹ RIQUITO, A.L. e outros. **Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia**. Coimbra Editora 2001. Faculdade de Direito de Coimbra. Portugal. p. 113/114. Neste estudo (fl. 145), constam também as anotações à Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, as quais foram efetuadas pela mesa da Convenção que a elaborou, como meio de explicar o conteúdo e o alcance da Carta. As anotações referentes ao art. 41 mencionam que este dispositivo: “... fundamenta-se na existência de uma Comunidade de direito, cujas características foram desenvolvidas pela jurisprudência que consagrou o princípio da boa administração (ver, nomeadamente, o acórdão do Tribunal de Justiça de 31 de Março de 1992, processo C-255/90 P, Burban, Colect. 1992, I-2253, bem como os acórdãos do Tribunal de Primeira Instância de 18 de Setembro de 1995, processo T-167/94, Nöle, Colect. 1995, II-2589; de 09 de Julho de 1999, processo T-231/97, New Europe Consulting e Michael P. Brown, Colect. II-2403). Mais adiante, refere que: “O número 3 reproduz o direito garantido no art. 288º do Tratado CE.”

³⁰ Op. Cit. Ref. 29, p. 13/14. In: RIQUITO, A.L. e outros. **Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia**. Coimbra Editora 2001. Faculdade de Direito de Coimbra. Portugal.

³¹ VENTURA, C.S. Contexto e Justificação da Carta. In: RIQUITO, A.L. e outros. **Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia**. Coimbra – Portugal: Coimbra, 2001, p. 41/42.

Nota-se que a reparação dos danos causados pelas instituições ou por seus agentes no exercício das funções foi elencada expressamente como um dos itens relativos ao direito a uma boa administração pública.

No Brasil, bem antes da edição da Carta de Direitos Fundamentais, a responsabilização da Administração Pública pelos danos causados a terceiros foi consagrada expressamente pela nossa Constituição Federal (artigo 37, parágrafo 6º), o que permite a adoção no campo jurídico nacional do princípio da boa administração pública, sem qualquer reserva, como direito fundamental.

Este direito, da mesma forma, pode ser vislumbrado no inciso III do art. 1º da Carta Magna de 1988, que eleva a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental da República Federativa do Brasil, além do seu artigo 37, onde estão previstas todas as diretrizes para a atuação da Administração Pública, inclusive o já ressaltado parágrafo 6º.

Assim, cotejando-se o art. 41 da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia e a nossa Constituição Federal, percebe-se, pelo menos no campo formal, que o constitucionalista brasileiro foi bem mais além nas diretrizes que pautam a boa administração pública, mormente se saiba a tendência europeia de uma pauta minimalista de direitos fundamentais, especialmente os sociais, econômicos e culturais.

Com efeito, a ideia do *catálogo escrito* europeu para proteção dos direitos fundamentais traduziu-se em uma “(...) garantia minimalista de direitos, instrumentalizando-os em função daquelas características e objetivos, em virtude dos quais o respectivo exercício é muitas vezes restringido”.³²

O ilustre constitucionalista, Paulo Bonavides, ao adentrar na seara da classificação das teorias dos direitos fundamentais trazidas pelos juristas alemães, ressalta a importância de uma *nova teoria de valores*, segundo a qual a Constituição abandona a ideia de um sistema de normas na imagem clássica do positivismo para transmutar-se em um sistema de princípios. Nesta mudança de concepção, os direitos fundamentais tornaram-se *expansivos*, abarcando todas as províncias do Direito e transformando-se: “(...) numa espécie de bússola da Constituição, norteando e governando todo o ordenamento jurídico. São esses direitos fundamentais a Constituição mesma em seu máximo teor de materialidade”.³³ O autor prossegue, referindo que o reconhecimento da natureza *principal* dos direitos

³² VENTURA, C.S. Contexto e Justificação da Carta. *IN*: RÍQUITO, A.L. e outros. **Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia**. Coimbra – Portugal: Coimbra, 2001, p. 46.

³³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 20.ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 632.

fundamentais, que se seguiu da dimensão objetiva e valorativa desses direitos, no que pertine à hermenêutica, foi determinante para o trânsito da *hermenêutica jusprivatista*, de subsunção, para a moderna *hermenêutica juspublicista*, que o constitucionalista classifica como Nova Hermenêutica ou hermenêutica constitucional. Ressalta que nesta nova concepção se concretiza o preceito constitucional, aplicando-se com frequência o princípio da proporcionalidade, gerando conceitos novos como os de “concordância prática”, “pré-compreensão” e “concretização”, ao contrário da Velha Hermenêutica, a qual somente se interpretava a lei, sem nada acrescentar ao conteúdo da norma.³⁴

Dessas lições acerca da denominada Nova Hermenêutica, a hermenêutica constitucional, depreende-se que inegável a importância do direito fundamental à boa administração pública, como um direito *expansivo*, a nortear todo o ordenamento jurídico brasileiro, como uma diretriz ou uma *bússola*, nas palavras de Bonavides.

