

Os tratados internacionais de direitos humanos após a Emenda Constitucional n.º 45/2004

The Human Rights International Treaties after the Constitutional Amendment n. 45/2004

ANA CRISTINA ARAÚJO AMÂNCIO

Aluna do 8.º Período de Direito diurno da Faculdade de Direito,
do Centro Universitário de Patos de Minas (UNIPAM)

Resumo: O presente trabalho tem a finalidade de estudar e aprofundar os conhecimentos sobre os tratados internacionais de direitos humanos após a emenda constitucional n.º 45/2004, uma vez que há divergências sobre o momento de incorporação desses tratados no ordenamento jurídico brasileiro, seja pelo Congresso Nacional ou pelo Presidente da República, bem como analisar os aspectos anteriores e posteriores destes quando da vigência da Emenda Constitucional n.º 45/2004.

Palavras-chave: Tratados internacionais. Direitos humanos. Emenda Constitucional 45/2004. Momento de validade.

Abstract: The present work aims at studying the knowledge about the human rights international treaties after the constitutional amendment n. 45/2004, since there are divergences about the moment of incorporation of these treaties in the Brazilian law, be it by the National Congress, or the President of the Republic, as well as analyzing their previous and ulterior aspects, at the time of the validity of the Constitutional Amendment n. 45/ 2004.

Keywords: International treaties; human rights; constitutional amendment n. 45/2004; validity moment.

1. Considerações iniciais

A Constituição Federal de 1988 firmou-se como um marco na democracia brasileira, momento em que houve a ruptura do Estado ditatorial e o início da preocupação com os direitos sociais e fundamentais. A partir daí, esses direitos ganharam importante relevo em um texto constitucional pormenorizado, rígido e avançado, diante da realidade que se tinha vivenciado, possibilitando, assim, a inserção dos direitos humanos neste contexto.

Depara-se, no campo internacional, com um direito globalizado. Surge por intermédio dos tratados internacionais, que se integram ao direito nacional, um instrumento básico e preponderante utilizado pelo direito internacional público para execução das suas finalidades fundamentais e humanas. Trata-se de um acordo entre Estados, regido pelo direito internacional, qualquer que seja sua denominação específica. (FERRARI, 2007, p. 31-38).

Nesse sentido, a Carta da República não só promoveu significativo avanço aos direitos fundamentais, como deu importante relevo aos direitos da humanidade, tanto que, em seu artigo 5.º, § 2.º ampliou a possibilidade da inclusão dos direitos humanos em seu texto. De acordo com este dispositivo os direitos e garantias expressos na 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.

A polêmica, contudo, se inseriu no ordenamento brasileiro quando da ocorrência da reforma do judiciário oriunda da promulgação da Emenda Constitucional n.º 45 em 30 de dezembro de 2004 que, quanto aos tratados internacionais, acrescentou o § 3.º ao artigo 5.º da Carta Magna. Este dispositivo imprimiu equivalência às emendas constitucionais aos tratados internacionais que versassem sobre direitos humanos, caso fossem sancionados nas duas Casas do Congresso Nacional em dois turnos, obtendo em cada uma delas 3/5 dos votos dos respectivos membros.

Diante desse contexto, surgiram divergências sobre a situação jurídica da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos antes da emenda constitucional n.º 45/2004, bem como o momento de validade destes tratados após esta emenda no ordenamento brasileiro.

Assim, tendo em vista a segurança jurídica e a relevância dessas normas no Brasil, um estudo a respeito do tema é de fundamental importância jurídica, consoante a discussão acerca do momento de vigência dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro. Para que se pudesse esclarecer tal divergência, fez-se necessário expor aspectos históricos sobre os direitos humanos e os direitos fundamentais, bem como analisar o procedimento de elaboração desses tratados internacionais e as divergências doutrinárias.

Preliminarmente, para tanto, serão desvendados os aspectos ensejadores dos direitos humanos na conjuntura mundial, bem como a inserção destes no Brasil diante da Constituição Federal de 1988. Apresentado este contexto, abordar-se-á todo o trâmite percorrido pelos tratados internacionais, em especial os que tratam dos direitos humanos, bem como a incorporação deste no ordenamento brasileiro, após a inserção do § 3.º no artigo 5.º pela Emenda Constitucional n.º 45/2004.

Percorrido este caminho, o entendimento do processo legislativo para a promulgação da emenda constitucional possibilitará o conhecimento do momento de validade desta, para que posteriormente, se possa comparar o momento de inserção dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil.

A respeito deste estudo, o artigo, a fim de esclarecer a divergência suscitada acima, analisará a hierarquia e o momento de validade dos tratados internacionais de direitos humanos após a emenda constitucional n.º 45/2004, levando-se em conta a promulgação do Decreto n.º 6.949, de 25 de agosto de 2009.

2. *Tratados internacionais de direitos humanos*

2.1. *Direitos Humanos*

A dignidade humana, na linguagem filosófica, é entendida como “o princípio moral de que o ser humano deve ser tratado como um fim e nunca como um meio” (DINIZ, 1998, p. 150), sendo, portanto, um direito essencial.

Comumente, vislumbra-se a confusão entre os direitos humanos e o direito fundamental, usando-se estes como sinônimos, porém, pertinente se faz uma distinção entre esses dois institutos, apesar de reconhecer-se a íntima relação existente entre os mesmos. O termo *direitos fundamentais* é empregado para aqueles direitos do homem reconhecidos positivamente no Estatuto Político de um determinado Estado, enquanto que a expressão *direitos humanos* diz respeito àqueles direitos constantes de documentos internacionais, recepcionados ou não pelo nosso ordenamento jurídico. E estes por sua vez vão embasar este artigo (ROCHA, 2006, p. 39).

Para a inserção dos direitos humanos no contexto mundial pode-se falar em três ápices da revolução desses direitos: o Iluminismo, a Revolução Francesa e o término da Segunda Guerra Mundial. Com o primeiro foram ressaltados a razão, o espírito crítico e a fé na ciência, partir de um movimento que procurou chegar às origens da humanidade como a observância ao homem natural. A Revolução Francesa deu origem aos ideais representativos dos direitos humanos, a liberdade, a igualdade e a fraternidade. Os homens, apesar dos empecilhos de ordem econômica, eram iguais ao menos em relação à lei. Por fim, com a Segunda Guerra Mundial, os homens começaram a desenvolver a consciência da necessidade da prevenção dos arbítrios do Estado. Isto culminou na criação das Nações Unidas e na elaboração de inúmeros tratados internacionais de Direitos Humanos, bem como na Declaração Universal dos Direitos do Homem, que abriu as portas para a disseminação dos direitos da humanidade.

O Brasil demorou a ratificar a promulgação dos Pactos de Direitos Internacionais de Direitos Humanos, mas isso se explica devido ao Estado Ditatorial em que se vivia. Nesse tempo não interessava um comprometimento internacional para a não-violação dos direitos humanos, nem tão pouco a comunicação desses maus-tratos aos outros Estados (JUBILUT, 2002, p. 49-50).

Hoje, porém, a Constituição Federal de 1988, além de inserir os direitos humanos como direitos fundamentais intangíveis, adotou o constitucionalismo do futuro, os chamados direitos humanos de terceira dimensão, que se identificam pela verdade, solidariedade, continuidade, participação, integração e pela universalidade. Nesse sentido destaca-se:

A Carta de 1988 pode ser concebida como o marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos no Brasil. Introduz indiscutível avanço na consolidação legislativa das garantias e direitos fundamentais e na proteção de setores vulneráveis da sociedade brasileira. A partir dela, os direitos humanos ganharam relevo extraordinário, situando-se a Carta de 1988 como o documento mais abrangente e por-

menorizado sobre os direitos humanos jamais adotado no Brasil (PIOVESAN, 2003, p. 218).

Vislumbra-se com o acréscimo do § 3.º ao art. 5.º da Constituição Federal de 1988 pela Emenda Constitucional n.º 45/2004 a incorporação dos direitos humanos de terceira dimensão. Assim, historicamente a Carta Magna destaca-se como uma das Constituições mais avançadas do mundo em respeito à matéria de direitos fundamentais e proteção aos direitos humanos.

2.2. *Tratados internacionais*

Entre os doutrinadores há uma ampla divergência acerca das denominações apresentadas aos documentos firmados entre os sujeitos do Direito Internacional. Entretanto, qualquer que seja a denominação usada, o ato internacional deve ser formal, com teor definido, escrito, regido pelo Direito Internacional e com partes que sejam necessariamente pessoas jurídicas de Direito Internacional Público. Nesse mesmo parâmetro, tem-se que

a expressão *tratado* foi escolhida pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, como termo para designar, genericamente, um acordo internacional, qualquer que seja sua denominação específica. Tratado seria o ato bilateral ou multilateral ao qual se deseja atribuir especial relevância política. Nessa categoria se destacam, por exemplo, os tratados de paz e amizade e os tratados de amizade e cooperação (MARQUES, 2007, p. 8).

Do conceito dado por Marques infere-se a existência de pessoas internacionais que voluntariamente realizam atos de vontade, concretizando-os em acordos escritos para a produção de efeitos na esfera dos envolvidos. Assim, os tratados devem produzir certezas e não podem ser fontes de novas e infundáveis disputas, ainda que a possibilidade de ocorrê-las esteja longe de suas práticas.

2.2.1. *Processo de elaboração*

Assim como as normas vigentes no ordenamento jurídico brasileiro, para que um tratado possa ser elaborado, este depende da habilitação de seus agentes, do consentimento sem vícios e do objeto lícito e possível.

Os agentes habilitados para o procedimento negocial, ou seja, aqueles que recebem a carta de plenos poderes estão versados na Convenção de Viena e podem ser representados por Chefes de Estado e de Governo, figuras que se confundem no governo presidencialista. Este ato negocial também pode ser realizado pelo plenipotenciário, constituído na pessoa de um ministro de Estado responsável pelas relações exteriores em qualquer sistema de governo. E finalmente, pelas delegações nacionais que se insti-

tuem na pessoa de um chefe da delegação, não necessariamente um diplomata, que tem a função de intervir na fase negocial do tratado internacional (RESEK, 2009, p. 34-38).

Para a elaboração, também deve haver o consentimento mútuo para a validação dos tratados internacionais:

O consentimento é a aquiescência dos sujeitos de Direito Internacional aos termos acordados durante a negociação e se expressa por meio da assinatura dos signatários. A assinatura do tratado perfaz de forma definitiva o compromisso entre pactuantes independentemente da estipulação ou não de *vacations legis* (NEVES, 2009, p. 24).

Outro requisito de validade dos tratados diz respeito ao objeto que deve ser materialmente possível e lícito, consoante os princípios e regras internacionais. Nesses parâmetros normalmente os acordos devem ser registrados e depositados no secretariado da ONU.

A estrutura dos tratados basicamente é composta de preâmbulo, parte dispositiva e, eventualmente, de anexos. Dessa forma, o preâmbulo descreve e qualifica as partes e as considerações que o ensejam. Por sua vez, a parte dispositiva ordena os artigos, e os anexos, caso existam, complementam o documento com esclarecimentos em forma de gráficos, fórmulas, entre outros.

Os tratados internacionais que tratam de direitos humanos têm aspecto formal e são solenes, ou seja, têm um processo mais longo para sua formação. Esse procedimento é composto de negociação, assinatura, aprovação legislativa e ratificação ou adesão. Nesse sentido, todo tratado inicia-se com a negociação bilateral entre dois Estados, com a troca de cartas, ou multilateral, envolvendo mais de dois Estados, com uma conferência diplomática.

Nos tratados solenes, como é o caso dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento brasileiro, a assinatura representa uma fase em que há o reconhecimento do texto negociado. Os representantes dos Estados assinam o tratado concluído, autenticando o texto, mas não obrigam internacionalmente o Estado por essa assinatura.

O ato internacional pode entrar em vigor no Brasil em dois momentos distintos, quais sejam: na data da troca de notificações em que cada parte contratante notifica a outra do cumprimento dos requisitos exigidos pelo seu ordenamento para a aprovação do ato, que é o procedimento mais usual, na troca de instrumentos de ratificação, desejando-se conferir solenidade à entrada em vigor de um tratado; e também, por cumprimento de condição pré-estabelecida, que ocorre em atos multilaterais. “Nesse caso, a Divisão de Atos Internacionais aguardará a entrada em vigor internacional do ato, para então providenciar os trâmites de sua promulgação e publicação” (MARQUES, 2007 p. 9).

Toda negociação de ato internacional deve ser acompanhada por funcionário diplomático, segundo o art. 1.º, III, do Anexo do decreto n.º 2.246, de 06.06.97, que aprova a estrutura regimental e indica a natureza e competência do Ministério das Relações Exteriores. Assim, o texto final do ato internacional deve ser aprovado, do prisma

jurídico, pela Consultoria Jurídica, e, sob o aspecto processual, pela Divisão de Atos Internacionais e, em sendo aprovado, realizam-se a revisão e a produção dos textos nos diversos idiomas, bem como a feitura dos atos originais a serem assinados.

2.2.2. Incorporação dos tratados internacionais no ordenamento brasileiro

Em regra, todos os atos bilaterais ou multilaterais, como os tratados internacionais de direitos humanos, estão sujeitos, por determinação constitucional, à aprovação pelo Congresso Nacional. Para que isso ocorra, de acordo com as competências elencadas no endereço eletrônico do Ministério das Relações Exteriores, o ministro das relações exteriores submete exposição de motivos sobre o assunto ao Presidente da República, acompanhada de mensagem ao Congresso, com cópias autênticas do original em português (2010, p. 2).

Aprovada e assinada a mensagem, pelo Presidente da República, o ato é encaminhado para avaliação pelas Comissões de Constituição e Justiça e de Relações Exteriores e por outras comissões e, posteriormente, para exame e sanção, sucessivamente, pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, que em sendo sancionado, realizará o decreto legislativo. Depois disso, o mesmo é submetido à anuência do Presidente da República que enviará uma Carta de Ratificação, ou seja, será feita a promulgação por decreto presidencial, seguida da publicação do texto.

No Brasil, os tratados firmados pelos representantes passam pela negociação e assinatura, e dependem de aprovação legislativa, caso acarretem encargos ou compromissos gravosos, para depois serem ratificados internacionalmente, como se pode vislumbrar.

Ademais, quando o texto for ratificado, significa dizer que o país copartícipe de um tratado expressa, em definitivo, sua vontade perante a comunidade internacional. Neste momento o tratado internacional adquire executoriedade, no plano do direito positivo interno, com estrita relação com as leis ordinárias. Importante salientar que os atos internacionais podem ser acompanhados desde sua elaboração pelo país ratificador, ou mesmo apenas serem aderidos, uma vez que o mesmo não participou das negociações iniciais. Esse procedimento é realizado quanto aos tratados internacionais de direitos humanos a que o Brasil apenas adere. Assim, após esse ato há o início da produção de efeitos no âmbito internacional entre país ratificador e o país ratificante.

Quando da aderência ao tratado internacional, o Brasil, para que este produza efeitos internamente, deve realizar o decreto presidencial e, em se tratando de tratado internacional de direitos humanos, tem-se um procedimento mais solene para que posteriormente esse tratado seja inserido no ordenamento jurídico.

Assim, para que haja a incorporação do tratado internacional de direitos humanos, estes dependem de prévia sanção do Congresso Nacional, em dois turnos, por 3/5 dos votos dos respectivos membros, em cada uma de suas casas. Caso haja a sanção do tratado, o ato é remetido para o Presidente da República, que finalmente o promulgará e realizará o decreto presidencial.

Contudo, importante mencionar que o trâmite para a incorporação dos tratados internacionais que versam sobre os direitos humanos no Brasil se refere a um procedimento costumeiro, em que não há nenhuma norma jurídica que assim o defina.

No Brasil a Constituição Federal de 1988 estabeleceu que é de competência exclusiva do Congresso Nacional resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional, bem como estabelece que compete privativamente ao Presidente da República celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos ao referendo do Congresso Nacional.

Observa-se, assim, que primeiro ocorre a celebração do tratado, convenção ou ato internacional pelo Presidente da República, para depois, e internamente, o Parlamento decidir sobre a sua viabilidade. Com a anuência do Congresso Nacional elaborase o decreto legislativo, que referenda e aprova a decisão do chefe do executivo, dando condições para que o Presidente da República dê aderência ao ato já em andamento, que é feito com o depósito, nos tratados referentes aos direitos internacionais. Este ato assegura a obrigatoriedade do Estado no âmbito internacional. Desta feita, o Presidente da República, mediante decreto presidencial, promulga e publica o tratado ou ato internacional; e assim, estes adquirem executoriedade no plano do direito positivo interno (LENZA, 2010, p. 491-494).

3. Emendas constitucionais

A Constituição Federal estabelece uma hierarquia entre as normas constitucionais, sendo que cada espécie normativa atuará dentro de sua competência. Dentre essas normas, as emendas constitucionais, oriundas do poder derivado reformador, dentro das limitações previstas na própria Carta Magna, têm o condão de alterar o trabalho do poder constituinte originário, fazendo acréscimos, modificações ou supressões do texto constitucional. Nesse sentido a doutrina entende que

a emenda à Constituição Federal, enquanto proposta, é considerada um ato infraconstitucional sem qualquer normatividade, só ingressando no ordenamento jurídico após sua aprovação, passando então a ser preceito constitucional, de mesma hierarquia das normas constitucionais originárias. Tal fato é possível, pois a emenda à constituição é produzida segundo uma forma e versando sobre conteúdo previamente limitado pelo legislador constituinte originário. Dessa maneira, se houver respeito aos preceitos fixados pelo art. 60 da Constituição Federal, a emenda constitucional ingressará no ordenamento jurídico com status constitucional, devendo ser compatizada com as demais normas originárias (MORAIS, 2008, p. 661).

Para que uma emenda constitucional possa alterar a Constituição Federal, deve haver uma iniciativa concorrente ou privativa por pessoas elencadas no próprio texto constitucional, quais sejam: de no mínimo um terço dos membros da Câmara dos De-

putados ou do Senado Federal; do Presidente da República; de mais da metade das Assembleias legislativas das unidades da Federação, manifestando, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

Após a sua propositura, a emenda constitucional será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, *quorum especial*, somente, considerando-se sancionada se obtiver em ambas as casas votantes 3/5 dos votos dos respectivos membros. Nesse sentido, importante ressaltar que

aprovado por uma casa não pode ser modificado pela outra sem que a matéria volte para a apreciação da Casa iniciadora. O Congresso Nacional tem utilizado a técnica da PEC Paralela, ou seja, a parte que não foi modificada é promulgada e a parte da PEC modificada volta para reanálise, e como se fosse uma nova EC, para a Casa iniciadora. A não observância deste requisito formal caracterizará o vício de inconstitucionalidade. (LENZA, 2010, p. 467).

Desta feita, a emenda constitucional passará para a fase de promulgação que será realizada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, inexistindo sanção ou veto presidencial. Em seguida, será publicada com o respectivo número de ordem, numeral indicativo da quantidade de vezes que a Constituição foi alterada pelo poder constituinte derivado desde a sua promulgação em 1988.

Entretanto, em determinadas circunstâncias o poder constituinte originário vedou a alteração do texto original, em decorrência da gravidade e anormalidade institucionais ou na confrontação de vedações materiais de núcleo intangível, comumente, denominadas de *clausulas pétreas*.

A doutrina pacificamente costuma dividir as limitações do poder reformador em temporais, circunstanciais e materiais. As limitações temporais “não são comumente encontráveis na história constitucional brasileira. Só a Constituição do Império estabeleceu esse tipo de limitação” (SILVA, 2006, p. 65). Por sua vez, as limitações circunstanciais impedem que a constituição seja alterada quando da ocorrência de intervenção federal, de estado de sítio, ou de estado de defesa. Já as limitações materiais vedam expressamente a exclusão de determinadas matérias ou conteúdos tidos como núcleo intangível da Constituição Federal, quais sejam, a forma federativa de Estado, a separação dos poderes, o voto direto, secreto, universal e periódico, e os direitos e garantias individuais.

Assim, como a vedação circunstancial e material existente perante as emendas constitucionais, os tratados internacionais que versem sobre os direitos humanos e recebam *status* de emendas também não podem trazer em seu texto nenhuma forma contrária ao estabelecido no texto constitucional originário, sob pena de inconstitucionalidade.

4. Hierarquia e momento de validade dos tratados internacionais de direitos humanos após a Emenda Constitucional n.º 45/2004.

4.1. Hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos anteriores à Emenda Constitucional n.º 45/2004

Tratando-se de critérios para solução de conflitos de hierarquia, importante tentar para a supremacia constitucional decorrente de a Constituição ser a lei fundamental de um sistema jurídico. O Brasil adotou o sistema no qual há a existência de normas subordinadas, denominadas infraconstitucionais e subordinantes, que são as constitucionais. Assim, da superioridade normativa infere-se a hierarquia, sendo que “nenhuma norma de hierarquia inferior pode estar em desconformidade com as normas e princípios constitucionais, sob pena de inexistência, nulidade, anulabilidade ou ineficácia” (CANOTILHO, 2003, p. 256).

Do artigo 5.º em seus §§ 1.º e 2.º da Constituição Federal infere-se que os direitos garantidos nos tratados internacionais de direitos humanos em que o Brasil é parte se inserem no elenco dos direitos fundamentais, tendo aplicação imediata no âmbito interno. A indagação surge quanto à hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos anteriores à Emenda Constitucional n.º 45/2004, como por exemplo, a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir Tortura, em 20 de julho de 1989, a Convenção sobre Direitos da Criança, de 24 de janeiro de 1992, dentre outros, em que não foram aprovados com *quorum* especial, não obtendo assim, equivalência às emendas constitucionais. Nesse sentido menciona-se importante questionamento:

Portanto, a discussão que se mantém e que parece ser a grande questão sobre esses instrumentos internacionais de direitos humanos gravita em torno do patamar ocupado por tais instrumentos no direito brasileiro. E o ponto nevrálgico de divergências em torno dos tratados internacionais de direitos humanos é o seguinte: continuarão estes sendo concebidos como normas infraconstitucionais, conforme se depreende do entendimento do Supremo Tribunal Federal? Ou poderão assumir o status de leis constitucionais, mesmo não tendo sido submetidos ao procedimento qualificado, previsto pelo § 3.º do artigo 5.º? (MOREIRA, 2007, p. 127).

Para a resolução dessa indagação conta-se com o entendimento do Supremo Tribunal Federal que, no HC n.º 87.585, tendo como Relator o Ministro Marco Aurélio, em 03-12-2008, posicionou-se que os tratados internacionais de direitos humanos anteriores à Emenda Constitucional n.º 45 teriam *status* de supralegalidade e não de infraconstitucionalidade, entendimento este consagrado pelo STF em julgamentos anteriores. Ao posicionar-se pela supralegalidade houve a revogação da Súmula 619 do STF, conforme se vislumbra em julgado do STF:

[...] A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Art. 7.º, n. 7). Caráter subordinante dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos e o sistema de prote-

ção dos direitos básicos da pessoa humana. – Relações entre o direito interno brasileiro e as convenções internacionais de direitos humanos (CF, art. 5.º e §§ 2.º e 3.º). Precedentes. – Posição hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento positivo interno do Brasil: natureza constitucional ou caráter de supralegalidade – Entendimento do Relator, Min. CELSO DE MELLO, que atribui hierarquia constitucional às convenções [...] (HC 96772-SP, 2ª Turma do STF, por unanimidade, DJ 20.08.2009. p. 00811).

Esses tratados anteriores só poderiam alcançar o patamar de normas constitucionais se passassem pelo procedimento acrescido pela Emenda Constitucional n.º 45/2004, descrito no parágrafo 3.º do artigo 5.º da Constituição Federal, *quorum* qualificado; ao contrário continuariam a se enquadrar no entendimento do STF. Entretanto, a Emenda Constitucional n.º 45/2004 não faz nenhuma menção quanto aos tratados anteriores a essa emenda em relação aos direitos humanos e somente permite que o Congresso Nacional, a qualquer momento, atribua aos tratados de direitos humanos o caráter de emenda constitucional.

Apesar de não aceito pelo STF, Flávia Piovesan, (2006, p. 72-73) traz importante interpretação sobre o tema:

Com o advento do § 3.º do art. 5.º surgem duas categorias de tratados internacionais de proteção de direitos humanos: a) os materialmente constitucionais; e b) os material e formalmente constitucionais. Frisa-se: todos os tratados de direitos humanos são materialmente constitucionais por força do § 2.º do art. 5.º. Para além de serem materialmente constitucionais, poderão, a partir do § 3.º do mesmo dispositivo, acrescer a qualidade de formalmente constitucionais, equiparando-se a emendas à Constituição, no âmbito formal.

Portanto, é supralegal o fato de a hierarquia dos tratados internacionais sobre direitos humanos não submetidos ao *quorum* qualificado do § 3.º do art. 5.º da Carta Magna serem considerados abaixo da Constituição e acima de toda a legislação ordinária, ou seja, é infraconstitucional, apesar de a doutrina apresentar inúmeras críticas a esse posicionamento.

4.2. Momento de validade dos tratados internacionais de direitos humanos posteriores à Emenda Constitucional n.º 45/2004.

No Brasil, o processo de incorporação dos tratados internacionais se dá, costumadamente, por meio da celebração do tratado pelo Presidente da República. Posteriormente, havendo a anuência o Congresso Nacional, elabora-se o decreto legislativo, que é o instrumento adequado para referendar e aprovar a decisão do Chefe do Executivo. Com o objetivo de que esse tratado adquira executoriedade no ordenamento interno, o Presidente da República mediante decreto presidencial promulga o texto, publicando-o. Entretanto, em sendo tratado internacional que verse sobre direitos huma-

nos, estes devem submeter-se ao procedimento especial, ou seja, serem aprovados por 3/5 dos votos dos membros, em cada casa do Congresso Nacional e em dois turnos de votação, equivalendo-se, assim, às emendas constitucionais.

Por sua vez, as emendas constitucionais, para vigorarem no ordenamento brasileiro, precisam ser sancionadas em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por 3/5 dos respectivos membros, e logo depois serem promulgadas pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, independentemente de veto ou sanção do Presidente da República.

Cumpra assinalar, assim, a divergência de qual o momento em que os tratados internacionais sobre direitos humanos entram em vigor no Brasil, já que quando aprovados pelo *quorum* qualificado das emendas, eles equivalem a estas.

Para parte da doutrina o momento de validade dos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos seria quando o Congresso Nacional sanciona o tratado, em cada uma das suas respectivas casas, em dois turnos, por 3/5 de seus membros e, posteriormente, promulga-o, seguindo assim, o procedimento da emenda constitucional. Por contraposto, outra parte da doutrina posiciona-se no sentido de que os tratados internacionais sobre direitos humanos são válidos no ordenamento brasileiro quando além de aprovados pelo Congresso Nacional são, também, promulgados pelo Presidente da República, por meio do decreto presidencial, seguindo desse modo o mesmo procedimento dos tratados internacionais.

Para esclarecer essa divergência, importante mencionar o Decreto Legislativo n.º 186, de 09/07/2008:

o Decreto Legislativo n.º 186, de 09/07/2008, aprovou o texto da Convenção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, tendo se constituído na primeira norma internacional sobre direitos humanos aprovada no Brasil de acordo com o regramento do § 3.º, art. 5.º/CF (SILVA NETO, 2010, p. 634).

Em análise a esse decreto pode-se vislumbrar todas as fases para que o tratado internacional que verse sobre direito humanos possa ser incorporado no Brasil. Assim, tem-se que o Presidente da República submeteu o texto internacional à análise do Congresso Nacional, que por sua vez aprovou, por meio do Decreto Legislativo n.º 186, de 9 de julho de 2008, conforme o procedimento do § 3.º e do art. 5.º da Constituição, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007.

O governo brasileiro depositou o instrumento de ratificação dos referidos atos junto ao Secretário-Geral das Nações Unidas em 1º de agosto de 2008, concluindo a fase de troca ou depósito dos instrumentos de ratificação pelo órgão do poder executivo em âmbito internacional.

Finalmente, o tratado, acordo ou ato internacional adquiriu executoriedade no plano do direito positivo interno, quando o Presidente da República, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso VIII, promulgou a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinada em Nova

York, em 30 de março de 2007, por intermédio do decreto presidencial n.º 6949 de 25 de agosto de 2009, publicando-o.

5. Considerações finais

Em conclusão ao trabalho sobre os tratados internacionais de direitos humanos após a emenda constitucional n.º 45/2004, percebe-se ampla divergência nos entendimentos doutrinários sobre o momento de incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento brasileiro.

A Constituição Federal de 1988, marco jurídico do reencontro da nação com a democracia, após longo período de arbítrio com o golpe militar, provou grande avanço quanto aos direitos e garantias fundamentais, evidenciando o compromisso com a promoção dos direitos humanos.

Com efeito, a reforma da Carta Magna realizada pela Emenda Constitucional 45/2004, com a introdução do § 3.º ao art. 5.º salienta a intenção do constituinte derivado de priorizar e fortalecer a proteção dos direitos da pessoa humana. Contudo, não foi bem sucedida, no que tange ao debate acerca da hierarquia e validade da incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos, pois o texto remete a ambiguidades comprometendo a segurança jurídica.

Ressalta-se, finalmente, após diversas pesquisas doutrinárias e jurisprudenciais, a possível resolução para esse conflito, já que o Brasil, ao promulgar o Decreto n.º 6949 de 25 de agosto de 2009, elucida a questão que por tantos anos deu margem a dúvidas sobre o momento de incorporação dos tratados internacionais que versassem sobre os direitos humanos. Desse modo, o primeiro tratado internacional sobre direitos humanos incorporado no Brasil trouxe em seu texto todo o trâmite para essa inserção, possibilitando uma análise de todo o processo legislativo percorrido, bem como a visualização do momento de validade no Brasil.

Assim, os tratados internacionais que versem sobre direitos humanos somente são válidos e produzem efeitos no ordenamento jurídico interno após a promulgação pelo Presidente da República por meio do decreto presidencial, seguida da publicação do texto em português no Diário Oficial. Neste momento o tratado internacional adquire executoriedade no plano do direito positivo interno, diferentemente das emendas constitucionais que entram em vigor e produzem seus efeitos logo após serem sancionadas em cada casa do Congresso Nacional pelos seus respectivos membros, em dois turnos, por 3/5 dos respectivos membros, e posteriormente, promulgadas pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, como respectivo número de ordem, independentemente do veto ou sanção do Presidente da República.

Referências

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – 2ª turma. Prisão Civil. Depositário judicial. Revogação da Súmula 619/STF. *Habeas-corpus* n.º 96772, Relator Ministro Celso de Mello, j.09/06/2009. DP, 21/08/2009.

CANOTILHO, José Joaquim. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*. 4 ed. São Paulo: Saraiva 1998.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Critérios científicos para a solução dos conflitos entre tratados internacionais e a Constituição Federal. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 855, ano 96, p. 31-38, jan. 2007.

JUBILUT, L. Direito internacional e direitos humanos, in: ALMEIDA, Guilherme Assis de; MOISES, Claudia Perrone (coord.). *Direito Internacional dos Direitos Humanos: instrumentos básicos*. São Paulo: Atlas, 2002.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 14 ed. rev.atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010

MARQUES, Frederico do Valle Magalhães. Tratados Internacionais: o ordenamento jurídico nacional e seu sistema de recepção. *Revista Prática Jurídica*, v. 6, n. 67, ano VI, out. 2007, p. 8-9.

MINISTERIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. *Conheça o ministério*. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/o-ministerio/conheca-o-ministerio>. Acesso em: 06 set.2010.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MOREIRA, Nelson Camatta. A interpretação dos tratados internacionais de direitos humanos a partir da emenda n.º 45. *Revista de Estudos Criminais*. Publicação conjunta do programa de pós-graduação em ciências criminais da PUCRS, v. 7, ano VII, n. 25, 2007.

NEVES, Gustavo Bregalda. *Direito internacional público e privado*. 3 ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2009.

PIOVESAN, Flávia. A proteção dos direitos humanos no sistema constitucional brasileiro. *Revista de Direitos Constitucional e Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 45, ano 11, p. 218, out./dez. 2003.

_____. Reforma do Judiciário e direitos humanos, in: TAVARES, André Ramos et al. *Reforma do Judiciário*. São Paulo: Método, 2006, p. 72-73.

RESEK, José Francisco. *Direito Internacional público: curso elementar*. 11 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. A reforma do Judiciário e os Tratados sobre Direitos Humanos. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 852, ano 958, p. 39, out. 2006.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 32 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA NETO, Manoel Jorge. *Curso de direito constitucional*. 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

A validade jurídica e a efetividade da Portaria VIF nº 003/2009 – “toque de recolher/acolher” em Patos de Minas

*The juridical validity and the effectiveness of Decree VIF/ 003/2009 –
“Order to return home” in Patos de Minas*

DALLIS LÁZARA OLIVEIRA

Graduanda do 9.º Período do Curso de Direito do Centro Universitário de Patos de Minas –
UNIPAM. e-mail: dallislara@hotmail.com

Resumo: Este trabalho pretende aclarar o significado da Portaria VIF/ 003/2009, decisão que consistia na proibição de circulação de crianças e adolescentes nas ruas no período noturno, principalmente em logradouros públicos de Patos de Minas, bem como verificar como essa deliberação foi cumprida, respondendo às principais questões formuladas e dirigidas à Vara da Infância e da Juventude e, sobretudo, demonstrar se o “toque de recolher” tem capacidade de dar cumprimento ao Estatuto da Criança e do Adolescente. A questão da validade do “Toque de Recolher” é um tema relevante, que gerou bastante polêmica, uma vez que, tendo sido colocado em prática, suscitou muitos questionamentos, como por exemplo, a situação limite dos pais na educação. Os discursos proferidos em favor ou não do “toque de recolher” para menores se disseminaram em várias cidades do país e vieram parar na cidade de Patos de Minas. O método a ser utilizado neste trabalho será o indutivo, no qual serão vislumbrados casos concretos sobre o tema proposto, por meio de pesquisa de campo junto às Instituições do Ministério Público, de entrevistas na Polícia Militar, no Conselho Tutelar e na Vara da Criança e Juventude. Consequentemente, será utilizado o método dedutivo, em que serão pormenorizados os resultados alcançados neste empreito por meio de uma análise doutrinária minuciosa acerca do assunto abordado, fonte esta que foi essencial para justificar a viabilidade da adoção desta portaria em Patos de Minas.

Palavras-chave: Constitucionalidade; liberdade; Estatuto da Criança e do Adolescente.

Abstract: This work intends to clarify the meaning of the Decree VIF/ 003/2009, a decision that consisted of the prohibition of the presence of children and teenagers in the streets at night, especially in public areas of Patos de Minas, as well as to verify how this decision was accomplished, responding to the main questions formulated and directed to the Infancy and Teenage Jurisdiction, and especially to demonstrate if the “Order to return home” is able to accomplish the Statute for Children and Teenagers. The matter of validity of the “Order to return home” is a relevant theme, which brought out many disputes, because while being put into practice, it raised lots of questions, such as, for example, the limit situation of parents in education. The method to be used in this work is inductive, in which we will check real cases about the proposed matter, through a field research in the institutions of the Public Ministry, interviews with the police, with the Tutelary Council and in the Infancy and Teenage Jurisdiction. Consequently

we will also use the deductive method, in which the cases achieved in this work will be detailed, through a minute doctrinaire analysis about the approached matter – a source that was essential to justify the viability of the adoption of this decree in Patos de Minas.

