

# **DERECHOS FUNDAMENTALES, OMISIÓN INCONSTITUCIONAL Y RESPONSABILIDAD CIVIL OBJETIVA DEL ESTADO EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL BRASILEÑA.**

**Por Anderson Vichinkeski Teixeira**

## **RESUMEN**

El artículo pretende exhibir un breve panorama acerca de la posición del Supremo Tribunal Federal cuando el tema es responsabilidad objetiva del Estado por omisión inconstitucional, sobre todo omisión administrativa. Las ofensas a los derechos fundamentales de los ciudadanos por conductas omisas de la Administración Pública ha sido objeto de diversas interpretaciones en la historia de la jurisprudencia constitucional brasileña. Por eso empezamos con un análisis de algunos juzgados recientes y posteriormente concentramos nuestro estudio en el debate teórico existente sobre las principales teorías de la responsabilidad civil aplicables en casos como los aquí analizados.

## **PALABRAS CLAVE**

Derecho constitucional. Derechos fundamentales. Omisión inconstitucional

# FUNDAMENTAL RIGHTS, UNCONSTITUTIONAL OMISSION AND STATE'S OBJECTIVE LIABILITY IN THE BRAZILIAN CONSTITUTIONAL COURT

By Anderson Vichinkeski Teixeira

## SUMMARY

The article attempts to show a brief overview of the position of the Brazilian Supreme Court regarding cases of State's objective liability for unconstitutional omission, especially administrative omission. The affronts to fundamental rights of citizens by omissions from the public administration were object of several interpretations in the history of the Brazilian Constitutional Court. For this reason, we begin with an analysis of some recent cases and subsequently we focus our study on the theoretical debate about the main theories of civil liability applicable to cases like those analyzed here.

## KEYWORDS

Constitutional law. Fundamental rights. Unconstitutional omission.

# DERECHOS FUNDAMENTALES, OMISIÓN INCONSTITUCIONAL Y RESPONSABILIDAD CIVIL OBJETIVA DEL ESTADO EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL BRASILEÑA.

Por Anderson Vichinkeski Teixeira\*

## I. Introducción

El presente artículo pretende hacer un estudio sobre el enfrentamiento del tema, por parte del Supremo Tribunal Federal, de la responsabilidad objetiva del Estado por omisiones inconstitucionales que resultaron en ofensas a derechos fundamentales. Analizaremos la reciente jurisprudencia constitucional y su evolución hacia la responsabilización objetiva estatal, sobre todo con base en la Teoría del Riesgo Administrativo.

En un primer momento sintetizaremos las posiciones adoptadas por el Supremo Tribunal Federal vinculadas al tema en objeto en los últimos veinte años. Consideraremos solamente los juzgados relacionados a omisiones (legislativas o administrativas) causadoras de lesiones en derechos fundamentales. Posteriormente pasaremos al examen de las posiciones teóricas adoptadas por la Corte brasileña máxima, con especial destaque para el debate entre la Teoría del Riesgo Administrativo, la Teoría del Riesgo Integral y la Teoría de la Causa Directa.

Por fin, después de analizar los juzgados y las principales teorías sobre responsabilidad objetiva defendidas por las partes en el Supremo Tribunal Federal, se demostrará la progresiva y constante tendencia de afirmación de la responsabilidad objetiva en casos de lesión a derechos fundamentales decurrentes de una omisión inconstitucional.

## II. Breve panorama acerca de la evolución jurisprudencial del Supremo Tribunal Federal

Para facilitar nuestro análisis, optamos por dividir el presente panorama de acuerdo con las temáticas específicas abordadas en los siguientes juzgados.

---

\* Doctor (2009) en Teoría y Historia del Derecho por la *Università degli Studi di Firenze* (IT), con periodo de investigación doctoral en la Facultad de Filosofía de la *Université Paris Descartes-Sorbonne*. Periodo de investigación posdoctoral en la *Università degli Studi di Firenze* (2010). Maestría (2005) en Derecho del Estado (PUC/RS). Profesor del Programa de Postgrado en Derecho de la *Universidade do Vale dos Sinos* (UNISINOS). Consultor jurídico y abogado. Otros escritos del autor están disponibles en [www.andersonteixeira.com](http://www.andersonteixeira.com)

## 2.1. Omisión administrativa de autoridades policiales que no cumplieron orden de reintegración de posesión

En el agravio regimental en agravio de instrumento, número 600.652, de 04/10/2011,<sup>1</sup> la Corte decidió no reexaminar, con base en la "súmula 279"<sup>2</sup> del Supremo Tribunal Federal, un caso donde el Estado fue condenado por omisión que resultó en daños a la propiedad privada de ciudadano cuyas tierras fueron invadidas indebidamente por miembros del "Movimento dos Sem-Terra". Por consecuencia, el Supremo confirmó la decisión del tribunal ordinario que condenó el Estado por incumplir orden de reintegración de posesión, una vez que por no enviar autoridades policiales resultó en pérdidas y daños efectivos.

## 2.2. Omisión administrativa y el derecho a matrícula en guardería

En el agravio regimental en recurso extraordinario con agravio, número 639.337, de 23/08/11, la Corte confirmó sentencia del Tribunal de São Paulo que condenó el Municipio de São Paulo por ofensa a derecho fundamental a la educación.<sup>3</sup> El caso trata del deber de matricular a los niños menores de 5 años en guarderías cerca de sus residencias o de los locales de trabajo de sus padres o responsables legales. La educación es derecho fundamental protegido por la Constitución brasileña (art. 208, IV) y el deber jurídico en casos como esos compete específicamente al Municipio (art. 211, § 2º).

En todas las instancias judiciales por donde pasó el presente caso el debate fue en gran parte concentrado entre el derecho a la educación y la reserva del posible.

El Ministro Celso de Mello afirmó que:

A cláusula da reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana.

Además, el principio de prohibición del retroceso social impide, en tema de derechos fundamentales de carácter social, que sean subvertidas las conquistas ya alcanzadas por el ciudadano y por la organización social en que vive. La prohibición del retroceso en materia de derechos a prestaciones positivas por parte del Estado impide que las condiciones mínimas de concretización de tales prerrogativas, una vez alcanzadas, puedan ser ulteriormente reducidas o suprimidas por el Estado. El

<sup>1</sup> STF – Segunda Turma – AI 600.652 AgR/PR – Relator Ministro Joaquim Barbosa – Julgamento: 04/10/2011 – DJ: 24/10/2011.