Inequivocamente, uma boa administração pública é a capaz de promover, ou concretizar, a dignidade da pessoa humana e seus direitos fundamentais, em obediência aos princípios da legalidade, probidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e proporcionalidade.

Em âmbito doutrinário, o direito fundamental à boa administração pública caracteriza-se em um somatório de direitos subjetivos públicos, sintetizados com maestria por Juarez Freitas (2007, p. 20/21):

- a) o direito à administração pública transparente, que implica evitar a opacidade (princípio da publicidade), salvo nos casos em que o sigilo se apresentar justificável, e ainda assim não-definitivamente, com especial ênfase às informações inteligíveis sobre a execução orçamentária;
- b) o direito à administração pública dialógica, com as garantias do contraditório e da ampla defesa – é dizer, respeitadora do devido processo (inclusive com duração razoável), o que implica o dever de motivação consistente e proporcional;
- c) o direito à administração pública imparcial, isto é, aquela que não pratica a discriminação negativa de qualquer natureza;
- d) o direito à administração pública proba, o que veda condutas éticas não-universalizáveis;
- e) o direito à administração pública respeitadora da legalidade temperada e sem absolutização irrefletida de regras, de modo que toda e qualquer competência administrativa supõe habilitação legislativa;
- f) o direito à administração pública eficiente e eficaz, além de econômica e teleologicamente responsável, redutora dos conflitos intertemporais, que só fazem aumentar os chamados *custos de transação*.

³⁴ Op. Cit. Ref. 33, p. 633.

Na seara da *concretização* dos preceitos constitucionais, como exige a Nova Hermenêutica, entende-se, no campo da reparação dos danos materiais e morais, que o direito fundamental à boa administração pública também implica o reconhecimento, em instância administrativa, das eventuais falhas comprovadas de serviço público, com a observância dos princípios constitucionais (art. 37), resultando no devido pagamento das indenizações aos prejudicados, em um prazo razoável. Com isso, evitar-se-iam demandas desnecessárias no Poder Judiciário, já sobrecarregado em razão da ineficiência e inoperância do Poder Executivo, e o atraso nos pagamentos das indenizações aos vencedores, decorrente do sistema de precatórios judiciais.

A reparação dos danos ao prejudicado, de forma direta, justa, em prazo razoável, é, assim, um direito subjetivo público também integrante do direito à boa administração pública.

Ressalte-se que a adoção do direito fundamental à boa administração pública, que se encontra positivado no sistema constitucional brasileiro, ainda que de maneira implícita, é também facilitada pela compreensão do que dispõe o parágrafo 2º do art. 5º da Constitucional Federal,³⁵ que não se limita aos atos e tratados internacionais.

A partir dessas premissas, há que se concluir que o direito fundamental à boa administração pública, trazido pelo artigo 41 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, é norma implícita de direta e imediata eficácia em nosso sistema constitucional, pautando as diretrizes do Poder Público, que deverá observar à risca os princípios constitucionais, agindo com eficiência, proporcionalidade, transparência, motivação, imparcialidade, moralidade, em respeito à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas.³⁶

³⁵ Constituição Federal, art. 5º, §2º: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.” Alexandre de Moraes explica que esses direitos e garantias não excluem outros de caráter constitucional oriundos do regime e dos princípios por ela adotados, desde que expressamente previstos no texto constitucional, ainda que difusamente, isto é, fora do elenco do art. 5º, o qual é tão-somente exemplificativo. (Constituição do Brasil Interpretada. Op. Cit. p. 450).

³⁶ FREITAS, J. **Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 123.

2.2 Releitura da responsabilidade civil do Estado: vedação do excesso e da inoperância estatal

2.2.1 Compreensão da teoria moderada da responsabilidade extracontratual

A responsabilidade civil do Estado, em virtude dos danos que venha a causar aos cidadãos-administrados, é um dos postulados primordiais do Estado Democrático de Direito, cuja tarefa fundamental consiste na superação das desigualdades sociais e na instauração de um regime democrático para a realização da justiça social.

É essa a lição que se extrai de Canotilho, ao enunciar o princípio da imputação da responsabilidade:

Num Estado de direito democrático constitucional tem de se saber, de forma inequívoca, a quem podem ser imputados os actos dos titulares de órgãos, pois só assim se pode determinar a responsabilidade pela prática de tais atos. O “dever de prestação de contas”, o “dever de unidade” dos Estados e demais entidades públicas só existe quando se puder identificar o responsável pelas decisões. (CANOTILHO, 2003, p. 544)

A Constituição Federal de 1988 preconizou no inciso 6º do seu art. 37: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

A regra constitucional pautou-se pela doutrina de Direito Público e manteve a responsabilidade civil objetiva da Administração, com a adoção da teoria do risco administrativo.