Keywords: Constitutionality; liberty; Statute for Children and Teenagers

1. Introdução

O chamado “Toque de recolher” foi o resultado do pedido da população de uma cidade do interior de São Paulo, chamada Fernandópolis, no ano de 2005, que buscava uma providência mais efetiva do Poder Público para o combate ao álcool e às drogas propagadas na juventude daquela localidade, fazendo surgir uma medida que fosse mais que uma simples advertência, buscando também diminuir o índice de criminalidade entre estes jovens. Tratava-se de uma população que ansiava por uma resposta do Estado, uma atitude concreta, e não apenas meros discursos. Foi então adotado o procedimento denominado “Toque de recolher”, que consistia na proibição de circulação de crianças e adolescentes nas ruas no período noturno, principalmente em logradouros públicos. A providência naquela cidade surtiu efeitos imediatos. Nesta faixa de horário, não poderia haver menores desacompanhados em locais públicos. Logo, começaram a cair as ocorrências de atos infracionais que envolvessem menores. Foram veiculadas matérias jornalísticas a respeito do assunto, afirmando que “o Toque de Recolher conseguiu reduzir a violência em Fernandópolis/SP”, o que foi ratificado pelos dados dos Conselheiros Tutelares da região e pelas autoridades policiais. Até aí, foi um sucesso a medida. Mas a questão que nasceu foi outra: e aqueles menores que não estivessem com más intenções, transitando pela rua às 23h30min da noite, voltando do cinema, ou da casa de um colega, seriam tratados como marginais? E a adolescente de 17 anos que saiu da casa de uma amiga, duas quadras acima de casa, meia hora depois da faixa de horário permitida, poderia ser tratada também como uma meliante, sendo levada para casa de camburão por ter infringido um ato normativo?

Trata-se de uma restrição que se consubstancia por demais severa e que afronta claramente princípios basilares da Constituição Federal e principalmente ao art. 149 do ECA, ato que cerceia a liberdade de pessoas inocentes e do bem. No Estado Democrático de Direito em que vivemos, questiona-se a admissão de que juízes possam expedir portaria, disciplinando a liberdade dos menores de 18 anos, vez que afronta toda uma ordem jurídica, especificamente a Constituição Federal que confere o poder de legislar a órgãos específicos, ou seja, ao Poder Legislativo em conjunto com o Executivo, nas três esferas, bem como disciplinar a competência legislativa de cada uma delas.

Ainda que ocorresse a possibilidade de estes jovens incorrerem em atos infracionais, a generalização dada pelo juiz que decretou esta medida apareceu como um prejulgamento que cerceava as garantias de liberdade, de ampla defesa e até mesmo do contraditório.

Daí o dilema. Eis que surge a divisão nas argumentações. Em que momento o Estado poderia intervir alegando ser um ato em benefício de toda uma sociedade, em

flagrante detrimento de direitos individuais tão importantes como a liberdade, a dignidade e a integridade da pessoa humana?

A pretensão deste trabalho é esclarecer a constitucionalidade desta medida, encarar esta situação e verificar em que âmbito deve ser tratada (se somente num plano político, de diretrizes e metas, ou se deve ser incisivamente adotada a política do “toque”), e por fim, confirmar a necessidade específica e geral para esta ação instituída na cidade e sua real efetividade. O trabalho pretende ainda avaliar se esta medida advinda de uma portaria baixada por um juiz estaria de acordo com a Constituição Federal e com outras leis específicas, notadamente com o Estatuto da Criança e do Adolescente e também averiguar, por meio de dados de pesquisas, se esta portaria veio cumprir exatamente o papel a que se propôs e a sua regulamentação.

Pensando também na relação deste movimento com os adolescentes, a quem se segue imputando uma condição heterônoma, e tendendo, inclusive, para sua marginalização, é importante abordar este assunto. Além do mais, há aqueles que julgam ainda mais severamente, atribuindo a esta medida um ato de repressão e cerceamento do direito constitucional de “ir e vir”.

Para começar a tratar o tema, é necessário primeiro fazer uma viagem no tempo para que se demonstre como era a atuação do Estado na vida dos indivíduos no passado, por meio de uma análise rápida no contexto histórico das garantias que foram sendo conquistadas e consagradas nas Constituições, por um movimento chamado Constitucionalismo, e ver que hoje, o Estado atua com certas limitações, firmando assim o seu papel, respeitando, no entanto, a supremacia da liberdade e da dignidade de todo e qualquer cidadão, inclusive dos menores de dezoito anos, que é o que interessa no presente caso.

2. Constitucionalismo. Abordagens legais que concernem a menores

A origem formal do Constitucionalismo, ligada à época da Revolução Francesa, apresentou o traço mais marcante, que era a organização do Estado e a limitação do poder estatal, por meio da previsão de direitos e garantias fundamentais.

Constitucionalismo é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Neste sentido, o constitucionalismo moderno representará uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos (GOMES CANOTILHO, 2000, p. 6)

E mais adiante, depois de longas conquistas e ultrapassado o positivismo do início do séc. XX, fixamo-nos num atual estágio, que é o Estado Democrático de Direito.

O Estado Constitucional, portanto, configura-se como uma das grandes conquistas da humanidade, que, para ser um verdadeiro Estado de qualidades no constitucionalismo moderno deve ser um Estado democrático de direito (MORAES, 2009, p. 4).

A atual Carta Magna estabelece em seu preâmbulo que, instituído o Estado Democrático, este se destina a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, o bem-estar, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos (ROSENVALD, 2010, p. 40).

É de se notar o art. 5.º, da Constituição Federal que, dentre outras garantias, dispõe:

II – Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei.

XV – É livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens.

Esses, dentre outros tantos artigos insculpidos na Constituição, alguns de forma implícita, reafirmam que todos os cidadãos detêm a garantia tão singular e ao mesmo tempo tão importante que é o direito à liberdade, que não pode, nem deve ser postergado na atualidade, muito menos contra menores, “pois estaríamos assim correndo o risco de voltar à época em que crianças e adolescentes eram tratados como ‘objetos de intervenção do estado’ e não como ‘sujeitos de direitos’” (CONANDA – Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, 2009).

Seguindo mais adiante, o art. 227 da Constituição Federal garante aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à liberdade em todas as suas manifestações, e entre esses encontram-se as crianças e adolescentes de ambos os sexos. A contrapartida do direito à liberdade a estes reconhecidos no art. 5.º encontra-se no art. 227, que impõe à família, à sociedade e ao Estado o dever de assegurá-lo.

O Estatuto da Criança e Adolescente, fruto deste artigo, procura estabelecer o dever de cada um, bem como do Estado (em sentido amplo), de prevenir a ameaça ou reprimir a violação de tais direitos por quem quer que seja, ainda que o violador também seja uma criança ou adolescente, que deve respeitar a lei e a Constituição como qualquer outro cidadão.

O Estatuto foi iniciado com a Constituição Federal em 1988 e entrou em vigor em 1990, sendo este dividido em dois livros: o primeiro, que diz respeito à proteção dos direitos fundamentais da pessoa em desenvolvimento, e o segundo, que faz abordagem sobre os órgãos e procedimentos de proteção.

E dando sequência, no art. 16, aduz-se que “o direito à liberdade compreende dentre outros os seguintes aspectos: ir, vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários, ressalvadas as restrições legais; e participar da vida familiar e comunitária, sem discriminação” (ARANTES, 2004, pp. 18-19).

O que está garantido é o uso do direito de ir e vir e não abusar do direito de ir e vir. O art. 16 diz que esse direito é ressalvado por restrições legais. A primeira restrição

é o uso do pátrio poder exercido por pai e mãe. E, atendendo aos ditames da citada doutrina da proteção integral, realça-se a necessidade de que todos, família, Sociedade e Estado, respeitem tais direitos quando tiverem crianças e adolescentes como titulares e façam o que estiver ao seu alcance para impedir que sejam eles de qualquer modo ameaçados ou violados, até porque, em muitos casos, o titular do direito, em razão de sua tenra idade, imaturidade ou outros fatores, por conta própria não tem condições de reivindicá-lo ou defendê-lo, recaindo assim, nas mãos do Estado.

3. A eficácia das medidas sócio-educativas como condição de salvaguarda da cidadania da criança e do adolescente.

Para assegurar que os atos infracionais dos menores não ocorram sem nenhum tipo de sanção, foram criadas as medidas sócio-educativas como forma de “punir” os menores e repreendê-los para que não voltem a incorrer nos mesmos atos. Por se tratar de pessoas inimputáveis, os menores precisam se submeter a algumas das medidas que abaixo serão descritas. Estas medidas sócio-educativas são aplicadas como forma de repreender os atos infracionais praticados por menores e servem para alertar o infrator à conduta antissocial praticada e tentar que este retorne à vida em sociedade.

Ao manejar as medidas sócio-educativas, o Juiz da Infância e da Juventude não observará somente às circunstâncias e à gravidade do delito, mas também, às condições pessoais do adolescente, sua personalidade, suas referências familiares e sociais, bem como a sua capacidade de cumpri-la. Algumas destas medidas são: Advertência, Prestação de Serviço à Comunidade, Liberdade Assistida, Regime de Semiliberdade ou Internação.

O Estatuto da Criança e do Adolescente é o responsável pelas medidas sócio-educativas, mas atualmente observa-se uma dúvida sobre a sua real efetividade e aplicação. Pensando-se no poder que o Estado detém, é possível questionar se o papel do Estatuto é determinante no trato destes menores.

4. Portarias Judiciais que proíbem o trânsito e a permanência de crianças e adolescentes em espaços públicos, o chamado “toque de recolher/acolher”

O Juiz que primeiro elaborou esta portaria agiu em atendimento a requerimento do Ministério Público de Fernandópolis, indicando que houve um debate prévio, e que na época, não manejaram recursos contra a medida. Ou seja, houve a participação e fiscalização do Ministério Público e a oitiva da sociedade. Foi quase um grito de socorro e um meio paliativo de demonstrar que o Estado, partindo de sua competência, deveria agir em lugar dos pais e fazer o que a família estava deixando de fazer.

4.1. Algumas cidades que aderiram e o que disciplina a Portaria

Primeiro foi Fernandópolis, depois o prefeito de Ilha Solteira, Mirassol e Itapuru, seguidas de mais 21 cidades no Brasil, que, desde o ano de 2005, aderiram à ideia da Portaria, de onde se deduz que a demanda é grande. Tal medida foi adotada em Patos de Minas, em 2009, mas que não durou nem dois meses. Alegou-se que para assegurar às crianças e adolescentes o direito de ir e vir, primeiramente era necessário saber para onde estavam indo. Houve, inclusive, uma alcunha mais amena dada por alguns juízes como sendo “o toque de acolher”, sob o argumento de que toda liberdade requer primeiramente responsabilidade, e que para que haja uma mínima segurança é necessário um controle além daqueles existentes no seio familiar. O Estado deteria esta legitimidade, e estas portarias não obstarão este direito ou aquela conscientização. Pelo contrário, a princípio pretendiam assegurar esta liberdade, porém, claro, dentro dos seus limites. Afinal, nem toda família seria estruturada, e a criminalidade é um mal que deve ser combatido em seu cerne. Quando o Estado resolveu adotar esta medida, não pretendia que fosse uma forma de podar ou cercear a liberdade dos jovens, e sim, a de tentar assegurar o seu bem-estar e sua integridade.

Os juízes tomaram esta decisão pautando-se no artigo 70 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA):

É dever de todos prevenir a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente [...]. Este dispositivo insere norma profilática genérica ao assentar que a ninguém é dado eximir-se do dever de prevenir a ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente. Qualquer atentado aos direitos fundamentais, por ação ou omissão, merece exemplar punição. Maus tratos contra criança ou adolescente – é suficiente a suspeita – devem ser obrigatoriamente levados ao conhecimento do Conselho Tutelar da respectiva localidade e ao Juiz da Criança e da Juventude, para as providências legais cabíveis. Da mesma forma diretores de escola de ensino fundamental devem também comunicar ao Conselho Tutelar os casos de maus-tratos envolvendo seus alunos (VIEIRA, 2006, s. p.).

O “toque de recolher” previa, a princípio, que as crianças não poderiam estar sem a companhia dos pais e seriam proibidas de sair em alguns horários. Exemplos: crianças até 14 anos só poderiam ficar nas ruas e locais públicos até as 20h30min; entre 14 e 15 anos, poderiam ficar um pouco mais, desde que não ultrapassem as 22h; já para a faixa entre 16 e 17 anos, o horário máximo para se recolher ficaria para as 23h.

Em Patos de Minas, menores de 16 anos foram proibidos de permanecer fora de casa após as 23 horas e aqueles que tivessem entre 16 e 18 anos só poderiam ficar nas ruas mediante autorização do juiz. O toque de recolher não previa a detenção dos menores que fossem encontrados nas ruas. Eles deveriam ser conduzidos a suas residências, e seus pais deveriam receber um multa que variava de 3 a 20 salários mínimos, dependendo da ocorrência cometida.

5. A Portaria VIF /003/2009 de Patos de Minas e seus resultados

A Portaria VIF /003/2009 disciplina o acesso de crianças e adolescentes em locais públicos, espaços comunitários, bailes, festas, promoções dançantes, shows, boates, congêneres, bares, restaurantes:

O Juiz da Vara da Infância e Juventude da Comarca de Patos de Minas considerou ser dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar às crianças e adolescentes as oportunidades de desenvolvimento físico, moral, espiritual e social, em condições de dignidade e liberdade com responsabilidade, e que a realidade das crianças e adolescentes desta Comarca estavam a exigir uma conscientização dos pais e filhos, bem como uma atuação protetiva e permanente do Estado e da sociedade no combate às causas que a colocam em estado de risco social e moral, bem como conduzem os jovens à marginalidade e a criminalidade (Portaria VIF /003/2009).

No art. 14, a Portaria proibia a presença de menores, a qualquer hora do dia ou da noite, desacompanhados dos pais ou responsáveis, em bares ou restaurantes e estabelecimentos congêneres.

6. O "toque" é uma medida contrária ao direito de ir e vir da criança e do adolescente?

O parecer do juiz corregedor Renato César Martins, da Corregedoria Geral de Justiça, que, mesmo entendendo o propósito do eminente magistrado da comarca de Patos de Minas, qual seja, o de evitar o contato dos menores com as bebidas alcoólicas, demonstra que na nossa democracia, na qual prevalece o Estado Democrático de Direito, não podem ser tomadas medidas que não tenham amparo legal, embora visando ao bem-estar dos menores, sob pena de se configurar uma invasão na esfera do Pátrio Poder.

A população brasileira encontra-se em pleno desenvolvimento, e a adoção do recolhimento obrigatório, afora o nítido cerceamento do direito de liberdade, fere os princípios da dignidade, do respeito, e do desenvolvimento da pessoa humana. Embora tais direitos não sejam absolutos, podendo ser limitados justamente em vista da proteção integral das crianças e adolescentes, certo é que o caso não é de limitação válida.

O CONANDA (Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente), por exemplo, acha que há a restrição a direito fundamental dos menores de 18 anos. Acrescente-se que as portarias judiciais não podem contrariar princípios constitucionais e legais, como o direito à liberdade, previstos nos arts. 5 e 227 da Constituição Federal Brasileira, e nos arts. 5, 15 e 16, 106, 130 e 232 do ECA, que se referem ao direito à liberdade, incluindo o direito de ir, vir e estar em espaços comunitários. A medida também viola o direito à liberdade quando submete os jovens a situações humilhantes e vexatórias, ao apreendê-los sem os requisitos legais.

Na decisão do Procedimento de Controle Administrativo do Conselho Nacional de Justiça, que aprovou a suspensão do “toque de recolher” em Patos de Minas em agosto de 2009, os conselheiros chegaram à conclusão de que era ilegal a Portaria VIF 003/2009 do juiz da Vara da Infância e Juventude de Patos de Minas, que limitava o horário de circulação de crianças e adolescentes.

A Polícia Militar de Patos de Minas também demonstrou, por dados estatísticos, que em relação ao mesmo mês do ano anterior à medida, houve aumento em 44% no índice de ocorrências envolvendo menores no advento do “toque de recolher” em Patos de Minas. Além disso, a medida parece ter trazido certo “ar de desconforto” em toda a cidade, que se viu submetida e refém de um ato que tolhia a liberdade dos jovens menores da cidade, gerando inclusive grandes discussões entre os cidadãos, nos bancos universitários e rugas entre Ministério Público e o juiz da Vara da Criança e do Adolescente.

Mas a questão principal girou em torno da hipótese de um juiz legislar sobre essa situação. Alguns malfadados alegaram ser uma jurisdição especial, em que o Juiz não seria autorizado a legislar fixando normas de caráter abstrato e genérico. Quando o ECA, em seu art. 149, estabelece em um rol taxativo os únicos casos em que a autoridade judiciária pode fazer uso de portaria, ele atribui à autoridade judiciária somente a competência para disciplinar, por intermédio de portaria, ou autorizar mediante alvará, a entrada e permanência de criança e adolescente, desacompanhado dos pais e responsáveis em estádio, ginásios, bailes, boates e congêneres, levando em conta, dentre outros fatores, os princípios da lei, as peculiaridades locais, as instalações e a adequação do ambiente, devendo as medidas adotadas ser fundamentadas, de forma individualizada, sendo vedadas as determinações de caráter geral.

Judicialmente, o alvará decorre de sentença ou decisão interlocutória, implicando em autorização para que se efetue determinado ato. Tem o sentido de autorização e não de mandado, por implicar em faculdade ou permissão ao interessado, sem obrigá-lo à utilização do instrumento (ISHIDA, 2007, p. 249).

Segundo o Conselheiro Jorge Hélio de Chaves de Miranda, “a portaria como ato administrativo deve sempre referir a questões específicas, pontuais e concretas, e não como neste caso atingir um público em geral”. Apesar de o artigo 149 do Estatuto da Criança e do Adolescente dar poder ao magistrado, o parágrafo segundo limita-o, ao determinar que a medida não pode ser de caráter geral e deve sempre ser fundamentada.

Não é competência do Judiciário ditar normas de caráter geral, mas decidir, no caso concreto, a aplicação do Direito objetivo. Juiz não é legislador, não elabora normas de comportamento social. Julga os comportamentos frente às regras de conduta da vida social. Essas geralmente decorrem do processo legislativo, reservado pela Constituição a outra órbita (SILVA, 2006, p. 494)

Embora concebida como uma atitude positiva, tal medida demonstra-se eivada de inconstitucionalidade e, por consequência, sem eficácia, consubstanciando-se em um flagrante atentado aos direitos fundamentais destes menores que, mesmo protegidos e alçados à condição máxima na Constituição em seu art. 227, não podem ser oprimidos e discriminados pela sua condição mais frágil.

Ao tentar limitar a presença dos menores em locais públicos, não se extingue a exposição à violência ou ao uso de drogas e bebidas, pois muitas vezes isto ocorre dentro do próprio ambiente doméstico.

A própria legislação brasileira prevê a responsabilidade dos que não cumprem seus deveres. Assim as autoridades envolvidas deveriam se preocupar mais em punir os adultos que expõem os menores às mazelas do mundo, do que decretar imposições a estes menores. Nota-se também um enfraquecimento do poder familiar, pois cabe ao Estado zelar pela responsabilização dos pais omissos, e não substituí-los por meio de restrições executadas em portarias.

7. Conclusão

Assim, para que sejam expedidas portarias judiciais, estas devem estar restringidas às hipóteses do art. 149 do ECA, não podendo o Judiciário expedir portarias sem limites ou restrições, pautado em critérios subjetivos, como era previsto no antigo Código de Menores. Além do mais, a apreensão de menores só pode ocorrer nas hipóteses elencadas nos artigos 106 e 230 do ECA, em casos de flagrante de ato infracional ou mediante ordem escrita e fundamentada de autoridade competente, ordem esta lícita, individualizada e fundamentada, não podendo ser uma ordem genérica, tal qual a do “toque de recolher”. Afinal, devem ser garantidos os princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, antes de incorrer em qualquer tipo de restrição à liberdade, como fazem estas portarias. Aliás, nenhuma criança ou adolescente deve ficar em situação de abandono nas ruas, em horário nenhum, não só durante as noites. Para casos como esses, assim como para outras situações de risco, o ECA prevê medidas de proteção (art. 98 a 101) para crianças e adolescentes e medidas pertinentes aos pais e responsáveis (art.129).

Os conselhos tutelares são órgãos de proteção e defesa de direitos da criança e do adolescente (art. 131 a 136 do ECA) e não de repressão ou punição. E a polícia não deve ser empregada em ações visando o recolhimento de menores. Nesse sentido, o Estatuto prevê a necessidade de programas de acolhimento com educadores sociais que façam essa abordagem. O adequado seria a atuação dos órgãos e programas de proteção, acolhimento e atendimento às crianças, aos adolescentes e às famílias.

É necessário ter em conta que a liberdade reconhecida aos menores não significa que estes podem locomover-se nos logradouros públicos a seu simples alvedrio, pois estão sujeitos à autorização de seus pais ou responsáveis, segundo seus critérios de conveniência e educação. É liberdade que se volta especialmente contra constrangimentos de au-

toridades públicas e de terceiros, mas também contra os pais e responsáveis que, por ventura imponham à criança e ao adolescente um constrangimento abusivo que possa ser caracterizado como uma situação cruel, opressiva ou de violência, ou mesmo de cárcere privado, o que pode até dar margem ao exercício do direito de buscar refúgio e auxílio. A criança não pode ser privada de sua liberdade em hipótese alguma, e o adolescente só o pode na forma prevista no Estatuto (CURY, 2006, p. 12).

Portanto, ficou demonstrado que o “toque de recolher” contraria o ECA e a Constituição Federal indiretamente, pois que

afora o nítido cerceamento do direito de liberdade, fere os princípios da dignidade, do respeito, e do desenvolvimento da pessoa humana. Embora tais direitos não sejam absolutos, podendo ser limitados justamente em vista da proteção integral das crianças e adolescentes, certo é que o caso não é de limitação válida. O que se deve ter em mente é que o recolhimento obrigatório não pode ser arbitrariamente instituído com base simplesmente num suposto “interesse público”. Tentar suprir a ineficiência estatal no combate à delinquência com a restrição dos direitos das crianças e adolescentes é, de fato, uma forma infundada (FERREIRA, BATALHA, 2009, s. p.)

As medidas e programas de acolhimento, atendimento e proteção integral estão previstas no ECA, sendo necessário que o Poder Executivo implemente os programas e que a atuação do Judiciário seja de obrigar a implantação, o monitoramento e a execução destes. Cabe também ao Legislativo garantir orçamentos e fiscalização em inteiro cumprimento às competências e atribuições inerentes a estes Poderes.

Que todos os Municípios, Estados e União fortaleçam as redes de proteção social e o Sistema de garantia de direitos, incluídos Conselhos Municipais da Criança e do Adolescente, Conselhos Tutelares, Varas da Infância e Juventude, promotorias e delegacias especializadas. É necessário garantir o direito de ir e vir do adolescente. Mas é necessário lhe dar rumos e destinos, para que não fique à mercê do destino.

Referências

ARANTES, Geraldo Claret. *Manual de Prática Jurídica do Estatuto da Criança e do Adolescente*. Belo Horizonte: Imprensa Oficial, 2004.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CURY, Munir. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

FERREIRA, Luiz Antônio Miguel; BATALHA, Sergio Fedato. Toque de recolher ou toque de acolher. *Jus Navigandi*. Teresina, ano 13, n. 2145, 16 maio 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12875>>. Acesso em: 13 out. 2010.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Direito Constitucional*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2000.

ISHIDA, Valter Kenji. *Estatuto da Criança e Adolescente: doutrina e jurisprudência*. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

UOL Notícias. “Mesmo com toque de recolher, ocorrências policiais envolvendo menores aumentam 44% em Patos de Minas-MG. Disponível em: <http://www.uol.com.br>. Acesso em: 21 de jul 2009.

Portaria VIF /003/2009: A Portaria que Disciplinou o acesso em Patos de Minas em 19 de junho de 2009.

ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

Ativismo judicial

Judicial Activism

DIOVANE GOMES CAIXETA

Aluno do 3º Período do Curso de Direito do Centro Universitário de Patos de Minas – UNIPAM.
e-mail: diovane_diou@hotmail.com

Resumo: O artigo tem por objetivo visualizar e questionar os aspectos positivos e negativos no que diz respeito à atuação ativista do Poder Judiciário, considerado sob os pontos de vista legais, práticos e também democráticos. Dada a necessidade de acionamento judicial para solução de problemas, o Poder Judiciário acaba ganhando força e atuando de forma a extrapolar seu limite de atuação e a invadir a área de atuação do Poder Legislativo e do Poder Judiciário, sendo que esse fenômeno deve ser estudado e compreendido de forma a possibilitar que se façam considerações a seu respeito, para saber se esse deve ser o caminho a ser seguido ou se sua prática deve ser coibida.

Palavras-chave: Constituição; legislativo; juízes; separação de poderes.

Abstract: The article intends to visualize and question the positive and negative aspects in what concerns the activist actuation of the Judiciary Power, considered under the legal, practical and democratic points of view. Taking into account the need for judicial actions for the solution of problems, the Judiciary Power ends up becoming stronger and actuating so as to extrapolate its actuation limit and to trespass the actuation area of the Legislative and Executive Power. This phenomenon should be studied and understood in a way that leads to consideration about it, so as to know if this is the right way or if it should be repressed.

Keywords: Constitution; legislative; judges; separation of powers

1. Introdução

Uma prática iniciada pela corte norte-americana vem ganhando espaço no cenário jurídico do Brasil. Nessa prática o Poder Judiciário vem tomando cada vez mais decisões complexas e de grande repercussão na sociedade; sendo que com estas decisões ele acaba por abafar e reduzir a atuação e a amplitude dos Poderes Executivo e Legislativo. A essa prática dá-se o nome de Ativismo Judicial.

Impulsionado pelo fenômeno da judicialização da vida, o Ativismo Judicial passa a se tornar uma prática comum nos tribunais que tentam fornecer abrigo para a sociedade que é prejudicada pelos excessos e omissões originadas pelos outros dois

Poderes. Porém em contrapartida dessa visão, existem aqueles que acreditam que isso é uma afronta ao preceito constitucional de separação de poderes harmônica e independente e que esta prática é maléfica, tanto do ponto de vista doutrinário-constitucional, quanto do ponto de vista prático.

Pensando nisso há de se fazer a devida reflexão sobre o tema: o Ativismo Judicial é uma atitude louvável daqueles que tentam explorar e garantir o máximo do direito, ou nada mais é do que uma prática que viola a constituição e que tem o fim de aumentar os poderes dos juízes, dando-lhes a competência para administrar e legislar, além, é claro, da competência para julgar?

2. Ascensão do judiciário após a ditadura militar

Do período que vai do ano de 1964 até o ano de 1985 o Brasil viveu aquilo que foi chamado de Ditadura Militar. Instituído por meio de um golpe dos militares, o governo de Castelo Branco deu início a um tempo conturbado para a liberdade e para a vida da sociedade brasileira.

Uma onda de prisões varreu o país nos dias seguintes ao golpe: líderes sindicais, políticos que apoiavam o presidente deposto, militares de organizações católicas e entidades estudantis e os militares que defenderam o governo legal tornaram-se os alvos preferidos. Não há cálculos exatos sobre o número de presos e perseguidos, mas as avaliações variam de 10 mil a 50 mil pessoas (SAMPAIO, 2010, p. 58).

Impulsionado pelos Atos Institucionais (AI) 1, 2, 3, 4 e 5, o governo militar deu duros golpes na democracia e nos direitos fundamentais. O AI-5 foi o mais pesado dos atos, pois ele concedia poderes em demasia para o presidente da república, que podia intervir nos estados e municípios sem atender previsões constitucionais, e podia decretar estado de sítio¹. No âmbito judicial, o AI-5, além de suspender garantias constitucionais, suspendeu o *habeas corpus*, deixou a cargo do Poder Executivo a autoridade para poder aposentar ou afastar juízes, impossibilitava a discussão judicial de qualquer medida embasada no AI-5, e também concedia poderes legislativos ao presidente. Em suma os militares centralizaram os poderes nas mãos do chefe do poder executivo da união, com isso dificultando, ou até mesmo impedindo, o trabalho do judiciário, impossibilitando-os de efetivar garantias constitucionais, pois estava vinculado e, de forma maquiada, subordinado ao poder executivo.

Nesse período tivemos Federalismo de Integração, ou Estado Unitário, como parte da doutrina afirma. Pois nesse tipo de federalismo existe uma nítida hierarquia entre os entes da federação, sendo que as competências são concentradas na União, que as exerce primeiramente pelo chefe do executivo.

¹ Hoje o Estado de Sítio depende de prévia autorização do Congresso Nacional segundo o art. 49, IV da Constituição Federal de 1988 (CF/88).

A Constituição de 1946 manteve a técnica federativa de 1934. E se pode afirmar que nos anos de 1967 e 1969 tivemos uma Federação somente nominal, pois o Brasil regride à condição de Estado Unitário descentralizado, com característica autoritarista, o que muitos autores chamam de “federalismo de integração”, pois se trata de um federalismo que nega o próprio federalismo, ao se confundir a Federação com a União (MELO NETO, 2005).

Os Atos Institucionais e a Constituição de 1967, com a emenda de 1969², deram uma aparente legalidade aos abusos cometidos no regime, pois apesar de absurdos e injustos, os atos praticados pelos militares tinham respaldo na lei, na Constituição Federal. É claro que, apesar de haver legalidade, não havia legitimidade, pois as mudanças legais não tinham o aval do povo, que deve ser o fundamento de um poder, pois ele é o detentor do poder soberano, em uma sociedade democrática.

Se no início do movimento houve apoio de setores sociais para o golpe, o intervencionismo exagerado, a falta de liberdade e legitimidade, os atos de tortura e a perseguição política, que forçaram vários políticos a se exilar no exterior fizeram o quadro se reverter, passando a população a clamar pela liberdade e por um governo democrático. A exemplo disso é louvável lembrar o grande movimento nacional das Diretas Já.

Diante da pressão interna e externa, os militares acabaram por ceder a passagem do militarismo para a democracia. Fato mais marcante da redemocratização do país foi a promulgação da Constituição Federal de 1988 (CF/88). Chamada de constituição cidadã, ela engloba em seu corpo uma gama imensa de direitos e garantias fundamentais (direitos humanos), dando ao Brasil o tão sonhado Estado Democrático de Direito.

Dada essa nova fase democrática, apoiada em uma esplêndida constituição e com o afastamento dos militares da órbita política nacional, entra em cena o Poder Judiciário que ganhou força normativa³ e também o apoio da sociedade, que cada vez mais, procura conhecer um pouco mais da ciência do direito e o tem como ferramenta de busca e garantia de direitos.

O repúdio à forma autoritária de governo com ausência de direitos individuais e sociais fez com que a população adquirisse gosto por um Estado de Direito que pode ser reclamado em juízo. Assim cada indivíduo sente que pode ser protegido por eventuais abusos cometidos, principalmente pelo Estado, pois antes não havia qualquer possibilidade de questionamento. É dentro desse panorama de ascensão do Poder Judiciário no Brasil que se desenrola e ganha força o fenômeno do Ativismo Judicial.

² Para alguns doutrinadores a Emenda Constitucional de 1969 não pode ser considerada uma emenda e, sim, deve ser tratada como uma outra Constituição, pois ela alterou totalmente o texto primário da Constituição de 1967, incorporando nela tudo que estava previsto nos Atos Institucionais.

³ A exemplo do ganho de força normativa que o Poder Judiciário vem adquirindo, com o novo período de democracia, deve ser lembrada a Emenda Constitucional n.º 45, que possibilitou a criação de Súmulas Vinculantes pelo Supremo Tribunal Federal, concedendo um grande poder a esse órgão jurisdicional.

3. Sobre o ativismo

3.1. Definições e considerações

A ideia central sobre Ativismo Judicial é que o Poder Judiciário interfere na esfera de atuação dos outros dois poderes. O constitucionalista Luís Roberto Barroso considera que o Ativismo Judicial é

[...] uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandido o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva (2009, p. 6).

Assim esse fenômeno pode ser entendido como uma maneira de atuação do Poder Judiciário concretizado por decisões dos juízes e, principalmente, por ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), no caso do Brasil, que vão além de simples decisões, pois invadem o espaço do Poder Legislativo e do Poder Executivo, sob o pretexto de se consagrar e afirmar os preceitos constitucionais que muitas das vezes se originam de métodos de interpretação e de justificativas inovadoras. Assim a decisão proferida restringe a liberdade para o exercício dos outros dois poderes, pois vincula esse exercício a uma decisão vinda do judiciário.

Com tanto, pode-se dizer que ocorreu Ativismo Judicial quando o juiz, por meio de suas decisões, acaba por formar uma jurisprudência ou até mesmo uma súmula (vinculante ou não) que se transforma em uma verdadeira legislação, ou que decida os rumos a serem tomados pela administração pública, não se limitando a simples aplicação do texto da lei. Por meio de hermenêutica já consagrada, ele tenta explorar o máximo dos princípios constitucionais.

O contrário do ativismo judicial é chamado de *autocontenção judicial*, em que, no lugar de excesso de participação do Poder Judiciário, tem-se uma participação mais discreta, de forma a deixar mais espaço para que os outros poderes possam definir as políticas públicas; deixando assim de invocar a constituição nos mais diversos casos, sob a justificativa de guardá-la. Era dessa forma que se guiava o judiciário brasileiro antes da promulgação da CF/88, quando então começou uma mudança de atitude que caminhou rumo ao Ativismo Judicial, talvez fruto da conquista da liberdade depois de anos sob domínio de regime ditatorial.

Vale pensar: em caso de conflitos, a quem poderiam recorrer os Poderes Legislativo e Executivo, caso se sintam prejudicados por decisões do judiciário? Eles terão que reclamar ao próprio judiciário, pois a ele cabe a função de julgar conflitos, sendo dele a última palavra e sua última esfera de decisão é o STF, que é um dos que mais proporcionam atitudes ativistas. Portanto é possível concluir que se trata de um ciclo em que o judiciário toma uma atitude ativista, em que existe a possibilidade de se recorrer, mas o recurso será analisado pelo próprio judiciário, é claro, com a possibilida-

de de análise por outras pessoas. Dessa ótica tem-se a sensação de que o Poder Judiciário é onipotente nas decisões judiciais, administrativas e legislativas, pois não é possível escapar da alçada dele.

Com a judicialização da vida, qualquer fato, por mais banal e simples que seja, vira motivo de demanda judicial, tudo passa a carecer de resolução por meio de decisões judiciais. Com isso, a todo momento o judiciário se vê provocado a resolver as mais complicadas e estranhas contendas e, assim, juízes e ministros devem optar por uma solução que consiga dar uma resposta à causa, pois eles estão impossibilitados de se escusar da manifestação, alegando que o reclamante deve aguardar até que o legislativo regule a matéria, seja porque ocorre uma omissão da legislação ou mesmo que ela seja insatisfatória para um caso em específico.

Isto, é claro, não pode ser considerado uma ação errada, pois quem carece de uma resposta para o seu problema não quer saber de onde essa resposta possa sair, mas preocupa-se que ela seja dada tão logo for possível. As pessoas não podem ficar órfãs esperando que o legislativo lembre-se de que certas coisas necessitam de regulamentação ou que o executivo aja como lhe é esperado. O judiciário, notando essa necessidade das pessoas, manifesta-se, não sobrestando decisões para aguardar os outros poderes.