<sup>2</sup> "Súmula 279: Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário."

<sup>3</sup> STF – Segunda Turma – ARE 639.337 AgR/SP – Relator Ministro Celso de Mello – Julgamento: 23/08/2011 – DJ: 15/09/2011.

mínimo existencial establece un núcleo esencial de derechos que deben ser protegidos y garantizados por – y mismo contra – el Estado. El presente caso ilustra muy bien la responsabilidad estatal por omisiones administrativas que resultan en lesiones a derechos fundamentales.

La Corte Suprema confirmó también la legitimidad de la aplicación de astreintes en caso de no cumplimiento de la decisión judicial.

### **2.3. Falta de señalización en autopista federal y accidente que causó la muerte de tres personas**

En el juzgado número 693.628, un agravio regimental en agravio de instrumento, de 01/12/2009<sup>4</sup>, el Supremo Tribunal Federal decidió no reexaminar, nuevamente con base en su “súmula 279”<sup>5</sup>, un caso donde el Tribunal Regional Federal del Estado de São Paulo condenó el “Departamento Nacional de Estradas de Rodagem (DNER)” por omisión administrativa responsable por fallos en la señalización de autopista federal. Esos fallos resultaron en la muerte de dos hijos y del marido de la autora de la acción de indemnización originaria del presente caso.

La confirmación, por parte de la Corte, de la decisión del Tribunal *a quo* estuvo basada formalmente en la imposibilidad de un nuevo examen de pruebas por medio del recurso extraordinario, pero también se basó materialmente en los argumentos destacados por el Tribunal de São Paulo: en caso de responsabilidad objetiva por omisión de la Administración Pública es suficiente para caracterizar el deber de indemnizar la demostración de la inobservancia de los deberes legales a los cuales el Estado no puede omitirse. Según la Corte, solamente la imprevisibilidad y la irresistibilidad podrían quitar del Estado la responsabilidad en situaciones como la vista en el presente juzgado.

### **2.4. Fiscalización deficiente en casas nocturnas y el deber de indemnizar vecinos por parte del Estado**

En juzgado<sup>6</sup> de 24/08/2010 fue confirmada, por medio del rechazo del agravio regimental en agravio de instrumento, la responsabilidad civil objetiva del Municipio del Rio de Janeiro por fiscalización deficiente de un bar que funcionaba siempre hasta las 4 horas de la madrugada, perturbando el descanso de un vecino. En el momento de autorizar o no el funcionamiento del bar el Municipio debería preocuparse también con las condiciones de los moradores que serían afectados por las actividades nocturnas del establecimiento. La negligente fiscalización del Municipio resulta en su responsabilidad objetiva por daños patrimoniales y morales sufridos por dicha persona en contacto directo con el bar.

<sup>4</sup> STF – Segunda Turma – AI 693.628 /SP – Relator Ministra Ellen Gracie – Julgamento: 01/12/2009 – DJ: 18/12/2009.

<sup>5</sup> “Súmula 279: Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.”

<sup>6</sup> STF – Segunda Turma – AI 742.555 AgR/RJ – Relator Ministra Ellen Gracie – Julgamento: 24/08/2010 – DJ: 10/09/2010.

## 2.5. Fuga de presos

En otro juzgado, un agravio regimental en agravio de instrumento, número 740.695, de 01/12/2009<sup>7</sup>, el Supremo entendió que preso que vive "extra-muros" se encuentra bajo la responsabilidad del Estado solamente cuando está dentro de la penitenciaría, que no es posible responsabilizar objetivamente el Estado por el asesinato del recluso mientras estaba fuera de la protección de la guardia interna de la cárcel. La negligencia podría configurarse solamente en caso de muerte dentro de la institución penitenciaria.

La presencia o no del recluso en el interior del presidio es también parámetro para casos de condena del Estado al pago de gastos con funeral y pensión mensual a la madre, como visto en el recurso extraordinario número 215.981, juzgado el 08/04/2002.<sup>8</sup> La condena del Estado de Río de Janeiro fue consecuencia de la omisión por parte de los agentes públicos en el deber de vigilar a los internos. En este caso cabe a la madre del individuo asesinado dentro de la cárcel el derecho a recibir indemnización por los gastos con funeral y una pensión mensual. La responsabilidad objetiva del Estado se tornó comprobada en definitivo cuando surgieron pruebas indicando ser previsible y evitable la muerte del recluso, pues había informaciones que indicaban que estaba marcado para morir por una facción criminosa que actuaba dentro de la cárcel. Para evitar la muerte del hijo de la autora bastaría con transferirlo para otra prisión.

Sin embargo, situación diversa es la del preso forajido. En el recurso extraordinario número 130.764/PR, de 12/05/1992, el Supremo Tribunal Federal decidió que no era posible sustentar la responsabilidad objetiva del Estado por el comportamiento de preso forajido que, cerca de 21 meses después de la evasión, había cometido un delito en cuanto miembro de una banda.<sup>9</sup> El nexo de causalidad entre la conducta y el resultado dañino debe ser claro incluso en casos de responsabilidad objetiva.

Pero en el recurso extraordinario número 409.203/RJ, de 08/04/2002, el nexo de causalidad fue comprobado con el fallo del Estado en mantener el interno dentro del sistema carcelario.<sup>10</sup> La omisión estatal permitió al recluso huir de la cárcel ocho veces y, en su última escapada, cometió el delito de violación de una niña de 12 años. El detalle muy significativo es que el violador estaba en régimen abierto cuando ocurrió el hecho. Además, las ocho fugas fueron bajo el mismo régimen abierto. Por todo eso, la víctima y su familia presentaron acción de indemnización por daños morales contra el Estado del Río Grande do Sul, alegando que el fugitivo invadió la casa de las autoras, amenazó a todas con un arma de fuego, les exigió dinero y, al final, violentó la niña de 12 años. Tanto el juez de primer grado como el Tribunal del Estado del Río Grande do Sul condenaron el Estado a indemnizar la víctima y su familia por

<sup>7</sup> STF – Segunda Turma – AI 740.695 AgR/RJ – Relator Ministra Ellen Gracie – Julgamento: 01/12/2009 – DJ: 18/12/2009.

<sup>8</sup> STF – Segunda Turma – RE 215.981 /RJ – Relator Ministro Néri da Silveira – Julgamento: 08/04/2002 – DJ: 31/05/2002.

<sup>9</sup> STF – Primeira Turma – RE 130.764 /PR – Relator Ministro Moreira Alves – Julgamento: 12/05/1992 – DJ: 07/08/1992.