Entretanto, na adoção do direito fundamental à boa administração pública, que impõe a observância aos princípios constitucionais, com o consequente dever da plena responsabilização do Estado por suas condutas omissivas e comissivas, urge o redimensionamento da teoria do risco administrativo, sob o prisma da proporcionalidade.

Como anteriormente aludido, o desdobramento do princípio da proporcionalidade é decorrente da necessidade de proteção à sociedade, não só pela clássica função de proteção contra o arbítrio, mas, de igual modo, de proteção contra a omissão estatal, no que diz respeito com o cumprimento de um imperativo constitucional, qual seja o dever de tutela de um direito fundamental-social. Nessa visão, a proporcionalidade tem dupla dimensão: proteção positiva e proteção negativa.

A dupla perspectiva da proporcionalidade decorre da imprescindível necessidade de garantia dos direitos fundamentais e do próprio Estado de

Direito. A violação do princípio ocorre tanto no Estado arbitrário, que excede em suas atribuições, como no que vem a ser inoperante na proteção dos direitos fundamentais do cidadão.

Isto significa dizer, consoante explica Lênio Streck, que a constituição assume um papel *compromissário* e *dirigente*, com a sujeição do político ao jurídico, especialmente com a inserção no texto constitucional da ideia do Estado Social, consubstanciada nos objetivos postos no seu artigo 3º. Prossegue o ilustrado jurista, que já não se pode conceber o Estado somente com a tarefa de guardião das “liberdades negativas”. Inafastável, também, a observância do dever de proteção da sociedade em um duplo viés: não mais exclusivamente na clássica função de proteção contra o arbítrio, mas, da mesma forma, com a obrigatoriedade de concretizar os direitos prestacionais. Para tanto, elucida Streck:

Trata-se de entender, assim, que a proporcionalidade possui uma dupla face: de proteção positiva e de proteção de omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o restado do seu sopesamento (*Abwägung*) entre fins e meios; de outro lado, a inconstitucionalidade pode advir de proteção insuficiente de um direito fundamental-social, como ocorre quando o Estado abre mão do uso de terminadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos. Este duplo viés do princípio da proporcionalidade decorre da necessária vinculação de todos os atos estatais à materialidade da constituição e tem como consequência a sensível diminuição da discricionariedade (liberdade de conformação) do legislador.³⁷

Nessa compreensão, a responsabilidade civil da Administração Pública é proporcional, ou seja, o Estado não responderá pelo dano que não se afigure como antijurídico e desproporcional. Essa diretriz permite uma releitura da teoria da responsabilidade extracontratual do Estado, por um lado, evitando-se o Poder Público que atue em excesso, mas, por outro, impelindo-o ao cumprimento das suas tarefas positivas e negativas, atualmente negligenciadas, tudo para a proteção da intangibilidade nuclear dos direitos fundamentais.³⁸

Se por um lado da questão, à luz da proporcionalidade, não há como se tolerar o Estado arbitrário, que atua em demasia, de outro, não há como se admitir o Estado segurador ilimitado, muito menos o omissivo.

³⁷ STRECK, L.L. **A Dupla Face do Princípio da Proporcionalidade e o cabimento de Mandado de Segurança em matéria criminal**: Superando o Ideário Liberal-Individualista-Clássico. Revista do Ministério Público nº 53 – Porto Alegre – 2004, p. 246.

³⁸ FREITAS, J. (org.). **Responsabilidade Civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 171.

A doutrina jurídica na Europa já vem ressaltando a necessidade de reformulação da teoria da responsabilidade patrimonial da Administração Pública, até em razão da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, em seu artigo 41.3 (direito à boa administração pública), exigindo a aproximação de responsabilidade administrativa dos diversos países-membros.

A crítica europeia sobre a concepção da responsabilidade objetiva da Administração está bem representada pelo trabalho literário do catedrático espanhol, Jaime Rodriguez-Araña, que expõe novas orientações doutrinárias sobre o tema, calcado na preocupação, que também se aplica à realidade brasileira, de que “(...) todas as hipóteses de danos ocasionados pelo funcionamento dos serviços públicos suscitam reclamações e demandas de responsabilidade patrimonial em face da Administração Pública”.³⁹

O autor espanhol sustenta que, nos dias atuais, cabível a aplicação dos princípios da proporcionalidade, da racionalidade, do Estado Social e Democrático de Direito, na apreciação da responsabilidade patrimonial objetiva da Administração Pública, de modo a evitar sistemas de responsabilidade civil excessivamente genéricos e indeterminados, os quais deixam para a jurisdição o instituto da responsabilidade estatal, com prejuízo para os princípios da segurança jurídica e igualdade. Rodriguez-Araña tece críticas ao sistema espanhol da responsabilidade patrimonial do Estado, aproveitáveis à nossa realidade jurídica, com a acertada preocupação que os sistemas genéricos de responsabilidade administrativa, de excessivo alcance, podem causar resultados gravosos para as finanças públicas.