Essa manifestação sobre os mais diversos temas não pode ser considerada errada, mas sim necessária. O problema é que para dar uma resposta a qual foi provocada ocorre intromissão nas competências legislativas e executivas, que pode gerar consequências danosas, porque primeiro se presume que pode ter ocorrido uma falta do legislativo e executivo, e em segundo, é que por isso o judiciário acaba concentrando em si todos os poderes e retirando a força da vontade popular que concede o mandato para que seus representantes (eleitos para os cargos do legislativo e executivo) exerçam o poder⁴.

3.2. Origem

A expressão Ativismo Judicial tem origem na Suprema corte dos Estados Unidos por volta do ano de 1954, quando o poder judiciário começou a tomar uma série de medidas políticas que, em seu ponto de vista, visavam à concretização e efetivação do bem-estar social e das garantias fundamentais. Assim os Estados Unidos passaram por uma grande revolução na área do direito, mas essa revolução não teve sua gênese onde normalmente teria, por meio de leis ou de decretos do legislativo ou do executivo, mas sim se originou da atitude ativista do Poder Judiciário dada por meio de jurisprudências.

Na história da Corte americana, registra-se que houve período de conflitos internos, quando um grupo defendia uma atitude ativista que buscasse concretização do bem-estar social independente do embasamento da vontade popular, que dá legitimidade aos Poderes Legislativo e Executivo; já o outro grupo acreditava que não cabia ao judiciário essa busca pelo bem-estar, pois ele deveria se ater somente às suas compe-

⁴ Vide art. 1.º, parágrafo único da Constituição Federal de 1988.

tências, deixando que a vontade popular⁵ prevalecesse, mesmo que ela fosse de alguma forma prejudicial ao Estado ou à própria sociedade.

3.3. Alegações sobre a necessidade de um judiciário ativista

O Poder Legislativo brasileiro passa por uma séria crise, pois ele não consegue atender à demanda de leis e também não consegue firmar um posicionamento seguro sobre questões polêmicas. Como seus cargos dependem da eleição por meio de voto popular, firmar posicionamento sobre questões complexas pode não ser o interesse dos representantes, como é o exemplo do caso das matérias que tratam sobre o aborto e o homossexualismo, visto que até hoje não são matérias de debates nas casas legislativas, apesar da atualidade do tema⁶, pois uma direção que se tome pode ser determinante para que ele continue ou não na política.

O tempo que poderia ser dedicado a debates sobre as leis e seus conteúdos muitas vezes fica bastante limitado porque o legislativo gasta muito tempo discutindo medidas provisórias vindas do Poder Executivo.

A única exigência para a elegibilidade no Brasil é a de ser alfabetizado. Assim tenta-se impedir que ocorra uma elitização da política em que só as pessoas com alto nível de instrução sejam eleitos, desfavorecendo a representação de todos; porém a falta de instrução, que possivelmente os eleitos tenham, pode ser responsável diretamente pela dificuldade de se fazer leis sobre assuntos complicados, porque muitas leis demandam conhecimento científico nas mais diversas áreas. O fato de serem leigos em assuntos de demanda maior prejudica os bons debates que poderiam gerar leis mais bem elaboradas e com um requinte maior de cientificidade, necessário para algumas regulamentações.

Já no que se refere ao Poder Executivo, muitas de suas ações dependem de investimentos e gastos, que por isso devem ser previstas em lei orçamentária, o que ajuda a garantir a saúde financeira do Estado, impedindo que ocorram gastos desnecessariamente exorbitantes. Assim para fazer valer os direitos sociais (direitos fundamentais de segunda e terceira geração), o Estado deve agir fazendo investimentos, gastos, para que eles sejam observados.

Porém existe o princípio da reserva do possível, em que não se pode exigir do Estado que ele gaste mais do que o necessário, mais do que aquilo que ele consegue. Ocorre que por diversas vezes a população fica sem os direitos previstos constitucionalmente porque o Poder Executivo não prevê alguns gastos em lei orçamentária, sendo este um motivo para se alegar a reserva do possível.

⁵ Aqui se diz vontade popular, mas ressalta-se que o sistema de exercício do poder político que acontece nos Estados Unidos é o de representação, de maneira semelhante ao que acontece no Brasil. Assim essa vontade popular se apresenta de forma indireta, por meio dos representantes do povo.

⁶ No dia 05/05/2011 o STF julgou procedente o pedido de duas ações que visavam reconhecer a extensão de direitos e deveres de companheiros de união estável para favorecer as uniões de casais do mesmo sexo.

Isso acontece muito com o direito à saúde. Medicamentos caros necessários à manutenção da vida de uma pessoa, que não são fornecidos pelo Estado e que vão além da capacidade de aquisição dessas pessoas, diuturnamente viram motivo de acionamento judicial e, por conseqüente, de medida ativista do judiciário que faz com que o Estado banque a aquisição dos medicamentos para que se preserve a vida.

Por essas razões é que se alastram correntes que defendem a necessidade do Ativismo Judicial, pois alegam que o judiciário somente sai em defesa da sociedade que é esquecida pelos outros poderes, principalmente pela omissão deles. Argumentam que se o judiciário não agisse assim, o Estado não seria provocado a fazer as mudanças necessárias e a população ficaria dependente de uma solução que não viria, pois a solução para o problema de cada pessoa só é possível de ser alcançada via judicial.

4. Teoria de separação de poderes

Maquiavel, em seu livro *O Príncipe*, do século XVI, já trazia uma forma aparente do que viria a ser a separação de poderes como ela é tida atualmente, inclusive com a harmonia e independência entre eles. Para ele o poder era dividido em três: Legislativo, Executivo das coisas que dependem dos direitos das gentes (conhecido hoje como Poder Executivo) e Executivo das coisas que dependem do direito civil (conhecido hoje como Poder Judiciário).

Essa necessidade de disseminar o poder já foi vislumbrada bem antes de Maquiavel, pois Aristóteles já se posicionava em sentido de que era perigoso e injusto que apenas um possuísse o exercício de todo o poder do Estado.

Por isso a teoria de separação de poderes, juntamente com a ideia de constituição, veio para que se pudesse limitar o poder do Estado. Antes, monarcas tinham em suas mãos todo o poder do Estado; assim surgiram as constituições como forma de se limitar o poder do rei. A teoria de separação de poderes veio no sentido de não só garantir uma limitação ao poder, mas também de se ter vários órgãos e pessoas dentro do Estado a fim de exercê-lo⁷.

A separação de poderes é tão relevante, que muitos doutrinadores consideram que para que um Estado tenha de fato uma constituição, nela é preciso que haja a previsão de separação de poderes harmônicos e independentes. Tanto é fato, que a nossa CF/88 prevê em seu art. 2.º essa separação de poderes, e vai mais além: eleva à categoria de cláusula pétrea, definida no art. 60, § 4º, III, do mesmo diploma.

O poder do Estado é muito grande. Essa separação de poderes vem no sentido de tentar evitar que o poder se concentre na mão de poucos, mas o que está ocorrendo é que todo o poder do Estado está sendo canalizado no Poder Judiciário, sendo que isso está ocorrendo dentro das previsões legais, apesar da constituição separar os poderes. Dalmo de Abreu Dallari já fazia crítica à teoria de separação de poderes dizendo que

⁷ Apesar da separação de poderes, o poder do Estado é uno e indivisível.

[...] ele é meramente formalista, jamais tendo sido praticado. A análise do comportamento dos órgãos do Estado, mesmo onde a Constituição consagra enfaticamente a separação dos poderes, demonstra que sempre houve uma intensa interpenetração. Ou o órgão de um dos poderes pratica os atos que, a rigor, seriam de outro, ou se verifica a influência de fatores extralegais, fazendo com que algum dos poderes predomine sobre os demais, guardando-se apenas a aparência de separação (2007, p. 221).

Portanto há predominância do Poder Judiciário sobre os demais, o que pode repercutir de maneira negativa no Estado Democrático de Direito, fazendo com que ocorra uma espécie de “ditadura jurídica”. Segundo o dicionário, o significado da palavra *ditadura* é “Forma de governo em que o poder legislativo e, até certo ponto, o judiciário se concentram no poder executivo; tirania; despotismo; autoritarismo” (ROSA, 1999, p. 172). Porém o que se tem formado hoje pode ser uma redefinição do que vem a ser ditadura, ou ao menos uma definição do que vem a ser “ditadura jurídica”, devendo ser uma forma de governo em que o Poder Legislativo e Executivo, ficam, até certo ponto, concentrados no Poder Judiciário. O Ativismo Judicial é uma intromissão do judiciário nas questões legislativas e executivas, e isso está ocorrendo de forma intensa e exagerada. Problema maior ainda é que isso está sendo uma prática ordinária e aceita como um fenômeno normal e legal.

5. Margem de liberdade dos juízes para julgar

Segundo a teoria, é possível estabelecer o grau de liberdade que os juízes têm para emitir um julgado. Esse grau de liberdade é ponderado entre a lei e a impressão pessoal dos juízes. Dentro dessa teoria foi possível estabelecer três tipos de liberdade dos juízes:

- Livre Estimação: o juiz é detentor de liberdade incondicional em seu julgado, devendo-se atentar somente para os princípios da equidade. Ele poderia julgar de acordo com seus critérios de justiça.
- Limitação à Subsunção: o juiz estaria limitado ao texto da lei, não podendo fazer qualquer ponderação ou qualquer tipo de interpretação; ele apenas aplicaria a lei. Dessa forma o Poder judiciário estaria fora de qualquer processo de criação do direito, pois não haveria espaço para a jurisprudência.
- Complementação Coerente e Dependente do Preceito: o juiz deve guiar-se pelo texto da lei, porém ele possui uma margem de liberdade para julgar.

É princípio assente na moderna hermenêutica jurídica que os juízes devem interpretar o Direito evolutivamente, conciliando velhas fórmulas com as novas exigências históri-

cas. Nesse trabalho de atualização, em que a letra da lei permanece imutável e a sua compreensão é dinâmica e evolutiva o juiz colabora decisivamente para o aperfeiçoamento da ordem jurídica. Ele não cria o mandamento jurídico, mas apenas adapta princípios e regras à realidade social [...] (NADER, 2002, p. 170).

Como o Brasil adota o sistema *civil law*, o modelo seguido se embasa na complementação coerente e dependente de preceito, sendo isto previsto na Lei de Introdução do Código Civil (decreto-lei n.º 4.657/1942, art. 4.º e art. 5.º), que permite que o juiz busque como fonte do direito não somente a lei, como também os costumes, a jurisprudência, a analogia e os princípios gerais do direito.

Essa abertura faz com que o direito não fique engessado em uma lei que, com o tempo deixará de atender o seu fim, possibilitando abertura suficiente para que o juiz extraia do texto da lei aquilo que pode ou não ser aplicado no caso concreto. Nesse ponto de vista a complementação coerente tem um aspecto positivo, mas acaba que essa abertura, feita para dar maior flexibilidade ao direito, dá espaço ao Ativismo Judicial. O juiz, em vez de interpretar o direito, acaba fazendo parte do processo de criação do direito, quase que legislando em seus julgados, pois estes, chamados de jurisprudência, tomam forma de lei que irá ser seguida pelos demais.

No direito Romano os Pretores, quando iniciavam o seu mandato, faziam os editos, que seriam como regras de como iriam funcionar a sua gestão. Acabava que os editos continuavam a ser seguidos, mesmo depois do vencimento dos mandatos, porque outros Pretores achavam que os editos eram bons, fazendo com que estes se incorporassem ao direito, de forma até a modificá-lo. O Ativismo Judicial faz com que a história se repita.

Os juízes, com liberdade de fazer interpretações das leis, atribuindo a elas suas visões políticas sobre os temas, geram uma jurisprudência que será seguida por outros juízes. A jurisprudência poderá ter tamanha força que terá *status* de lei, que deve ser seguida pelos demais, até com a possibilidade de punição por sua inobservância.

6. Democracia ameaçada pela atuação ativista

Os membros do Poder Executivo e do Poder Legislativo, representantes do povo, são escolhidos por meio do sufrágio universal, pela democracia indireta, em que o povo escolhe seus políticos para representá-los na tomada de decisões, sendo que eles exercem o poder em seu nome. Já os membros do Poder Judiciário conseguem ingresso por meio de concurso público, de provas e títulos.

A CF/88, em seu artigo primeiro parágrafo único, deixa claro que “todo poder emana do povo”, sendo passível de conclusão que, pelo menos em campo teórico, quando um membro do executivo ou do legislativo toma uma decisão ou ação, no exercício do seu cargo, é como se o próprio povo o fizesse, pois foi ele quem concedeu o aval para que o representante pudesse agir assim.

Quando o judiciário age de maneira ativista, afrontando o que foi decidido nos outros dois poderes, ele acaba contrariando a soberania (popular) fundamento desse

Estado. É claro que o Poder Judiciário também carrega a força da vontade popular, pois suas competências são previstas na Constituição, que também teve participação popular por meio da escolha dos constituintes.

Fazendo um paralelo ao que foi dito na introdução, o governo militar teve suas atuações respaldadas na legislação, porém não tinha legitimidade para governar, pois era um governo autoritário, em que não havia a vontade popular. Com o Ativismo Judicial, o Poder Judiciário age embasado na CF/88 e nas leis, sob o pretexto de resguardá-la, porém acaba que também lhe falta a legitimidade, não porque há um grande movimento social que vá contra isso, como ocorreu com o militarismo, mas porque o povo não participa do governo, pois as decisões de seus representantes são anuladas pelo judiciário.

Por consequente, a política fica adstrita a uma elite social, pois são na verdade os juristas que irão dar forma à política, atrapalhando em muito a representação de todas as camadas sociais. Um bom exemplo que gerou grande polêmica nacional foi o caso da lei *ficha limpa*⁸. Esta lei, que teve a iniciativa popular, conseguindo preencher o disposto no art. 61, § 2.º da CF/88, foi amplamente discutida quanto a sua constitucionalidade, pois ela supostamente entrava em conflito com o art. 16 da CF/88, que diz que a lei que alterar as regras do processo eleitoral só será aplicada às eleições que ocorrerem um ano após a data da publicação. Com isso o caso foi parar no STF, o que gerou intensas discussões entre os ministros: de um lado havia quem defendesse que a lei não alterava o processo eleitoral, mas só as condições de elegibilidade; já a outra banda considerava que se tratava de lei que alterava, sim, o processo eleitoral, portanto não podendo ser aplicada nas eleições de 2010.

Abstraindo as discussões sobre a constitucionalidade, é fácil notar que a lei *ficha limpa* teve a intensa participação popular, em duas fases. Na primeira, quando se conseguiu a assinatura de mais de um por cento do eleitorado em mais de cinco estados; e na segunda fase, quando os representantes do povo aprovaram e promulgaram a lei. Mesmo assim a vontade do povo, que fundamenta o Estado Democrático de Direito, pode ser esquecida e deixada de lado por juízes e ministros que tentam agir de maneira ativista, aplicando o texto constitucional a casos concretos e promovendo interpretações constitucionais inovadoras. É claro que os juízes e ministros não podem se deixar levar por ondas populares passageiras, fazendo com que suas decisões fiquem atreladas a elas, pois isso poderia dar fruto a consequências danosas à segurança jurídica, à liberdade e à própria sociedade, porém a busca por políticos honestos é anseio antigo da sociedade brasileira.

Por um impasse de votos no STF, em cinco contra cinco e com a impossibilidade do voto de desempate, prevaleceu a decisão do Tribunal Superior Eleitoral, que fez a aplicação da vontade do povo para as eleições de 2010.

⁸ Lei complementar nº135, de 4 de julho de 2010

7. Controle de constitucionalidade

No Brasil cabe ao STF o controle sobre a constitucionalidade das leis federais⁹, bem como o julgamento de ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade¹⁰. Esse controle ocorre de forma a assegurar que a Constituição Federal seja preservada e que sua hierarquia sobre as demais seja assegurada.

O controle ocorre de duas maneiras no Brasil: de uma forma os juízes, até mesmos de primeira instância, podem deixar de aplicar uma lei, alegando que tal norma não é constitucional (essa maneira de controle se identifica com o sistema americano). Por outro turno, possuímos o STF, que é a última instância, guardião da constituição, cabendo-lhe zelar pela sua efetividade. Então a segunda maneira de controle de constitucionalidade brasileiro é embasada no modelo europeu, em que compete ao STF decidir sobre matéria constitucional, julgando sobre ações diretas de inconstitucionalidade e sobre ações declaratórias de direito.

Ao contrário da via de exceção ou defesa, pela qual o controle (difuso) se verificava em casos concretos e incidentalmente ao objeto principal da lide, no controle concentrado a representação de inconstitucionalidade, em virtude de ser em relação a um ato normativo em tese, tem por objeto principal a declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo impugnado. O que se busca saber, portanto é se a lei (*lato sensu*) é inconstitucional ou não, manifestando-se o Judiciário de forma específica sobre o aludido objeto. [...] (LENZA, 2010, p. 238).

Existe a necessidade de esse controle ser exercido por alguém, caso contrário o poder constituído poderia criar leis que ignorassem totalmente a constituição e, mesmo assim, serem válidas. O problema não é que esse controle seja feito pelo judiciário, mas sim que ele faz esse exercício ordinariamente, e não extraordinariamente, fazendo com que o judiciário se torne muito intervencionista.

Sendo provocado, o STF já teve de se pronunciar sobre complicadas questões. Dentre os julgados, pode ser lembrado o julgamento sobre as pesquisas com células-tronco, a demarcação das terras indígenas da área Raposa do Sol, o transporte gratuito para deficientes em transporte coletivo, a suspensão da lei de imprensa (do regime militar), o reconhecimento de união estável para casais do mesmo sexo, e a inconstitucionalidade do artigo da lei eleitoral que proibia o uso de charges durante o período eleitoral.

⁹ Art. 102, III, “b” da CF/88.

¹⁰ Art. 102, I, “a” da CF/88.

8. *Súmula vinculante*

Trazida à Carta Magna pela emenda constitucional n.º 45, a súmula vinculante veio com a promessa de se conseguir desafogar o sistema judiciário. A primeira ideia era de que com a criação de súmulas com efeito vinculante, ou seja, de seguimento obrigatório, os inúmeros e repetidos acionamentos judiciais que têm a mesma causa e que gerassem controvérsia, poderiam ser resolvidos mais rapidamente, não carecendo de grandes discussões, caso houvesse uma decisão já formada, mas não no sentido de ser uma jurisprudência que serviria de referência, mas, sim, uma decisão que devesse ser seguida e aplicada a todos os casos em que coubesse.

No Brasil a competência para editar súmulas vinculantes é do STF, segundo o art. 103-A da CF/88. O supremo decide as matérias motivo de controvérsias e de insegurança jurídica, e ela é seguida pelo Poder Judiciário e pela administração pública direta e indireta (Poder Executivo). No campo do Ativismo Judicial muito se discute a respeito das súmulas vinculantes, pois muitas das súmulas estão sendo quase que um processo de criação de leis, extrapolando até mesmo a capacidade científica dos operadores do direito que acabam por decidir sobre matérias das mais variadas e complicadas ciências.

Até hoje já foram editadas trinta e uma súmulas vinculantes em apenas seis anos de vigência da emenda constitucional que a criou. Como são tantas apenas duas serão tratadas de forma especial, devido a polêmicas, e serão comentadas a seguir.

8.1. *Súmula vinculante n.º 11*

Essa súmula prevê a restrição ao uso de algemas: ela somente poderá ser usada quando houver receio de fuga ou perigo à integridade física do preso ou de terceiros, sendo que tal fato deve ter sua motivação passada por escrito, sob pena de se anular a prisão ou o ato processual, além de acarretar responsabilidade penal, civil e disciplinar ao agente.

Uma das exigências constitucionais para a criação de uma súmula vinculante é a necessidade de haver “reiteradas decisões sobre matéria constitucional”. Esse é o grande fato que deu origem à polêmica que circunda essa súmula, pois havia uma única jurisprudência que discutia sobre o uso de algemas. Nessa jurisprudência, o réu levado a júri popular permaneceu durante todo o tempo do julgamento algemado, sendo ele condenado. Após isso o réu teve a liberdade concedida por um *habeas corpus*¹¹, quando se entendeu desnecessária a medida, pois que esta, além de transgredir preceitos constitucionais, também acabaria levando o júri, mesmo que de forma inconsciente, a acreditar que o réu era um criminoso altamente perigoso, atrapalhando assim um julgamento justo.

A questão teve mais uma pitada de polêmica, pois além de só haver uma jurisprudência, a súmula foi feita após a operação Satiagraha da Polícia Federal, em que

¹¹ *Habeas corpus* 91952, concedido pelo próprio Supremo Tribunal Federal.

muitas personalidades conhecidas no cenário nacional foram presas e exibidas algemadas em emissoras de canal aberto. Muito ainda se questionou no período, pois o ministro Gilmar Mendes, na época presidente do STF, concedeu dois *habeas corpus* ao banqueiro Daniel Dantas.

O que é discutido não é se a súmula é positiva, se o uso de algemas deve ser limitado, e sim, que o próprio STF, guardião da constituição, aquele que mais deveria se esmerar para cumpri-la, acaba por ignorar uma exigência da Constituição para se elaborar uma súmula vinculante, fazendo-a com o embasamento de apenas um julgado e não de reiteradas decisões. De situações como essa é que se leva a questionamento que as súmulas vinculantes não passam de uma maneira, conseguida legalmente, para o STF conseguir legislar, exercendo o papel do legislativo, assumindo um posicionamento claramente ativista.

Além disso, a prisão de um criminoso pode ser anulada pelo simples fato de o agente não justificar a algemação por escrito. Assim uma pessoa que tenha cometido um homicídio, um crime grave, preenchendo a princípio os requisitos de receio de fuga e de perigo à integridade física de terceiros, sendo preso em flagrante delito, poderia ter sua prisão anulada, caso o agente que efetuou sua prisão se descuide e não justifique por escrito a algemação. Observe-se que o crime e autoria persistem, porém tudo isso poderá ser ignorado pela falta da justificação escrita.

8.2. Súmula vinculante n.º 13

A súmula vinculante n.º 13 declara que o nepotismo nos três poderes viola a CF/88. Antes da aprovação dessa súmula, o supremo já tinha se manifestado por meio de ação declaratória de constitucionalidade sobre a validade da vedação do nepotismo no Poder Judiciário, definida assim por uma resolução do Conselho Nacional de Justiça, mas resolveu estender essa interpretação constitucional para ser aplicada ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo, implementando, então, essa súmula vinculante.

O nepotismo, que é a indicação de pessoas com certo grau de parentesco, para ocupar cargos de confiança de membros do Estado, é uma ação antiética e que leva certa revolta à população. Nada o que dizer quanto à conveniência sobre a louvável decisão de se proibir o nepotismo, mas deve ser observado que o STF fez com que a súmula tivesse efeito vinculante não só para o judiciário e para o executivo, como prevê a constituição, estendendo seu efeito vinculante para o legislativo.

A constituição celebra que as súmulas vinculantes não são obrigatórias para o Poder Legislativo, nem para o STF. Assim ela permite que o STF tenha possibilidade de reconsiderar sua decisão sobre uma súmula, podendo até cancelá-la. Quanto ao Poder Legislativo, a não-obrigatoriedade de se seguir a súmula vinculante ocorre porque ele precisa de liberdade para poder legislar, e as leis criadas não precisam seguir o que está disposto nas súmulas, podendo seguir uma direção contrária.

Mas mesmo tendo liberdade para legislar, não se atendo às súmulas vinculantes, é fácil presumir que o Poder Legislativo não perderia tempo em promulgar uma lei que fosse de encontro a uma súmula vinculante, pois esta última foi feita com base em uma interpretação que buscou extrair ao máximo a potencialidade do texto constitucional.

Logo, se uma lei contraria essa súmula, ela estaria conseqüentemente contrariando a constituição, segundo a interpretação feita.

9. Conclusão

O Ativismo Judicial não pode ser visto somente como um câncer que destoe aos poucos a estrutura de separação de poderes, concentrando poderes em demasiado nas mãos de juízes e de ministros do supremo. Em sua outra face, ele conserva a disposição de cobrir a sociedade de eventuais falhas e omissões legislativas e executivas, além de procurar fazer a constituição uma norma maior, evitando que ela seja rebaixada a um simples texto.

Na vida contemporânea, torna-se cada vez mais necessária a recorrência de judiciário atuante, que consiga dar solução aos conflitos da sociedade, e isso vai mais além, pois se espera que os juízes tenham respostas para todos os problemas que forem levados a eles. Dessa maneira as pessoas sentem que, pelo menos nessa parte do Estado, ela tem apoio e resposta que, se dependessem dos outros poderes, poderia ser tardia ou talvez nunca viesse.

Mas também o Ativismo Judicial deve ser entendido como uma ação perigosa que pode gerar conseqüências danosas à sociedade, pois, lembrando o caso do militarismo, sempre que ocorre a detenção de grandes poderes nas mãos de um grupo se está sujeito a sofrer ações arbitrárias, quando não se tem como impedir ou lutar, ainda mais se tudo é feito dentro da legalidade.

Há a necessidade de um controle para que o ativismo não se torne um grande problema, e esse controle deve partir do próprio judiciário que, conhecedor como é da ciência do direito, deve preservá-la e submeter-se a ela, além de agir com ética e bom senso.

Referências

ALMEIDA, Leilah L. Gomes de. Aplicação das súmulas vinculantes e a divisão de poderes no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2449, 16 mar. 2010. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/14491>>. Acesso em: 17 dez. 2010.

BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial_11032010.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2011.

_____. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2011.

CAPEZ, Fernando. Súmula vinculante. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 911, 31 dez. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/7710>>.

Acesso em: 18 dez. 2010.

CORDEIRO, Flávia Gonçalves. Considerações sobre ativismo judicial. *Visão Jurídica*, São Paulo, p. 20-22, nov. 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Estado e Governo, in: *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, cap. 4, p. 145-264.

Haidar, Daniel. Daniel Dantas volta para o Rio após ser libertado pelo STF. *G1*, São Paulo, 12 jul. 2008. Disponível em:

http://g1.globo.com/Noticias/Economia_Negocios/0,,MUL644392-9356,00-DANIEL+DANTAS+VOLTA+PARA+O+RIO+APOS+SER+LIBERTADO+PELO+STF.html. Acesso em: 20 jan. 2011.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 14 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

MARFINATI, Bruno. STF aprova pro unanimidade união estável entre homossexuais. *G1*, São Paulo, 05 mai. 2011. Disponível em:

<<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2011/05/stf-aprova-por-unanimidade-uniao-estavel-entre-homossexuais-1.html>>. Acesso em 14 mai. 2011.

MELO NETO, Antônio Saboia de. Federalismo e direitos sociais: reflexões sobre a possibilidade de conciliação. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 811, 22 set. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7315>>. Acesso em: 2 maio 2011.

MOREIRA, Luiz Fernando. Súmula Vinculante – Seus defensores e seus opositores. *Boletim Jurídico*, Uberaba/MG, ano 2, n. 74. Disponível em:

<<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=246>> Acesso em 19 dez. 2010.

NADER, Paulo. Jurisprudência, in: *Introdução ao Estudo do direito*. 24 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, cap. 17, p. 165-174.

ROSA, Ubiratan. *Minidicionário compacto da língua portuguesa*. 9 ed. São Paulo: Rideel, 1999. 532 p.

SAMPAIO, Marcelo. *História*. Belo Horizonte: Pro Labore, 2010. 152 p. Apostila.

SANTOS, Débora. Ministros do STF trocam farpas durante julgamento da ficha limpa. *G1*, Brasília, 28 out. 2010. Disponível em: <http://g1.globo.com/especiais/eleicoes-2010/noticia/2010/10/ministros-do-stf-trocam-farpas-durante-julgamento-da-ficha-limpa.html>. Acesso em 20 jan. 2011.

A responsabilidade civil pelo dano moral causado por meio do *site* de relacionamentos *Orkut*

The civil responsibility for the moral damage caused by the relationship site Orkut

FERNANDO ANTONIO RODRIGUES

Aluno do 9º período do curso de Direito, do Centro Universitário de Patos de Minas.
e-mail: fernandototonho@hotmail.com.

Resumo: O *site* de relacionamentos *Orkut* constitui-se em um espaço de relacionamento virtual onde, muitas vezes, verifica-se a ocorrência de danos morais provocados pelos usuários do serviço, ao postarem no *site* conteúdo ofensivo a terceiros. Configurado o dano moral, o ordenamento jurídico assegura o direito à indenização àquele que teve a sua esfera subjetiva lesada. No entanto, tendo em vista as espécies de responsabilidade civil existentes no ordenamento jurídico, bem como a divergência acerca da aplicação do Código Civil ou do Código de Defesa do Consumidor, o que resultaria na responsabilização ou não da empresa provedora do *site*, a Google, objetivamente, a jurisprudência começou a se posicionar em sentidos diversos. O presente trabalho tem como objetivo analisar a polêmica acerca de quais espécies de responsabilidade civil e qual legislação seria aplicável nesses casos, fazendo uma abordagem mais pormenorizada da corrente que, embora minoritária, opina pela aplicação do Código Civil e se afastamento da responsabilidade objetiva, além de outras considerações interessantes em relação ao tema abordado.

Palavras-chave: *Internet; Orkut; dano moral; responsabilidade civil.*

Abstract: The relationship site *Orkut* is a space of virtual relationship in which, most of the times, we can verify the occurrence of moral damage provoked by the users of the service, when posting in the site a content offensive to someone else. When the moral damage is confirmed, the law gives the right of indemnification to that one who feels himself offended. However, considering the kinds of civil responsibilities there are in the law, as well as the divergences about the application of the Civil Code or the Consumer Defense Code, what would result in the responsibility or non-responsibility of Google (the enterprise provider of the site), objectively the jurisprudence started to have different ideas on the matter. The present work intends to analyze the disputes about what kinds of civil responsibilities and what legislation would be applicable in these cases, making a more detailed approach of the tendency that, although minority, tends to consider the application of the Civil Code, by distancing from the objective responsibility, beside other interesting considerations on the approached theme.

Keywords: *Internet; Orkut; moral damage; civil responsibility*

1. Considerações iniciais

O *Orkut* é um *site* de relacionamentos da *internet*, criado com o objetivo de proporcionar aos seus usuários um espaço virtual onde pessoas possam trocar informações, mensagens, fotos, vídeos, entre outros. Porém, tem-se verificado que o referido *site*, por diversas vezes, é mal utilizado. Desvirtuando o objetivo do mesmo, muitas pessoas acabam por utilizá-lo para a prática de atos ilícitos, como por exemplo, o dano moral a terceiros.

Neste contexto surge a questão da responsabilidade civil. Uma vez configurado o dano, o ordenamento jurídico assegura àquele que o sofreu o direito de ser indenizado. No entanto, embora não haja dúvidas acerca do direito à indenização, surgem questões extremamente intrigantes, objeto de divergência jurisprudencial. Nos casos de dano moral ocasionado por meio do *site* de relacionamentos *Orkut* a terceiro, alguns tribunais entenderam tratar-se de típica relação de consumo, devendo ser aplicado o Código de Defesa do Consumidor ou a teoria do risco prevista no art. 927 do Código Civil, o que acarretaria a responsabilização da empresa Google, provedora do *site*, de maneira objetiva. Por outro lado, surgiram também aqueles que entenderam que, nestes casos, não seria ideal a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, mas, sim, do Código Civil, e que a empresa provedora do *site*, a Google, não poderia ser objetivamente responsabilizada por todo eventual conteúdo ofensivo postado no *site*. Embora esta corrente seja minoritária, interessantes são os seus argumentos, os quais serão mais explorados neste trabalho, por entender-se que, com a aplicação daquele entendimento, poder-se-ia proporcionar a criação de uma “indústria do dano moral”, além de uma responsabilização muitas vezes totalmente destituída de causa.

Vale ressaltar que não se trata de uma polêmica superada, uma vez que ainda é possível encontrar, atualmente, entendimentos jurisprudenciais em ambos os sentidos.

O presente artigo tem o objetivo de fazer uma discussão acerca do tema, a partir da análise do *site* de relacionamentos como um espaço propício ao dano moral, bem como da responsabilidade civil à luz da legislação, doutrina e jurisprudência pátria. Busca-se uma compreensão das espécies de responsabilidade civil concebidas no ordenamento jurídico, a fim de verificar quais seriam aplicáveis nesses tipos de eventos, tanto em relação ao usuário do serviço, quanto em relação à empresa provedora do *site*, a Google.

Para a elaboração deste artigo, utilizou-se como procedimento metodológico a pesquisa na doutrina, legislação e jurisprudência.

2. O *site* de relacionamentos *Orkut*

De repente, a *internet* começou a fazer parte da vida das pessoas. Antes não se imaginava que através de um computador seria possível comunicar-se com o mundo inteiro em tempo real. Hoje, é possível relacionar-se com inúmeras pessoas e até mesmo com empresas, fazer compras, negócios, transações bancárias, além de uma infini-

dade de serviços. Tudo isso sem sair de casa, ou melhor, sem sair diante da tela de um computador.

Inúmeras inovações tecnológicas ampliaram também os meios de lazer. Atualmente, as tradicionais brincadeiras de rua e até mesmo os joguinhos caseiros estão sendo substituídos por jogos e brincadeiras virtuais. Não são poucas as pessoas que passam horas e horas diante de um computador com o único intuito de se divertirem. Dentre as novas possibilidades de entretenimento, surgiu o *site* de relacionamentos *Orkut*, cuja criação foi um grande sucesso. Atualmente são milhões de usuários espalhados em todo o mundo acessando o referido *site* de relacionamentos.

Com o intuito de estabelecer um conceito para o *Orkut*, Mariana Zanata Thibes (2008, p. 8), em sua dissertação de mestrado, assim o definiu:

O Orkut, objeto em questão, é uma rede social virtual criada pela empresa de tecnologia Google e lançado em fevereiro de 2004. Uma rede social na Internet é uma comunidade de usuários registrados em um portal WEB que compartilham informações, interagem entre si mediante mensagens e contam com outras formas de colaboração. Em uma rede desse tipo, conhecida como comunidade virtual, formam-se grupos de amigos por afinidade. Cada usuário registrado pode manter uma lista de contatos considerados amigos, os quais devem estar registrados no portal.

O nome “orkut” vem do funcionário da empresa que desenvolveu esse projeto: Orkut Buyukkokten. Segundo o *slogan* do próprio *site*, o objetivo da associação é conectar-se com os amigos e familiares usando recados e mensagens instantâneas, conhecer novas pessoas por intermédio de amigos de seus amigos e comunidades, e compartilhar vídeos, fotos e paixões. Ainda de acordo com o *slogan*, no Orkut é possível encontrar pessoas, fazer amigos, criar comunidades e juntar-se às já existentes.

O *Orkut*, conforme mencionado, foi criado com o objetivo de se tornar um espaço propício a bons relacionamentos sociais, mas como em todo lugar onde pessoas se relacionam, este mesmo espaço se tornou propício à prática de inúmeros ilícitos, dentre eles, o dano moral, cujo conceito será explorado adiante.

3. O dano moral

Antes de adentrar no objeto específico deste trabalho, importante trazer à tona alguns conceitos utilizados pela doutrina para “dano moral”.

Carlos Bittar (1992 *apud* CAHALI, 1998) apresenta uma definição:

[...] qualificam-se como morais os danos em razão da esfera da subjetividade, ou do plano valorativo da pessoa na sociedade, em que repercute o fato violador, havendo-se como tais aqueles que atingem os aspectos mais íntimos da personalidade humana (o da intimidade e da consideração pessoal), ou o da própria valoração da pessoa no meio em que vive e atua (o da reputação e da consideração social).