<sup>10</sup> STF – Segunda Turma – RE 409.203 /RJ – Relator Ministro Joaquim Barbosa – Julgamento: 08/04/2002 – DJ: 31/05/2002.

la omisión dañina. El Supremo Tribunal Federal solamente confirmó esa decisión por medio del rechazo del recurso extraordinario en objeto.

## **2.6. Agente público en cuanto parte ilegítima para figurar en el polo pasivo de acción civil para reparación de daños por responsabilidad civil objetiva del Estado**

En juzgado de 18/8/2009, agravio regimental en recurso extraordinario, número 470.996, el Supremo reafirmó el entendimiento de que agente público es parte ilegítima para figurar en el polo pasivo de acción civil para reparación de daños con fundamento en la responsabilidad objetiva del Estado. Solamente el poder público puede figurar como reo en acciones de tal naturaleza.<sup>11</sup> Esa decisión mantiene la posición de la Corte ya precedentemente afirmada por el Ministro Ayres Britto, recurso extraordinario número 327.904, de 08/09/2006: “somente as pessoas jurídicas de direito público, ou as pessoas jurídicas de direito privado que prestem serviços públicos, é que poderão responder, objetivamente, pela reparação de danos a terceiros. Isto por ato ou omissão dos respectivos agentes, agindo estes na qualidade de agentes públicos, e não como pessoas comuns”. Incluso cuando el agente público es el Alcalde debe figurar en el polo pasivo el Municipio. De acuerdo con el Ministro Ayres Britto, se trata de una doble garantía: “uma, em favor do particular, possibilitando-lhe ação indenizatória contra a pessoa jurídica de direito público, ou de direito privado que preste serviço público, dado que bem maior, praticamente certa, a possibilidade de pagamento do dano objetivamente sofrido. Outra garantia, no entanto, em prol do servidor estatal, que somente responde administrativa e civilmente perante a pessoa jurídica a cujo quadro funcional se vincular.”<sup>12</sup>

## **2.7. Omisión administrativa que resultó en contaminación por virus**

Decisión muy innovadora del Supremo Tribunal Federal ocurrió en el caso del recurso extraordinario número 495.740 TAR/DF, de 02/06/2009.<sup>13</sup> El hecho que originó el presente juzgado envolvió a una funcionaria pública de la guardería del Hospital Regional de Planaltina/DF que fue contaminada, durante el embarazo, por citomegalovirus, lo que resultó en un feto con serio e irreparable comprometimiento en su formación. Después del nacimiento, fue detectado que la criatura había sido acometida por el “síndrome de West”, una enfermedad que resultó en parálisis cerebral, tetraplegia, ceguera, epilepsia y malformación encefálica. La madre presentó una acción contra el Estado postulando su responsabilidad civil objetiva por la exposición al virus causador de los daños al feto.

El recurso extraordinario en examen fue presentado, en 04/10/2006, contra decisión del Tribunal del Distrito Federal, que declaró inexistente el nexo de causalidad material entre “la enfermedad contraída, generadora de parálisis cerebral, ceguera y mala formación encefálica y la conducta de la red hospitalaria

<sup>11</sup> STF – Segunda Turma – RE 470.996 AgR/RS – Relator p/ acórdão Ministro Eros Grau – Julgamento: 07/03/2006 – DJ: 20/04/2007.

<sup>12</sup> STF – Primeira Turma – RE 327.904/SP – Relator Ministro Carlos Britto – Julgamento: 15/08/2006 – DJ: 08/09/2006.

pública" (hojas 295), confirmando la decisión del juez de primer grado que entendió no existir pruebas demostrando el referido nexo de causalidad en el caso en objeto.

Solamente en 02/06/2009, ocho años después del ocurrido, el Segundo Grupo del Supremo Tribunal Federal decidió, por unanimidad y en definitiva, conceder tutela anticipada a la demanda de la autora, pues entendió presentes los requisitos del *fumus boni iuris* y del *periculum in mora*. Estableció pensión de 2 salarios mínimos mientras el niño viva, valor a ser pago por la Secretaria de Salud del Distrito Federal, so pena de, en caso de no cumplimiento de esa determinación, inmediata incidencia de multa conminatoria diaria ("astreintes") de R\$ 20.000,00, en los términos del art. 461, § 5º, del Código Procesal Civil brasileño. Le fue concedido además el pago, a título de daños morales, de valor correspondiente a 80 salarios mínimos.

Otro juzgado envolviendo contaminación por virus es el agravio regimental en recurso extraordinario, número 363.999/RJ, de 08/04/2003.<sup>14</sup> Se trata de acción de indemnización por daños morales contra el Estado del Rio de Janeiro presentada por paciente hemofílico que contrajo el virus de la inmunodeficiencia humana (VIH) en transfusión de sangre realizada en hospital perteneciente al sistema de salud pública. El Supremo Tribunal Federal decidió no reexaminar, una vez más con base en su "súmula 279", el caso y confirmar la decisión del Tribunal del Rio de Janeiro que condenó el Estado a pagar indemnización por daños patrimoniales y morales decurrentes de la transfusión con sangre contaminada.

### III. La tesis de la causalidad directa: una teoría en decadencia

La tesis central de defensa de los órganos de la Administración Pública tiende a ser la Teoría de la Causa Directa. Eso fue el argumento principal de las procuradurías del Estado en el caso de la enfermera embarazada que contrajo citomegalovirus en un hospital de Planaltina/DF, del paciente hemofílico que fue contaminado con VIH durante transfusión de sangre, de diversas situaciones envolviendo detenidos forajidos del sistema carcelario, entre muchos otros casos.

Durante gran parte del siglo XX la doctrina brasileña preponderante consideraba que la Teoría de la Causa Directa, también conocida como Teoría de la Causa Inmediata, estaría respaldada por el Código Civil de 1916<sup>15</sup> y, posteriormente, por el vigente Código Civil de 2002<sup>16</sup>, una vez que ambos tienen la misma redacción en el momento de establecer que la responsabilidad debe ser directa e inmediata para que se pueda hablar en deber de indemnizar. Agostinho Alvim decía que todas las Escuelas que pretenden explicar la Teoría de la Causa Directa "concordam em que, se há uma violação de direito por parte do

<sup>13</sup> STF – Segunda Turma – RE 495.740 TAR / DF – Relator Ministro Celso de Mello – Julgamento: 02/06/2009 – DJ: 14/08/2009.