A preocupação acerca da generalidade da responsabilidade civil da administração pública também é verificada na obra do Professor García de Enterría, onde discorre que a Lei de Expropriação Forçosa de 1954, a qual propiciou uma importante ruptura na anterior irresponsabilidade total da Administração na Espanha, revolucionando o Direito Administrativo naquele país, causou excessos na sua aplicação, motivados pela cláusula geral, que impôs a responsabilidade direta, objetiva, global e independente do funcionamento normal ou anormal dos serviços públicos.⁴⁰

³⁹ RODRIGUEZ-ARAÑA, J. **Novas orientações doutrinárias sobre a Responsabilidade Patrimonial da Administração Pública**. Artigo. Revista Interesse Público, Editora Fórum, n. 29, jan./fev. 2005.

⁴⁰ Consoante Enterría (La Responsabilidad Patrimonial del Estado Legislador en el Derecho Español, 2ª Edición, Thomson Civitas, 2007, Madrid. p. 217): “Haciendo exacto el lúcido juicio de HEDEMANN sobre los riesgos-los [peligros], literalmente – que para el Derecho y para el Estado presenta [la huida a la cláusula general], la cláusula general con la que se rige nuestro Derecho de daños en lo que se refiere a la Administración Pública há ocasionado disfuncionalidades graves en los momentos de su aplicación, normalmente en el sentido de un exceso jurisprudencial (y hoy, quizás, en una visible restricción). Estos excesos han sido resaltados (comenzando por la absurda conclusión de que lá cláusula consagraba una supuesta

Consabido que os riscos da sociedade atual vêm crescendo gradativamente, em áreas como energia nuclear, meio ambiente, química, genética, segurança, exigindo decisões e ações do Poder Público cada vez mais intensas, que causam ou poderão causar danos aos cidadãos. Nesta sociedade de potencial perigo, em que o Estado atua em atividades especializadas, que anteriormente não exercia, interferindo nos direitos e liberdades individuais, a responsabilidade adquire cada vez maior relevância, dando causa, por vezes, a indenizações de alto valor. Esta observação é deveras preocupante, no cenário nacional, tendo em conta que a excelência e a total eficiência dos serviços públicos se encontram bem distantes de serem alcançadas.

O que se constata, na prática, é uma demanda excessiva de feitos ajuizados contra a Fazenda Pública, não se questionando aqui se desarrazoados ou não, impondo ao Poder Judiciário a reparação dos danos, de forma casuística, o que poderia ser evitado, por exemplo, caso a Administração Pública reconhecesse suas eventuais falhas, com observância, por certo, dos princípios que a regem (art. 37 da Constituição Federal), e reparasse os danos perpetrados por seus agentes, tudo em respaldo ao direito fundamental à boa administração pública.

Com essas perspectivas, justifica-se a releitura da teoria da responsabilidade do Estado, de modo a evitar-se a ampliação do conceito da responsabilidade objetiva e a superficialidade na análise do nexos causal, condenando o Estado a uma espécie de *segurador universal*. Este é o alerta trazido pelo Ministro Gilmar Mendes, que demonstra receio com a *banalização* da ideia da responsabilidade civil, advertindo que: “Alguns juristas e magistrados têm-se servido de um conceito amplíssimo de responsabilidade objetiva, levando às raias do esoterismo a exegese para a definição do nexos causal”.⁴¹

Gilmar Mendes refere que a responsabilidade civil do Estado deve ser objeto de uma investigação precisa, com observância das circunstâncias em que se deu o suposto evento danoso, sob pena de impor-se à sociedade o ônus de arcar com vultosas indenizações, sem elementos suficientes que a fundamentem, o que contraria o próprio Estado constitucional garantidor de direitos fundamentais.⁴²

responsabilidad [objetiva], lo que implicaría omitir los [títulos de imputación] que la misma fórmula legal exige: la lesión há de ser [consecuencia del funcionamiento... de los servicios públicos], en el texto constitucional), crítica que há venido tanto de los privatistas (que han subrayado la disfuncionalidad de que la Administración deba de indemnizar supuestos daños que en el tráfico civil ordinário no son indemnizables; por ejemplo, en materia de daños causados por la práctica sanitária, mucho más extensamente en los hospitales públicos que en las clínicas privadas, o en los producidos en escuelas públicas que en colégios privados) como, finalmente, por la misma doctrina iuspublicista.”

⁴¹ MENDES, G.F.; MÁRTIRES COELHO, I.; GONET BRANCO, P.G. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 843.

⁴² Op. Cit. Ref. 41, p. 844/845.