Carlos Roberto Gonçalves (2009, p. 359), ao tratar do mesmo tema, assim aduz:

Dano moral é o que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. É lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, a intimidade, a imagem, o bom nome etc., [...] o que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação. [...]. O dano moral não é propriamente a dor, a angústia, o desgosto, a aflição espiritual, a humilhação, o complexo que sofre a vítima do evento danoso, pois esses estados de espírito constituem o conteúdo, ou melhor, a consequência do dano.

A partir desses conceitos, compreende-se que o dano moral é aquele que atinge uma pessoa em seus direitos da personalidade e não diretamente em seu patrimônio. Esta a razão de parte da doutrina também para denominá-lo dano extrapatrimonial. De fato, embora o dano moral não tenha uma repercussão imediata no patrimônio daquele que foi lesado, não há dúvida de que muitas vezes os prejuízos sofridos são imensuráveis, podendo levar a pessoa até ao desenvolvimento de patologias graves, ao desejo de alienação social, a sentimentos de inferioridade, entre outros.

Diante da questão do dano moral, cuja gravidade é incontestável e pode se apresentar em maior ou menor grau, o ordenamento jurídico brasileiro estabelece disposições acerca da proteção aos direitos da personalidade, bem como instrumentos de reparação, quando os mesmos são ofendidos. É a aplicação da responsabilização civil por danos morais.

3.1. O dano moral causado por meio do site de relacionamentos Orkut a terceiros

O *site* de relacionamentos *Orkut*, como mencionado acima, foi um espaço criado com o intuito de proporcionar a seus usuários relações sociais em um meio virtual, o que permite que pessoas se conheçam, se relacionem e troquem informações em tempo real, mesmo estando extremamente distantes umas das outras. No entanto, como esse espaço proporcionou a seus usuários a facilidade de se expressarem livremente, muitas vezes o mesmo oportunizou o cometimento de inúmeros danos morais.

Basta visitar o *site* por um pequeno período de tempo e é possível encontrar comunidades virtuais com nomes diretamente ofensivos a pessoas determinadas. Não são raras as notícias cujo assunto principal é o cometimento de danos morais utilizando a *internet*. A Revista *Veja* (LIMA; FIGUEIREDO, 2010, p. 98-102), em reportagem denominada “A tecnologia a serviço dos brutos”, em que enfatiza as constantes práticas de dano moral por meio de *sites* de relacionamentos, publicou o depoimento de algumas jovens, vítimas de ofensas no *Orkut*:

Era nova no colégio quando uma amiga me contou que havia no Orkut seis comunidades intituladas Eu Odeio a Gabriela. Virei alvo de todo tipo de xingamento. A situação só foi piorando, e eu me sentia cada vez mais sozinha e impotente. O pior foi saber que eram colegas de classe que me humilhavam. Deprimida e sem receber por seis meses

seguidos nenhuma ajuda do colégio, já avisado da situação, decidi, com o apoio dos meus pais, trocar de escola no meio do ano. As tais comunidades continuam até hoje na rede. É um capítulo da minha vida que luto para apagar. [Gabriela Lins, paulista, 17 anos].

Quando uma amiga contou que haviam criado um perfil meu no Orkut, cheio de difamações, eu me enchi de ódio e vergonha. O site estava repleto de montagens com o meu rosto aplicado a fotos de atrizes pornôs, uma humilhação atrás da outra. Passei os dois meses que o pesadelo durou tentando adivinhar quem estava fazendo aquilo. Desconfiava de meus colegas. Virou uma paranoia. Consegui, enfim, tirar a página do ar depois que dezenas de amigos denunciaram o caso ao site. O colégio se posicionou, dizendo aos alunos como aquilo era perverso. Conto hoje essa história em palestras que a escola promove sobre o cyberbullying. Isso se tornou uma praga. [Paola Alves, gaúcha, 17 anos].

Foi um choque saber que, movidas por uma intriga boba, minhas melhores amigas haviam criado uma comunidade no Orkut só para me ofender e ameaçar. Logo, mais colegas se uniram contra mim. Diziam que se eu aparecesse na escola iam me dar uma surra e até me matar. Fui ficando apavorada, a ponto de só conseguir dormir na cama da minha mãe. Ia para a escola aos prantos, tremendo e com crises de asma. Emagreci 4 quilos. Meus pais chegaram a registrar queixa na delegacia. O pesadelo durou três meses, até eu sair da escola. É um episódio muito difícil de deletar da memória. [Brenda Mayer, paulista, 16 anos].

Como visto nos exemplos acima, são graves as consequências do dano moral, independentemente do meio utilizado. No entanto, quando ocorre no meio virtual, verificam-se ainda outros fatores agravantes, como a divulgação da ofensa para um número indeterminado de pessoas, a não-identificação do ofensor, entre outros.

O cometimento dessa espécie de ofensa tem como consequência direta, conforme se verá abaixo, a responsabilização civil, ou seja, a partir do momento em que a pessoa é lesada, com o dano surge também um direito, que é o de ser indenizada.

4. Breves considerações acerca da responsabilidade civil

O ser humano, eminentemente um ser social, estabelece inúmeras relações com os seus semelhantes e também com os bens que estão à sua volta. Dessas relações podem surgir inúmeros benefícios, mas também prejuízos de ordem patrimonial, moral (como já mencionado), estética, entre outros. Não raras vezes, os bens jurídicos como, por exemplo, a vida, o patrimônio e a moral são lesados, expostos a risco, destruídos. Surge nesse contexto o tema da responsabilidade civil, com o intuito de amparar aquele que tem qualquer um de seus bens jurídicos violados por outrem, estabelecendo-se a obrigação de indenizar.

A ilustre doutrinadora Maria Helena Diniz (2010, p. 33), acerca desse tema, aduz:

[...] poder-se-á definir a responsabilidade civil como a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda ou, ainda, de simples imposição legal.

Também Noronha (2003 *apud* VENOSA, 2007) define a responsabilidade civil como “[...] uma obrigação de reparar danos: danos causados à pessoa ou ao patrimônio de outrem, ou danos causados a interesses coletivos, ou transindividuais, sejam estes difusos, sejam coletivos *stricto sensu*”.

Tratando desse assunto, qual seja, a responsabilidade civil, dispõe o art. 186 do Código Civil que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Conjuga-se tal dispositivo com o previsto no art. 927 do mesmo diploma legal: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.” Verifica-se, neste contexto, a aplicação da teoria da responsabilidade civil, consistente na imposição, feita pelo ordenamento jurídico, da obrigação de reparar os danos que uma pessoa causa a outra. Qualquer atividade humana que tenha como resultado um dano a outra pessoa gerará a responsabilidade civil, com a consequente obrigação de indenizar.

Vale ressaltar que também poderá haver responsabilidade civil por atos considerados lícitos. Neste sentido, Cavalieri Filho (2009, p. 9):

[...] os casos de indenização por ato lícito são excepcionalíssimos, só tendo lugar nas hipóteses expressamente previstas em lei, como no caso de dano causado em estado de necessidade e outras situações específicas (Código Civil, arts. 188, II, c/c arts. 929 e 930, 1.285, 1.289, 1.293, 1385, §3º etc.).

Destaque-se, ainda, que o art. 186 do Código Civil, acima transcrito, ressalta que haverá a obrigação de indenizar, ainda que o dano causado seja exclusivamente moral. Não há necessidade de comprovação de perda ou dano patrimonial para que seja caracterizado o dever de reparação imposto pelo ordenamento jurídico.

Mas, além das disposições do Código Civil, também a Constituição Federal de 1988 trouxe em seu bojo dispositivos acerca da indenização por eventuais danos morais causados. O art. 5.º, incisos V e X da Constituição Federal, dispõem, respectivamente: “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”, e “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Dessa forma, a regra é: haverá a obrigação de indenizar todas as vezes que uma pessoa causar dano a outrem. Atualmente, dentre as várias formas de danos que uma

pessoa pode causar a outra, gerando a obrigação de indenizar, encontra-se o dano moral causado por intermédio do *site* de relacionamentos *Orkut*. Não há dúvida de que o dever de indenizar estará caracterizado a partir do momento em que uma pessoa utiliza um *site* da *internet* com o objetivo de causar dano moral a outrem. A noção de responsabilidade civil apresentada pelo ordenamento jurídico pátrio não deixa nenhuma dúvida no sentido de que tais práticas, quando devidamente comprovadas, geram o dever de indenizar. No entanto, a questão que se apresenta passível de questionamento é no sentido de quais espécies de responsabilidade civil, dentre as várias apresentadas pela doutrina, seriam cabíveis para esse tipo de responsabilização. Para responder a esta indagação, necessária se faz a análise das principais espécies de responsabilidade civil concebidas pela doutrina.

5. Espécies de responsabilidade civil e a possibilidade de sua aplicação na responsabilização pelo dano moral causado por meio do site de relacionamentos Orkut

A doutrina costuma elencar espécies de responsabilidade civil. As mais comuns são: contratual e extracontratual, subjetiva e objetiva.

5.1. A responsabilidade contratual e extracontratual

Considera-se responsabilidade contratual aquela que surge a partir da violação a um contrato. Já a responsabilidade extracontratual, em linhas gerais, surge a partir da violação de um dever imposto na lei ou na ordem jurídica.

Neste sentido, exemplifica Carlos Roberto Gonçalves (2009, p. 26):

[...] quem toma um ônibus tacitamente celebra um contrato, chamado contrato de adesão, com a empresa de transporte. Esta, implicitamente, assume a obrigação de conduzir o passageiro ao seu destino, são e salvo. Se, no trajeto, ocorre um acidente e o passageiro fica ferido, dá-se o inadimplemento contratual, que acarreta a responsabilidade de indenizar as perdas e danos, nos termos do art. 389 do Código Civil.

Poder-se-ia imaginar, em complemento ao exemplo apresentado pelo ilustre doutrinador que, no mesmo acidente, um pedestre que estava atravessando a rua fosse atropelado pelo mesmo ônibus, cujo motorista dirigia imprudentemente. Neste caso, o acidentado também teria direito a ser indenizado pelas perdas e danos, mas como não havia celebrado, nem de maneira tácita, nenhum contrato com a empresa de ônibus, a responsabilização ocorreria com base na aplicação da responsabilidade extracontratual.

Outro exemplo de responsabilidade extracontratual é o dano moral causado por intermédio do *site* de relacionamentos *Orkut*, quando algum terceiro, que não seja

usuário do serviço, nem possua qualquer vínculo com a empresa Google, responsável pela veiculação do *site*, é moralmente atingido.

No entanto, a distinção entre a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual é muito criticada por alguns doutrinadores, pois, de fato, não tem muita relevância prática, e o efeito, em qualquer delas, é sempre o mesmo: a obrigação de indenizar. Neste sentido, aduz Cavalieri Filho (2009, p. 16):

Em nosso sistema, a divisão entre responsabilidade contratual e extracontratual não é estanque. Pelo contrário, há uma verdadeira simbiose entre esses dois tipos de responsabilidade, uma vez que regras previstas no Código para a responsabilidade contratual (arts. 393, 402 e 403) são também aplicadas à responsabilidade extracontratual.

Neste sentido, não há que se preocupar em definir entre a responsabilidade contratual ou extracontratual, uma vez que qualquer pessoa, independentemente de relação contratual, ou até mesmo de consumo com o referido *site*, como no caso de seus usuários, terá direito à reparação civil, quando estiver diante de qualquer violação à sua honra. Querendo, todavia, definir tal questão, seria possível dizer que, na maioria das vezes, como se verá adiante, o dano moral é causado por terceiro que não mantém qualquer relação contratual com a pessoa. Desta forma, a responsabilização desse usuário ocorreria com base na aplicação da teoria da responsabilidade civil extracontratual.

5.2. A responsabilidade subjetiva e objetiva

Outra classificação utilizada para a responsabilidade civil – esta, no entanto, com maior aplicação prática – é a divisão entre a responsabilidade civil objetiva e a responsabilidade civil subjetiva. A diferença entre uma e outra consiste exatamente na necessidade da verificação da presença ou não do elemento “culpa” para que determinada pessoa seja responsabilizada.

Quando se trata de responsabilidade objetiva não há necessidade de comprovação de culpa, bastando somente a comprovação da existência de um dano e do nexo de causalidade entre o dano e aquele que será civilmente responsabilizado. Já a responsabilidade subjetiva é aquela em que, além dos elementos dano e nexo de causalidade, também será necessária a culpa por parte do causador do dano, a fim de que possa ser responsabilizado civilmente. Vale ressaltar que a regra, no ordenamento jurídico pátrio, é a aplicação da teoria da responsabilidade subjetiva. Verificada a ocorrência de um dano moral, por exemplo, deverá ser responsabilizado, sem qualquer sombra de dúvida, aquele que agiu com culpa na produção do evento danoso. Neste caso, a pessoa que sofreu a violação em sua esfera íntima poderá, perante o Poder Judiciário, pleitear indenização por dano moral de qualquer pessoa física ou jurídica.

Sobre a responsabilidade subjetiva, assevera Cavalieri Filho (2009, p. 16):

A idéia de culpa está visceralmente ligada à responsabilidade, por isso que, de regra, ninguém pode merecer censura ou juízo de reprovação sem que tenha faltado com o dever de cautela em seu agir. Daí ser a culpa, de acordo com a teoria clássica, o principal pressuposto da responsabilidade civil subjetiva.

Acerca da responsabilidade objetiva, o mesmo autor prossegue:

O desenvolvimento industrial, proporcionado pelo advento do maquinismo e outros inventos tecnológicos, bem como o crescimento populacional geraram novas situações que não podiam ser amparadas pelo conceito tradicional de culpa. Importantes trabalhos vieram, então, à luz na Itália, na Bélgica e, principalmente, na França, sustentando uma responsabilidade objetiva, sem culpa, baseada na chamada teoria do risco, que acabou sendo também adotada pela lei brasileira em certos casos, e agora amplamente pelo Código Civil no parágrafo único do seu art. 927, art. 931 e outros [...] (CAVALIERI FILHO, 2009, p. 16-17).

Maria Helena Diniz (2010, p. 55), ao dissertar sobre a responsabilidade objetiva, assim aduz:

Na responsabilidade objetiva, a atividade que gerou o dano é lícita, mas causou perigo a outrem, de modo que aquele que a exerce, por ter a obrigação de velar para que dela não resulte prejuízo, terá o dever ressarcitório, pelo simples implemento do nexu causal. A vítima deverá pura e simplesmente demonstrar o nexu de causalidade entre o dano e a ação que o produziu.

Nos casos de dano moral cometido por meio do *site* de relacionamentos *Orkut*, facilmente verifica-se a presença do elemento culpa, quando determinada pessoa, utilizando-se do meio virtual, insere conteúdo ofensivo a outra. No entanto, mais difícil será a responsabilização da empresa provedora do *site*, a Google, nesta modalidade de responsabilidade. Dificilmente, partirá da empresa tal espécie de conteúdo, ainda mais em um *site* como o *Orkut*, onde o conteúdo é postado pelos usuários, limitando-se a empresa a proporcionar esse espaço para os mesmos.

Partindo da ideia de que dificilmente se poderia responsabilizar a empresa Google subjetivamente e, diante da quantidade de danos morais causados por meio do referido *site*, parte da jurisprudência começou a aplicar a outra espécie de responsabilidade civil, qual seja, a responsabilidade objetiva.

Surgiu aí interessante questão, senão a mais instigante de todas elas em relação ao tema abordado: seria possível responsabilizá-la objetivamente pelo dano moral causado por um usuário de seus serviços a um terceiro? A jurisprudência já se manifestou positivamente neste sentido:

RESPONSABILIDADE CIVIL DE PROVEDOR DE INTERNET. COMUNIDADE FALSA EM SITE DE RELACIONAMENTOS. DEFEITO NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. DANO MORAL CONFIGURADO. QUANTUM INDENIZATÓRIO. A controvérsia visa aferir a responsabilidade civil do provedor de internet, Google BR., por informações ofensivas direcionadas ao autor em site de relacionamento denominado “Orkut”, por ele administrado, bem como seu dever de indenizar a título de dano moral. Há incidência das regras previstas no CDC, eis que a apelante é uma prestadora de serviços e obtém lucros de forma indireta. Fica evidente a falha do serviço prestado pela Ré que ocasionou danos morais ao Autor que merece ser indenizado, ao permitir a inserção de conteúdos lesivos pelos seus usuários, sem nenhum controle prévio ou monitoramento, sendo evidente que o fato ofensivo está relacionado aos riscos do negócio. O quantum arbitrado pelo Juízo *a quo* em R\$ 9.000,00 a título de indenização por dano moral se mostra razoável e proporcional. RECURSO DESPROVIDO. (Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Processo n. 0055427-33.2007.8.19.0001).

INDENIZAÇÃO – DANO MORAL – OFENSAS ATRAVÉS DE SITE DE RELACIONAMENTO NA INTERNET – RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA – TEORIA DO RISCO – DEVER DE INDENIZAR – QUANTUM INDENIZATÓRIO – FIXAÇÃO. O provedor de serviço de internet, ao disponibilizar espaço em sites de relacionamento virtual, em que seus usuários podem postar qualquer tipo de mensagem, sem prévia fiscalização, e ainda, com procedência, muitas vezes, desconhecida, assume o risco de gerar danos a outrem, sendo de se aplicar a eles a teoria do risco. O parágrafo único do art. 927 do Código Civil, adota a teoria do risco, estabelecendo que haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar risco para os direitos de outrem. Ao fixar o valor da indenização, deve-se ter em conta as condições do ofendido, do ofensor e do bem jurídico lesado. (Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Processo n. 1.0091.08.011925-7/001(1)).

No entanto, em sentido contrário às decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro e pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, encontra-se decisão, na jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo, em sentido totalmente oposto:

RESPONSABILIDADE CIVIL – DANOS MORAIS – Internet – Vítima de ofensa praticada em comunidade virtual criada por usuário do “Orkut” – Ausência de responsabilidade do provedor (Google), que não tem o dever de fiscalizar o conteúdo das mensagens de autoria de terceiros – Improcedência do pedido – Reconhecimento – Sentença reformada – Apelo da ré provido, prejudicado o da autora, invertendo-se o ônus da sucumbência. (Tribunal de Justiça de São Paulo, Processo n. 994092722684).

INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. INOCORRÊNCIA. ALEGADO CONTROLE DO PROVEDOR SOBRE O CONTEÚDO DE VÍDEO OFENSIVO À IMAGEM DA EMPRESA AUTORA EM SÍTIO ELETRÔNICO POR ELE MANTIDO ('YOUTUBE'). AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DO PROVEDOR DE SERVIÇOS DE INTERNET ('GOOGLE') PELAS INFORMAÇÕES VEICULADAS. INEXISTÊNCIA DE DEVER LEGAL OU CONVENCIONAL DE CONTROLE OU FISCALIZAÇÃO PRÉVIA DE CONTEÚDO. DADOS QUE FORAM PUBLICADOS EXCLUSIVAMENTE POR TERCEIROS. NEXO DE CAUSALIDADE

INEXISTENTE ENTRE A CONDUTA LÍCITA DA REQUERIDA E OS DANOS NÃO DEMONSTRADOS. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DE APELAÇÃO IMPROVIDO (Tribunal de Justiça de São Paulo, Processo n. 990102096840).

Ante as ementas de jurisprudência apresentadas, verifica-se que a questão da possibilidade de aplicação da responsabilidade objetiva à empresa Google, com o intuito de responsabilizá-la por danos causados por seus usuários a terceiros, é algo extremamente polêmico.

De um lado aqueles que defendem a aplicação da responsabilidade objetiva à empresa. Parte da jurisprudência que se filia a essa ideia utiliza como argumento o risco-proveito, ou seja, como a empresa obtém proveito com o exercício da atividade, deve, por conseguinte, arcar com todos os riscos inerentes à atividade. No entanto, o fato de uma pessoa usar um produto ou serviço para causar dano a outrem, não pode, por si só, significar responsabilidade da empresa que colocou o produto ou serviço em circulação, dentro dos padrões normais exigidos pelos seus consumidores. Pensando dessa forma, estar-se-ia banalizando o instituto da responsabilidade objetiva e a aplicação da teoria do risco. Seria possível, com base neste raciocínio, responsabilizar a empresa fabricante de facas, pelos danos decorrentes do seu uso e, até mesmo a empresa fabricante de papel, que, inúmeras vezes, é utilizado para a divulgação de mensagens com conteúdo ofensivo.

Por outro lado, exigir do provedor do *site* de relacionamentos o controle prévio de todo conteúdo veiculado seria extremamente inviável, ainda mais considerando o grande fluxo de informações nesse meio virtual. O controle preventivo seria algo impossível por, basicamente, dois motivos: como já dito, por um lado, o fluxo de informações é muito grande e, por outro, dificilmente se encontrariam critérios para classificar determinado conteúdo como danoso ou não. Basta imaginar, por exemplo, que palavras de baixo calão ditas entre amigos íntimos revela proximidade e intimidade, ao passo que dita entre inimigos, pode revelar-se como conteúdo ofensivo. E mais, ainda que a empresa tentasse verificar o potencial lesivo das mensagens postadas, dificilmente conseguiria distinguir o real sentido do conteúdo postado num ambiente extremamente informal e suscetível de expressões com sentido conotativo. Com isso, verifica-se que a decisão proferida no Tribunal de Justiça de São Paulo pareceu ser mais acertada. A aplicação da responsabilidade objetiva nesse caso levaria a empresa Google a ser civilmente responsabilizada em demasia, uma vez que são constantes as práticas tidas como ofensivas à moral no meio virtual. Além disso, poder-se-ia favorecer a criação de uma “indústria” do dano moral. Bastaria a combinação, entre duas pessoas, no sentido de que uma utilizaria o *site* para difamar a outra. Como a empresa seria sempre a responsável pela reparação civil do dano, o valor da indenização poderia ser rateado entre essas duas pessoas. Estaria criado um meio extremamente fácil de enriquecer-se ilícitamente à custa da empresa Google.

Outros que entendem pela aplicação da responsabilidade objetiva geralmente fundamentam-se na aplicação do Código de Defesa do Consumidor, diploma legal que também consagra a aplicação da responsabilidade objetiva. De fato, o art. 17 do CDC

dispõe que “para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento”. Surge então a dúvida acerca da aplicação ou não do Código de Defesa do Consumidor nestes casos, aplicação esta afastada pela jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. No entanto, ainda que seja aplicada a legislação consumerista, que tem como característica uma maior proteção ao consumidor e às vítimas do evento danoso (consumidoras por equiparação), com a aplicação da responsabilidade objetiva, seria possível ratificar o entendimento deste tribunal, pois esta espécie de responsabilidade também apresenta excludentes legais.

Assim dispõe o Código de Defesa do Consumidor:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

§ 3.º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

- I – que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;
- II – a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Ora, aplicando ao caso o Código de Defesa do Consumidor, a empresa Google, responsável pela veiculação do *site* não será responsabilizada quando se comprovar a culpa exclusiva de terceiro. Ressalte-se, que neste caso, por expressa disposição legal, caberá à empresa a prova do fato excludente de sua responsabilidade, o que não é nada difícil. Como consequência deste dispositivo, não há que se falar em exigir da mesma que indenize aqueles que sofrerem qualquer espécie de dano moral provocado exclusivamente por pessoa usuária do serviço. Se assim fosse, ter-se-ia também que responsabilizar todas as demais empresas que proporcionam um espaço propício para o cometimento de dano moral. Não escaparia o dono da boate, a proprietária do salão de beleza, pois qualquer pessoa poderia utilizar esses espaços para o cometimento de danos morais. Para frisar, nem mesmo o Estado escaparia, pois é responsável pelos serviços de telecomunicações e, seguindo este raciocínio, deveria ser responsabilizado por qualquer dano moral cometido por meio do telefone.

Por outro lado, jurisprudência aparentemente mais coerente e acertada entende que não se pode responsabilizar a empresa por todo conteúdo ofensivo veiculado no *site*, uma vez que impossível o controle prévio por parte da mesma, além de não entender que esses casos não se amoldam às hipóteses em que é cabível a responsabilização objetiva. Utilizam então, a aplicação da regra, qual seja, a responsabilização da empresa subjetivamente.

6. Controle repressivo

Como mencionado, parece mais acertado que à empresa provedora do *site* de relacionamentos *Orkut* não seja aplicada a responsabilidade objetiva, o que levaria a

mesma a ser compelida a indenizar aqueles que, de qualquer forma, sofressem alguma espécie de dano moral, ainda que causada por terceiro. No entanto, a empresa Google não pode se furtar do controle repressivo, ou seja, após o dano causado, tendo ciência do mesmo, cientificada pela pessoa ofendida ou por outro meio, não pode manter o conteúdo ofensivo no *site*, sob pena de ser também civilmente responsabilizada.

Sobre situação semelhante, assim já decidiu a Primeira Turma Recursal Cível da Comarca de Novo Hamburgo/RS, no Recurso Inominado n. 71002090603, relatado pelo Juiz de Direito, Dr. Ricardo Torres Hermann, *in verbis*:

REPARAÇÃO DE DANOS. INTERNET. VINCULAÇÃO DE PÁGINA NO SITE DE RELACIONAMENTOS ORKUT A COMUNIDADE OFENSIVA. MONTAGEM E DISPONIBILIZAÇÃO DE FOTO DA AUTORA. OFENSA À HONRA DA AUTORA. DANO MORAL IN RE IPSA. DEVER DE INDENIZAR. QUANTUM INDENIZATÓRIO MANTIDO. SENTENÇA CONFIRMADA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. 1. Terceiro não identificado apropriou-se da senha do “perfil” da autora na rede de relacionamentos Orkut. A aludida página serviu para proferir ofensas à dignidade da autora, causando-lhe danos, os quais devem ser indenizados. 2. Tendo a empresa ré hospedado a página ofensiva, não providenciando sua exclusão mesmo após diversas solicitações feitas pela própria autora através do site, é aquela responsável pelos danos ocasionados à demandante, ainda que o “perfil” falso tenha sido confeccionado por terceira pessoa. 3. A verba indenizatória arbitrada pelo juízo singular (R\$ 6.000,00) mostra-se proporcional à ofensa sofrida, pois, ainda que a comunidade ofensiva tenha permanecido disponível por sete dias apenas, houve divulgação da mesma para várias pessoas do relacionamento da autora, como se pode verificar pelos documentos de fls. 131 a 148. Imperioso, assim, a manutenção do valor da indenização fixada. Sentença mantida por seus próprios fundamentos. Recurso improvido. (Primeira Turma Recursal da Comarca de Novo Hamburgo/RS, Processo n. 71002090603).

Neste julgamento, a empresa Google foi condenada ao pagamento de indenização. A empresa não foi responsabilizada diretamente pelo dano causado. A sua responsabilização decorreu de, após ter sido cientificada por várias vezes do conteúdo ofensivo postado no *site*, não ter procedido à sua retirada. Embora, como dito antes, não seja possível exigir da empresa o controle preventivo de todo conteúdo postado, a mesma deve ser responsabilizada todas as vezes que, devidamente cientificada, não retira o conteúdo ofensivo do *site*. Ou seja, a partir do momento em que a permanência das ofensas postadas está sendo mantida pela empresa voluntariamente, esta também pode ser considerada causadora do dano, uma vez que auxilia na perpetuação do mesmo. Trata-se de medida razoável exigir o controle repressivo por parte da empresa, ainda mais quando cientificada do mesmo, uma vez que tem o dever de manter a boa qualidade dos serviços que coloca em circulação.

Neste sentido, manifestou-se o Desembargador Ney Wiedemann Neto, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na Apelação Cível n. 70027841394, em seu voto vencido: “A jurisprudência tem-se orientado no sentido da responsabilidade do provedor de hospedagem de conteúdo somente nos casos em que ele, após tomar conhecimento do ato lesivo, nada faz [...]”

De fato, diante da omissão voluntária da empresa, não há dúvida de que esta deverá ser responsabilizada. O artigo 186 do Código Civil é expresso e claro no sentido de que é possível causar um dano por ato omissivo. A empresa que se omite quando tem ciência do conteúdo, sem sombra de dúvidas, deve ser responsabilizada. Ato de extrema negligência verifica-se quando não toma as medidas devidas ou quando autoriza a continuidade da propagação do conteúdo ofensivo.

7. Promoção de meios eficazes no combate ao dano moral causado por meio do site de relacionamentos Orkut

Embora, como já demonstrado anteriormente, seja divergente a questão da responsabilização pelo dano moral causado por meio do *site* de relacionamentos *Orkut*, pode-se dizer que a empresa Google, neste contexto, experimenta grande insegurança jurídica. Enquanto o tema não se tornar pacífico, terá de conviver com o entendimento variado dos tribunais, sendo condenada em alguns lugares e, por fatos idênticos, não será responsabilizada em outros.

Tendo em vista a função social da empresa e, ainda a necessidade de prevenir a continuidade das ofensas no meio virtual, cabe à referida empresa a promoção de meios que previnam tais condutas, bem como de meios que auxiliem o Poder Judiciário na identificação dos usuários que comumente utilizam-se dessas ferramentas para a prática de ilícitos civis (e até penais), a fim de que estes, os verdadeiros causadores de danos, sejam punidos na medida do dano causado.

8. Considerações finais

Conforme exposto no presente artigo, a polêmica acerca de qual espécie de responsabilidade civil e de qual legislação seriam aplicáveis nos casos de cometimento de dano moral, por meio do *site* de relacionamentos *Orkut*, tem adeptos em sentidos totalmente diversos. De um lado aqueles que entendem pela aplicação da responsabilização da empresa provedora do *site* objetivamente, baseando-se no Código de Defesa do Consumidor ou na aplicação do art. 927 do Código Civil, que também trata da responsabilidade objetiva. De outro lado, aqueles que, embora minoritários, entendem pela aplicação da regra geral de responsabilização prevista no Código Civil, o que teria como consequência direta a não-responsabilização da empresa objetivamente.

Trata-se de questão ainda não pacífica. Pelo contrário, é possível encontrar argumentos para que se defenda, com propriedade, uma ou outra posição.

A jurisprudência majoritária, que entende pela aplicação do Código de Defesa do Consumidor defende haver uma relação de consumo (ainda que por equiparação) entre o terceiro prejudicado com a conduta de um usuário de serviço e a empresa provedora do *site*. Mas, como visto, entender pela existência de uma relação de consumo não seria suficiente para que a referida empresa pudesse ser responsabilizada, uma vez

que a culpa exclusiva de terceiros seria uma excludente da responsabilidade. Nem se poderia dizer também que o uso indevido do serviço devidamente prestado por parte de terceiros estaria inserido no risco assumido pela empresa, o que ensejaria a aplicação da responsabilização objetiva com fundamento no art. 927 do Código Civil. Dessa forma, verifica-se um aspecto frágil da corrente majoritária. Esta não considera as excludentes de responsabilidade, querendo, a todo custo, que a empresa Google seja responsabilizada, ainda que tal responsabilização não tenha absoluto amparo legal.

Já a posição que entende pela aplicação da regra geral de responsabilização prevista no Código Civil é de poucos adeptos, todavia parece ser a mais coerente. De nada adianta responsabilizar a empresa provedora do *site* por todos os danos nele causados. Como exposto acima, estar-se-ia proporcionando a criação de uma “indústria do dano moral”, ao exigir da empresa que respondesse por algo que, indubitavelmente, não tem absoluto controle, que é todo o conteúdo veiculado no *site*. Uma coisa é exigir o controle repressivo, outra é querer que uma empresa tenha o controle sobre a utilização das pessoas em relação aos produtos ou serviços que comercializa ou fornece. A teoria do risco, sustentáculo da responsabilização objetiva, não pode levar a empresa a responder pelo uso indevido de um produto ou serviço, criado ou fornecido dentro dos padrões exigidos pelo ordenamento jurídico. Conforme mencionado, seria o mesmo que exigir que a empresa que produz o papel fosse responsabilizada pela utilização que as pessoas dão ao mesmo, uma vez que, por meio deste produto, é possível cometer inúmeros danos morais.

Por outro lado, paralelamente às divergências jurisprudenciais que surgiram nos casos apresentados, não diverge a jurisprudência no sentido de que, sempre que se verificar culpa ou negligência que acarretem a ocorrência de dano moral, deverá haver a obrigação de reparar, seja por parte da empresa provedora, seja por um usuário do serviço. É unânime a jurisprudência no sentido de que se a Google, notificada de conteúdo ofensivo postado no *site*, ainda assim permitir que o mesmo continue sendo veiculado, deverá ser responsabilizada civilmente. Não há que se verificar, neste caso, se a responsabilização ocorrerá com base no Código Civil ou com base no Código de Defesa do Consumidor, uma vez que a aplicação de qualquer um dos diplomas legais teria a mesma consequência, qual seja, a responsabilização do causador do dano.

Dessa forma, verifica-se que há uma divergência jurisprudencial que necessita, cada vez mais, ser discutida, a fim de que os tribunais tenham um posicionamento mais sedimentado e maduro, evitando a insegurança jurídica que atualmente se verifica. Este trabalho pretendeu ser uma contribuição a esta discussão, apresentando como mais acertada e mais coerente a linha jurisprudencial minoritária, aplicada pela maioria dos tribunais de justiça existentes no Brasil.

Referências

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, Senado, 1988.

BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 12 set. 1990. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm>. Acesso em: 13 out. 2010.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 10 dez. 2002. Disponível em:

<<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406compilada.htm>>. Acesso em: 13 out. 2010.

CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 7.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 4.

LIMA, Roberta de Abreu; FIGUEIREDO, João. A tecnologia a serviço dos brutos. *Veja*, n. 2163. São Paulo, p. 98-102, mai. 2010.

MINAS GERAIS (Estado). Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Indenização. Dano moral. Ofensas através de site de relacionamentos na internet. Responsabilidade civil objetiva. Teoria do risco. Dever de indenizar. Quantum indenizatório. Fixação. Apelação cível n. 0119257- 25.2008.8.13.0091. Apelantes: José Raimundo Prado; Google Brasil Internet LTDA. Apelados: José Raimundo do Prado; Google Brasil Internet LTDA. Relator: Des. Alvimar de Ávila. Belo Horizonte, 07 de abril de 2010.

Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br>>. Acesso em: 14 out. 2010.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Responsabilidade civil de provedor de internet. Comunidade falsa em site de relacionamentos. Dano moral configurado. Quantum indenizatório. Apelação cível n. 0055427-33.2007.8.19.0001. Relatora: Des. Elisabete Filizzola. Rio de Janeiro, 7 de julho de 2010. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br>>. Acesso em: 14 out. 2010.

RIO GRANDE DO SUL (Estado). Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação cível. Responsabilidade civil. *Orkut*. Aplicabilidade do CDC. Dano moral configurado. Perfil falso. Uso da imagem. Apelação cível n. 70027841394. Apelante: Google S. A. Apelada: Fabiane Schulz Neitzke. Relator: Des. Ney Wiedemann. Porto Alegre, 10 de junho de 2010. Disponível em: <<http://www3.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 15 out. 2010.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Primeira Turma Recursal Cível da Comarca de Novo Hamburgo/RS. Reparação de danos. Internet. Vinculação de página no site de relacionamentos *Orkut* a comunidade ofensiva. Montagem e disponibilização de foto da autora. Ofensa à honra da autora. Dano moral *in re ipsa*. Dever de indenizar. Quantum indenizatório mantido. Sentença confirmada por seus próprios fundamentos. Recurso inominado n. 71002090603. Recorrente: Google Brasil Internet LTDA. Recorrida: Silvia Brocker. Relator: Dr. Ricardo Torres Hermann. Porto Alegre, 17 de setembro de 2009. Disponível em: <<http://www3.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 15 out. 2010.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça de São Paulo. Indenização. Responsabilidade civil. Danos morais. Inocorrência. Alegado controle do provedor sobre o conteúdo de vídeo ofensivo à imagem da empresa autora em sítio eletrônico por ele mantido (“YouTube”). Ausência de responsabilidade do provedor de serviços de internet (“Google”) pelas informações veiculadas. Inexistência de dever legal ou convencional de controle ou fiscalização prévia do conteúdo. Dados que foram publicados exclusivamente por terceiros. Nexos de causalidade inexistente entre a conduta lícita da requerida e os danos não demonstrados. Sentença mantida. Recurso de apelação improvido. Apelação cível n. 990102096840. Apelante: Sala Vip Pizza Bar LTDA. Apelada: Google Brasil Internet LTDA. Relator: Des. Vito Guglielmi. São Paulo, 24 de junho de 2010. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br>>. Acesso em: 14 out. 2010.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça de São Paulo. Responsabilidade civil. Danos morais. Apelação cível n. 994092722684. Apelantes: Google Brasil Internet (e outro). Apelados: Roseana Maria de Pontes Anhas (e outro). Relator: Des. Álvaro Passos. São Paulo, 07 de abril de 2010. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br>>. Acesso em: 14 out. 2010.