<sup>14</sup> STF – Segunda Turma – RE 363.999 AgR/ RJ – Relator Ministro Gilmar Mendes – Julgamento: 08/04/2003 – DJ: 25/04/2003.

<sup>15</sup> "Art. 1.060. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato."

<sup>16</sup> "Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual."

credor, ou de terceiro, interrompido está o nexo causal, e libertado de responsabilidade o autor da causa primeira." (ALVIM 1998: 348)

Dos problemas se pueden percibir de una posición como esa. Primeramente, el Código Civil se destina al reglamento de relaciones del ámbito civil entre personas presumidas formalmente como iguales, no siendo la referencia más adecuada para tratar de derechos fundamentales y de la responsabilidad del Estado por omisiones inconstitucionales, una vez que individuo y Estado no se encuentran en situación de igualdad formal. En segundo lugar, la propia definición de "nexo causal directo e inmediato" es una tarea que hasta hoy pocos han conseguido realizar de modo mínimamente razonable; la complejidad de las relaciones materiales impide que se pueda definir, en la mayoría de los casos, el momento en que la primera causa cesa sus efectos en virtud de la superveniencia de una causa provocada por tercero, lo que sería suficiente para exonerar de responsabilidad el autor de la primera causa. El Supremo Tribunal Federal, en el caso del preso forajido que cerca de 21 meses después de la evasión comete un delito como miembro de una banda, entendió que la primera acción – la omisión del Estado en su deber de vigilancia – ya no puede ser considerada causa para los resultados dañinos que posteriormente ocurrieron. La relación de causalidad se conserva hasta el momento en que ya no es posible atribuir al Estado una vinculación con los resultados que sean consecuencias de causas ulteriores provocadas por terceros, so pena del Estado ser condenado a permanecer eternamente vinculado al comportamiento del forajido. En el caso del forajido del régimen abierto que cometió el delito de violación contra una niña de 12 años la relación de causalidad es todavía muy restricta: fueron ocho fugas de la cárcel sin cualquier perjuicio en su régimen, y el delito ocurrió pocos días después de la fuga.

En alternativa a la Teoría de la Causa Directa, los tribunales suelen considerar aplicable la Teoría del Riesgo Administrativo, pero solamente cuando haya sido satisfecho el requisito elemental de la relación de causalidad material. Pero esa interpretación de la noción de riesgo administrativo desconsidera la posibilidad de nexo causal presumido, tornando la Teoría del Riesgo restricta apenas a los casos donde exista un conjunto probatorio sólido y en condiciones de demostrar todos los vínculos materiales entre la conducta del poder público y el resultado dañino sufrido por el ofendido. Como si fuera poco la reversión de la carga de la prueba en beneficio del Estado, tal interpretación atribuye a la referida teoría la necesidad de existencia del dolo o de la culpa por parte de la Administración Pública.

#### **IV. La Teoría del Riesgo Administrativo y su creciente adopción por el Supremo Tribunal Federal**

La Teoría del Riesgo Administrativo encuentra soporte especialmente en el art. 37, § 6º, de la Constitución brasileña de 1988: "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." Sin embargo, ambos elementos subjetivos referidos en el citado artículo podrían suscitar la necesidad de prueba concreta del nexo de causalidad entre la conducta lesiva del agente público y el resultado sufrido por el ofendido. En la

Teoría del Riesgo Administrativo, recibida en el ordenamiento constitucional brasileño desde la Constitución de 1946, se admite el nexo causal presumido cuando no es posible determinar claramente la relación de causalidad material entre conducta y resultado.

Para fines de comparación, recordemos que la noción de riesgo fue introducida en el derecho francés, en 1896, como bien menciona Maria Celina Bodin de Moraes, con el juzgado "*Teffaine*", el lo cual la empresa fue responsabilizada por los daños causados al empleado víctima de la explosión de una caldera (MORAES 2010: 383). La responsabilidad de la empresa se vinculaba así a la carga del negocio.

En el juzgado anteriormente analizado sobre omisión administrativa que resultó en contaminación por citomegalovirus, el relator Ministro Celso de Mello, destacó que, según línea consolidada en la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal, los elementos que componen y estructuran la noción de responsabilidad civil objetiva del Estado son:<sup>17</sup>

- a) alteridad del daño: el ofendido precisa estar plenamente individualizado, pues la posibilidad de daño difuso es aún incipiente y ha sido desarrollada por la doctrina solamente en casos que envuelven medio ambiente y energía nuclear; en breve, es el momento de verificación de la ocurrencia efectiva del daño;
- b) causalidad material: la conducta omisa o activa del agente público debe estar, de algún modo, vinculada al resultado dañino, independientemente de la licitud o ilicitud de la conducta;
- c) oficialidad de la conducta: la actividad que resultó en el daño debe haber sido perpetrada por agente público que actuaba en condición funcional, o sea, en nombre del Estado; no se cuestiona la licitud del ato, pero si fue cometido por alguien en ejercicio del poder público y si el resultado puede ser atribuido a dicha conducta; el entendimiento es en el sentido de que la actuación de terceros y de hechos de la naturaleza no son suficientes para generar la responsabilización de la Administración Pública (MEIRELLES 2003: 629);
- d) inexistencia de causas excluyentes: no obstante sea objetiva y pueda ser utilizada incluso de modo presumido, existen circunstancias que excluyen la responsabilidad civil del Estado; en general, el Supremo se limita a referir las situaciones de: (1) caso fortuito, (2) fuerza mayor y (3) donde la culpa puede ser atribuible de modo inequívoco a la propia víctima; pero, ha preferido abstenerse de establecer reglas específicas sobre el tema, dejando al examen particularizado de cada caso la definición concreta de tales causas excluyentes.<sup>18</sup>

<sup>17</sup> STF – Segunda Turma – RE 495.740-0/DF – Relator Ministro Celso de Mello – Julgamento: 15/04/2008 – DJ: 14/08/2009, fl. 1442.

<sup>18</sup> "O princípio da responsabilidade objetiva não se reveste de caráter absoluto, eis que admite o abrandamento e, até mesmo, a exclusão da própria responsabilidade civil do Estado, nas hipóteses excepcionais configuradoras de situações liberatórias - como o caso fortuito e a força maior - ou evidenciadoras de ocorrência de culpa atribuível à própria vítima." STF – Primeira Turma – RE 109.615/RJ – Relator Ministro Celso de Mello – Julgamento: 28/05/1996 – DJ: 02/08/1996. En ese mismo sentido, ver STF – Segunda Turma – RE 481.110/PE – Relator Ministro Celso de Mello – Julgamento: 15/04/2008 – DJ: 24/09/2009.