Cumpra salientar que o princípio da proporcionalidade ao ser incorporado à teoria da responsabilidade civil extracontratual do Estado insere a ideia da exigência de atuação equilibrada do Poder Público. Com essa roupagem, deve ser examinada a proporcionalidade das condutas estatais, utilizando-se os prismas da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Com a adoção dos subprincípios da proporcionalidade, verifica-se se os atos estatais são apropriados para o alcance dos objetivos propostos (adequação); se existe uma alternativa melhor, ou, em outras palavras, se há um ato estatal com capacidade de cumprir igual tarefa com igual adequação, mas de maneira menos ofensiva aos interesses, direitos e bens lícitos preteridos (necessidade); e se as vantagens fático-jurídicas suplantam as desvantagens (proporcionalidade em sentido estrito). Em síntese, a máxima da proporcionalidade é um importante método para a análise da relação existente entre a medida escolhida, o resultado produzido e a finalidade buscada.⁴³

Sob o enfoque da proporcionalidade, Juarez Freitas (2007, p. 69/70) apresenta os requisitos da responsabilidade do Estado:

- a) a existência de dano material ou imaterial, juridicamente injusto e desproporcional, causado a terceiro (não necessariamente usuário de serviços públicos), afrontando o direito fundamental à boa administração;
- b) o nexo causal direto; e
- c) a conduta omissiva ou comissiva de agente, nessa qualidade, da pessoa jurídica de direito público ou de direito privado prestadora de serviço público.

No exame dos apontados requisitos, a proporcionalidade surge como uma salvaguarda para os direitos fundamentais, pois o agente público tem o dever de sacrificar o mínimo para preservar o máximo dos aludidos direitos, sob pena da configuração da responsabilidade estatal, caso advierem danos a terceiros.

Esta é a diretriz que deve pautar a atividade administrativa do Estado Democrático de Direito, que se subordina à supremacia e indisponibilidade dos direitos fundamentais, critério anterior à supremacia do interesse público. Dessa forma, a atividade administrativa deve ser norteada pelo respeito aos direitos fundamentais, devendo ser evitada qualquer invocação genérica de *interesse público*, por vezes caracterizado como um fim mais conveniente ao aparato administrativo, em sacrifício ao valor fundamental, de modo a preservar o Estado Democrático de Direito.⁴⁴

⁴³ HILDEMBERG, A.F. **O Princípio Tridimensional da Proporcionalidade na Teoria Geral do Direito Público e Administrativo**. Revista CEJ, Brasília, v. 11, nº 36, março 2007, p. 23/29.

⁴⁴ JUSTEN FILHO, M. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 46/47.

2.2.2 Responsabilidade proporcional e objetiva pelas condutas comissivas e omissivas

Como já fora anteriormente expandido, a responsabilidade civil extracontratual do Estado tanto pode estar vinculada a uma conduta ativa ou omissiva do Poder Público, não havendo discussões doutrinárias acerca da aplicação da teoria objetiva nos atos comissivos.

Entretanto, no campo da responsabilidade estatal pelos atos omissivos, existem grandes divergências doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema, ressaltando-se posicionamentos que a vinculam ao elemento subjetivo, culpa, consubstanciada no não-funcionamento do serviço público ou funcionamento tardio ou ineficaz.⁴⁵

Como já abordado, com a atuação do Estado cada vez mais intensa e especializada e a distância, em regra, da buscada excelência do serviço público a ser prestado, há a inequívoca necessidade de que se fomente o cumprimento, tanto das obrigações negativas como das dimensões prestacionais, tudo no intuito de zelar pela eficácia dos direitos fundamentais.

De outro lado, fundamentada a preocupação de que o Estado não deva ser considerado um segurador universal, com a aplicação da responsabilidade global e objetiva, gerando um excessivo alcance.

Porém, sob o prisma da proporcionalidade, que enseja a responsabilidade extracontratual moderada, impedindo não só os excessos, como as omissões (inoperâncias), as quais se configuram em uma violação do dever de agir proporcional, há um equacionamento teórico da problemática suscitada, de modo a permitir que o Estado responda objetivamente, tanto pelas ações como pelas omissões. Neste contexto, interpreta-se do art. 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal, que há a responsabilidade da Administração Pública pelo dano antijurídico e desproporcional, independentemente de culpa ou dolo na configuração do nexa causal, inclusive nos casos de conduta omissiva, impondo-se ao Estado o ônus de exclusão do nexa causal.⁴⁶

⁴⁵ Em defesa deste posicionamento, destaca-se o conhecido doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello, segundo o qual não basta para a configuração da responsabilidade do Estado a simples relação entre a ausência de serviço (omissão estatal) e o evento lesivo. Na espécie, torna-se imprescindível algo mais: “(...) a culpa por negligência, imprudência ou imperícia no serviço, ensejadoras do dano, ou então o dolo, intenção de omitir-se, quando era obrigatório para o Estado atuar e fazê-lo segundo um certo padrão de eficiência capaz de obstar ao evento lesivo (Curso de Direito Administrativo. 2007, p. 997).