THIBES, Mariana Zanata. *Orkut: o público, o privado e o íntimo na era das novas tecnologias da informação*. 125 f. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Departamento de Sociologia da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2007. (Coleção direito, 4).

A abstrativização do controle difuso de constitucionalidade

The diffuse control "abstractiveness" of constitutionality

HEITOR AMARAL RIBEIRO

Graduando em Direito pela ESAMC/Uberlândia. e-mail: heitor.ar@gmail.com

Resumo: O presente trabalho tem o intento de perquirir acerca das novas tendências de controle de constitucionalidade, em específico, a abstrativização do controle difuso de constitucionalidade. Antes, porém, do tratamento do assunto que é o cerne deste trabalho, torna-se indispensável a análise sob a óptica lyotardiana, no que atine às alterações ligadas à possibilidade de reflexão crítica sobre a imprevisibilidade do real, para que se possa ter exata ciência do verdadeiro pilar do pensar pós-positivista. Por consequência, trabalha-se também com a ideia de normatividade dos princípios, por ser esta lastro essencial do direito constitucional moderno. Ao que tange a seara da abstrativização, presta-se a demonstrar, de forma clara, os argumentos justificadores desse posicionamento, sejam eles a força normativa da Constituição, o princípio da supremacia da Constituição e a sua aplicação uniforme a todos os destinatários e a força opinativa e decisória do STF, como guardião da Constituição. Dispensa-se atenção imprescindível aos veículos desencadeadores dessas mutações, quais sejam, a forte influência pós-positivista, abastada pela inserção dos anseios sociais à produção normativa, e a supremacia teratológica dos princípios da economia processual, da efetividade do processo, da celeridade processual (Artigo 5.º, LXXVIII – Reforma do Judiciário) e da força normativa (*Konrad Hesse*) de nosso Códex Imperioso. Além disso, com intento de contextualizar as transformações, presta-se a esclarecer as diversas formas de controle constitucional, a fim de fundamentar as metamorfoses ocorridas dentro do sistema jurídico moderno. Ao cabo, demonstram-se as tendências de inserção desses institutos no âmbito jurídico hodierno, ao passo que se mostra também a transgressão da necessidade legalista de modificação expressa do texto constitucional, para a aplicação da simples e pura modificação nas formas de interpretação da norma *in casu*, Art. 52, X, da Constituição de 1988.

Palavras-chave: Pós-positivismo; controle de constitucionalidade; abstrativização do controle difuso de constitucionalidade.

Abstract: This paper intends to investigate the new trends of judicial review, in privative, the diffuse control "abstractiveness" of constitutionality. However, before the treatment of the subject which is the core of this work, an analysis from the Lyotard perspective becomes essential, in what concerns the changes linked to the possibility of critical reflection on the unpredictability of reality, so one can have exact science of the true pillar of post-positivist thinking. Consequently, we will work with the idea of normative principles, as this is an essential ballast of modern constitutional law. In what concerns that matter of "abstractiveness", it is important to demonstrate, clearly, the arguments justifying this position, whether the normative force of the

Constitution, the principle of supremacy of the Constitution and its uniform application to all recipients and the opinionated and decisive strength of the Supreme Court as guardian of the *Constitutio*. There should be an essential attention to vehicles that trigger these mutations, namely the strong influence of post-positivism, enriched by the insertion of social concerns to the production rules, and the supremacy of teratological principles of procedural economy, the effectiveness of the process, the speedy trial (Article 5, LXXVIII – Judicial Reform) and the normative force (Konrad Hesse) from our Imperious Codex. Moreover, aiming to contextualize the changes, it is important to clarify the various forms of constitutional control in order to justify the metamorphosis occurred within the modern legal system. In the end, we show the trends of integration of these institutes in the present legal framework, while it also shows the transgression of the legalistic need of modification of the constitutional text for the application of pure forms of change in the interpretation of the provision *in casu*, Article 52, X, of the 1988 Constitution.

Keywords: Post-positivism; judicial review; diffuse control “abstractiveness” of constitutionality

1. Introdução

Planeta Terra. Século XXI. Vivemos um momento movediço dentro do sistema jurídico. Movediço porque as correntes clássicas antes totalmente arraigadas a todas as formas processuais e legislativas estão sendo atropeladas pela teratologia das inserções pós-positivistas hodiernas. Além disso, a instabilidade se forma não só pelo ímpeto dessas mutações, mas também pela obscuridade e imprevisibilidade intrínsecas a qualquer tempo de transformação. O intento deste trabalho é demonstrar de forma clara e objetiva a imprevisibilidade do real sob a óptica de um filósofo francês chamado Jean-François Lyotard, que foi um dos mais importantes pensadores na discussão sobre a pós-modernidade.

Doravante, discutiremos o conceito de princípios, bem como a sua força normativa dentro do ordenamento imperativo. Como assunto central do trabalho, proponho-me a desmistificar os embates suscitados pela tona da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade.

2. A imprevisibilidade do real sob a óptica lyotardiana

O saber pós-moderno não é somente o instrumento dos poderes. Ele aguça nossa sensibilidade para as diferenças e reforça nossa capacidade de suportar o incomensurável. Ele mesmo não encontra sua razão de ser na homologia dos experts, mas na paralogia dos inventores (LYOTARD, 1993a, p. 17).

A suposição de Lyotard acerca da imprevisibilidade do real circunda a questão da contrariedade ao consenso conservador dos especialistas, no que atine a instrumen-

talidade do exercício da condição pós-moderna ao exercício do poder. A hipótese de discussão do filósofo “é de que o saber muda de estatuto ao mesmo tempo em que as sociedades entram na idade dita pós-industrial e as culturas na idade dita pós-moderna” (LYOTARD, 1993, p. 3).

Destarte, temos a incidência abrupta das formas tecnológicas na progressão do saber, quando se refere à transformação do saber como mera mercadoria. A monstruosidade da força de mercado abraça o saber e mutaciona o real sentido do objeto.

Com pertinência, aponta Cristiane Marinho:

O saber terá como objetivo da sua produção, o mercado e a troca, tornando secundário o seu valor de uso. Nos últimos decênios, o saber se transformou na principal força de produção e elemento econômico decisivo das populações produtivas nos países desenvolvidos e sua ausência um ponto de estrangulamento para os países em desenvolvimento (MARINHO, 2009, p. 4).

Como se não bastasse a abismal diferença entre as forças educacionais de países desenvolvidos e emergentes, hoje a relação intrínseca do saber com a tecnologia vincula o subdesenvolvimento destas nações ao estigma da insuficiência evolutiva. Novamente se percebe que na linha histórica, o lastro de dependência nas relações entre opressores e oprimidos cria uma tautologia e, nunca na história do planeta, haverá total interdependência nas formas de evolução social.

Afirma-se que o estado atual do saber científico é a de subalternação aos países poderosos, e com o crescimento de novas tecnologias, corremos sério risco de transformarmos o saber em um dos principais elementos de querelas futuras.

Expresso este assunto e suscito uma reflexão, tomando para mim as palavras de Lyotard: “quem decide o que é saber, e quem sabe o que convém decidir?” (LYOTARD, 1993, p. 13).

3. Princípios

Uníssona a discordância entre a definição do conceito de *princípio*. Isso decorre da amplitude de aplicação da palavra em questão: utiliza-se a expressão tanto no Direito, quanto nas demais áreas das ciências humanas, tais como Filosofia e Sociologia. De acordo com Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, seu inadjetivável dicionário diz que *princípio* é “1. Momento ou local ou trecho em que algo tem origem; começo. 2. Causa primária. 3. Elemento predominante na constituição de um corpo orgânico. 4. Preceito, regra, lei. 5. P.ext. Base; germe” (FERREIRA, 1995, p. 529).

Penetrando o alvitre jurídico hodierno, transcrevo a definição proposta por Celso Antônio Bandeira de Mello:

Princípio [...] é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o

espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico (MELO, 2000, p. 747-748).

Além disso, José Afonso da Silva nos traz uma primorosa definição: “Os princípios são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas, são [como observam Gomes Canotilho e Vital Moreira] ‘núcleos de condensações’ nos quais confluem valores e bens constitucionais” (SILVA, 2003, p. 96).

Ao definir princípio jurídico, Roque Antônio Carrazza nos fornece uma definição lapidar:

Segundo nos parece, princípio jurídico é um enunciado lógico, implícito ou explícito, que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes do direito e, por isso mesmo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam (CARRAZA, 2000, p. 33).

Certo é que não há consonância na definição deste instituto jurídico, porém a melhor definição a meu ver cinge-se às seguintes palavras:

Princípios são a representação dos valores sociais mais caros existentes dentro do ordenamento jurídico. Posto isso, os preceitos basilares vivos são normas com alto grau de abstração, ao passo que expressam valores fundamentais a uma dada sociedade, e servem concomitantemente de base a toda teia jurídico-estrutural. Além disso, esses princípios limitam as regras que se relacionam a eles, integrandos por sua vez às lacunas normativas, servindo de parâmetro para a atividade interpretativa e, por possuir eficácia, podem ser concretizados e são aptos a gerarem direitos subjetivos (RIBEIRO, 2010, p. 8).

4. Princípios-argumentos fundamentadores

4.1. Força normativa da constituição

Infere-se da análise doutrinária que o instituto ora analisado tem diversas interpretações e formas de aplicação. Partimos, neste trabalho, da visão adotada por Konrad Hesse.

Necessária e imprescindível partirmos de um pressuposto de que as questões constitucionais não são questões jurídicas, mas sim questões políticas. Destarte, não há penumbra em desmistificar que a Constituição de um país demonstre as relações de poder nele dominantes, quais sejam o poder militar, o poder social, o poder econômico e, finalmente, o poder intelectual, representado pela consciência e pela cultura geral.

Justamente pela força da constituição é que a tendência tratada neste trabalho ganha robustez, em que pese à análise “social” desta por Hesse. Acerca do questionado compilo:

[...] a força normativa da Constituição não reside, tão-somente, na adaptação inteligente a uma dada realidade. A Constituição jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa, que se assenta na natureza singular do presente. Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional –, não só a vontade de poder (*Wille zur Macht*), mas também a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*)” (HESSE, 1991, p. 19).

Pela monstruosidade das forças incidentais, referentes aos anseios sociais, na mutação jurídica atual, percebemos que aplicabilidade da Constituição Política dá ao ordenamento jurídico moderno inserções diretamente ligadas ao *due process of Law, efficer e celer*.

4.2. Princípio da supremacia da Constituição e a sua aplicação uniforme a todos os destinatários

Por natureza a Constituição é tida como o vértice do sistema jurídico, ao passo que todas as ramificações do sistema jurídico devem obedecer tanto materialmente, quando concernente à impossibilidade de contrariedade de atos normativos ao Codex imperioso, quanto no aspecto formal, que se limita à fixação por parte do Tomo da estrutura, organização, atribuições e o procedimento dos poderes.

Segundo Cristianne Rozicki:

A Constituição consiste a lei superior que rege a vida e existência de um Estado e cuja força valorativa subordina necessariamente toda legislação ordinária, ou melhor, toda legislação infraconstitucional, às suas disposições.

Quer dizer, as normas inferiores terão subsistência e eficácia apenas se não contrariarem as previsões da Lei Maior (entre os atos normativos infraconstitucionais encontram-se as leis, os atos administrativos, as sentenças, os contratos particulares, etc.). Daí que a supremacia da Constituição pressupõe indubitavelmente a subordinação de todas as leis que lhe são posteriores, e também de todas que lhe são hierarquicamente inferiores (todas as obras legislativas passadas, atuais e futuras), ao teor de seus preceitos (ROZICKI, 1999, p. 42).

Temos por lógica e por subsídio de demais princípios, citados alhures, que a obrigatoriedade e a vinculação do texto constitucional à formulação legislativa são extremamente necessárias, pois paradoxo completo seria deixar em segundo plano as garantias previstas pelo Livro Maior.

4.3. Força opinativa e decisória do STF como guardião da constituição

O STF (Supremo Tribunal Federal), como guardião das Leis Constitucionais, além de cumprir os preceitos dimensionados pela Carta Magna, tem por dever dar interpretação adequada a estes princípios. Certo é que por ser competência taxativa, a guarda do codex imperioso (Art. 102 da CF/1988), o STF deverá agir com a máxima das cautelas, porque, posta a manifestação pela corte superior, ainda que não haja vinculação expressa como nos casos de súmulas vinculantes, será dada ao condão decisório adotado, forma modal em linhas de julgamento de instâncias inferiores. Dar-se-á importância mor aos julgados por serem estes ditames lapidares dentro das linhas ideológicas atuais. Portanto, é de se ver que o STF tem o real poder de “dizer o direito”.

5. Controle de constitucionalidade

O controle seria nada mais do que senão a verificação de compatibilidade de leis (Artigo 59 da Constituição Federal) ou atos normativos frente as prescrições impostas pela Carta Magna.

Em paridade, seria nomeado sistema de controle constitucional o conglomerado de institutos descritos pelo Codex imperioso, responsáveis à égide de sua supremacia, com fulcro na manutenção da soberania do poder constituinte em face de qualquer outro poder.

Ademais, percebemos que o controle de constitucionalidade é característica intrínseca às constituições rígidas, ao passo que, quando tratamos das constituições flexíveis, não percebemos a presença deste instituto. Além disso, o controle tem como lastro essencial a seguridade da imperatividade constitucional, pois sem esse, o codex-mor seria mero conjunto de recomendações, cuja eficácia se submeteria unicamente à volição do governante.

No direito pátrio, o controle de constitucionalidade judicial fora estabelecido pela constituição de 1891; frise-se que anteriormente de forma anacrônica existiam formas esparsas de controle, porém, não com a roupagem a que ora nos referimos. As constituições subsequentes não legaram modificações de forma significativa, em exceção a Constituição democrática de 1946 e a hodierna em vigor, que lapidaram de maneira messiânica a fiscalização da constitucionalidade das leis.

5.1. Tipos de controle

De forma sincrética passemos a expor as formas de controle de constitucionalidade, que podem ocorrer de forma preventiva e repressiva.

A priori, proporemos as explicações devidas ao controle Preventivo. Como in-
troito, imprescindível que saibamos que por essa forma se verifica a constitucionalidade da lei ainda fora de vigor, com o intento de evitar, já em seu nascedouro, o desenvolvimento de uma lei inconstitucional e, além disso, sua inserção ao ordenamento jurídico.

Desta forma o controle preventivo ocorre via Poder Executivo por meio do veto jurídico (art. 66, §1.º, CF) e pelo Poder Legislativo, por meio das Comissões de Constituição e Justiça (Artigo 58, CF; art. 32, III do Regimento Interno do Senado Federal).

Neste momento, trataremos do controle repressivo, pelo qual se verifica a constitucionalidade de lei já em vigor. O controle repressivo de constitucionalidade pode ser político, misto ou jurisdicional.

A título de cognição, no que tange a direitos estrangeiros, temos que na França, a espécie adotada para garantir a supremacia da constituição é a do controle repressivo político. Ocorre que o órgão incumbido de guardar a constituição é diferente dos outros “poderes-funções” de Estado.

Ainda dentro do direito comparado, temos que na Suíça, a forma adotada para a garantia da supremacia constitucional é a do controle repressivo misto. Nesta feita temos que algumas leis são arbitradas pelo controle político, enquanto que outras são submetidas ao controle judiciário.

Em nosso ordenamento jurídico pátrio, a espécie adotada para assegurar a supremacia da Constituição é a do controle repressivo judiciário ou jurisdicional. Aqui o Poder Judiciário aprecia as questões relativas à constitucionalidade ou inconstitucionalidade das leis.

Apesar de o controle repressivo ser exercido majoritariamente pelo poder Judiciário, existem casos excepcionais em que o poder ora tratado é cumprido pelo Poder Legislativo, como no caso referente ao art. 49, V da Constituição Federal, em que o Congresso Nacional, pela edição de Decreto Legislativo, tem legitimidade para sustar o decreto presidencial (Art. 84, IV, CF), ou a lei delegada (art. 68, CF), por desrespeito à forma constitucional prevista para suas edições; e como no caso referente ao art. 62 da CF, em que na hipótese de inadmissão da medida provisória, com base em sua discrepância com a constituição, o Congresso Nacional exercerá, ou não, o controle repressivo, já que retirará do ordenamento a medida anteriormente vigente e com força de lei.

Ainda neste condão percebemos que no Brasil, o controle repressivo judiciário de constitucionalidade é feito por meio do controle difuso ou por meio do controle concentrado e habita apenas as leis e atos normativos que tem vida posterior à promulgação do livro imperioso de 1988.

5.1.1. Difuso

A nomenclatura concernente ao instituto em questão é dissonante, e para tal forma de controle constitucional, temos no ordenamento jurídico hodierno os seguintes títulos: controle aberto, por via de exceção, de defesa, incidental etc. A história do instituto ora tratado tem gênese no sistema norte-americano, especificadamente, no caso *Marbury x Madison*.

Ocorre que o controle tratado é feito por qualquer juízo ou tribunal, nos casos em que são permitidas as análises tangíveis à inconstitucionalidade de atos normativos federais, estaduais e municipais de uma forma geral.

Destarte, o cerne da decisão final não é a questão da incompatibilidade com norma superior, mas sim o mérito, isto é, os anseios dos querelantes. Todavia a decisão sobre a questão da inconstitucionalidade se torna condição inafastável para o julgamento do mérito.

A declaração de inconstitucionalidade por via de exceção produz efeitos *ex tunc* no caso concreto, ao passo que quando feito através de recurso extraordinário (art. 102, III e 97, CF) com manifestação do Senado (art. 52, X, CF) este gerará efeitos *ex nunc*.

5.1.2. Concentrado

O controle repressivo constitucional brasileiro por via concentrada, também denominado por via de ação direta, é vergastado por ter como objeto primordial a questão de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, editado após a promulgação da Constituição vigente de 1988 e, além disso, necessária a eficácia da norma para sua incidência.

No tocante à legitimidade ativa, temos a enunciação do rol dos proponentes no art. 103 do Tomo Constitucional. Ademais, percebe-se que o efeito oriundo da declaração de inconstitucionalidade é *ex tunc*.

Na maioria das vezes o instituto ora tratado é veiculado por Ação Direta de Inconstitucionalidade ou por Ação Declaratória de Constitucionalidade.

O intuito do trabalho não é descrever de forma percuciente os modos veiculadores específicos do modelo concentrado, porém, trataremos de forma superficial as modalidades supramencionadas. A priori, temos que a Ação Direta de Constitucionalidade abarca três hipóteses argumentais, quais sejam: o modelo genérico, interventivo e por omissão. No que concerne à modalidade genérica, vislumbramos que sua destinação é direcionada ao controle de lei ou ato normativo federal ou estadual incompatíveis com os dizeres do codex imperioso, e seu fito, evidentemente jurídico, é extirpar do ordenamento jurídico a lei ou ato normativo incongruente.

Quanto à modalidade interventiva, percebemos um cenário adverso ao instituto anteriormente mencionado, adverso pela diferença na intenção, ou seja, enquanto que no controle genérico pleiteamos um efeito estritamente jurídico, no instituto em comento temos a finalidade direcionada aos efeitos políticos. Ainda neste jaez, obtempera-se que a previsão legal do dispositivo está relacionada no artigo 34, VII da Constituição Federal.

Doravante, percebe-se que tal forma destina-se à verificação de normas incompatíveis aos princípios sensíveis constitucionais. Nesta senda, temos que são elencados como preceitos basilares sensíveis a forma republicana, sistema representativo e regime democrático; direitos da pessoa humana; prestação de contas da administração pública, seja ela direta ou indireta; autonomia dos entes municipais; e, ao cabo, aplicação do mínimo exigido de receita resultante de impostos estaduais, direcionada à manutenção e desenvolvimento do ensino.

Por fim, tratemos da Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão. O veículo de controle constitucional mencionado é inovação trazida pela Constituição de 1988 e, totalmente diferenciada dos institutos já tratados, tem como finalidade impelir o Poder Público a concretizar normas de eficácia limitada ainda não efetivas.

Transgredindo a seara de comento em ultimato proposta, adentramos agora na “prima-irmã” da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade, a Ação Declaratória de Constitucionalidade.

A inserção do veículo legal é constante da Lei 9.868/99 e no Art. 102, I, a, e §2º da Constituição, cuja inserção é oriunda da EC n.3/93.

No que tange à legitimidade ativa dispõe o art. 13 da já referida lei e o art. 103 §4º da CF/88. No tocante à finalidade do dispositivo ora tratado, temos a intenção da conversão da presunção de que as normas são constitucionais *juris tantum* em *juris et de jure*, pela declaração de sua compatibilidade com as normas inseridas no tomo supremo. Ora, é clarividente que só será objeto da ADC a lei ou ato normativo federal que esteja eivado de comprovada controvérsia judicial, que coloque a prova sua presunção de constitucionalidade.

6. A abstrativização do controle difuso de constitucionalidade

Feitas todas as perquirições acerca dos assuntos que circundam o objeto central deste estudo, façamos um corte epistêmico no instituto ora tratado, para que possamos dissecá-lo de forma completa e com a maior clareza possível.

Como passo inicial, utilizaremos os posicionamentos doutrinários para definir e demonstrar as evoluções trazidas na transcendência finalística da produção normativa e, de uma forma geral, as metamorfoses, veiculadas pelo influxo do pós-positivismo, na maneira de julgar dos respeitáveis árbitros do direito.

A priori, nesse viés, temos que o instrumento em questão possibilita, ou não, a aplicação de efeitos *erga omnes* e vinculantes às decisões emitidas pelo Tribunal Pleno. Nesta senda, parte da jurisprudência e a doutrina hodierna disseminam a ideia da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade e, de forma ímpar, a abstrativização do recurso extraordinário, obviamente submetido à apreciação do plenário do STF, deixando de lado a participação, até então necessária, do Senado Federal na suspensão da execução da norma declarada inconstitucional.

É inconcebível, a meu ver, que à luz de modificações paradigmáticas dentro do sistema processual civil e, concomitantemente a isso, a alteração natural do processo

constitucional, nós tenhamos uma involução por conta da “vaidade”. Digo vaidade, porque a meu alvitre, não há atentado à previsão constitucional de competência privativa do Senado Federal, que consiste, ao menos em tese, na “manifestação soberana da suprema vontade política de um povo social e juridicamente organizado” (RODRIGUES, 2009, p. 15 apud MORAES, 2004c, p. 56). Ressaltam ainda não ser a função do Senado, nestes casos, somente dar publicidade para a decisão, mas de análise sobre o real argumento para a suspensão, no todo ou em parte, do ato normativo declarado, concreta e incidentalmente, inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

A preocupação aponta na concentração de poder que vem sendo dada ao STF. E ainda, preocupam-se ainda com o comprometimento do Princípio da Separação dos Poderes.

Ora, infundadas são as preocupações dos querelantes. Afirmo a falta de fundamentação, primeiro pela seguridade de todos os princípios argumentadores citados alhures, que corroboram a competência da Corte imperiosa em julgar assuntos intrínsecos aos preceitos debatidos e estipulados pela constituição. Posteriormente, percebe-se que ninguém mais competente ao julgamento destas questões que o STF. No tocante ao rompimento da Tripartição dos Poderes, creio que essa seja matéria superada dentro do ordenamento jurídico pátrio, por se tratar, contemporaneamente, de consonância de poderes, ou seja, os poderes não são “partidos”, mas sim, interligados e harmônicos.

Demonstrando a benignidade da opinião ora defendida, usar-se-á das palavras de João Carlos Navarro de Almeida Prado para esclarecer a ideia:

A abstrativização do controle de constitucionalidade no caso concreto ou controle difuso abstrativizado, segundo Fredie Didier Júnior, presta-se a atender, a um só tempo, ao jurisdicionado e ao Judiciário brasileiro. O primeiro vê atendido, ainda que de forma diminuta, o seu direito constitucional à celeridade processual, positivado no inciso LXXVIII do art. 5º pela Emenda Constitucional nº 45/04, a chamada Reforma do Judiciário. Com efeito, o cidadão pode obter para si o benefício da declaração de inconstitucionalidade de um regramento em processo de terceiro, sem a necessidade de também dirigir-se ao Tribunal Maior ou aguardar o vetusto, burocrático e pouco ocorrente expediente de edição de resolução pelo Senado Federal, suspendendo os efeitos da lei declarada inconstitucional, como reza o inciso X do art. 52 da mesma Carta Republicana. Já o Judiciário, em especial o próprio colendo Supremo Tribunal Federal, pode se ver livre de milhares de expedientes de cunho idêntico, racionalizando o seu serviço, de sorte a abolir a ilógica necessidade de prolatar a mesma decisão em cada processo, o que transforma os onze ministros, representantes da cúpula judicante nacional, em despachantes judiciais ou carimbadores oficiais. Em suma, o Pacto de Estado por um Judiciário mais Rápido e Republicano, firmado entre os três Poderes e o Ministério Público, poderá, ao menos, na Corte Maior, começar a sair do papel (RODRIGUES, 2009, p. 1 apud *Revista Jurídica Consulex*, 242, João Carlos Navarro de Almeida Prado).

É cediço que as alegações feitas contra a tendência moderna de controle de constitucionalidade são oriundas de membros pertencentes a correntes clássicas do direito e com resquícios visíveis do pensar positivista. Ainda no que diz respeito às

alegações por parte dos contrários, percebe-se que as contra-argumentações não são pertinentes. O que poderia ser alegado em sentido contrário aos anseios da nova tendência é bem elucidado por Pedro Lenza, que expõe:

[...] muito embora a tese da transcendência decorrente do controle difuso pareça bastante sedutora, relevante e eficaz, inclusive em termos de economia processual, de efetividade do processo, de celeridade processual (art. 5.º, LXXVIII – Reforma do Judiciário) e de implementação do princípio da força normativa da Constituição (Konrad Hesse), parecem faltar, ao menos em sede de controle difuso, dispositivos e regras, sejam processuais, sejam constitucionais, para a sua implementação (RODRIGUES, 2009, p. 15 *apud* LENZA, 2008b, p. 156).

Ainda sim, observa-se que apesar do instituto tratado não existir em parâmetros legais e taxativos, podemos, por analogia, interpretar o veículo como parte integrante dos tipos de controle já existentes, subsidiado pela nova interpretação dada ao Art. 52, X, da CF.

7. Conclusão

Demonstradas todas as opiniões acerca da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, cumpre-nos observar que os argumentos contrários ao novo instituto são metralhados pela rijeza dos novos rumos do direito pátrio. Digo isso, porque a todos os contra-argumentos apresentados, há uma resposta imediata e inimaginavelmente mais eficiente, tanto processual, quanto socialmente dizendo. Necessário que a visão dos doutrinadores acompanhe as modificações ideológicas ocorridas dentro da esfera legislativa e, além disso, acontecidas na seara jurisprudencial.

No que atine o instituto tratado no presente trabalho, temos, por óbvio, a discordância concernente à sua aplicação. Todavia, percebe-se que no mesmo viés do “novo direito”, o desígnio e a sociologia que circundam a questão em discussão são totalmente adaptáveis ao ordenamento jurídico contemporâneo.

Maior indício da sua benevolência é o resultado material de sua aplicação. Infe-re-se do HC 82.959/SP, que teve como relator o insigne Ministro Gilmar Ferreira Mendes, que embora se tratasse de controle concreto, a Corte Constitucional aparentemente conferiu efeito *erga omnes* ao julgado, que além de declarar a inconstitucionalidade do parágrafo 1 do art. 2 da Lei 8.072/90, aplicou o art. 27 da Lei 9868/99 (Lei da ADI/ADC) para dar eficácia não retroativa à sua decisão, efeito típico do controle abstrato.

Posteriormente amparados por esta decisão, foi ajuizada pela Defensoria Pública do Estado do Acre a Reclamação 4335/AC, no intuito de que fosse reconhecido efeito *erga omnes* do *habeas corpus* (HC) citado por ofensa à decisão do STF, na medida em que foram deferidos pelo juiz da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco/AC pedidos de progressão de regime em favor de condenados a crimes hediondos em regime integralmente fechado. Apesar do veículo de controle não ser o mesmo da modi-

ficação ora tratada, essa diferença não obsta a aplicabilidade da forma decisória defendida.

O Relator Ministro Gilmar Mendes, julgando procedente a reclamação, acompanhado do Ministro Eros Grau, sustentou que o direito à progressão de regime se estenderia a todos e somente ao caso concreto, e que a decisão proferida pelo juízo reclamado desrespeitava a eficácia geral que deve ser atribuída à decisão dada no HC supracitado.

Segundo o relator, a multiplicação de decisões dotadas de eficácia geral e o advento da Lei 9.882/99 modificaram a concepção dominante sobre a separação dos poderes, passando a ser comum decisão com eficácia *erga omnes*.

Ao cabo, vale dizer que a atual vereda adotada pelo Supremo Tribunal Federal demonstra uma tendência inelutável pela objetivação do processo constitucional, o que desencadeará uma aproximação das eficácias decisórias no controle difuso e no concentrado.

Referência bibliográfica

AFONSO DA SILVA, José. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2003.

BOLDRINI, Rodrigo Pires da Cunha. *Aspectos Gerais do Controle de Constitucionalidade*. www.franca.unesp.br/ASPECTOS%20CONTROLE%20CONSTITUCIONALIDADE.pdf. Acesso em 15 de outubro de 2010 às 03h45min.

CARVALHO, Nathalie de Paula. *A normatividade dos princípios no pós-positivismo: uma análise à luz da teoria de Robert Alexy*. Disponível em: http://www.faf7.edu.br/recursos/imagens/File/direito/ic/v_encontro/anormatividadedosprincípios.pdf - Acesso em 22 de outubro de 2010 às 15h30min.

FERREIRA, Aurélio Buarque de H; FERREIRA, Marina Baird. *Dicionário Aurélio Eletrônico*. Regis Ltda e J. C. M. M. Editores Ltda, 1995.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto alegre: Ed. Sergio Antonio Fabris, 1991.

LYOTARD, Jean-François. *O pós-moderno*. Trad. Ricardo Correia Barbosa. 4 ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1993.

MARINHO, Cristiane M. *Pensamento pós-moderno e educação na crise estrutural do capital*. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Ceará. Fortaleza/CE, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 747-748.

MENDES, Gilmar Ferreira. *A jurisdição constitucional no Brasil e seu significado para a liberdade e a igualdade*. Disponível em:

http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/munster_port.pdf.

Acesso em 18 de outubro de 2010 às 02h30min.

RIBEIRO, Heitor Amaral. *A Análise Contextual do ART 285-A do CPC*. Disponível em

<http://www.esamcuberlandia.com.br/RevistaIdea2/index.html>. Acesso em 25 de outubro de 2010.

RODRIGUES, Lays Faria. *A Tendência da Abstrativização do Controle Difuso de Constitucionalidade*. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. Acesso em 15 de outubro de 2009.

ROZICKI, Cristiane. *O que impede o exercício das liberdades*.

http://www.espacoacademico.com.br/016/16col_rozicki.htm. Acesso em 14 de dezembro de 2010.

A eficácia dos direitos sociais em face do princípio da reserva do possível

The efficiency of the social rights considering the principle of the possible reserve

LAURA DE OLIVEIRA REGIS

Aluna do 9.º período diurno do curso de Direito do Centro Universitário de Patos de Minas (UNIPAM). e-mail: e-mail:laura_oliveiraregis@hotmail.com

Resumo: O presente trabalho busca fazer uma análise da eficácia dos direitos sociais como direitos fundamentais, tendo em vista a efetivação das políticas públicas que encontram limites na reserva do possível, uma vez que o Estado cumpre responsabilidade pela justiça social, dentro de suas limitações e reservas orçamentárias. Para tanto, primeiro aborda os direitos fundamentais e sua aplicabilidade. Fez-se uma análise dos direitos sociais, para se entender no que consistem esses direitos garantidos aos cidadãos, e, por fim discutiram-se a efetivação e eficácia dos direitos sociais em face do princípio da reserva do possível, analisando as condições financeiras do Estado para que se atenda aos direitos fundamentais sociais da Constituição Federal, como forma de garantia das condições mínimas de existência humana.

Palavras-chave: Direitos fundamentais; direitos sociais; orçamento; reserva do possível; mínimo existencial.

Abstract: The present work aims at analyzing the efficiency of the social rights as being fundamental, taking into consideration the effectiveness of public policies that find limits in the possible reserve, since the State is responsible for the social justice, within its limitations and budgetary reserves. We made analyses of the social rights, so as to understand in what consist these rights guaranteed to the citizens, and finally, we also discussed the effectiveness and efficacy of the social rights considering the possible reserve principle, analyzing the financial conditions of the State so as to attend the social fundamental rights of the Federal Constitution, as a way to guarantee the minimal conditions of human existence.

Keywords: Fundamental rights; social rights; budget; possible reserve; existential minimum

Introdução

Os direitos fundamentais são considerados o alicerce da Constituição Federal, sendo o ponto de partida para a formação de um Estado Democrático de Direito, sendo necessariamente dotados de aplicabilidade imediata. Diante disto, decorre uma grande problemática em torno da verdadeira eficácia dos direitos sociais consagrados no texto constitucional em seu Título II, como direitos fundamentais.

Pelo fato de esses direitos exigirem uma atuação positiva do poder público, este deverá, para tanto, efetuar políticas públicas na área da saúde, educação, moradia, lazer, entre outras, como meio de garantir o maior bem social possível, e a dignidade da pessoa humana. Portanto é preciso que para isso haja disponibilidade financeira, uma vez que implica gastos.

Dessa temática surge o princípio da reserva do possível, que discute a relação entre os limites orçamentários e a aplicabilidade efetiva dos direitos sociais. Esta será a principal discussão desenvolvida nesse trabalho.

1. Direitos fundamentais

1.1. Definição

Os primeiros direitos fundamentais surgiram como forma de limitar e controlar a atuação abusiva do Estado, tendo sua origem na Revolução Francesa, e suas principais influências foram de ordem religiosa e filosófica, com o advento do Cristianismo e a concepção dos direitos naturais.

No Brasil, durante o período da Ditadura Militar, houve uma grande opressão por parte do Estado, que agia de forma abusiva e controladora, fato que caracteriza as inúmeras afrontas cometidas nesse período aos institutos democráticos e à dignidade da pessoa humana. Com o fim desse longo e difícil período, a maior de todas as reformas foi a elaboração da Constituição Federal de 1988, que trouxe em seu texto constitucional uma preocupação com a segurança das instituições democráticas, em especial com os direitos e garantias individuais, demonstrando, desde logo, que o Estado brasileiro é uma organização centrada no ser humano, e está rodeado de princípios que asseguram a inviolabilidade desses direitos, devendo, assim, todo o ordenamento jurídico respeitá-lo, sob pena de inconstitucionalidade.