No es posible hablar de culpa atribuible a la propia víctima en el caso de la contaminación por citomegalovirus porque su condición de funcionaria pública no le retira su propia hiposuficiencia frente al empleador, quien debería haber tomado las debidas precauciones y alejado la funcionaria mediante licencia-gestante o simple cambio de sector. El parecer del Sub-Procurador-General de la República, Dr. Wagner de Castro Mathias Netto, fue preciso en destacar (hojas 355-8) que la indiferencia del Estado con su funcionaria empezó por no pagarle insalubridad y culminó con el completo abandono después del parto:

**De outra parte**, o Estado **não** arcou, sequer, com o pagamento do adicional de insalubridade, devido nessas circunstâncias (fls. 18-22), **submetendo a funcionária a situação de contágio, sem opção de mudança** de setor ou qualquer compensação financeira.

**Constatada a gravidez, nada foi alterado no panorama descrito, recalitrando o poder público na exposição da servidora a risco injustificado**, principalmente porque, exercendo o cargo de técnica de administração pública, não deveria estar transportando urina e sangue para os exames laboratoriais. **Assim, enquanto empregador, assumiu**, com a conduta, **o risco deliberado de lesionar o feto**, o que ocorreu a partir do contágio da gestante por citomegalovírus, com conseqüências desastrosas e permanentes, refletidas em tetraplegia, epilepsia e má-formação encefálica, com grave sofrimento para a mãe e a criança e vultosas despesas, incompatíveis com sua situação econômica, para o tratamento clínico da enfermidade e suas repercussões.

La tesis de la culpa atribuible a la víctima ocurre en casos como el agravio regimental en agravio de instrumento, número 596.310-6/MG, donde el Supremo Tribunal Federal entendió que el hecho de la recurrente haber dejado de pagar las facturas de teléfono que estaban a su nombre impide que ella pueda alegar responsabilidad civil objetiva por parte del Estado en relación a la inscripción indebida de su nombre en el Servicio de Protección al Crédito hecha por la compañía telefónica concesionaria de servicio público<sup>19</sup>, o también como visto en el recurso extraordinario número 74.554/PR, cuando se trata de agente público que, en legítima defensa y en el estricto cumplimiento del deber legal, causa la muerte de la víctima<sup>20</sup>. Incluso en esas situaciones, cabe al Estado probar que la víctima causó su propio infortunio,

<sup>19</sup> STF – Segunda Turma – AI-AgR 596.310-6/MG – Relator Ministro Gilmar Mendes – Julgamento: 04/03/2008 – DJ: 28/03/2008.

<sup>20</sup> “RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. TEORIAS DO RISCO ADMINISTRATIVO E DO RISCO INTEGRAL. PROVADO QUE O FATO DECORREU DE CULPA OU DOLO DO LESADO, NÃO CABE AO ESTADO INDENIZAR. ACÓRDÃO QUE JULGA IMPROCEDENTE AÇÃO DE INDENIZAÇÃO PORQUE A MORTE DA VÍTIMA DECORREU DE ATO PRATICADO POR AGENTE POLICIAL EM LEGÍTIMA DEFESA E NO ESTRITO CUMPRIMENTO DE DEVER LEGAL. RECURSO

pues la carga de la prueba *a priori* no podrá recaer sobre ella, sino sobre el poder público. No se puede decir que la Administración Pública deba indemnizar todo y cualquier daño sufrido por particulares. Sin embargo, una vez presentada la acción de indemnización contra el Estado, a éste competirá probar que fue la víctima quien actuó culposamente, en vez de su funcionario. Del punto de vista procesal, “invertese, assim, a posição: não o autor, mas o réu deve comprovar. Se a Administração deixar de produzir essa prova, responderá pelas perdas e danos, cumprindo ao lesado apenas positivar o prejuízo e sua relação causal com o fato.” (MARMITT 1992: 258)

Es importante en ese momento recordar una distinción doctrinaria: Teoría del Riesgo Administrativo y Teoría del Riesgo Integral. Mientras aquella cuenta con diversas causas posibles de exclusión de la responsabilidad objetiva del Estado, la tesis del riesgo integral no admite cualquier excluyente de responsabilidad estatal, aun habiendo sido la conducta perfectamente lícita, celosa y de acuerdo con todas las determinaciones concernientes a la materia en cuestión. Hely Lopes Meirelles (MEIRELLES 2003: 626-7) resaltó tal distinción, pero la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia no acogieron en Brasil la Teoría del Riesgo Integral.<sup>21</sup> Ésta ha tenido alguna aceptación en el ámbito del Derecho Ambiental, bajo el argumento de que compete, en última instancia, al Estado soportar las cargas de la responsabilidad por el daño ambiental (SCAFF 1990: 68-9). Pero en la esfera administrativista, la Teoría del Riesgo Administrativo es ampliamente preponderante por mostrarse más cerca de las necesidades del Estado y de sus administrados, permitiendo que, por un lado, existan causas excluyentes de responsabilidad y, por otro, sea adoptado como criterio referencial la existencia de nexo causal entre la actuación del poder público y el resultado dañino. En la Teoría del Riesgo Administrativo no prevalece la culpa del agente, el fallo del propio servicio o de la actividad administrativa que debería haber sido prestada correctamente. Ocurre la presunción *iuris et de iure* de culpa (PEREIRA 1998: 132). Por otro lado, la Teoría del Riesgo Integral atribuye a la Administración Pública el deber de indemnizar incluso en las situaciones de culpa exclusiva de la víctima o de terceros, una cosa que se muestra por completo incompatible con la tradición civilista brasileña.

## V. El concepto de nexo de causalidad

Como se puede ver, el debate desarrollado en las diversas instancias judiciales por donde pasan los casos de responsabilidad civil objetiva del Estado en Brasil se centra con frecuencia en la definición conceptual de lo que sería “nexo de causalidad”. Para una mejor comprensión de este concepto, retomemos la clasificación de las teorías sobre la relación de causalidad presentada por Roberto H. Brebbia (BREBBIA 1979) y citada, entre otros, por Yussef Sahid Cahali (CAHALI 1995: 95-6):

---

EXTRAORDINÁRIO NÃO CONHECIDO.” STF – Primeira Turma – RE 74.554/PR – Relator Ministro Rodrigues Alckmin – Julgamento: 30/08/1974 – DJ: 20/09/1974.