⁴⁶ Neste sentido, a doutrina de Juarez Freitas: “(...) Nesse prisma, uma vez cristalizada a antijuridicidade (ação ou omissão anômala e desproporcional), haverá o nexa causal e o dever de indenizar: não há motivo para indagar sobre a culpa ou o dolo do agente, mas somente acerca da antijuridicidade e de sua extensão, na violação ao princípio da proporcionalidade, em sua dupla face: vedação de excessos e proibição de inoperâncias ou omissões. Configurada a violação, existirá o dano anômalo, ainda que a conduta do agente possa ser catalogada como ‘lícita’. Eis a

2.2.3 Exclusão do nexa causal pela impossibilidade motivada e justificável do cumprimento do dever. A reserva do possível

A responsabilidade civil extracontratual moderada do Estado, orientada pelo princípio da proporcionalidade, aborda o pressuposto do nexa proporcional, permitindo a sua exclusão, para além dos casos de força maior, caso fortuito e culpa exclusiva da vítima, já conhecidos pela doutrina,⁴⁷ com a adoção da impossibilidade motivada do cumprimento do dever, no intuito de vedar os excessos e as omissões no agir estatal.

É a proposta trazida pelo doutrinador Juarez Freitas, que entende não ser razoável a admissão do liame causal: “(...) se inviável o cumprimento do dever (‘reserva do possível’)”.⁴⁸

Em uma breve análise, refere-se que a teoria da reserva do possível foi trazida pelo direito europeu, mais precisamente da jurisprudência constitucional alemã (*Der Volbelhalt des Möglichen*), e corresponde a uma ideia de que os direitos sociais a prestações materiais dependem da disponibilidade de recursos financeiros.⁴⁹

Canotilho exprime a ideia de que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais estão sob a reserva da capacidade financeira do Estado, mas, de outro lado, também admite que este aspecto não conduz a “*aceitação acrítica de alguns ‘dogmas’ contra os direitos sociais*”.⁵⁰

saída proporcional para as legítimas preocupações com relação ao objetivismo extremado. Dito em outros termos, com a devida prudência, a teoria do risco administrativo, reexaminada em harmonia com o princípio da proporcionalidade, conduz à responsabilidade adequada, necessária e proporcional em sentido estrito, propensa a viabilizar a eficaz reparação, bem como a tempestiva prevenção e, se for o caso, a precaução. Tudo para que cessem os famigerados danos provocados por ações e omissões antijurídicas. Em última instância, não se quer nem o Estado arbitrário e excessivo, nem o Estado brasileiro descumpridor dos seus deveres e gravemente omissor. Quer-se, com o firme anelo, ver, no século em curso, os princípios da proporcionalidade e da responsabilidade compreendidos e aplicados, de maneira sistemática, fundamentada e consistente, a favor da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais.” (Responsabilidade civil do Estado e o princípio da proporcionalidade, publicado em 19.01.2006, disponível em <http://www.revistadourtrina.trf4.gov.br/artigos/edicao010/juarez-freitas.htm>).

⁴⁷ Alexandre de Moraes, a propósito refere: “(...) no Direito brasileiro, a responsabilidade civil do Estado é objetiva, com base no risco administrativo, que, ao contrário do risco integral, admite abrandamentos. Assim, a responsabilidade do Estado pode ser afastada no caso de força maior, caso fortuito, ou, ainda, se comprovada a culpa exclusiva da vítima; havendo culpa exclusiva da vítima, ficará excluída a responsabilidade do Estado. Entretanto, se a culpa for concorrente, a responsabilidade civil do Estado deverá ser mitigada, repartindo-se o *quantum* da indenização...;” (Constituição do Brasil Interpretada e legislação constitucional. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 904).

⁴⁸ FREITAS, Juarez (org.). **Responsabilidade do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 178.

⁴⁹ KRELL, A.J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002, p. 52.

⁵⁰ CANOTILHO, J.J.G. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. Coimbra, 2004, p.107/108. O ilustre autor português desvenda o significado da reserva do possível com as seguintes respostas:

Inegável a assertiva de Canotilho de que os direitos sociais, econômicos e culturais custam muito dinheiro.⁵¹ Nessa seara, afirma o ilustre constitucionalista que a realização dos direitos fundamentais é um problema de competência constitucional, pois, ao legislador, cabe garantir as prestações integradoras dos direitos sociais, econômicos e culturais, dentro das reservas orçamentárias, dos planos econômicos e financeiros.⁵²

Inafastável também a necessidade de que “conceitos constitucionais transplantados do Direito Comparado” precisam ser adaptados a nossa realidade brasileira, cujos direitos sociais estão longe de serem plenamente efetivados. A dimensão do conceito de *redistribuição de recursos* e a discussão sobre os limites do Estado Social e a redução de suas prestações deve obter diverso enfoque do direito europeu.⁵³