Devido à evolução histórica dos direitos fundamentais e a sua grande transformação ao longo do tempo, defini-los não é uma tarefa simples. José Afonso da Silva, em sua obra, comenta sobre essa dificuldade de definição:

A ampliação e transformação dos direitos fundamentais do homem no envolver histórico dificultam definir-lhes um conceito sintético e preciso. Aumenta essa dificuldade a circunstância de se empregarem várias expressões para designá-los, tais como: direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem (SILVA, 2005, p. 175).

Ciente dessa barreira terminológica e superando-a, os direitos fundamentais do homem são aqueles considerados como os mais essenciais em uma sociedade, definidos no direito positivo, em prol da dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana.

Os Direitos fundamentais têm como objetivo a garantia de direitos considerados indispensáveis para o desenvolvimento da dignidade humana, sem as quais o in-

divíduo não convive, e muito menos sobrevive numa sociedade. Estão eles consagrados e assegurados no art. 5.º da Constituição Federal: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.”

Alexandre de Moraes conceitua direitos fundamentais como

o conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal, e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana pode ser definido como direitos humanos fundamentais (MORAIS, 2006, p. 21).

Portanto, é importante ressaltar a sua qualidade de Direitos Fundamentais colocados no mais alto degrau das fontes dos direitos: as normas constitucionais. Os direitos fundamentais estão exemplificados no Título II da Constituição Federal, divididos em cinco capítulos: direitos individuais e coletivos, direitos sociais, direitos de nacionalidade, direitos políticos, e direitos dos partidos políticos; e são eles hoje considerados a espinha dorsal do constitucionalismo moderno, a base de um Estado Democrático de Direito, uma vez que neste regime, todo o poder emana do povo, e para o seu exercício, deve ser garantido aos cidadãos um mínimo de direitos, para que se efetive a participação democrática.

1.2. Gerações dos direitos fundamentais

De acordo com a doutrina, os Direitos Fundamentais são classificados em gerações (ou dimensões), observando-se, portanto, sua evolução histórica e o momento do seu reconhecimento pelos ordenamentos jurídicos. Assim, os primeiros direitos a constarem em textos constitucionais foram os de *primeira geração*, que surgiram no final do século XVIII, como forma de limitar o poder do Estado, exigindo-se deste condutas negativas (abstenção), passando o indivíduo a desfrutar de um espaço de liberdade frente à ingerência estatal. Esta fase realça o princípio da liberdade (direitos políticos e civis), tendo como exemplo o direito à vida, à igualdade, à liberdade, à propriedade.

Os *direitos de segunda geração* surgiram na metade do século XIX, com os movimentos sociais na Europa, e compreenderam as liberdades positivas, reais ou concretas, quando passaram a ampliar a atuação estatal: o indivíduo pôde, então, exigir do Estado práticas e prestações positivamente em seu favor. Essa geração engloba os direitos econômicos, sociais e culturais, e ressalva o princípio da igualdade entre os homens. Este ponto é o mais importante para o desenvolvimento do trabalho e será aprofundando mais adiante, quando da análise do princípio da reserva do possível e da efetivação dos direitos sociais, tendo como limite o orçamento estatal.

A *terceira geração* refere-se aos princípios da solidariedade e fraternidade, não havendo aqui destinatários específicos, sendo sua titularidade difusa ou coletiva, objetivando assim proteger não apenas um indivíduo ou grupo determinado, mais toda a humanidade. São os direitos ao meio ambiente, à paz, ao progresso, à solidariedade e à autodeterminação dos povos.

Como finaliza Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2009, p. 38), “é interessante constatar que o núcleo da esfera de proteção dos direitos fundamentais de 1^a, 2^a e 3^a gerações correspondem ao lema da Revolução Francesa – liberdade, igualdade e fraternidade”.

Há alguns doutrinadores que fazem referência aos direitos de quarta geração, que englobam as transformações e os adventos da globalização, porém isso não se refere ao tema aqui discutido, uma vez que o debate está relacionado mais diretamente à segunda geração.

1.3. Aplicabilidade dos direitos fundamentais

As normas constitucionais são classificadas de acordo com os diferentes graus de eficácia e aplicabilidade¹, analisando, portanto, a importância que é dada a elas no texto constitucional. Porém, de acordo com a classificação dada por José Afonso da Silva (1982, p. 89-91) e adotada pela maioria da doutrina e da jurisprudência, as normas constitucionais são assim classificadas: normas de eficácia plena, normas de eficácia contida e normas de eficácia limitada.

Normas de eficácia plena são aquelas que, quando entram em vigor, já são autoaplicáveis e produzem todos os seus efeitos, independentemente de providência normativa ulterior para a sua aplicação. Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino destacam que

as normas de eficácia plena não exigem a elaboração de novas normas legislativas que lhes completem o alcance e o sentido, ou lhes fixem o conteúdo, porque já se apresentam suficientemente explícitas na definição dos interesses nelas regulados. São, por isso, normas de aplicabilidade direta, imediata e integral (PAULO; ALEXANDRINO, 2009, p. 19).

As normas constitucionais de eficácia contida são aquelas que podem sofrer limitações em sua matéria, e são normas de aplicabilidade direta e imediata, não sendo integrais pela possibilidade de sua eficácia e aplicabilidade serem reduzidas. Como relata Alexandre de Moraes:

¹ Por conseguinte, eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais constituem fenômenos conexos, aspectos talvez do mesmo fenômeno, encarados sob prismas diferentes: aquela como potencialidade; esta como realizabilidade, praticidade. Se a norma não dispõe de todos os requisitos para a sua aplicação aos casos concretos, falta-lhe eficácia, ela não dispõe de aplicabilidade. Essa se revela, assim, como possibilidade, e a norma há que ser capaz de produzir efeitos jurídicos: SILVA, 1982, p. 49-50.

Normas constitucionais de eficácia contida são aquelas em o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos à determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do poder público, nos termos em que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados (MORAIS, 2009, p. 12).

Normas constitucionais de eficácia limitada têm aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, não produzindo seus efeitos essenciais, dependendo para isto da criação pelo poder Estatal ou pelo legislador de uma normatização ulterior, para que possa ter aplicabilidade. Para Pedro Lenza (2010, p. 180), “eficácia limitada são aquelas normas que, de imediato, no momento em que a Constituição é promulgada, não têm o condão de produzir todos os seus efeitos, precisando de uma lei integrativa infraconstitucional.”

Depois de uma breve explicação, para um melhor entendimento sobre eficácia e seus diferentes graus, volta-se à análise da aplicabilidade dos direitos fundamentais que, de acordo com o art. 5.º, § 1.º, da Constituição Federal, tem aplicabilidade imediata.

As normas de direitos e garantias fundamentais, em regra, devem ter aplicação imediata, porém existem os direitos sociais, econômicos e culturais enquadrados dentro dos direitos fundamentais que nem sempre o são, pois dependem de regulamentação para a produção de seus efeitos essenciais, dependendo, assim, da criação de norma ulterior ou de uma atuação positiva por parte do Estado para que sejam concretizados, pois são direitos positivos, e sua efetivação deve ser feita de forma programada e progressiva, como será explicado adiante:

Assim, por regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de aplicabilidade imediata, enquanto as que definem os direitos econômicos e sociais tendem a sê-lo também na Constituição vigente, mas algumas, especialmente as que mencionam uma lei integradora, são de eficácia limitada e de aplicabilidade indireta (SILVA, 2005, p.180).

Portanto todas as normas constitucionais são constituídas de eficácia, tendo assim um importante valor jurídico, desempenhado cada uma sua função social, tentando assim ampliar cada vez mais essa aplicabilidade, para melhor se desenvolver o papel da democracia.

2. Os direitos sociais ou direitos de segunda geração

2.1. Conceito de direitos sociais

Em decorrência da grande importância dos direitos sociais, foi dado a estes um capítulo próprio na Constituição Federal, em seu art. 6.º, que diz que “são direitos so-

ciais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.” Os direitos sociais classificados como de segunda geração são aqueles que exigem do Estado uma conduta positiva, uma atuação para que sejam concretizados, com o intuito de fornecer aos cidadãos condições materiais para o pleno gozo de seus direitos, tendo como objetivo a diminuição da desigualdade social.

Como conceitua Alexandre de Moraes:

Direitos sociais são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1.º, IV, da Constituição Federal (MORAIS, 2009, p. 195).

Já para Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo,

os direitos sociais abrangem tanto direitos a prestações (positivos) quanto direitos de defesa (direitos negativos), [...] ao passo que os direitos a prestações (positivos) fundamentam também posições subjetivas “negativas”, notadamente quando se cuida da sua proteção contra ingerências indevidas por parte dos órgãos estatais, de entidades sociais e também de particulares (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 14).

Assim, os direitos sociais prestacionais reclamam uma atuação positiva por parte do Estado, devendo este realizar políticas públicas para sua efetivação, fornecendo meios para a sua realização. Por exemplo, no caso da saúde, deverá construir hospitais, fornecer materiais, medicamentos, pagar salário dos médicos, ou seja, deverá fornecer toda uma infraestrutura que gera gastos econômicos aos cofres públicos. Portanto, para que ocorra essa efetivação, é preciso que haja disponibilidade de recursos financeiros. Disso decorre a grande problemática pelo ordenamento jurídico sobre a eficácia e efetivação dos direitos sociais, pois estes encontram limites na ordem econômica, por serem esses recursos escassos diante da grande demanda. Esse assunto será abordado adiante, em decorrência da sua importância para o trabalho realizado.

Conclui-se que os direitos sociais de segunda geração diferem dos de primeira geração, pois estes, ao exigirem do Estado uma conduta negativa (omissão), são diretamente aplicáveis, eficazes, capazes de produzir todos os seus efeitos.

2.2. Características dos direitos sociais

Os direitos sociais são direitos prestacionais, ou seja, exigem uma conduta positiva do Estado, sendo esta a sua primeira característica: *seu cunho prestacional*. Portanto, para a efetivação dos direitos sociais é necessário a atuação, a prestação material por parte do Estado. Vale ressaltar que para a efetivação dos direitos sociais é preciso que

haja recursos financeiros e disponibilidade de verbas pelo poder público para sua concretização. A *relevância do conteúdo econômico* deve ser mais uma característica dos direitos sociais, ou seja, para que o Estado forneça hospitais, médicos, medicamentos, é preciso que haja recursos econômicos disponíveis.

Outra importante característica dos direitos sociais é que eles são uma *densificação do princípio da justiça social*, ou seja, eles têm como objetivo garantir a igualdade material, protegendo os mais fracos e os desamparados, fornecendo aos indivíduos uma vida digna, não visando apenas sua sobrevivência, mas também sua integração na sociedade.

2.3. A exigibilidade dos direitos sociais

De acordo com o artigo 5.º, parágrafo primeiro, da Constituição Federal, “todos os direitos fundamentais têm aplicabilidade imediata”, estando assim incluídos os direitos sociais que são consagrados no texto constitucional como fundamentais. Logo, qualquer enfoque que limite a efetivação desses direitos não deve prosperar.

Os direitos sociais são direitos que dependem de regulamentação, ou seja, de uma norma ulterior ou de uma atuação positiva do Estado para produzirem seus efeitos essenciais, pois são direitos positivos, e sua efetivação se dá de forma programada e progressiva. Paulo Caliendo esclarece:

As normas programáticas são aquelas que indicam um programa, finalidades ou tarefas a serem implementadas pelo Estado e por essa razão são dotadas de uma baixa densidade normativa, visto que exigem para a produção de efeitos que ocorra a ação legislativa de preenchimento de sentido para que estas vejam atuar na sua completude. Essa concretização decorre não apenas da especificação do conteúdo normativo, bem como dos meios e recursos necessários para atingir o fim almejado (CALIENDO, 2008, p. 197).

No próximo capítulo sobre o princípio da reserva do possível, esse tema será abordado com maior precisão, quando então se verificará que a efetivação dos direitos sociais depara-se com um problema que se coloca ante a sua efetivação, pois a implementação deles depende de recursos financeiros. Por exemplo, para que o Estado ofereça educação infantil de boa qualidade, são necessários a construção da escola, a contratação de professores, o fornecimento de materiais, dependendo para tanto de dinheiro, o que encontra, portanto, limite na ordem econômica, por serem esses recursos escassos.

Anderson Rosa Vaz cita em sua obra um entendimento do STF a respeito do posicionamento do Min. Celso de Mello:

É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-

financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política (VAZ, 2009, p. 31).

Portanto, seu custo assume especial relevância no âmbito de sua eficácia e efetivação, não sendo possível a efetiva realização das prestações demandadas, sem que se custeie algum recurso público.

3. A eficácia dos direitos sociais

3.1. Princípio da reserva do possível

Depois da análise da natureza dos direitos sociais, já se tem uma breve compreensão de que a efetivação desses direitos depende da prestação positiva por parte do Estado, pois eles geram custos financeiros, e estes encontram limites na ordem econômica, por serem escassos tais recursos. Daí surge o princípio da reserva do financeiramente possível, ou simplesmente reserva do possível, que discute a dependência dos direitos sociais prestacionais à disponibilidade de recursos econômicos por parte do Estado, recursos estes que dependem de provisão orçamentária feita pelos órgãos governamentais e parlamentares.

Paulo Caliendo traz a seguinte informação:

Este princípio da reserva do possível (*“Vorbehalt des Möglichen”*) foi originalmente apresentado pela doutrina constitucionalista alemã ao tratar do caso de um estudante que exigia o acesso ao ensino superior (*“numerus-clausus Entscheidung”*), em que a Corte Constitucional alemã entendeu que neste caso não se podia exigir da sociedade a realização de uma prestação que exceda aos limites do razoável ou da responsabilidade do destinatário em prover seu próprio acesso a um direito (CALIENDO, 2008, p. 196).

Portanto a efetividade dos direitos sociais fica condicionada à reserva do possível, uma vez que estes direitos demandam custos financeiros e só existem enquanto existir dinheiro nos cofres públicos, surgindo, então, a necessidade de administrar de maneira adequada e eficiente os recursos escassos da sociedade para promover o maior bem social possível. Porém, não sendo possível atender a todas as pretensões sociais, que dependem da utilização do erário público, o Estado deverá analisar quais necessidades atender, o que demonstra que o princípio da reserva do possível se apresenta como um limite fático e jurídico na efetivação dos direitos sociais.

Observa-se que a cláusula da reserva do possível muitas vezes é invocada pela jurisprudência como meio de negar efetividade aos direitos fundamentais sociais, como exemplifica este acórdão do TJMG:

1.0000.06.443.869-0/000 (1). EMENTA:
MANDADO DE SEGURANÇA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. PROVA DO DIREITO LÍQUIDO E CERTO. Legitimidade passiva do estado. Ausência de ilegalidade ou abuso de poder. Dentre as condições de ação mandamental estão a liquidez e certeza do direito, que devem ser demonstradas de plano, com a inicial, pois o procedimento não admite instrução probatória. O Estado é parte legítima para figurar no pólo passivo da ação, uma vez que a ele pode ser imputada a responsabilidade pelo atendimento das necessidades básicas de saúde do impetrante. Seja pela observância das cláusulas da reserva do possível e da reserva em matéria orçamentária, seja pelos princípios da isonomia, da seletividade e da distributividade, seja ainda pela realização dos objetivos da República Federativa do Brasil, de justiça social e redução das desigualdades sociais, não há ilegalidade ou abuso por parte da autoridade coatora que não forneça medicamento prescrito ao impetrante que não esteja relacionado na lista de fármacos da rede pública. A competência para decidir sobre a alocação desses recursos cabe exclusivamente ao Poder Legislativo, sem possibilidade de ingerência do Judiciário, por respeito aos princípios constitucionais da democracia e da separação dos poderes. Preliminares rejeitadas. Denegar a segurança.²

Vale ressaltar, dentro da análise em torno do princípio da reserva do possível, e que se verifica nesta decisão do TJMG, um tema bastante complexo, que é a intervenção do poder judiciário como forma de garantir a efetividade dos direitos sociais e se esta intervenção fere ou não a teoria da separação dos poderes. Assim, sempre que as políticas públicas não estejam sendo cumpridas, ou que o Executivo não exerça uma boa administração e planejamento dessas políticas, aplicando erroneamente os recursos e desperdiçando orçamento, cabe a imposição do Poder judiciário na promoção e efetivação dos direitos fundamentais sociais, estabelecendo melhor forma de aproveitar o erário público para garantia do mínimo de eficácia dos direitos sociais consagrados na Constituição Federal.

Logo, é correto defender a intervenção do judiciário, uma vez que o princípio da separação dos poderes permite que os órgãos (legislativo, executivo e judiciário) fiscalizem e adentrem nos casos que caberiam, em princípio, a determinado poder, quando este estiver exercendo sua função de forma indesejada ou incompleta, garantido assim a observação dos direitos e garantias fundamentais.

Voltando-se ao tema principal, a realidade é que o Estado é incapaz de realizar todos os direitos exigidos, vez que seus recursos são escassos, e que não se pode impor ao poder público o atendimento de toda e qualquer demanda que implique gastos públicos. Mas vale destacar que não é razoável aceitar que o Estado invoque esse princípio, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento das suas obrigações constitucionais, pois estaria ferindo os princípios constitucionais que garantem os direitos sociais, e aniquilando a essencial fundamentalidade desses direitos.

² TJMG/MG. Mandado de segurança nº 1.0000.06.443.869-0/000 (1). Relator: Des. Albergaria Costa. Julgamento em: 02/05/2007, publicado no DJ em 04/07/2007. Disponível em: http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal. Acesso em: 17/10/2010.

Neste sentido, é necessário que o Poder Público, alegando essa cláusula da reserva do possível, demonstre o tratamento que o direito social lesado está recebendo no planejamento do orçamento, devendo apresentar razões justificadas para tal ato, demonstrando que há um justo motivo objetivamente aferível, ou seja, a comprovação da insuficiência de aportes financeiros.

Anderson Rosa Vaz afirma:

Não basta ao Poder Público a alegação de que não possui recursos suficientes à efetivação desses direitos. Deve, sim, demonstrar, por meio dos orçamentos passados e presentes, bem assim o planejamento futuro, como o direito à moradia, por exemplo, está sendo gerido. A escassez de recursos impõe a obrigação de planejar a efetivação progressiva dos DHESC. Nesse ponto, o Administrador não tem discricionariedade. Deve executar o orçamento. Já a liberdade legislativa se resume: planejar a aplicação da verba pública via orçamento. A partir daí, a não efetivação desse direito passa a constituir omissão de má-fé do Poder público, impondo aos administradores conseqüências cíveis, administrativas e criminais (VAZ, 2009, p. 36).

Uma vez que a realização dos direitos sociais guarda uma ligação com escolhas estratégicas sobre qual a melhor forma de aplicar os recursos públicos, num Estado democrático elas devem ser feitas do modo mais aberto possível e com a garantia dos níveis mais efetivos de informação da população.

Assim, cabe ao Estado tomar decisões acerca de quais direitos proteger e quais direitos sacrificar ou preservar insuficientemente, devendo observar os critérios de adequação (qual o meio utilizado para a obtenção da finalidade almejada); necessidade (garantir o direito mais importante, e prejudicar menos possível o direito restringido); e proporcionalidade e razoabilidade (avaliar o custo-benefício, como forma de atingir o maior número de necessidades pessoais com o mesmo recurso). Como destacam Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo:

[...] respeitando sempre o núcleo essencial do(s) direito(s) restringido(s), mas também não poderão, a pretexto de promover algum direito, desguarnecer a proteção de outro(s) no sentido de ficar aquém de um patamar minimamente eficiente de realização e de garantia do direito. Neste contexto, vale o registro de que a proibição de insuficiência assume particular ênfase no plano da dimensão positiva (prestacional) dos direitos fundamentais, o que remete, por sua vez, à questão do mínimo existencial (SARLET, 2008, p. 34).

Logo, o princípio da reserva do possível, antes de atuar como barreira limitadora dos direitos sociais, deve atuar como cláusula de planejamento de efetivação desses direitos, impondo ao Poder público o dever fundamental de, dentro das reservas orçamentárias, do planejamento econômico e financeiro, e das condições sociais e econômicas do país, garantir a efetivação dos direitos prestacionais sociais. Porém o Esta-

do deve preservar, além disso, os direitos sociais já consagrados, não podendo diminuí-los ou esvaziá-los, pois uma vez alcançados, eles se tornam uma garantia institucional e um direito subjetivo, consagrando aquilo que a doutrina francesa chamou de *effet cliquet* (princípio do não-retrocesso social), ainda mais no que se refere à garantia do mínimo existencial.

3.2. *Mínimo existencial e princípio da dignidade humana*

A efetividade dos direitos sociais está vinculada à realização de um mínimo existencial como forma de garantia da dignidade da pessoa humana. Vale destacar que o mínimo existencial deve garantir uma existência digna, não sendo reduzida apenas a sobrevivência física, mas objetivando garantir ao indivíduo um mínimo de inserção na vida social.

Portanto o núcleo essencial do mínimo existencial está diretamente ligado no direito à vida e à dignidade da pessoa humana, objetivando oferecer uma vida com certa qualidade, não sendo confundido com o mínimo “vital”; ou seja, não basta oferecer comida a quem passa fome por uma questão de sobrevivência, é necessário que se ofereça a essa pessoa uma vida saudável, um emprego de que ela possa tirar seu próprio sustento.

Logo, o mínimo existencial é compreendido também como direito e garantia fundamental, devendo guardar sintonia com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, estando este princípio “apenas assegurado quando for possível uma existência que permita a plena fruição dos direitos fundamentais, de modo especial, quando seja possível o pleno desenvolvimento da personalidade” (SARLET, FIGUEIREDO, 2008, p. 21).

Assim, deve determinar a prioridade das prestações abrangidas no âmbito do mínimo existencial sobre outros encargos do poder público. Esse critério jurídico de prioridade é o que permite ao magistrado superar os obstáculos doutrinários da reserva do possível e da separação dos poderes (TORRES, 2008, p. 77).

Como afirma Carlos Flávio Venâncio Marcilio:

Por fim, apesar da escassez dos recursos e da reserva do possível, deve ser reconhecida a existência de um mínimo existencial ou de uma concretização mínima do princípio da dignidade da pessoa humana. Esse mínimo existencial deve constituir a meta prioritária dos direitos, de liberdades ou sociais, a serem concretizados e, por conseguinte, dos gastos do erário público. Logo, somente após a concretização desses direitos de liberdade e sociais mínimos, é que poderá ser deliberada a alocação dos recursos públicos remanescentes (MARCILIO, 2009, p. 168).

Estando a efetivação dos direitos sociais condicionada à disponibilidade financeira, é necessário que as prestações desses direitos satisfaçam pelo menos a garantia

do mínimo existencial, sendo este o conteúdo essencial do Estado Social de Direito, a garantia das condições mínimas para uma vida digna.

Conclusão

Ao fim deste trabalho e diante da temática discutida, é necessário apontar aqui algumas conclusões extraídas. De início é preciso ressaltar a importância dos direitos sociais consagrados na Constituição Federal como fundamentais, tendo como objetivo a garantia de direitos considerados indispensáveis para o desenvolvimento da dignidade humana. Diante disto a CF declarou em seu art. 5.º, § 1.º, que os direitos fundamentais têm aplicabilidade imediata. Portanto os direitos sociais, por dependerem de prestações positivas por parte do Estado, acabam por esbarrar nas limitações de recursos materiais e financeiros, o que significa que o Estado não pode atender a todas as demandas da sociedade.

Neste ponto, a efetivação dos direitos sociais fica condicionada ao princípio da reserva do possível, uma vez que o Estado só poderá atuar na prestação de políticas públicas dentro da sua capacidade financeira, o que demonstra que a eficácia dos direitos sociais não é absoluta, sendo, portanto, limitada aos recursos econômicos do Estado, do que decorre a impossibilidade de concretização e efetivação de todos os direitos.

Por outro lado, a reserva do possível não pode ser invocada pelo Estado como forma de negar efetivação aos direitos sociais. Não se pode deixar que os princípios constitucionais que garantem os direitos sociais se transformem em meros princípios orientadores, sem nenhum poder mandamental e vinculativo. Assim, o princípio da reserva do possível não pode se tornar um obstáculo à preservação do mínimo necessário para a garantia da dignidade humana, sendo que a dignidade humana é a base para a efetivação de qualquer direito fundamental.

Diante desta análise é necessário o planejamento do orçamento e uma administração mais adequada e eficiente dos recursos públicos, para promover o maior bem social possível. Assim, não sendo possível atender a todos os anseios da sociedade, o Estado deverá tomar decisões sobre quais direitos proteger, de quais abrir mão, ou atender de forma deficiente. É essencial para tanto a observância do princípio da proporcionalidade para se resguardar o equilíbrio entre a reserva do possível e o mínimo existencial, impedindo que haja um retrocesso das conquistas sociais.

Por fim, vale ressaltar que se trata de um tema bastante complexo, e que essas conclusões são diretamente direcionadas ao horizonte pesquisado. Por isso, o objetivo desse trabalho não é pôr fim ao debate, ou impor uma verdade, mas, sim, contribuir para um melhor entendimento do tema.

Referências

CALIENDO, Paulo. Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação, in: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. *Direitos fundamentais, orçamento e "reserva do possível"*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 195-208.

- LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquemático*. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MARCILIO, Carlos Flávio Venâncio. O custo dos direitos e a concretização dos direitos sociais, in: RENOUX, Thierry S. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, n. 66, p. 155-169.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 21-195.
- PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Resumo de Direito Constitucional descomplicado*. 2 ed. São Paulo: Método, 2009, p. 38.
- SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do Possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações, in: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. *Direitos fundamentais, orçamento e "reserva do possível"*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 11-49.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 49-50.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 26 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 175-180.
- TJMG/MG. Mandado de segurança n.º 1.0000.06.443.869-0/000 (1). Relator: Des. Albergaria Costa. Julgamento em: 02/05/2007, publicado no DJ em 04/07/2007. Disponível em: http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal. Acesso em: 17/10/2010.
- TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária, in: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. *Direitos fundamentais, orçamento e "reserva do possível"*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 69-86.
- VAZ, Anderson Rosa. A cláusula da reserva do possível como instrumento de efetivação planejada dos direitos humanos econômicos, sociais e culturais, in: RENOUX, Thierry S. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, n. 66, p. 9-38.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos frente ao princípio da soberania estatal

The Inter-American Court of Human Rights and the principle of state sovereignty

MARIA CAROLINA DE MELO SANTOS

Aluna do 8.º período de Direito do Centro Universitário de Patos de Minas.
e-mail: lpgnr@hotmail.com.

Resumo: A Corte Interamericana de Direitos Humanos, importante órgão de atuação internacional, realizou, ao longo dos anos, várias intervenções no ordenamento jurídico de países do continente americano às vistas de conter afrontas aos direitos básicos de qualquer pessoa. Lado outro, ao se observar tal fato, questiona-se quais os limites para tal interferência, tendo em consideração um dos princípios basilares da ordem internacional: a soberania estatal. Assim é que, no presente trabalho, proceder-se-á à análise de tal princípio, bem como da amplitude das deliberações e interferências da Corte, principalmente no Brasil, correlacionando tais fatos, bem como a possibilidade da preponderância da proteção dos direitos humanos sobre a autonomia jurídica dos Estados.

Palavras-chave: Corte Interamericana; soberania; direitos humanos; proteção internacional.

Abstract: The Inter-American Court of Human Rights, an important organ of international actuation, has fulfilled in the last years lots of interventions in the law of countries of the American continent, with an intention to refrain offenses to the basic rights of any individual. On the other side, while observing such an event, one should question the limits for such interference, taking into consideration one of the main principles of the international order: the state sovereignty. This way, in the present work, we will proceed to an analysis of such principle, as well as of the amplitude of the deliberations and interferences of the Court, especially in Brazil, by correlating such factors and the possibility of the preponderance of the human rights protections over the juridical autonomy of the states.

Keywords: Inter-American Court; sovereignty; human rights; international protection.

1. Considerações Iniciais

É de conhecimento geral que os direitos humanos são o alicerce do ordenamento jurídico de todo país que tenha por escopo zelar por uma sociedade na qual haja condições propícias ao desenvolvimento e convívio harmonioso entre as pessoas que nela vivem. Não obstante a luta diária para que se concretizem os direitos previstos de modo abstrato nas normas jurídicas, observa-se que nem sempre tal objetivo é alcançado, o que ocasiona, por vezes, desrespeitos inaceitáveis aos direitos humanos.

É seguindo esta linha de pensamento que as autoridades internacionais reconheceram a necessidade da criação de órgãos e sistemas em âmbito mundial capazes de zelar pela observância dos direitos individuais, sociais e políticos de todos os povos, conferindo-lhes prerrogativas, inclusive, de interferir em seus ordenamentos, embora de modo excepcional, quando restasse verificada gritante afronta a tais direitos.

Nesse contexto, surge nas Américas um sistema regional responsável por resguardar e tornar aplicáveis as normas previstas nos tratados internacionais, tendo, porém, uma política voltada de modo mais específico para os direitos previstos na Convenção Interamericana de Direitos Humanos. Foi a partir deste documento que a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos passaram a exercer suas atividades, tanto no plano consultivo, quanto no contencioso, primando, sempre, pela proteção da convenção e dos povos americanos.

Desse modo, a importância da presente discussão referente a estes órgãos e, mais especificamente, à Corte Interamericana, lastreia-se no fator primordial de que, apesar de seu grau de influência e considerável valor para o continente americano, poucos são aqueles que têm conhecimento a seu respeito.

Ademais, faz-se necessário também discutir até que ponto são aceitáveis as influências externas no ordenamento jurídico de um país, bem como nas decisões proferidas por seus tribunais, tendo em vista que tal interferência pode vir a caracterizar uma afronta ao princípio constitucional da soberania nacional.

Para que seja possível a realização do presente trabalho, sua elaboração efetuar-se-á por meio de uma pesquisa científica realizada por meio do método dedutivo. Destarte, serão desenvolvidas consultas bibliográficas e webliográficas, efetuando análises e verificações sobre o que concerne à Convenção, Comissão e Corte Interamericana de Direitos Humanos, bem como às intervenções realizadas por esta última no Estado brasileiro. As pesquisas serão feitas em livros, periódicos, doutrinas, artigos científicos e demais fontes de credibilidade no meio jurídico.

2. A soberania

2.1. A soberania como traço diferencial do Estado

É cediço que o Estado caracteriza-se como uma das instituições humanas de maior complexidade. Em razão da abrangência de suas atividades e infinitude de significados, sua conceituação torna-se tarefa difícil. Em termos simples, pode-se dizer que

Estado é a organização política sob a qual vive o homem moderno. Ela caracteriza-se por ser a resultante de um povo vivendo sobre um território delimitado e governado por leis que se fundam num poder não sobrepujado por nenhum outro externamente e supremo internamente (BASTOS, 1995, p. 10).

Extraem-se deste conceito os três elementos responsáveis pela formação de um Estado, quais sejam: povo, território e poder. Apesar da instituição estatal não existir

sem a presença destes três elementos básicos, é possível afirmar que o poder, ou a soberania, caracteriza-se como o pressuposto de constituição que possui maior relevância. Muito embora a soberania exale uma ideia de poder supremo, ou sem limites, é certo que a verossimilhança de tal conceituação só esteve presente à época dos monarcas, durante a qual os reis impunham suas vontades à população de maneira tirânica e desvinculada, na maioria das vezes, da real necessidade do povo.

Ultrapassada tal fase, a soberania perdeu a qualidade de meio utilizado para impor, de forma unilateral e totalitária, deveres e competências aos cidadãos, assumindo um conceito de poder por meio do qual o Estado realiza sua gestão, impondo suas leis dentro de seu limite territorial, embora não de forma leviana e sem a observância de certos objetivos, e ao mesmo tempo, equiparando-se hierarquicamente aos demais países.

Cabe observar, porém, que “na ordem externa os Estados também se limitam reciprocamente na medida em que o próprio respeito à soberania de outrem implica uma limitação do seu próprio poder” (BASTOS, 1995, p. 27). Assim é que, em outras palavras, pode-se dizer que no que se refere à autonomia dos Estados perante a comunidade internacional, o exercício do poder estatal está condicionado à circunscrição territorial de cada um destes.

2.2. Relações internacionais: cooperação e interdependência entre Estados

Não obstante a prerrogativa de reger-se pelas leis e diretrizes as quais achar mais pertinentes, impondo-as de maneira coercitiva dentro de seus limites, o Estado encontra-se em um contexto mundial no qual a cooperação e a interdependência entre este e os demais é inevitável. Nos dias atuais, a globalização dos conflitos e o crescente número de situações as quais requerem deliberações em nível internacional impõem aos Estados fazer certas concessões e, por vezes, adotar em seu ordenamento tratados firmados entre diversos países.

Muito embora cada Estado seja capaz de elaborar sua própria legislação, não permitindo a outros invadirem seu território para impor normas estranhas a seu ordenamento jurídico, a incorporação de medidas previstas em tratados internacionais, em especial os relativos a direitos humanos, torna-se cada vez mais imperativa. De fato, a adoção de tais normas não é obrigatória, uma vez considerado que sua elaboração, bem como as próprias relações internacionais, partem exatamente de premissas como da não-intervenção e do respeito às ideologias de cada país.

Inobstante a não-obrigação dos Estados em celebrar tratados, é certo, porém, que recai sobre estes certa pressão mundial, tendo em vista a necessidade de se primar pelo interesse da coletividade, fato que certamente sobrepuja os interesses individuais dos Estados.

2.3. O Estado brasileiro e a soberania

Como se sabe, o Brasil é um Estado Democrático de Direito, o que implica a “exigência de reger-se por normas democráticas, com eleições livres, periódicas, e pelo

povo, bem como o respeito das autoridades públicas aos direitos e garantias fundamentais” (MORAES, 2008, p. 14). Nesse caminhar, observa-se que a participação de todos para que a democracia esteja presente e se desenvolva de maneira efetiva é fundamental, o que se pode extrair inclusive do texto constitucional, no qual se afirma: "Todo poder emana do povo".

Neste mesmo contexto, encontra-se a soberania. Tal princípio, presente no artigo 1.º da Constituição Federal de 1988, caracteriza-se como primeiro fundamento da república. Partindo desta premissa, dizer que o Brasil é um país soberano significa muito mais do que possuir autoridade para tomar suas próprias decisões e reger-se por suas próprias leis. Tal fato concede ao país o direito de se orientar com relação aos seus assuntos internos ou mesmo posicionamentos internacionais como lhe for conveniente, sendo, assim, hierarquicamente igual aos demais Estados, não podendo sofrer interferências por parte destes.

Aliás, no que se refere às relações internacionais, a Constituição traz, em seu corpo, princípios os quais são responsáveis por direcionar o desenvolvimento das questões externas que envolvem o Brasil. Faz-se mister destacar os princípios da independência nacional, da prevalência dos direitos humanos, da não-intervenção, bem como da igualdade entre os Estados. Por meio de tais princípios, é possível perceber a presença do país na cooperação internacional, primordialmente nos assuntos relativos aos direitos e garantias fundamentais, mas sem se anular ou anular suas próprias vontades ou decisões, prevalecendo sua independência perante os demais países.

Inobstante a primazia da não-intervenção no país, o ordenamento jurídico brasileiro prevê a admissibilidade de direitos constantes de tratados firmados em âmbito internacional. De acordo com o que assevera o parágrafo 3.º do artigo 5.º da Constituição, inserido na Carta Magna pela Emenda Constitucional n.º 45 de 2004, os tratados e convenções internacionais dos quais o Brasil for signatário, uma vez devidamente aprovados pelo Congresso Nacional, serão equivalentes às emendas constitucionais.