<sup>21</sup> Algunos autores reducen al plano meramente terminológico la referida distinción (CAHALI 1995: 40).

- 1) Teoría de la Equivalencia de las Condiciones: sostiene que toda y cualquier condición que influya en la producción del resultado puede ser considerada la causa de éste, independientemente de ser inmediata o distante su posición en la cadena de efectos.
- 2) Teoría de la Causa Directa: sostiene que existe una condición específica que influye en la producción del resultado y que puede ser llamada de su causa, no llevando cuenta las demás condiciones que, aunque de modo indirecto o mediato, hayan influenciado en la producción del resultado.
- 3) Teoría de la Causalidad Eficiente: sostiene que las condiciones que influyen en la producción del resultado no están en un mismo nivel de equivalencia, a saber, no son de igual modo eficientes para constituirse en causa; existiría, en efecto, una condición concreta, entre las demás, capaz de constituirse en causa de la producción del resultado.
- 4) Teoría Negadora de Max Ernst Mayer: sostiene que, una vez que haya sido probado el resultado, sería irrelevante comprobar la existencia del nexo de causalidad, pues el punto fundamental sería determinar la culpabilidad del agente; tal teoría tiene influencias oriundas de la formación notablemente penalista de Mayer.
- 5) Teoría de la Causalidad Típica: también oriunda del Derecho Penal, sostiene ser de mayor importancia la tipicidad de la conducta y de la producción del resultado, en vez de ser la determinación de la condición preponderante en la relación de causalidad.
- 6) Teoría de la Causa Adecuada: se diferencia principalmente de la Teoría de la Equivalencia de Condiciones porque sostiene que, para ser considerada causa, la condición no puede ser considerada como equivalente a otra cualquiera; la causa sería consecuencia de condiciones determinantes para la producción del resultado de acuerdo con la propia naturaleza de la condición.

No obstante el Supremo Tribunal Federal tradicionalmente haya aplicado, con mayor frecuencia, la llamada Teoría de la Causa Directa, los juzgados analizados precedentemente demuestran su orientación en dirección a la Teoría de la Causa Eficiente, una vez que, en casos como el de la enfermera embarazada en contacto con material contagioso, la Corte admite la posibilidad del reconocimiento del nexo de causalidad presumido.

La Teoría de la Equivalencia de Causas produciría el peligro de que, en situaciones extremas, el Estado permaneciera *ad perpetuum* respondiendo por los efectos de un resultado dañino suyo, como por ejemplo en una eventual fuga de preso de alta peligrosidad que, pasados diez o quince años, permaneciera cometiendo delitos, mientras que al otro lado, el Estado continúa a responder civilmente por tales resultados, una vez que la fuga ocurrió por fallo estatal en la fiscalización de la penitenciaria.<sup>22</sup> Ya la Teoría

<sup>22</sup> El Supremo Tribunal Federal tiene jurisprudencia ampliamente consolidada cuando se trata de situaciones en las cuales el nexo de causalidad ya fu hace mucho perdido: "RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. LATROCÍNIO PRATICADO POR PRESO FORAGIDO, MESES DEPOIS DA FUGA. Fora dos parâmetros da causalidade não é possível impor ao Poder Público uma responsabilidade ressarcitória sob o argumento de falha no sistema de segurança dos presos. Precedente da Primeira turma: RE 130.764, Relator Ministro Moreira Alves. Recurso extraordinário não conhecido." (RE 172.025/RJ – Primeira Turma – Relator: Min. Ilmar Galvão – Julgamento: 08/10/1996 – DJ: 19/12/1996). Por otro lado, la

de la Causa Directa intenta acercarse a un elevado grado de certeza en la determinación de las condiciones que puedan ser consideradas como causas del resultado dañino. Sin embargo, existen casos donde el hecho en sí ya puede ser considerado causa directa del resultado dañino, llevándose en cuenta que la precisa determinación del momento en que hubiera ocurrido el hecho culpable es algo prácticamente imposible en muchas situaciones.

Cuando aplica la Teoría de la Causa Eficiente el Supremo transfiere al Estado la carga de tener que probar que las alegaciones son inverídicas, reafirma la Teoría del Riesgo Administrativo y, lo que nos parece más importante, establece ser posible la condena con base en un nexo causal presumido. En vez de optar por una racionalidad "pseudo-cartesiana" que busca en todos los vínculos concretos el fundamento de la relación de causalidad, viene así consagrada la primacía de la razonabilidad, en detrimento de una frágil racionalidad a-sistemática.

## VI. Repensando la amplitud de la noción de omisión inconstitucional

Muchos de los juzgados analizados anteriormente son consecuencias de omisiones del poder público ante a deberes constitucionales. La definición de omisión inconstitucional no se limita exclusivamente a los casos de omisión legislativa, sino que también se extiende a las incontables conductas omisas de la Administración Pública que día tras día lesa derechos fundamentales con conductas que *stricto sensu* materializan la noción de omisión inconstitucional en cuanto inacción estatal. En el caso de la enfermera embarazada que se contaminó con citomegalovirus la cantidad de ofensas a los derechos más elementales de madre e hijo trascienden la subjetividad del discurso de los derechos fundamentales, pues se constituyen en una ofensa mucho mayor, una ofensa a la comprensión más básica de Estado de Derecho que la Constitución brasileña hace más de 20 años está intentando consolidar: un agente proveedor de asistencia en los momentos de mayor necesidad del individuo. Cuando necesitaron, madre y hijo encontraron solamente en el Poder Judicial la tutela que la Administración Pública les negó continuamente, aunque haya sido una tutela que les fue garantizada casi ocho años después de la presentación de la acción, en noviembre de 2001. La comprensión legalista del concepto de omisión inconstitucional, limitando su utilización tan solo a los casos de ausencia de legislación, es inadecuada por dos razones fundamentales:

---

situación del detenido muerto dentro del presidio es absolutamente diversa: "CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ATO OMISSIVO DO PODER PÚBLICO: DETENTO FERIDO POR OUTRO DETENTO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA: CULPA PUBLICIZADA: FALTA DO SERVIÇO. C.F., art. 37, § 6º. I. - Tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por esse ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, em sentido estrito, esta numa de suas três vertentes -- a negligência, a imperícia ou a imprudência -- não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a falta do serviço. II. - A falta do serviço -- faute du service dos franceses -- não dispensa o requisito da causalidade, vale dizer, do nexo de causalidade entre ação omissiva atribuída ao poder público e o dano causado a terceiro. III. - Detento ferido por outro detento: responsabilidade civil do Estado: ocorrência da falta do serviço, com a culpa genérica do serviço público, por isso que o Estado deve zelar pela integridade física do preso. IV. - RE conhecido e provido." (RE 382.054/RJ – Segunda Turma – Relator: Min. Carlos Velloso – Julgamento: 03/08/2004 – DJ: 01/10/2004).