Isso significa que a reserva do possível deve ser interpretada com “reservas”, de modo a evitar a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, primordialmente os de cunho social, ou mesmo como fundamento impeditivo da intervenção judicial. Nesta análise, assume importância o princípio da proporcionalidade, em sua dupla dimensão como proibição de excesso e de insuficiência, atuando como parâmetro no controle dos atos do poder público, inclusive do Poder Judiciário.⁵⁴

No campo da responsabilidade estatal, impõe-se que a reserva do possível não serve de argumento para afastar as prestações relativas à tutela do *mínimo existencial*, de atendimento obrigatório do poder público, o qual se configura no conjunto de direitos fundamentais inerentes à dignidade humana. Sustenta-se, assim, que as condições existenciais mínimas são um claro limite à liberdade de conformação do legislador. O princípio da dignidade da pessoa humana, aqui, se insere como uma importante função demarcatória, criando um limite para a configuração de um padrão mínimo na esfera dos direitos sociais.⁵⁵

“1. ‘Reserva do possível’ significa a total desvinculação jurídica do legislador quanto à dinamização dos direitos sociais constitucionalmente consagrados. 2. Reserva do possível significa a *tendência para zero*’ da eficácia jurídica das normas constitucionais consagradoras de direitos sociais. 3. Reserva do possível significa a *gradualidade* com dimensão lógica e necessária da concretização dos direitos sociais, tendo sobretudo em conta os limites financeiros. 4. Reserva do possível significa a *insindicabilidade* jurisdicional das opções legislativas quanto à densificação legislativa das normas constitucionais reconhecedoras de direitos sociais

⁵¹ Idem ref. 50, p. 107.

⁵² CANOTILHO, J.J.G. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. 2. ed. Coimbra, 2001. p. 369.

⁵³ Idem ref. 49, p. 54.

⁵⁴ SARLET, I.; FIGUEIREDO, M. **A Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: Algumas Aproximações**. Direitos Fundamentais e Justiça Ano 1, nº 1 – out./dez.2007, PUCRS-HS Editora. p. 191/192.

⁵⁵ SARLET, I. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 373/374.

Na prática, pondera Gustavo Amaral, que ao Estado compete a demonstração, judicial, que tem motivos fáticos razoáveis para deixar de cumprir, concretamente, as normas constitucionais que asseguram as prestações positivas. E ao Poder Judiciário competiria tão-somente verificar a *razoabilidade* e a *faticidade* dessas razões, as quais, caso demonstradas, não poderia este poder se substituir ao Administrador.⁵⁶

Mas Gustavo Amaral também conclui que, ao decidir demandas individuais ou coletivas que dizem respeito a pretensões positivas, o Poder Judiciário deve ponderar para o *grau de essencialidade da pretensão*, em razão do mínimo existencial, e a excepcionalidade da situação posta, que possa justificar a decisão alocativa tomada pelo Estado, a qual tenha causado o não-atendimento da pretensão.⁵⁷

De tudo isso, percebe-se que a reserva do possível, ou a impossibilidade motivada e justificável do cumprimento do dever, se configura em uma causa de exclusão da responsabilidade estatal, caso, no exame da proporcionalidade da sua atuação, preponderem topicamente os argumentos relativos à reserva orçamentária sobre a salvaguarda de um determinado direito. Entretanto, não se verifica tal causa de exclusão, na hipótese de o conflito versar acerca da garantia de um direito fundamental ao mínimo existencial (direito à vida, à saúde), tendo em conta que, em regra, a salvaguarda destes direitos prepondera sobre a reserva do possível, o que deve ser aferido, categoricamente, diante do caso concreto.

Conclusão

À guisa de conclusão, afirma-se que a proporcionalidade é extraída dos próprios fundamentos da constituição brasileira e qualificada como um princípio geral de direito, possuindo assento na doutrina e jurisprudência pátrias, como um mecanismo de proteção aos direitos fundamentais.

Na busca da proteção aos direitos fundamentais, necessária a superação da leitura unilateral do princípio da proporcionalidade, consubstanciada na ideia de proibição do excesso, adotando-se, também, a noção de proibição da insuficiência e da inoperância estatais, ou seja, proteção positiva e proteção negativa.

⁵⁶ AMARAL, G. **Interpretação dos Direitos Fundamentais e o Conflito entre Poderes**. Teoria dos Direitos Fundamentais. (Org. Ricardo Lobo Torres). 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 116/117.

⁵⁷ AMARAL, G. **Direito, Escassez & Escolha**. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2001, p. 228.

De outro lado, tem-se como inafastável a adoção do direito fundamental à boa administração pública, trazido pelo artigo 41 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, como uma norma implícita de direta e imediata eficácia em nosso sistema constitucional, sendo a plena responsabilização do Estado pelas condutas omissivas e comissivas de seus agentes ou instituições, causadoras de danos aos cidadãos, um de seus importantes desdobramentos.