3. Os direitos humanos

3.1. Aspectos gerais

Os direitos humanos, bem como as concepções atuais que se tem a respeito deles, são fruto de uma longa evolução histórica. A constante luta social na busca pela proteção de tais direitos garantiu, no caminhar dos anos, inúmeras conquistas ao povo frente ao poder estatal, que não eventualmente era exercido de maneira abusiva.

Em uma acepção contemporânea, vislumbram-se os direitos humanos como sendo “uma construção consciente vocacionada a assegurar a dignidade humana e a evitar sofrimentos, em face da persistente brutalidade humana” (NINO, Carlos Santiago, *apud* PIOVESAN, 2006, p. 8). É necessário ressaltar, porém, que tais direitos não são absolutos, estando condicionados a certas restrições impostas pelo próprio Estado para que seja possível manter o convívio e a organização social.

Nesse ponto, é possível perceber o surgimento dos direitos fundamentais, na medida em que os direitos humanos são reconhecidos e positivados pelo Estado, por

meio de suas leis e, em especial, pela Magna Carta, delimitando seu exercício e conferindo garantias capazes de assegurar sua preservação e respeito.

Atualmente, a doutrina apresenta uma classificação geracional para os direitos fundamentais, criada com base na ordem histórica de sua aquisição e reconhecimento constitucional. Assim, tem-se os direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira geração. Por primeira geração, entendem-se serem os direitos individuais clássicos, relativos à liberdade individual e pública. A segunda geração abrange os chamados direitos sociais, relativos ao trabalho, cultura, economia, entre outros. Por fim, tem-se a terceira geração, a qual se refere aos direitos de solidariedade ou fraternidade, englobando aspectos como o direito à paz, à preservação ambiental, etc.

3.2. Os direitos humanos no Brasil

Assim como em todo o mundo, o Brasil foi palco de grandes batalhas em favor dos direitos humanos e suas garantias. As conquistas ao longo do tempo contribuíram para a construção de um país mais democrático, onde é conferido ao povo o poder de exercer sua cidadania de forma plena.

A Constituição Brasileira de 1988, também chamada de Constituição Cidadã, traz, em seu Título II, as disposições referentes aos direitos e garantias fundamentais das pessoas, dividindo-os em direitos individuais e coletivos, direitos sociais, nacionalidade, direitos políticos e partidos políticos. Nesse caminhar, tais direitos passam a ser também direitos constitucionais, com eficácia e aplicabilidade determinadas pela própria constituição. Aliás, no que se refere a isso, assevera a Carta Magna, em seu artigo 5.º, parágrafo 1.º que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Inobstante o extenso rol de direitos previstos na Constituição, demais direitos constantes de normas infraconstitucionais não estão excluídos, tais como os oriundos de tratados internacionais dos quais o Brasil for signatário.

Cumprir repisar, porém, que muito embora os direitos e garantias fundamentais existam com o escopo de proporcionar a todos uma vida digna, com condições plenas de desenvolvimento e convivência pacífica, tais prerrogativas não devem constituir nunca um escudo para a prática de atos ilícitos ou estratégia para se esquivar de demais responsabilidades decorrentes da lei.

3.3. A internacionalização dos direitos humanos

Como dito anteriormente, os direitos humanos são fruto de longas batalhas travadas, em sua grande maioria, contra o Estado. O século XX foi o palco de considerável parte destes conflitos, os quais foram responsáveis por perversas violações aos direitos humanos de inúmeras populações, fato facilmente perceptível em momentos como o do holocausto nazista.

É deste cenário que exsurge “o esforço de reconstrução dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional contemporânea” (PIOVESAN, 2006, p. 9). Assim, no afã de tentar coibir, em sua totalidade, o desrespeito

aos direitos intrínsecos a qualquer ser humano, tais como vida, liberdade, saúde, educação e paz, os interesses da comunidade internacional passaram a convergir no sentido de criar normas e aparatos capazes de assegurar a observância de tais direitos, inobstante a autonomia de cada país para elaborar suas próprias leis.

Em decorrência disto,

o Poder Constituinte dos Estados e, conseqüentemente, das respectivas Constituições nacionais, está hoje cada vez mais vinculado a princípios e regras de direito internacional. É como se o direito internacional fosse transformado em parâmetro de validade das próprias Constituições nacionais (cujas normas passam a ser consideradas nulas se violadoras das normas do *jus cogens* internacional) (PIOVESAN, 2006, p. 11).

Neste contexto, foi de suma importância a criação de órgãos atuantes em nível internacional, capazes de fiscalizar e zelar pela aplicação dos tratados e convenções referentes aos direitos do homem. O desenvolvimento das políticas protecionistas em âmbito global e, paralelamente, em âmbito regional, tornou possível a proteção dos direitos individuais, políticos e sociais de modo mais efetivo, permitindo certas intervenções nos ordenamentos jurídicos dos Estados, não obstante seu caráter soberano, na medida em que tal fato se faça necessário, e desde que com o consentimento deste.

4. O Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos

4.1. Contexto histórico

Como dito, em meio à necessidade de se criar órgãos competentes para promover a justiça e proteger os direitos humanos em âmbito internacional, diversos sistemas regionais foram criados com a incumbência de fazer cumprir os tratados e policiar os Estados. Tais sistemas caracterizaram-se como um meio de dar maior exequibilidade às convenções internacionais, tendo em vista que, uma vez sendo regionais, o consenso entre os Estados participantes tornava-se muito mais fácil e vantajoso. Deste contexto, surge o Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos.

O Sistema Interamericano é formado por vários órgãos responsáveis pela defesa dos direitos humanos e das convenções firmadas no âmbito das Américas, estando, entre as mais importantes, a Convenção Interamericana de Direitos Humanos. Tal convenção, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, foi celebrada entre os vários Estados membros da OEA – Organização dos Estados Americanos, no ano de 1968, embora tenha entrado em vigor apenas em 1978, sendo responsável por assegurar direitos básicos de qualquer pessoa, reafirmando, inclusive, boa parte dos que já haviam sido codificados pela Declaração Universal de Direitos Humanos.

Lado outro, é certo que a Convenção buscou também dar maior relevância às necessidades do continente, observando os aspectos peculiares das populações e dos próprios governos americanos, marcados, muitas vezes, por regimes ditatoriais e opressivos. Assim, em face do rol de direitos positivados pela Convenção, tornou-se

imperativo aos seus Estados signatários zelar pela sua observância, promovendo, desse modo, medidas legislativas de caráter preventivo e corretivo em seus ordenamentos. Impende ressaltar que tais medidas envolvem obrigações positivas e negativas para os Estados, tendo em consideração que compreende a estes não só deixar de violar os direitos constantes da convenção, como oferecer instrumentos capazes de possibilitar sua efetividade e exercício.

Nesse caminhar, deve-se considerar que, muito embora haja esforço do aparato estatal na observância de tais deveres, fato é que o descumprimento destes é facilmente perceptível ainda nos dias atuais. Assim, para coibir a inobservância dos direitos humanos, a Convenção criou dois órgãos responsáveis por monitorar seus Estados signatários: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

4.2. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos é um órgão autônomo, com sede em Washington, nos Estados Unidos, composto por sete membros, nacionais de qualquer país integrante da OEA, embora não estejam ali com a função de representá-los, e com notável conhecimento em direitos humanos. Seu rol de atribuições é bem amplo, podendo-se dizer que

no tocante à proteção dos direitos humanos fundamentais, a trajetória da Comissão Interamericana de Direitos Humanos é um exemplo vivo de um processo de ampliação de competência de um órgão da OEA, mediante uma interpretação consistentemente liberal e extensiva de seus poderes (TRINDADE, 2002, p. 459-460)

Estão sob a jurisdição da Comissão não só os Estados signatários da convenção, mas também os integrantes da Organização dos Estados Americanos, sendo que, como forma de desenvolver seus trabalhos, seus membros se reúnem em sessões ordinárias e extraordinárias durante o decorrer do ano. O catálogo de competências da Comissão inclui:

- a) Receber, analisar e investigar petições individuais que alegam violações dos direitos humanos, segundo o disposto nos artigos 44 a 51 da Convenção;
- b) Observar o cumprimento geral dos direitos humanos nos Estados membros, e quando o considera conveniente, publicar as informações especiais sobre a situação em um estado específico;
- c) Realizar visitas *in loco* aos países para aprofundar a observação geral da situação, e/ou para investigar uma situação particular. Geralmente, essas visitas resultam na preparação de um relatório respectivo, que é publicado e enviado à Assembléia Geral.
- d) Estimular a consciência dos direitos humanos nos países da America. Além disso, realizar e publicar estudos sobre temas específicos como, por exemplo, sobre: medidas

para assegurar maior independência do poder judiciário; atividades de grupos armados irregulares; a situação dos direitos humanos dos menores, das mulheres e dos povos indígenas.

e) Realizar e participar de conferências e reuniões com diversos tipos de representantes de governo, universitários, organizações não governamentais, etc... para difundir e analisar temas relacionados com o sistema interamericano de direitos humanos.

f) Fazer recomendações aos Estados membros da OEA acerca da adoção de medidas para contribuir com a promoção e garantia dos direitos humanos.

g) Requerer aos Estados membros que adotem “medidas cautelares” específicas para evitar danos graves e irreparáveis aos direitos humanos em casos urgentes. Pode também solicitar que a Corte Interamericana requeira “medidas provisionais” dos Governos em casos urgentes de grave perigo às pessoas, ainda que o caso não tenha sido submetido à Corte.

h) Remeter os casos à jurisdição da Corte Interamericana e atuar frente à Corte em determinados litígios.

i) Solicitar “Opiniões Consultivas” à Corte Interamericana sobre aspectos de interpretação da Convenção Americana.

(Disponível em: <<http://www.cidh.org/que.port.htm>>. Acesso em: 06.set.10)

Extrai-se, portanto, do referido rol de atribuições da Comissão que suas atividades giram principalmente em torno do recebimento, análise e supervisão das petições, individuais ou gerais, interpostas pelos civis, ONGs legalmente reconhecidas, ou grupos, contra o governo de seus Estados, quando estes cometerem alguma afronta aos direitos encartados na Convenção ou demais tratados internacionais.

O processamento de tais casos ocorre de acordo com os estatutos e regulamentos da Comissão. Assim, o trâmite das ações deve observar certa sequência procedimental, sendo imprescindível, por exemplo, que o indivíduo haja esgotado todas as vias judiciais dentro de seu próprio país em busca de uma solução para sua demanda. Ao final, incumbe à Comissão tentar uma conciliação entre as partes, contanto que o Estado faça parte da Convenção, sugestionando a este as recomendações a serem tomadas para que seja possível resolver caso sem demais conflitos.

Inobstante o intento pela conciliação, observa-se, porém, que nem sempre tal fato pode ser alcançado, o que, por vezes, pode ocasionar o direcionamento do caso à Corte Interamericana de Direitos Humanos. Para tanto, é necessário que o Estado-membro seja signatário da Convenção Americana e que aceite a jurisdição da Corte em seu ordenamento por meio de declaração expressa.

4.3. A Corte Interamericana de Direitos Humanos

Assim como a Comissão Interamericana, a Corte é um órgão jurisdicional autônomo, com competência consultiva e contenciosa, composta por sete juízes oriundos de países integrantes da OEA, com mandato por tempo determinado.

No plano consultivo, verifica-se a possibilidade de os Estados-membros da OEA solicitarem informações e pareceres a respeito da aplicação da Convenção e de outros tratados defensores dos direitos humanos. Observa-se, ainda, a capacidade da Corte para emitir opiniões a respeito da compatibilidade da legislação interna dos Estados com a Convenção, o que, de certa forma, contribui para uma uniformização dos preceitos e normas reguladoras dos direitos e garantias fundamentais.

No plano contencioso, tem-se o deslinde dos casos específicos entre determinados indivíduos e os respectivos governos de seus Estados. Nesse ponto, impende ressaltar que o acesso à Corte é restrito, tendo capacidade para fazê-lo apenas a Comissão ou o próprio Estado, não sendo os indivíduos, ONGs ou grupos, legitimados para tal. Ademais, é certo que a competência contenciosa da Corte não substitui os tribunais internos dos países, muito embora seus atos possam ser revisados por ela, uma vez constatado o desacordo com as normas internacionais de direitos humanos.

No decorrer do processo, pode a Corte, em casos de extrema necessidade e urgência, determinar a execução de medidas provisórias de modo a impedir maiores prejuízos às vítimas. Ao final, depois de produzidas as provas e realizada audiência, será proferida sentença detalhando medidas de reparação e restituição a serem cumpridas pelo Estado parte. Conforme dispõe a Convenção, poderá ser determinado ao Estado, concomitante ou alternativamente, que garanta à vítima o gozo dos direitos ou liberdades infringidos; que proceda à reparação das consequências advindas da violação de tais direitos; que pague à vítima quantia indenizatória; e ainda que realize modificações em seu ordenamento jurídico, mormente no que se refere às legislações atinentes aos direitos humanos, de forma a torná-la compatível com a Convenção. Há, ainda, a possibilidade de absolvição do Estado, caso não reste comprovado que houve desrespeito aos direitos humanos.

Por oportuno, insta salientar que

[...] a decisão da Corte tem força jurídica vinculante e obrigatória cabendo ao Estado seu imediato cumprimento. Se a Corte fixar uma compensação à vítima, a decisão valerá como título executivo, em conformidade com os procedimentos internos relativos à execução de sentença desfavorável ao Estado (PIOVESAN, 2006, p. 104).

Em outras palavras, caso haja, de fato, a condenação no pagamento de indenização, a vítima poderá proceder à execução da sentença proferida pela Corte, a qual terá caráter de título executivo, respeitando-se as regras procedimentais de execução presentes no ordenamento jurídico do Estado parte. No caso do Brasil, não há legislação que especifique o procedimento a ser adotado para a execução das sentenças da Corte, sendo desnecessária, porém, sua homologação pelo Superior Tribunal de Justiça,

diferentemente do que ocorre com as sentenças estrangeiras, consoante disposto no artigo 483 do Código de Processo Civil.

Relativamente ao procedimento adotado durante o processo, há que se falar que, assim como o da Comissão, o da Corte Interamericana segue também regulamentos internos, embora admita, da mesma forma, a observância de princípios básicos do Direito, tais como o contraditório e a ampla defesa.

Por último, cabe anotar a possibilidade da submissão dos relatórios da Corte à Assembleia Geral da OEA, “que pode então discutir com o Estado o não cumprimento da decisão e, se apropriado, adotar medidas políticas contra o Estado-violador” (PASQUALUCCI, Jo M., *apud* PIOVESAN, 2006, p. 117). Tal medida, embora de caráter extremo, visa suprir a ausência de um sistema capaz de fiscalizar os Estados, forçando-os, dessa maneira, a cumprir as determinações emitidas pela Corte.

4.4. O Brasil e a Corte Interamericana

É cediço que o Brasil é um país com um histórico de desenvolvimento que sempre desfavoreceu a implementação de medidas capazes de garantir e sustentar os direitos sociais, políticos e individuais de sua população. Em 1978, muito embora sob a vigência de um governo ditatorial, responsável pela opressão do povo e quase total supressão de seus direitos, o governo brasileiro tornou-se signatário da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, submetendo-se, a partir de então, à competência de sua Comissão. Apesar disso, apenas décadas depois, mais precisamente em 1998, por meio do Decreto Legislativo 89, é que houve o reconhecimento da jurisdição da Corte no país.

Apesar do pouco tempo do reconhecimento de tal jurisdição, o Brasil já sofreu consideráveis intervenções da Corte em seu ordenamento. A maior parte delas é relativa aos casos contenciosos nos quais o país atuou no polo passivo, e que, após primeiramente submetidos à Comissão, não demonstraram ser passíveis de soluções por meio apenas de uma transação entre as partes.

O primeiro caso contra o Brasil interposto na Corte Interamericana foi o caso Ximenes Lopes. Vítima de maus tratos em centro de atendimento psiquiátrico privado, Damião Ximenes Lopes veio a falecer três dias após sua internação, em 4 outubro de 1999. Diante da morosidade das autoridades públicas e do Poder Judiciário em apurar o fato ocorrido e responsabilizar os agentes, a família de Damião, juntamente com apoio de uma organização não-governamental, ofereceu petição contra o Estado brasileiro à Comissão Interamericana, a qual determinou medidas de reparação a serem cumpridas pelo governo do país. Passado o tempo, e constatado o não-cumprimento das referidas determinações, a Comissão submeteu o caso à jurisdição da Corte, a qual, após a realização de audiência e demais diligências, proferiu decisão no final de 2006, determinando ao Brasil o pagamento de indenização por danos morais e materiais aos familiares de Damião, além de demais medidas, tais como melhoria das condições de atendimento das instituições psiquiátricas. O caso Ximenes Lopes, além de ser a primeira condenação do Estado brasileiro perante a Corte Interamericana, também se ca-

racterizou como sendo o primeiro pronunciamento desta em relação aos portadores de deficiência mental.

Em um segundo momento, é possível observar a intervenção da Corte no ordenamento jurídico do Brasil por meio da imputação de medidas provisórias concernentes às condições precárias dos estabelecimentos prisionais do país. Tal questão, ampla e cansadamente discutida não só pelos juristas brasileiros, como também pela própria população, torna-se cada vez mais séria, tendo-se em consideração os fins primordiais das penas de não só punir o indivíduo, mas também de reeducá-lo e inseri-lo novamente no meio social, o que, sabiamente, torna-se impossível quando as condições nas quais os encarcerados são obrigados a viver são degradantes para qualquer ser vivo.

Foi partindo de tais pressupostos, por meio de denúncias e após passar por análise e recomendações da Comissão Interamericana, sem, entretanto, obter sucesso, que casos referentes a três penitenciárias brasileiras foram enviados à Corte, a qual emitiu uma série de resoluções ordenando a tomada de medidas dentro dos referidos estabelecimentos prisionais, visando a impedir o abuso e maus tratos que, há muito, ocorriam indiscriminadamente.

Por último, há que se considerar a possibilidade de novas intervenções da Corte no ordenamento brasileiro, mormente no que concerne ao recente posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade da Lei 6.683 de 1979, também conhecida como Lei da Anistia. Responsável pela absolvição de todos os crimes políticos praticados durante a ditadura militar, a qual perdurou de 1964 a 1985, a lei beneficiou tanto as vítimas opositoras do regime, quanto os agentes militares e demais responsáveis pela prática de crimes como o de tortura. Em agosto de 2008, o Conselho Federal da OAB impetrou a ADPF n. 153, visando excluir do rol de crimes anistiados aqueles praticados por agentes da ditadura. Em abril de 2010, porém, o Supremo se manifestou no sentido de manter a redação original da referida lei, conservando, assim, a anistia ampla, geral e irrestrita.

Apesar disso, em maio deste ano, a Corte Interamericana realizou audiência pública para averiguar crimes praticados por agentes brasileiros contra guerrilheiros do Araguaia, na década de 70. O caso foi encaminhado à Corte em decorrência da não-observância das medidas reparatórias sugeridas pela Comissão Interamericana, tendo a defesa brasileira baseado-se, primordialmente, na alegação de que não houve desrespeito à legislação internacional.

Assim é que, em face de precedentes internacionais, bem como tendo por base casos semelhantes ocorridos na América Latina, vislumbra-se a possibilidade de a Corte Interamericana determinar a revisão da Lei da Anistia, compelindo o Supremo Tribunal Federal a mudar seu posicionamento com relação a esta. Tem-se, por certo, que a ocorrência de tal revisão dará margem à abertura dos arquivos do regime militar, bem como à propositura de inúmeras ações visando compensação financeira pelos danos sofridos pelas vítimas do regime ditatorial, bem como por seus familiares, garantido-lhes uma reparação, ainda que tardia, pelos abusos sofridos.

5. *Considerações finais*

Os órgãos internacionais de proteção aos direitos humanos desenvolveram, ao longo dos anos, importantes medidas e políticas que, aos poucos, foram sendo adotadas pelos Estados interessados em garantir o exercício de tais direitos a sua população. Para que isso fosse possível, entretanto, a cooperação entre os países foi de suma importância, surgindo, a partir desta, diversos tratados os quais se tornaram responsáveis por dar um direcionamento às medidas de proteção dos direitos humanos, adotadas dentro do ordenamento de cada Estado.

Apesar disso, é certo que a viabilidade da celebração e implementação de tais tratados por vezes torna-se difícil, uma vez que cada Estado possui ideologias e princípios próprios. Noutra giro, é de interesse geral a promoção de medidas capazes de auxiliar na defesa dos direitos humanos. Partindo, então, de tal premissa, os Estados fazem diversas concessões, possibilitando o consenso dentro da comunidade internacional.

Com efeito, os tratados e órgãos internacionais surgem da própria vontade dos Estados, os quais, apesar de serem soberanos e terem a prerrogativa de tomar as decisões que acharem mais convenientes dentro de seu ordenamento, admitem a jurisdição e intervenção em seu território, quando constatada alguma afronta aos direitos humanos. O fundamento para tal medida lastreia-se primordialmente na preponderância de tais direitos sobre as decisões internas tomadas pelos países.

Assim, as intervenções feitas por órgãos como a Corte Interamericana de Direitos Humanos tornam-se legítimas, uma vez que admitidas pelos próprios Estados. Insta salientar que não há, em nível mundial, nenhum aparato que obrigue os países a se tornar signatários de tratados, ou a aceitar a jurisdição de órgãos de defesa dos direitos humanos, sendo certo que, como dito acima, sua submissão a isso se dá na medida em que acharem conveniente. No entanto, é certo que, uma vez firmado o compromisso de zelar pelos direitos humanos, os Estados têm o dever de respeitar e cumprir as determinações que lhe forem impostas.

O Brasil, como um dos países signatários do Pacto de San José da Costa Rica, já sofreu, como dito alhures, várias intervenções em seu território. Hoje, muito embora o país ainda apresente inúmeras situações caracterizadoras de obscenos desrespeitos aos direitos humanos, é possível perceber discretas mudanças em alguns setores. É nesse contexto que se verifica que, apesar do caráter fundamental da Corte para coibir, em nível internacional, afrontas aos direitos humanos, tal intervenção deve caracterizar uma excepcionalidade. Bem por isso, a despeito das concessões feitas para viabilizar acordos internacionais, ainda prevalece a soberania dos Estados, devendo-se sempre ter em mente que a garantia de autodeterminação dos povos e de suas ideologias também é uma forma de proteção aos direitos humanos.

Referências

ALMEIDA, Delzira de *et al.* A relação entre os direitos humanos e soberania, in: *Unesc em revista*, 17(8):61-68, jan. 2005.

ALMEIDA, Guilherme Assis de; PERRONE-MOISES, Cláudia. *Direito Internacional dos direitos humanos: instrumentos básicos*. São Paulo: Atlas, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de teoria do Estado e Ciência Política*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

CARVALHO, Cid. *Curso de Direitos Humanos*. Belo Horizonte: Imprensa Oficial, 1991.

CHAVES-SCARELLI, Thiago. Corte Interamericana de Direitos Humanos julga Brasil por crimes contra guerrilheiros do Araguaia. *Notícias UOL*, São Paulo, 20 maio. 2010. Disponível em: <http://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/internacional/2010/05/20/corte-interamericana-de-direitos-humanos-julga-brasil-por-crimes-contra-guerrilheiros-do-araguaia.jhtm>. Acesso em: 15 out.2010.

COMISSÃO Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.cidh.org/que.port.htm>. Acesso em: 06.set.10

CORTE Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr>. Acesso em: 20 mar. 2010.

COSTA RICA. Convenção Americana de Direitos Humanos. 22 nov 1969. Disponível em: <http://www2.idh.org.br/casdh.htm>. Acesso em: 20 mar. 2010.

COSTA RICA. Corte Interamericana de Direitos Humanos, Ximenes Lopes versus Brasil, São José, 4 de julho de 2006. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf. Acesso em: 16 out.2010.

GOMES, Luiz Flávio. *Comissão Interamericana e as masmorras do Espírito Santo*. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. Acesso em: 30 maio.2010.

JUIZ: Brasil pode usar lei internacional contra torturadores. *Notícias Terra*, São Paulo, 13 out.2010. Disponível em: <http://noticias.terra.com.br/brasil/noticias/0,,OI4733202-EI306,00 Juiz+Brasil+pode+usar+lei+internacional+contra+torturadores.html>. Acesso em: 15 out.2010.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008.

O CASO Damião Ximenes, o primeiro contra o Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos, será decidido entre os dias 3 e 4 de julho, na Costa Rica. *Justiça Global*, 1 jul. 2006. Disponível em: <http://global.org.br/programas/o-caso-damiao-ximenes-o->

primeiro-contra-o-brasil-na-corte-interamericana-de-direitos-humanos-sera-decidido-entre-os-dias-3-e-4-de-julho-na-costa-rica/. Acesso em: 15 out.2010.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. São Paulo: Saraiva, 2006.

SISTEMA Americano de Direitos Humanos. Disponível em:
<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1634>. Acesso: 14 set.2010

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A condenação dos crimes de Estado. *Revista Jurídica Consulex*. 237(10): 38-40, nov. 2006.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos: Fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Editora Saraiva, 1991.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Direito das Organizações Internacionais*. 2 ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2002.

A aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares

The application of the fundamental rights in private relations

PANMELA ALVES MACHADO DE SOUSA

9.º período do curso de Direito do Centro Universitário de Patos de Minas.

e-mail: panmelaalves@bol.com.br

Resumo: O presente trabalho tem por intuito analisar a Teoria da Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais nas relações privadas, e demonstrar a importância que eles exercem diante da sociedade em torno da construção de uma convivência estável. Pretende-se demonstrar posições favoráveis e desfavoráveis a respeito da aplicação dos direitos fundamentais, dentro das relações privadas, analisando as teorias de Eficácia Vertical, considerando o surgimento precípua contra as arbitrariedades do Estado e a Teoria da Eficácia Horizontal. Pretende-se com análises de casos concretos, apresentar a necessidade de se aplicar os Direitos Fundamentais nas relações entre particulares, e a presença de dificuldades para tanto, no que tange ao modo de aplicação, sem desconsiderar os já tipificados princípios de cunho privado.

Palavras-chave: Direitos fundamentais; eficácia horizontal; autonomia da vontade.

Abstract: The present paper intends to analyze the Theory of Horizontal Efficiency of the Fundamental Rights in private relations, and demonstrate the importance they exert in society, in relation to the building of an enduring sociability. We intend to demonstrate favorable and unfavorable positions about the application of fundamental rights, in the private relations, analyzing the theories of Vertical Efficiency, considering the essential appearance against the State arbitrariness and the Theory of Horizontal Efficiency. We also intend, with analyses of concrete cases, present the need to apply the Fundamental Rights in the relations among the private, and the presence of difficulties for that, in what concerns the way of application, without disregarding the private principles already typified.

Keywords: Fundamental rights; horizontal efficiency; autonomy of will

1. Introdução

A Constituição Federal de 1988 apresenta no art. 5.º um rol dos direitos e garantias fundamentais, como o direito à vida, à liberdade, à honra, à segurança, à propriedade, dentre outros. Todo indivíduo é possuidor desses direitos, que devem ser respeitados pela sociedade e pelo próprio Estado.

Os mencionados direitos são considerados fundamentais, pois traduzem regras necessárias a uma convivência estável dentro de uma sociedade, e trazem como finalidade, o dever de proteção do cidadão contra arbitrariedades do Estado. O Estado possui uma gama de poderes, e como não podia ser diferente, quanto mais poder alguém detém, mais facilidade tem de cometer arbitrariedades, trazendo prejuízos para todos aqueles que estão sob seu crivo de administração. Na tentativa de impedir tais abusos, por aqueles que possuem maiores poderes, surgiu a necessidade de criação de tais direitos.

Assim, em princípio sua criação seria destinada a proteger o homem do Estado. Porém, hoje, discute-se a possibilidade de sua aplicação nas relações que envolvam particulares. Seria possível aplicar os direitos fundamentais nessas relações em detrimento de regras contratuais firmadas entre as partes? Como fica a questão da autonomia da vontade? Seria desconsiderada? As relações entre particulares deixariam de ser regidas pelas regras de direito privado em prol de uma maior efetividade da Constituição Federal?

Há divergência na doutrina e jurisprudência. Assim, a presente pesquisa tem por finalidade estudar a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, apresentando as posições favoráveis e desfavoráveis a este respeito. Para a elaboração deste estudo, utilizar-se-á de pesquisa bibliográfica, analisando doutrina, legislação e jurisprudência.

2. Considerações históricas

Atualmente, menções aos direitos fundamentais são cada vez mais frequentes. A busca pela paz social, a preservação dos direitos humanos, além de constantes, se mostram essenciais, tendo em vista estarmos em um Estado Democrático de Direito.

O homem se diferencia das demais espécies por ter desenvolvido no decorrer do tempo, habilidades, deixando seu instinto tipicamente “animal”, pela fala, escrita, organização e principalmente raciocínio. Decorrente disso, a cultura humana começou a se desenvolver e com ela, a necessidade de o homem se relacionar, e para um bom convívio, a criação de leis, regras para disciplinar cada ato humano, procurando proteção individual e coletiva.

Forças se multiplicam quando se atua em conjunto: a certeza de gerações e gerações, a continuidade de uma história, é o que nos faz buscar relacionamentos. O homem necessita dessas aproximações, para que com isso desfaça o pensamento de alguma ameaça. Evoluir é da espécie humana, e a adaptação a novos ambientes, às novas tecnologias faz com que o homem se modifique. Há muito tempo, o indivíduo vem se preocupando em determinar direitos que sejam fundamentais à sua existência.

Segundo Lenza (2010, p. 740) a história, a religião, as diferentes culturas, todos esses aspectos influenciaram no surgimento dos direitos fundamentais. Pedro Lenza dispõe sobre documentos históricos marcantes para a positivação de tais direitos, como a Magna Carta de 1215, assinada pelo Rei João Sem Terra, a Paz de Westfália (1648), O *Habeas Corpus Act* (1679), o *Bill Of Rights* (1688), as Declarações americana (1776) e fran-

cesa (1789), sendo ainda citados alguns acontecimentos históricos que desrespeitaram tais direitos já elencados, como as duas Grandes Guerras Mundiais.

Com os diversos acontecimentos sociais, políticos e filosóficos, surge o Estado Liberal de Direito, de que derivam também os direitos fundamentais, impedindo o abuso por parte do Estado para com o indivíduo e a sociedade em um todo. Esse Estado de Direito acaba por ser substituído pelo Estado Democrático de Direito, conforme nossa Constituição Federal do ano de 1988, norma suprema, concebendo-se os direitos fundamentais, com aplicação direta e imediata.

Para tanto, houve influência da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, que delineou os direitos básicos do homem, deixando claro que

a Assembléia Geral proclama a presente Declaração Universal dos Direitos Humanos como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente esta Declaração, se esforcem, através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universal e efetiva, tanto entre os povos dos próprios Estados-Membros, quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição. (Declaração dos Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.onubrasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php> Acesso em: 08 nov. 2010)

Tratando-se assim de direitos e deveres, dispostos para indivíduos e Estado, buscando-se uma sociedade solidária, pacífica, estabelecida na base do respeito individual e coletivo, independentemente da posição assumida por quem quer que seja dentro de uma relação.

3. Direitos fundamentais – conceituação

Com o decorrer do tempo e a construção da história, surgem diversas nomenclaturas aos direitos fundamentais. Esses direitos inerentes à pessoa humana foram se transformando e, com cada transformação, com cada cultura, uma denominação diferente foi surgindo, sem deixar contanto que sua essencialidade se perdesse.

Dentre as diversas denominações constam-se: direitos do homem, liberdades fundamentais, direitos naturais, direitos humanos, e direitos fundamentais. Enfim, qual seria a melhor conceituação para tais direitos?

Nos ensinamentos de J. J. Gomes Canotilho, os direitos do homem são aqueles válidos em todas as épocas e povos, sendo nesta definição observada a dimensão jus-naturalista-universalista. A denominação *liberdades fundamentais* é utilizada quando se trata de direitos civis, excluindo-se os direitos políticos. Os direitos naturais referem-se àqueles próprios do indivíduo sem qualquer interferência de acordos sociais; já os denominados direitos humanos decorrem essencialmente da Declaração Universal dos

Direitos Humanos. A conceituação que nos interessa é a de direitos fundamentais do homem, sendo estes juridicamente garantidos e limitados no espaço e no tempo (CANOTILHO, 2003. pp. 393-396). Dispõe Bulos:

Direitos fundamentais são o conjunto de normas, princípios, prerrogativas, deveres e institutos inerentes à soberania popular, que garantem a convivência pacífica, digna, livre e igualitária, independentemente de credo, raça, origem, cor, condição econômica ou status social (BULOS, 2009, p. 228).

Cada denominação surgiu em um determinado momento: evoluções históricas significam mudança, crescimento e desenvolvimento. Com a referida evolução, chegamos ao século XXI, atual Estado Democrático de Direito, com os direitos e garantias fundamentais tipificados.

Os direitos fundamentais são considerados garantias indispensáveis ao indivíduo para um desenvolvimento saudável e digno, não só para ele, mas para toda a coletividade. São essenciais na garantia da justiça, sendo considerados precípuos para um desenvolvimento pessoal e uma contínua progressão social, buscando preservar os princípios constitucionais, em especial o da dignidade da pessoa humana, base de todo o ordenamento.

Criados para proteger o cidadão do Poder Público, os referidos direitos desempenham um grande papel na proteção contra arbitrariedades e abusos do Estado. Sua importância é tamanha que nossa atual Constituição Federal, datada de 1988, inseriu um capítulo só para eles, rol exemplificativo, haja vista que ao longo de toda a Constituição, direitos muitas vezes implícitos são considerados fundamentais.

O artigo 5.º da Constituição Federal prevê os direitos e garantias fundamentais, que se diferenciam. Os direitos fundamentais consistem em disposições declaratórias, e as garantias em disposições assecuratórias, conforme dispõe Bulos:

Direitos fundamentais são bens e vantagens disciplinados na Constituição Federal. Consagram *disposições meramente declaratórias*, imprimindo existência legal aos direitos reconhecidos (Ruy Barbosa). Exemplo: art. 5.º, XVI e XXII.

Garantias fundamentais são as ferramentas jurídicas por meio das quais tais direitos se exercem, limitando os poderes do Estado. Contêm *disposições assecuratórias*, que servem para defender direitos, evitando o arbítrio dos Poderes Públicos (Ruy Barbosa). Exemplo: art. 5.º, XXXV a LXXVII (BULOS, 2009, p. 231).

Declarados os direitos fundamentais, legalmente dispostos, as garantias surgem para que os mesmos possam ser exercidos, defendendo-os de possíveis abusos por parte do Poder Público. Um está intimamente ligado ao outro: declarados, os direitos dependem das garantias para serem amplamente exercidos.

Atualmente, a doutrina classifica os direitos fundamentais em 1ª, 2ª e 3ª geração. Na busca por novos direitos, fazem-se necessários os quesitos de crescimento e

evolução. Assim, em uma sociedade democrática de direito, também evoluíram os direitos fundamentais. Há autor que defende ainda os direitos fundamentais de 4ª geração. Para Uadi Lammêgo Bulos (2009, p. 130), estas quatro etapas se delimitam da seguinte forma:

Os direitos fundamentais de 1ª geração inauguraram-se com o surgimento dos direitos individuais clássicos. Abrangem os direitos referidos nas Revoluções americana e francesa, gerando um dever de não fazer por parte do Estado, buscando a preservação do direito à vida, à liberdade de locomoção, à expressão, à religião, à associação etc. Os antecedentes formais dessa geração podem assim ser lembrados: Carta Magna de 1215 do Rei João Sem Terra, *Petition of Rights* de 1628, Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia de 1776, dentre outros.