(1) la concretización de los derechos fundamentales no se hace solamente por medio de la producción de nuevas normas reglamentarias, sino también – y primordialmente – por medio de la aplicación de las normas ya existentes, aun cuando eso demanda una postura arrojada y efectiva del agente público, impulsándole a hacer más de lo que ordinariamente le sería exigido, o sea, impulsándole a ser el agente responsable por criar la norma del caso concreto (sea tal postulado normativo de naturaleza administrativa o judicial), a estar el agente apto a encontrar la solución que el ordenamiento jurídico previó sólo abstractamente en el plano principiológico o de los derechos fundamentales; resaltemos que la inexistencia de una regla específica (norma reglamentaria) no es causa para la inacción/omisión, pero motivo suficiente para una mayor aproximación cognitiva entre el intérprete/aplicador y el caso concreto (ZAGREBELSKY 1988: 47-9);

(2) el carácter integral y omnicomprensivo de la doctrina de los derechos humanos y, fundamentalmente, el modo como ha sido recibida en el derecho brasileño, posibilita afirmar que la insuficiencia normativa frente a los clamores del caso concreto es más un problema hermenéutico que un problema legislativo, pues la autoaplicabilidad de los derechos fundamentales entregan en las manos del intérprete/aplicador del derecho el poder de crear, de realizar, de encontrar la mejor – no la única – respuesta correcta para el caso.

Se puede ver, en casos como éste, aflorar todas las deficiencias hermenéuticas de un modelo de sistema de derecho basado más en la interpretación literal que en la interpretación sistemática, más en la postergación de la solución del problema que en su enfrentamiento inmediato, más en la salvaguardia máxima del Supremo Tribunal Federal que en la satisfactoria respuesta judicial de alguien que localmente podría haber atendido de modo más eficiente, eficaz y humano las necesidades de madre e hijo – basta con recordar que solamente después de *ocho años* el caso fue juzgado en definitivo por el Supremo. La omisión hodierna (sobre todo administrativa) del poder público constituye una inconstitucionalidad silenciosa y perenne que debe ser enfrentada con la misma, o mayor, gravedad de la omisión inconstitucional “tradicional”.

En este sentido, la afirmación citada abajo, del Ministro Celso de Mello, debe aplicarse no sólo al Estado mientras sujeto dotado de poder legislativo, pero sobre todo al Estado en cuanto sujeto encargado de asegurar los derechos fundamentales, pues:

As situações configuradoras de omissão inconstitucional, ainda que se cuide de omissão parcial, refletem comportamento estatal que deve ser repellido, pois a inércia do Estado – além de gerar a erosão da própria consciência constitucional – qualifica-se, erigosamente, como um dos processos informais de mudança ilegítima da Constituição, expondo-se, por isso mesmo, à censura do Poder Judiciário.<sup>23</sup>

Del punto de vista jurídico, interpretar es buscar la “norma adecuada tanto al caso quanto al ordenamiento”. (ZAGREBELSKY 1992: 182) En otras palabras, “interpretar una norma é interpretar o

sistema inteiro, pois qualquer exegese comete, direta ou obliquamente, uma aplicação da totalidade do Direito, para além da sua dimensão textual.” (FREITAS 2010: 78) La omisión del intérprete/aplicador frente a la norma constitucional definidora de derechos fundamentales se constituye inmediatamente, en un fallo hermenéutico, de modo que, mediatamente, produce el resultado más gravoso: una conducta lesiva a la norma constitucional, a saber, una omisión inconstitucional.

Si consideramos que, en el control de constitucionalidad por omisión de actos normativos o con fuerza de ley, el parámetro constitucional para la determinación de la legitimidad constitucional debe ser, necesariamente, una norma que no goce de auto aplicabilidad inmediata y eficacia plena, so pena de pérdida del objeto de la acción<sup>24</sup>, en el caso de omisión inconstitucional por parte de la Administración Pública el parámetro deberá ser autoaplicable y de eficacia plena, o entonces estar reglamentado, una vez que la inconstitucionalidad por omisión estará en la conducta *stricto sensu* y *inter partes* del agente público que violó, por ejemplo, derechos fundamentales a los cuales debería haber sido dada autoaplicabilidad inmediata y eficacia plena. Estamos delante de un *deber constitucional* que ningún intérprete/aplicador puede intentar desobedecer.

Como forma de eximirse del deber constitucional el Estado apela para el argumento de la imposibilidad de atender de modo adecuado a todas las personas en sus demandas individuales de protección y garantía de sus derechos fundamentales. Tal argumentación se basa en la tesis de la reserva del posible.<sup>25</sup> Pero eso no se aplica en situaciones que pueden resultar en la negación del derecho fundamental del individuo, especialmente como podemos ver en casos que envuelvan la salud pública.<sup>26</sup> Esa posición puede ser sentida, ilustrativamente, en decisión del Superior Tribunal de Justicia brasileño al reafirmar que: “o funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS) é de responsabilidade solidária da União, Estados-membros e Municípios, de modo que qualquer dessas entidades têm legitimidade *ad causam* para figurar no pólo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros.”<sup>27</sup> Cuando se trata de derecho a la salud, ocurrirá, indubitadamente, la responsabilidad solidaria entre los entes federados, desde que se verifique la incapacidad del ente específico en prestar la debida asistencia médica.<sup>28</sup>

Aún en ese mismo sentido:

<sup>23</sup> STF – Pleno – ADI 1442/DF – Relator Ministro Celso de Mello – Julgamento: 03/11/2004 – DJ: 29/04/2005.

<sup>24</sup> ADI-MC 297/DF – Relator Ministro Octavio Gallotti – Julgamento: 25/04/1996 – DJ: 08/11/1996. Para ulteriores informaciones sobre los parámetros en el control de constitucionalidad, ver CICCONE; TEIXEIRA 2010: 82-3.

<sup>25</sup> En virtud de los objetivos de nuestro estudio en la presente investigación, no es posible entrar en el debate sobre el tema en cuestión. Recomendamos, como literatura favorable al principio de la reserva del posible, la obra de HOLMES; SUNSTEIN 2000.