Na adoção do direito fundamental à administração pública, urge o redimensionamento da teoria do risco administrativo, sob o prisma da proporcionalidade, em sua dupla dimensão, para a efetiva proteção à sociedade, não só pela clássica função de proteção contra o arbítrio, mas, de igual modo, de proteção contra as omissões e inoperâncias estatais.

Nessa visão, a responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública é proporcional, ou seja, Estado não responderá pelos danos que não se afigurem como antijurídicos e desproporcionais, respondendo objetivamente pelas condutas comissivas e omissivas desproporcionais, permitindo-se também a exclusão do nexo causal pela reserva do possível, caso o conflito não abarque a garantia de um direito fundamental ao mínimo existencial.

É, assim, a responsabilidade civil extracontratual proporcional e objetiva do Estado um direito fundamental do cidadão.

Referências

ALEXI, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. [Trad. Luís Afonso Heck]. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. [Trad. Virgílio Afonso da Silva]. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BANDEIRA, Celso Antônio de Mello. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed. 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.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constituição do Direito**. Artigo, Revista Interesse Público, 33, 2005.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. São Paulo: Celso Bastos, IBDC, 1997.

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

- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Senado Federal, 1988. 35. ed. [atual. e aum.] São Paulo: Saraiva, 2005.
- CAHALI, Yussef. **Responsabilidade Civil do Estado**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- CANOTILHO, J.J.Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. 2. ed. Coimbra – Portugal: Coimbra, 2001.
- _____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra – Portugal: Almedina, 2003.
- _____. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. Coimbra Editora, 2004.
- CRISTÓVAN, José Sérgio da Silva. **Colisões entre Princípios Constitucionais: Razoabilidade, Proporcionalidade e Argumentação Jurídica**. Curitiba: Juruá, 2006.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- ENTERRÍA, Eduardo García de. **La Responsabilidad Patrimonial del Estado Legislador en el Derecho Español**. 2.ed. Madrid – Espanha: Thomson-Civitas, 2007.
- FELDENS, Luciano. **A Constituição Penal – A Dupla Face da Proporcionalidade no Controle de Normas Penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Estado de Direito e Devido Processo Legal**. Artigo. Revista Trimestral de Direito Público, v. 15, p. 35-44, 1996.
- FREITAS, Juarez. **Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2007.
- _____. **Responsabilidade civil do Estado e o princípio da proporcionalidade**. Revista Doutrina, 2006
- _____. (org.). **Responsabilidade do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006.
- FROTA, Hidemberg Alves da. **O Princípio Tridimensional da Proporcionalidade na Teoria Geral do Direito Público e Administrativo**. Artigo. Revista CEJ, Brasília, v. 11, n. 36, março/2007, p. 23-29.
- GAVIÃO, Juliana Venturella Nahas. **A Proibição de Proteção Deficiente**. Artigo. Revista do Ministério Público n. 61. maio/outubro/2008. Porto Alegre, 2008.
- HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. [Trad. Gilmar Ferreira Mendes]. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- KRELL, Andreas. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo G. Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- _____; _____. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

- _____. **Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- NOVAIS, Jorge Reis. **As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra – Portugal: Coimbra, 2003.
- RIQUITO, Ana Luísa; VENTURA, Catarina Sampaio; ANDRADE, J.C. Vieira de; CANOTILHO, J.J.Gomes; Gorjão-Henriques, Miguel; RAMOS, R.M.Moura; MOREIRA, Vital. **Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia**. Coimbra – Portugal: Coimbra, 2001.
- RODRIGUEZ-ARAÑA, Jaime. **Novas orientações doutrinárias sobre a Responsabilidade Patrimonial da Administração Pública**. Artigo. Revista Interesse Público, Editora Fórum, n. 29, jan./fev. 2005.
- SARLET, Ingo. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- _____. **Constituição e Proporcionalidade: O Direito Penal e os Direitos Fundamentais entre Proibição de Excesso e de Insuficiência**. Revista de Estudos Criminais n. 12, v. 03, out./dez/2003.
- _____. (org.). **A Constituição Concretizada**. Construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- _____; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos Fundamentais orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. [Trad. Beatriz Hennig e outros]. Montevideu: Fundação Konrad-Adenauer, 2005, p. 276.
- SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- _____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de Direitos Fundamentais e o princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- STRECK, Lenio Luiz. **A Dupla face do Princípio da Proporcionalidade e o Cabimento do Mandado de Segurança em Matéria Criminal: Superando o Ideário Liberal-Individualista Clássico**. Artigo. Revista do Ministério Público n. 53, Porto Alegre-2004.
- _____; MORAES, José Luis Bolzan de. **Ciência Política & Teoria do Estado**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- TORRES, Ricardo Lobo (org.). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.