<sup>26</sup> Sobre el tema, ver SARLET; TIMM 2008.

<sup>27</sup> STJ – Segunda Turma – Resp 771.537/RJ – Relatora Ministra Eliana Calmon – DJ 03/10/2005.

<sup>28</sup> “Suspensão de Liminar. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde - SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Ordem de regularização dos serviços prestados em hospital público. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança pública.

CONSTITUCIONAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. INDENIZAÇÃO. DETENTO. ENCARCERAMENTO EM CONDIÇÕES TIDAS COMO CAÓTICAS. DANOS MORAIS. PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL. INVIABILIDADE DA INVOCAÇÃO NAS SITUAÇÕES PREVISTAS NO ART. 37, § 6º, DA CF.

1. O dever de ressarcir danos, inclusive morais, efetivamente causados por ato dos agentes estatais ou pela inadequação dos serviços públicos decorre diretamente do art. 37 § 6º da Constituição, dispositivo auto-aplicável, não sujeito a intermediação legislativa ou administrativa para assegurar o correspondente direito subjetivo à indenização. Não cabe invocar, para afastar tal responsabilidade, o princípio da reserva do possível ou a insuficiência de recursos. Ocorrendo o dano e estabelecido o seu nexos causal com a atuação da Administração ou dos seus agentes, nasce a responsabilidade civil do Estado, caso em que os recursos financeiros para a satisfação do dever de indenizar, objeto da condenação, serão providos na forma do art. 100 da Constituição.
2. Recurso Especial improvido.<sup>29</sup>

Delante de posibles argumentos como ese de la reserva del posible, gana mayor importancia la comprensión de la omisión administrativa, cuando haya el deber constitucional de concretizar derecho fundamental, como siendo un caso de omisión inconstitucional. Procesalmente, no hay diferencias significativas que la omisión sea administrativa o legislativa. En efecto, el gran cambio ocurriría en el ámbito de la eficacia de la equiparación entre omisión administrativa y omisión inconstitucional: (1) establecería como parámetro inmediato una norma constitucional definidora de derecho fundamental, lo que permite *a priori* atribuir al ofendido primacía frente a otros derechos en conflicto, mayor viabilidad de tutela ya en carácter liminar, preferencia en el recibimiento de sus eventuales créditos contra el Estado, entre otras muchas posibilidades más favorables al ofendido (habido como hiposuficiente); y (2) sería una forma de alejar la incidencia de la tesa de la reserva del posible, una vez que esta no se muestra compatible con el principio de la supremacía material de la Constitución que estaría nulificando la conducta comisiva o omisa del poder público al no garantizar determinado derecho fundamental.

Al final, por cierto, no ocurriría la descaracterización de un concepto como el de omisión constitucional. Ocurriría sí su ampliación y adecuación a las necesidades del ámbito administrativista, trascendiendo los límites iniciales de su posición claramente constitucionalista/legalista.

Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento." STF – Pleno – SF 47 AgR/PE – Relator Ministro Gilmar Mendes – Julgamento: 17/03/2010 – DJ: 30/04/2010.

## VII. Consideraciones finales

Esperamos haber presentado un breve panorama de la condición del tema en objeto según la evolución de la jurisprudencia constitucional brasileña en las dos últimas décadas. El cambio de perspectiva al tratar de los derechos fundamentales ante las omisiones inconstitucionales de la Administración Pública es un reflejo de la revaloración del individuo después de la Constitución de 1988. En el plano axiológico no existe más una jerarquía entre Estado e individuo, pues las propias ideas de "Constitución ciudadana", participación democrática, efectividad inmediata de los derechos fundamentales, entre otras concepciones presentes en el texto constitucional o con éste asociadas, hacen posible pensar en una mayor legitimidad de las demandas individuales contra el Estado, una mayor responsabilidad de la colectividad por las ofensas a los derechos y garantías individuales, en fin, una mejor distribución de las cargas por daños injustamente sufridos por las personas en hechos que envuelven el aparato estatal.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVIM, Agostinho. (1980) *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5ª ed. São Paulo, Saraiva.
- BREBBIA, Roberto H. (1979) *Hechos y Actos jurídicos*. Buenos Aires, Editorial Astrea.
- CAHALI, Yussef Said. (1995) *Responsabilidade Civil do Estado*. São Paulo, Malheiros.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. (2003) *Programa de Responsabilidade Civil*. 5ª edição. São Paulo, Malheiros.
- CICCONETTI, Stefano M.; TEIXEIRA, Anderson V. (2010) *Jurisdição Constitucional Comparada*. Florianópolis, Conceito Editorial.
- FREITAS, Juarez (org.). (2006) *Responsabilidade Civil do Estado*. São Paulo, Malheiros.
- \_\_\_\_\_. (2010) *Interpretação Sistemática do Direito*. 5ª edição. São Paulo, Malheiros.
- HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. (2000) *The Cost of Rights – why liberty depends on taxes*. New York, Norton.
- MARMITT, Arnaldo. (1992) *Perdas e Danos*. Rio de Janeiro, Aidê.
- MEDAUAR, Odete. (2004) *Direito Administrativo Moderno*. 11ª edição. São Paulo, RT.
- MEIRELLES, Hely Lopes. (2003) *Direito Administrativo Brasileiro*. 28ª edição. São Paulo, Malheiros.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. (2010) *Na Medida da Pessoa Humana: Estudos de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro, Renovar.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. (1998) *Responsabilidade Civil*. 8ª edição. Rio de Janeiro, Forense.
- SAAD, Renan Miguel. (1994) *O ato ilícito e a responsabilidade civil do Estado*. Rio de Janeiro, Lúmen Juris.
- SARLET, Ingo W.; TIMM, Luciano B. (orgs.). (2008) *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre, Livraria do Advogado.
- SCAFF, Fernando Facury. (1990) *Responsabilidade Civil do Estado Intervencionista*. São Paulo, Saraiva.

<sup>29</sup> STJ – Primeira Turma – Resp 1051023/RJ – Relator Ministro Falcão – Relator para acórdão Ministro Teori Zavascki – Julgamento: 11/11/2008 – DJ: 01/12/2008.

- STOCO, Rui. (2004) *Tratado de Responsabilidade Civil*. 6ª edição. São Paulo, RT.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. (1988) *La Giustizia Costituzionale*. Bologna, Il Mulino.
- \_\_\_\_\_. (1992) *Il diritto mite*. Torino, Einaudi.