A 2ª geração, advinda após a Primeira Grande Guerra, compreende os direitos sociais, econômicos e culturais, visando o bem-estar e a igualdade. Trata-se de uma obrigação positiva imposta ao Estado, resguardando os direitos relacionados ao trabalho, ao seguro social, à subsistência digna do homem, ao amparo à doença e à velhice.

Os direitos de 3ª geração, ou de novíssima dimensão, englobam os chamados direitos de solidariedade e fraternidade. Acrescenta ainda o autor que os direitos difusos, como o meio ambiente equilibrado, a vida saudável e pacífica, o progresso, o avanço da tecnologia, representam alguns dos direitos catalogados no rol dos direitos de solidariedade, assim como os direitos do consumidor.

Quanto aos direitos de 4ª geração, definidos como direitos dos povos, são relativos à informática, softwares, biociência, eutanásia, sucessão dos filhos gerados por inseminação artificial, clonagens, dentre outros ligados à engenharia genética. Geração ainda discutida entre os doutrinadores e aplicadores do direito.

Apesar de tantas evoluções, o Brasil continua apresentando violações a essas normas constitucionais. Inúmeros são os desrespeitos à criança e ao adolescente, ao idoso, ao deficiente físico, ao consumidor, parte mais vulnerável neste país. Porém, não devemos deixar de lado todo um progresso, com relação principalmente às mulheres, negros e homoafetivos, fazendo com que haja uma harmonização entre os brasileiros e o meio em que vivem.

Independentemente de denominações, ou do momento de seu surgimento, os direitos fundamentais devem ser preservados, e a busca por novos direitos não deve cessar, pois são prerrogativas essenciais ao convívio social. São os direitos que dão ao cidadão a oportunidade de se proteger contra as opressões muitas vezes adotadas pelo Estado, sendo uma das finalidades mais específicas, em análise do contexto histórico apresentado.

4. Características dos direitos fundamentais

Além de serem direitos fundamentais, os referidos direitos possuem também as seguintes características, conforme previsão de Leo Van Holthe (2009, p. 250) e Uadi Lammêgo (2009, p. 233): historicidade, inalienabilidade, imprescritibilidade, irrenunciabilidade, universalidade, efetividade, são cumuláveis, vinculantes e relativos.

Esses autores explicam que, no que diz respeito à historicidade, é o que vemos com a evolução no decorrer dos tempos, é a necessidade do ser humano de criar, ampliar, limitar, ou mesmo extinguir certos direitos, quando do seu próprio crescimento dentro de uma sociedade. A inalienabilidade deixa clara a indisponibilidade dos direitos fundamentais por parte de seus detentores. São imprescritíveis, ou seja, sempre exigíveis, levando-se em consideração o seu caráter não patrimonial; irrenunciáveis, por não poderem ser renunciados, podendo, no entanto, não ser exercidos. Também possuem caráter de universalidade, bastando a condição de ser humano para adquiri-los, independentemente de qualquer outra circunstância; são efetivos com relação ao Poder Público, que deve dar tamanha garantia; cumuláveis, podendo ser exercidos ao mesmo tempo; vinculantes também no que diz respeito ao Poder Público, que deve obedecer sua força e condição de supremacia, e por fim relativos, pois salvo alguns casos, não possuem caráter absoluto e irrestrito (HOLTHE, 2009, p. 250; BULOS, 2009, p. 233).

Ademais, os direitos fundamentais produzem efeitos irradiantes no ordenamento jurídico. Estes direitos servem como norte, como diretrizes para a atuação do Estado, como também para a interpretação e aplicação das normas jurídicas. Nosso ordenamento jurídico estaria condicionado aos preceitos constitucionais, em especial os direitos fundamentais. Seriam em tese diretrizes básicas para que todas as normas infraconstitucionais fossem aplicadas e interpretadas segundo a Carta Magna.

Dispõe Daniel Sarmiento:

A eficácia irradiante, neste sentido, enseja a “humanização” da ordem jurídica, ao exigir que todas as suas normas sejam, no momento da aplicação, reexaminadas pelo operador do direito com novas lentes, que terão cores da dignidade humana, da igualdade substantiva e da justiça social, impressas no tecido constitucional. Assim, toda a legislação infraconstitucional (civil, penal, processual, econômica etc.), muitas vezes editada em contexto axiológico diverso, mais individualista ou mais totalitário, terá de ser revista pelo operador do direito, a partir de uma nova perspectiva, centrada na Constituição e em especial nos direitos fundamentais que esta consagra (SARMENTO, 2008, p. 124-125).

Desta forma, os operadores do direito estão “vinculados” aos direitos fundamentais, fazendo-se necessário um reexame na interpretação do nosso ordenamento jurídico à luz dos referidos direitos, de forma a conservar elementos essenciais ao desenvolvimento do indivíduo como ser humano, dotado de direitos e garantias.

5. Teorias sobre a eficácia dos direitos fundamentais

O artigo 5.º, §1.º da Constituição Federal, dispõe que os direitos fundamentais têm aplicação imediata. Isso significa dizer que os aplicadores do direito devem dar a maior eficácia possível aos direitos fundamentais dentro de uma relação conflituosa,

devem aplicá-los independentemente de regulamentação. Claro que não é uma regra absoluta, já que existem normas constitucionais de eficácia limitada, que dependem, sim, de uma regulamentação para que possam produzir seus efeitos.

Os direitos fundamentais são aplicados na relação Estado-particular, sem maiores dúvidas sobre o assunto. É a denominada Eficácia Vertical dos direitos fundamentais. Por outro lado, encontra-se divergência na doutrina sobre a aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas. É a denominada Eficácia Horizontal.

5.1. Da eficácia vertical

É a aplicabilidade dos direitos fundamentais no contexto indivíduo-Estado.

Os direitos fundamentais surgiram para proteger o indivíduo diante do reconhecimento da vulnerabilidade do cidadão perante a opressão estatal. Daí surge esta teoria, segundo George Marmelstein:

O indivíduo é titular de direitos, não sendo sujeito passivo na relação. É o que se pode chamar de eficácia vertical dos direitos fundamentais, simbolizando uma relação (assimétrica) de poder em que o Estado se coloca em uma posição superior em relação ao indivíduo (MARMELSTEIN, 2008, p. 38).

Trata-se de uma barreira protetora contra possíveis arbitrariedades do Poder Público. Em decorrência dessa teoria, o Estado e as autoridades públicas, dotadas de poder em relação ao indivíduo, estariam assim vinculados aos direitos fundamentais, ficando proibidos de violar os mesmos, de forma a salvaguardar interesses próprios.

5.2. Da eficácia horizontal

É a aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações privadas. Concede também ao indivíduo, assim como na teoria da eficácia vertical, meio de defesa contra arbitrariedades, porém nas relações entre particulares, ou seja, nas relações de trabalho ou consumo, por exemplo. Aqui começam a surgir as dúvidas com relação à aplicação dos direitos fundamentais dentro das relações privadas.

Os direitos fundamentais saem da esfera de limitação do poder estatal e se transferem para a esfera privada, protegendo o indivíduo nas relações contra os agentes privados. Surge a ideia de que há nesta relação, indivíduos que, dotados de poder, acabam por causar danos e oprimir o ser humano em seu cotidiano privado, tanto quanto o Estado o faz.

Dispõe sobre essa teoria Marmelstein:

Em decorrência dessa constatação de que a sociedade também pode tyrannizar tanto quanto o Estado e também pode cometer violações aos mais básicos direitos do ser humano, fala-se hoje na aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, ou se-

ja, esses direitos deixaram de ser um mero instrumento de limitação do poder estatal para se converter também em uma ferramenta de conformação ou modelação de toda a sociedade melhor dizendo, em um “sistema de valores” a orientar toda ação pública e privada (MARMELESTEIN, 2008, p. 41).

A primeira decisão que reconheceu a eficácia horizontal dos direitos fundamentais de forma expressa foi no ano de 1958, no Tribunal Constitucional Federal Alemão, no caso Luth, de que se faz seguir o seguinte trecho:

A finalidade primária dos direitos fundamentais é a de salvaguardar as liberdades individuais contra interferência das autoridades públicas. Eles são direitos defensivos do indivíduo contra o Estado. Esta é uma decorrência do desenvolvimento histórico do conceito de direitos fundamentais e também do desenvolvimento histórico que levou à inclusão de direitos fundamentais nas constituições de vários países. [...] É igualmente verdadeiro, no entanto, que a Lei Fundamental não é um documento axiologicamente neutro. Sua seção de direitos fundamentais estabelece uma ordem de valores, e esta ordem reforça o poder efetivo destes direitos fundamentais. Este sistema de valores, que se centra na dignidade da pessoa humana, em livre desenvolvimento dentro da comunidade social, deve ser considerado como uma decisão constitucional fundamental, que afeta a todas as esferas do direito público ou privado. Ele serve de metro para aferição e controle de todas as ações estatais nas áreas da legislação, administração e jurisdição. Assim é evidente que os direitos fundamentais também influenciam o desenvolvimento do direito privado. Cada preceito do direito privado deve ser compatível com este sistema de valores e deve ainda ser interpretado à luz do seu espírito. O conteúdo legal dos direitos fundamentais como normas objetivas é desenvolvido no direito privado através dos seus dispositivos diretamente aplicáveis sobre esta área do direito (MARMELESTEIN, 2008, p. 41).

Deparamo-nos com uma situação conflituosa, em que dois direitos aparentemente poderão ser aplicados para solucionar um litígio, sendo que há de se fazer a opção por um em detrimento do outro. Razão de inúmeras discussões, haja vista que deixando os direitos fundamentais e aplicando uma norma de direito privado, estaríamos negando a posição hierárquica de norma suprema da Constituição Federal, mas aplicando os direitos fundamentais em detrimento do privado, de onde ocorreria uma supressão da autonomia da vontade.

Trata-se de uma relação complicada, em que o Judiciário, ao optar pela aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, pode causar grandes aberrações jurídicas, deixando às vezes de trazer benefícios, para trazer maiores conflitos, podendo-se, por exemplo, mitigar a autodeterminação, tirando todo o equilíbrio que deveria conter na relação discutida, e privando as pessoas de exercerem de forma plena suas liberdades.

Daniel Sarmento explica que

temos, como seres humanos, o direito inalienável de agir com base em nossos sentimentos pessoais, preferências subjetivas de foro íntimo, e até caprichos, e esta faculdade as autoridades públicas, num Estado de Direito, não podem possuir. Por tudo isso, tem-se entendido que a fixação de limites para a incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares envolve um problema de ponderação com a autonomia privada. Esta ponderação, num Estado que “leva a sério” a democracia, deve ser realizada primariamente pelo legislador. No entanto, na falta de norma, ou diante da sua inadequação em face dos valores constitucionais em jogo, a competência transfere-se para o juiz (SARMENTO, 2010, p. 223).

Da eficácia horizontal, ponto principal deste estudo, deriva duas teorias que tentam normatizar a forma pela qual os direitos fundamentais serão aplicados. Trata-se da teoria da Eficácia Indireta (mediata) e da teoria da Eficácia Direta (imediata).

5.2.1. Teorias da eficácia indireta (mediata) e direta (imediata) dos direitos fundamentais

Analisando a possibilidade de aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas, duas teorias devem ser verificadas: a teoria da eficácia indireta e a teoria da eficácia direta.

A corrente que defende a teoria da eficácia indireta alega que não haveria uma aplicação imediata, direta dos direitos fundamentais, haja vista que dessa forma, aplicando-se imediatamente, não estaria garantida a autonomia da vontade. Por esta teoria, os direitos fundamentais não teriam por função resolver conflitos entre particulares.

Guilherme Pena Moraes entende que esta teoria

afasta a aplicação privada dos direitos fundamentais, independentemente de mediação dos órgãos legislativos, com a finalidade de preservar a autonomia da vontade, a harmonia entre os Poderes e a identidade do Direito Privado, que ficaria absorvido pelo Direito Constitucional (MORAES, 2008, p. 502).

Afirma-se que os direitos fundamentais só poderiam ser aplicados a uma relação entre particulares, quando houvesse uma norma para disciplinar a aplicação. Preza-se pela garantia da autonomia da vontade, e afirma-se que pela aplicação imediata, o Judiciário ficaria detentor de um poder além do que lhe compete, ficando o indivíduo à mercê dos juízes.

Aqui se encontra grande crítica a essa teoria, pois a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, apenas existindo uma norma regulamentadora para tanto, faz com que a Constituição perca, se assim podemos dizer, sua característica de Norma Suprema.

Com clareza, Sarmento (2010, p. 209) explica que o simples fato de não existir regra específica sobre a matéria, ou quando havendo, esta estiver divergente dos valo-

res constitucionais, não obsta a aplicação dos direitos fundamentais, sendo que se assim o fosse, a Constituição Federal estaria servindo apenas de depósito de conselhos ao Legislativo.

A segunda teoria, da eficácia direta ou imediata, defende que há um equilíbrio entre os direitos fundamentais e as relações privadas. Prepondera a justiça, tanto do indivíduo com relação a abusos do Estado, quanto contra terceiros. Defende-se a aplicação de normas constitucionais nas relações entre particulares, sem que haja um intermédio legislativo.

Guilherme Pena Moraes explica que esta teoria

afirma a aplicação privada dos direitos fundamentais, invocáveis perante os órgãos jurisdicionais, de sorte a tutelar a pretensão deduzida, diante dos perigos oferecidos pelas entidades privadas que, nas sociedades de massa, são revestidas de poder social e econômico, em todos os âmbitos da atuação humana [...] (MORAES, 2008, p. 502).

Ao contrário da teoria anteriormente apresentada, nesta, os direitos fundamentais teriam aplicação imediata, independentemente da existência ou não de uma norma que assim regulamente. Destaca-se a possibilidade de uma norma não estar em consonância com os direitos fundamentais, acarretando assim a inconstitucionalidade da mesma.

Seria complicado dizer que em qualquer caso deverão se aplicar os direitos fundamentais. Estaríamos suprimindo a autonomia da vontade e a liberdade do indivíduo, ora também consagrados na Carta Magna. Sobre esse fato dispõe Daniel Sarmento:

O fato de os particulares serem também titulares de direitos fundamentais, desfrutando de uma autonomia privada constitucionalmente protegida, impõe uma série de adaptações e especificidades na incidência dos direitos humanos no campo privado. Este é um ponto reconhecido consensualmente mesmo pela doutrina que advoga a tese da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares (SARMENTO, 2010, p. 222).

A busca é por uma ponderação dos conflitos existentes entre os direitos fundamentais e a autonomia privada.

5.2.2. A eficácia horizontal perante a doutrina e a jurisprudência

A aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, ainda se mostra minoritária. Há autores que defendem uma aplicação integral dos direitos fundamentais nas relações privadas, outros que negam a sua aplicação, e outros ainda saem em prol de uma aplicação indireta.

Vieira de Andrade destaca a respeito à não-aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas:

[...] quando muito, os preceitos constitucionais serviriam como princípios de interpretação das cláusulas gerais e conceitos indeterminados suscetíveis de concretização, clarificando-os (*Wertverdeutlichung*), acentuando ou desacentuando determinados elementos do seu conteúdo (*Wertakzentuierung*, *Wertverschärfung*), ou, em casos extremos, colmatando as lacunas (*Wetschutzluckenschliessung*), mas sempre dentro do espírito do Direito Privado (ANDRADE *apud* SARMENTO, 2010, p.184).

Virgílio Afonso da Silva (SILVA *apud* COELHO, 2009, p. 233-234) adota uma posição diferente no que diz respeito à eficácia indireta dos direitos fundamentais, em que a aplicação desses direitos às relações privadas variará em detrimento do caso concreto em questão. Cada caso será avaliado, e dessa maneira, várias serão as decisões, podendo até mesmo ocorrer decisões diversas para um mesmo caso, pois dependerá da opinião e interpretação do aplicador do direito.

Percebe-se que os adeptos da teoria da eficácia indireta simplesmente atenuam as defesas daqueles que negam completamente a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas (SARMENTO, 2010, p. 184).

Por outro lado, defendem a eficácia horizontal Daniel Sarmiento e Carlos Roberto Siqueira Castro. Daniel Sarmiento (2010, p. 171) explica que, de fato, parece indiscutível que se a opressão e a violência contra a pessoa provêm não apenas do Estado, mas de uma multiplicidade de atores privados, presentes em esferas como o mercado, a família, a sociedade civil e a empresa, a incidência dos direitos fundamentais na esfera das relações entre particulares se torna um imperativo incontornável.

Carlos Roberto Siqueira defende que

[...] o sentimento constitucional contemporâneo passou a exigir que o princípio da dignidade do homem, que serve de estrutura ao edifício das Constituições da era moderna, venha fundamentar a extensão da eficácia dos direitos fundamentais às relações privadas, ou seja, a eficácia externa, também denominada direta ou imediata, que na prática coincide com o chamado efeito horizontal do elenco de direitos, de liberdades e de garantias que através do tempo granjearam assento nos estatutos supremos das nações (SIQUEIRA *apud* SARMENTO, 2010, p. 214).

Já aparecem casos no nosso ordenamento jurídico, em que os direitos fundamentais são aplicados às relações privadas. Conforme demonstra Uadi Lammêgo:

Viola o princípio da igualdade estatuto de empresa que discrimina funcionários com base em critério de sexo, raça, nacionalidade e credo religioso (STF, RE 161.243-6); e pratica constrangimento ilegal fábrica que faz a revista íntima de funcionárias (STF, RE 160.222-8) (BULOS, 2009, p. 237).

No Supremo Tribunal Federal, houve o julgamento de um dos mais precedentes casos de aplicação de direitos fundamentais às relações privadas. Este, no ano de 2005, concluiu que o princípio da ampla defesa tem incidência direta nas relações entre particulares, motivo pelo qual membro de sociedade não pode ser excluído sem a garantia da ampla defesa:

II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES.

A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais [...]. (Recurso Extraordinário 201.819 STF; Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 08 nov. 2010)

Existem também casos de sua aplicação nas relações de consumo: “Fere o princípio da razoabilidade contrato de consórcio que prevê devolução nominal de valor já pago em caso de desistência (STF, RE 175.161-4)” (BULOS, 2009, p. 237).

Praticamente todos os autores que aderem à aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas reconhecem que para que esta aplicação possua eficácia, faz-se necessário o uso do instituto da ponderação (SARMENTO, 2010, p. 208). Paulo Gustavo Gonet Branco reconhece que “em qualquer caso, é necessário ponderar o direito fundamental em jogo com a autonomia privada do particular, e que o grau de desigualdade da relação jurídica constitui dado relevante para decisão do caso” (GONET *apud* SARMENTO, 2010, p. 214).

Percebe-se, portanto, que a teoria da eficácia horizontal direta não propõe uma vinculação total aos direitos fundamentais.

6. Conclusão

Dentro do nosso ordenamento jurídico, os direitos fundamentais exercem função essencial à justiça, sendo os mesmos imprescindíveis para o desenvolvimento de uma sociedade.

No presente estudo, verificou-se que os direitos fundamentais surgiram inicialmente para reger as relações entre indivíduo e Estado, sendo que este último, detentor de grande poder, teria uma maior tendência de cometer arbitrariedades e opressões, motivo pelo qual não há discussões quanto à aplicação dos direitos fundamentais dentro das relações públicas. Entretanto, abusos e arbitrariedade partem não só do Estado, como também da sociedade para com o cidadão. Esta percepção trouxe a indagação se seria possível a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Para responder a esse questionamento, este trabalho conceituou, classificou e apresentou as características dos direitos fundamentais. Pesquisou-se a opinião da doutrina e da jurisprudência sobre a eficácia denominada horizontal.

O assunto não é pacífico. Parte da doutrina nega esta aplicação, alegando que haveria supressão da autonomia da vontade, e o direito privado seria absorvido pelo contexto constitucional. Por outro lado, os que defendem, afirmam que não aplicando os direitos fundamentais, estaria sendo desconsiderada a posição de norma suprema da Constituição Federal, e que a autonomia da vontade não tem caráter absoluto, podendo e devendo ser ponderada com os direitos constitucionais.

Por todo o exposto, entende-se que o melhor posicionamento é aquele favorável à aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, desde que haja equilíbrio e ponderação na sua aplicação. O que se pretende com a adoção da teoria da eficácia horizontal é a progressão de uma sociedade, uma convivência harmônica, e uma simetria dentro das relações privadas, não a criação de mais um poder “extremista” ao Poder Público e uma supressão da vontade das partes.

Deve haver uma adequação das normas regentes das relações privadas com a Constituição, de forma a tornar a aplicação a mais eficaz possível em prol da justiça, principal busca de qualquer cidadão que teve seu direito lesado. Pretende-se que os aplicadores do direito explanem as regras disciplinadoras do direito privado em consonância com os direitos fundamentais, estabelecendo assim, parâmetros para a resolução dos casos concretos em debate.

Referências

BRASIL. *Declaração dos Direitos Humanos, 1948*. Nações Unidas no Brasil. Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php>. Acesso em 08 nov. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Sociedade Civil sem Fins Lucrativos. União Brasileira de Compositores. Exclusão de Sócio sem Garantia da Ampla Defesa e do Contraditório. Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Privadas. Recurso Extraordinário n. 201819/RJ. Recorrente: União Brasileira de Compositores. Recorrido: Arthur Rodrigues Villarinho. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 11 de outubro de 2005. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em 08 nov. 2010.

BRASIL. *Vade Mecum Acadêmico de Direito*. Organizado por Anne Joyce Angher. 11 ed. São Paulo: Rideel, 2010.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Direito Constitucional ao alcance de todos*. São Paulo: Saraiva, 2009.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. São Paulo: Almedina, 2003.

COELHO, Luiz Eduardo de Toledo. Os Direitos Fundamentais e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana aplicados às Relações Privadas. *Revista de Direito Constitucional e Internacional: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo: Revista dos Tribunais. Ano 17, n. 66, p. 233-234, jan./mar. 2009.

DIDIER, Fredie Jr. (org.). *Leituras Complementares de Processo Civil*. 8 ed. Salvador: Juspodivm, 2010.

HOLTHE, Leo Van. *Direito Constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2009.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARMELSTEIN, George. *Controle Judicial dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: TRF – 4ª Região, 2008 (Currículo Permanente. Caderno de Direito Constitucional: módulo 5.

MORAES, Guilherme Pena. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

A responsabilidade civil do Estado pela demora na prestação jurisdicional

The civil responsibility of the state for the slowness in the jurisdictional installment

SAMIR VAZ VIEIRA ROCHA

Aluno do 9.º Período do curso de Direito de Patos de Minas. Estagiário da Procuradoria-
Seccional da Fazenda Nacional em Patos de Minas. Monitor da Disciplina de Direito
Administrativo. e-mail: samirvazvrocha@hotmail.com

Resumo: Ao longo dos tempos, a evolução da concepção de justiça levou o homem à criação da lei, uma norma que deveria ser aplicada a todos, para a consolidação do bem-estar social. Entretanto, o homem se deu conta de que a lei, por si só, não estava efetivando justiça, vez que o próprio ditador da lei, o Estado, não respondia em igualdade de condições para com seus cidadãos. Diante dessa situação, foram realizados vários movimentos que resultariam na criação dos Estados Democráticos de Direito. A *Res Publica* passou então a possuir, paulatinamente, responsabilidade sobre seus atos, bem como particulares que agiam em seu nome. A Teoria da Tripartição dos Poderes, apresentada por Montesquieu, foi acolhida pela Constituição da República de 1988, que em seu artigo 2.º, determina as funções Legislativa, Executiva e Judiciária, independentes e harmônicas entre si. Apesar de teoricamente representarem um mesmo Poder no chamado sistema de freios e contrapesos, há discussões sobre a responsabilidade de cada uma delas. O presente trabalho analisou especificamente a existência ou não de responsabilidade estatal frente a atos praticados por órgãos ou representantes do Poder Judiciário, ponderando a tendência jurisprudencial, bem como a visão teleológica do assunto em voga.

Palavras-chave: Responsabilidade civil do Estado. Demora na prestação jurisdicional. Atos judiciais. Morosidade na justiça.

Abstract: Along the years, the evolution in the conception of justice has taken man to the creation of the law, a norm that should be applied to everyone, for the consolidation of the social well-being. However, man has also considered that law itself was not putting justice into effect, since the very dictator of the law, the State, was not giving responses to the citizens in the same in equal conditions. In front of this situation, lots of movements were fulfilled that would end up in the creation of the Democratic States of Right. The *Res Publica* started to slowly have responsibility for its acts, as well as particulars that acted in its name. The Theory of the Three Powers presented by Montesquieu was admitted by the 1988 Federal Constitution, that in its Art. 2, determines the legislative, executive and judicial functions, independent and harmonic among themselves. Although they theoretically represent the same power in the so-called system of checks and balances, there are disputes about the responsibilities of each of them. The present work analyzed specifically the existence or non-existence of state responsibility in front of acts practiced by organs or representatives of the Judiciary Power, pondering the jurisprudential tendency, we well as the teleological view of the topic in vogue.

Keywords: Civil responsibility of the state; slowness in jurisdictional installment; judicial acts; slowness in justice.

1. Introdução

O termo *responsabilidade civil*, no sistema jurídico brasileiro, consiste na obrigação que a pessoa, física ou jurídica, tem de reparar outro indivíduo pelos danos a ele causados. A concepção e discussão a respeito do tema provêm de tempos remotos, em que a Lei de Talião ditava a ideia do “olho, por olho, dente por dente”, passando pelo Império Romano, quando o cidadão era escravizado para remir suas dívidas. O progresso nas relações sociais culminou na adaptação de tais conceitos.

Nesse mesmo sentido, o Estado também é responsável em relação ao particular. A Administração Pública responde inclusive objetivamente, sendo cabível ação de regresso contra o servidor público que praticou o ato em nome da administração, se for o caso. A própria Constituição da República ampara essa garantia, que fortalece a democracia do país, colocando o ente público em igualdade de poderes frente ao particular lesado.

Entretanto, a doutrina e a jurisprudência divergem em um ponto que a lei não especifica, gerando grande controvérsia. A morosidade do Poder Judiciário resulta em danos inquestionáveis ao particular. Aquele que procura a tutela jurisdicional muitas vezes acaba se vendo prejudicado em razão do arrastamento interminável dos processos judiciais. Porém, o texto legal é omissivo em se tratando de responsabilidade estatal por atos do Judiciário. Diante disso, faz-se de fundamental importância discutir se deve ou não o Estado responder civilmente pela demora no exercício da jurisdição.

O tema possui relevância incontestável para o Direito, vez que a morosidade do Judiciário e o consequente dano do particular são constatados diuturnamente em todas as instâncias e Tribunais do país. A resolução dessa divergência poderia encerrar discussões acerca do assunto, garantindo ao cidadão o exercício pleno de seus direitos, sem a necessidade de ajuizamento de ações que viriam novamente abarrotar o Judiciário, dando sequência ao ciclo vicioso que prejudica sobremaneira o sistema vigente.

Inicialmente, foi realizada a coleta de teorias, conceitos e ideias a respeito do tema. Em seguida, procedeu-se ao estudo comparativo de diferentes enfoques e, por fim, à análise crítica e ao direcionamento do ponto de vista mais idôneo, por meio do método teórico-dedutivo-bibliográfico. Tal método demandou a utilização de legislação, doutrina, jurisprudência, internet e outros recursos pertinentes.

2. Noção de responsabilidade e evolução histórica

O termo responsabilidade está relacionado à ideia de resposta, palavra que provém do vocábulo latino *respondere*, que tem o sentido de replicar, responder. Quando a ordem jurídica utiliza esse termo, pretende tratar justamente da hipótese em que um

agente deve responder frente à ordem jurídica por algum fato anterior. São a ocorrência do fato e sua imputabilidade a alguém pressupostos da responsabilidade.

A responsabilidade poderá ser penal, civil ou administrativa, dependendo do tipo de fato gerador e da previsão legal. Essas modalidades são autônomas, podendo, entretanto, conjugar-se, caso a conduta venha a violar concomitantemente normas de naturezas diversas.

A concepção jurídica de responsabilidade sofre mudanças conforme o momento histórico analisado, seja no Brasil ou no mundo. Portanto, torna-se necessário observar inicialmente os caminhos percorridos pelo sistema jurídico ao longo dos anos, no que diz respeito ao tema ora abordado.

Em princípio, o homem era totalmente livre. Essa liberdade não tinha limites, e por isso mesmo, acabava ferindo a liberdade dos outros. Percebeu-se, então, que seria necessário um controle para que a sociedade pudesse subsistir: “A guerra latente no estado de natureza só termina com a instituição do Estado e de seu soberano, momento histórico em que os homens renunciam parte de seus direitos em relação a este, que os exerce em nome dos governados” (QUEIROZ, 2004, p. 34).

Consagra-se então o que Thomas Hobbes e outros filósofos denominam de contrato social. Surge assim o Estado, que a esta época era totalitário. O monarca era soberano, e contra ele, nada cabia. Em sequência, surgiram as primeiras repúblicas das quais Roma é o exemplo mais comum. Nesse período, mantinha-se o povo no poder, por meio do Senado, que por um período representou a maior autoridade do Estado. O Senado romano chegou a ser composto por mais de mil homens, incluindo plebeus. No entanto, a igualdade de fato não existia, vez que escravos e mulheres, por exemplo, eram classes totalmente excluídas da participação desse regime.

A Magna Carta de 1215, na Inglaterra, a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, em 1776, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, e movimentos do século XVIII trouxeram uma série de direitos aos cidadãos, principalmente no que tange à liberdade e propriedade. Tais direitos, por consequência, limitaram o poder do Estado, que passou a ter mais contraprestações para com seus cidadãos. Entretanto, somente na última metade do século XX essa concepção consolidou-se mundialmente.

No Brasil, a lei acompanhou a evolução jurídica que ocorria na esfera mundial. As Ordenações Filipinas, diploma legal vigente na época em que o Brasil era colônia portuguesa, adotaram a teoria realenga, que consistia na fixação da irresponsabilidade do Estado perante os demais. O termo *The King can do no wrong* deduzia que o rei não praticava atos falhos ou incorretos. Logo, todos os atos estatais, ainda que prejudiciais a outrem, eram considerados legítimos e, conseqüentemente, isentos de responsabilidade. Daí a denominação *teoria da irresponsabilidade*. Àquele tempo, se houvesse algo a reclamar, seria ao funcionário público que tivesse praticado o ato ou quedado omissivo: “Originalmente, vigia o princípio da irresponsabilidade do Estado, mitigado pela admissão da responsabilidade do funcionário, quando o ato lesivo pudesse ser diretamente relacionado com um comportamento pessoal seu” (STOCO, 1999, p. 502).

A Constituição de 1824, outorgada por D. Pedro I, também seguiu este mesmo entendimento. Em seu art. 179, XXIX dizia que “os empregados públicos são estritamente

te responsáveis pelos abusos e omissões praticados no exercício de suas funções, e por não fazerem efetivamente responsáveis aos seus subalternos". A Constituição Republicana de 1891 reafirmou a tese regalista em seu art. 82, definindo a responsabilidade dos funcionários públicos.

Apesar do texto constitucional da época, relata Tupinambá Miguel Castro Nascimento que a responsabilidade do Estado era defendida por juristas, como Amaro Cavalcanti e Ruy Barbosa. A jurisprudência do STF, por sua vez, oscilava. O Código Civil de 1916 inovou em seu art. 15, que regravava:

As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano.

Surgia então a teoria subjetiva, na qual deveria se provar a presença de dolo ou culpa no ato praticado pelo ente público, para que se caracterizasse a responsabilidade.

As Constituições de 1934 e 1937 falavam da responsabilidade solidária entre o Estado e seus funcionários. As Constituições de 1967, 1969 e 1988, por sua vez, dispuseram de forma diversa. Em seu art. 37, § 6.º, a Constituição da República vigente declara que no caso de danos causados a terceiros pelos atos de seus agentes, as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos respondem, cabendo direito de regresso contra o funcionário, nos casos de dolo ou culpa. O Estado, então, responde objetivamente, cabendo ação regressiva contra o funcionário público, que responde subjetivamente. Consagra-se, portanto, a teoria objetiva, atualmente adotada.

O Código Civil Brasileiro de 2002, em seu art. 43, seguiu os moldes construídos pelo Código anterior, alterando algumas palavras: "As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa, ou dolo". Percebe-se que, enquanto o Código Civil de 1916 se referia às pessoas jurídicas de direito público de um modo geral, a redação do Código de 2002 trata apenas das pessoas jurídicas de direito público interno, excluindo, portanto, as pessoas jurídicas de direito público externo, ou seja, os Estados estrangeiros e as pessoas regidas pelo direito internacional público. A restrição nada mais é que uma correção, tendo em vista que não cabe ao Código Civil regular tais personalidades, mas, sim, à Constituição Federal ou a textos normativos específicos.

3. Responsabilidade civil do Estado no ordenamento jurídico brasileiro

Como é de se perceber, muitas foram as mudanças no que se refere à forma como a legislação delimita a possibilidade de o Poder Público se responsabilizar pelos seus atos. Entretanto, apesar do avanço quanto ao tema em discussão, alguns aspectos

permanecem controvertidos. Um deles trata da divergência quanto à nomenclatura que deve se aplicar.

Uma primeira corrente adota o termo “Responsabilidade do Estado”, sob a alegação de que o termo “Responsabilidade Civil do Estado” formaria um pleonasmo, vez que toda responsabilidade do Estado é civil, haja vista a inexistência de responsabilidade penal por esse ente. Figuram como componentes dessa ideia os doutrinadores Juracy C. Silva, Edmir Netto de Araújo e Roger Brulle.

Outra corrente, minoritária no Brasil, aplica a nomenclatura “Responsabilidade Pública da Administração” ou “Responsabilidade da Administração”. Essa denominação recebe críticas pelo fato de restringir o tema a atos praticados exclusivamente pelo Poder Executivo, por ser ele o responsável pela administração, de maneira geral.

Entretanto, a explicação mais coerente parece ser aquela concebida por uma terceira corrente, da qual figuram como adeptos Amaro Cavalcanti, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Sérgio Cavalieri Filho e Yussef Said Cahali. Estes estudiosos utilizam a denominação “Responsabilidade Civil do Estado”, pelos seguintes motivos:

Trate-se de dano resultante de comportamentos do Executivo, do Legislativo ou do Judiciário, a responsabilidade é do Estado, pessoa jurídica; por isso é errado falar em responsabilidade da Administração Pública, já que esta não tem personalidade jurídica, não é titular de direitos e obrigações na ordem civil. A capacidade é do Estado e das pessoas jurídicas públicas ou privadas que o representam no exercício de parcela de atribuições estatais. E a responsabilidade é sempre civil, ou seja, de ordem pecuniária (DI PIETRO, 2009, p. 638).

Independentemente da nomenclatura adotada, os dispositivos legais em vigência no Brasil são claros no sentido de adotar a teoria da responsabilidade objetiva. O artigo 37, § 6.º, da Constituição da República, bem como o artigo 43 do Código Civil Brasileiro, já apresentados anteriormente, falam sobre o dever de indenizar. A adoção da teoria objetiva encontra embasamento na teoria do risco administrativo.

A Administração Pública gera risco para os administrados, entendendo-se como tal a possibilidade de dano que os membros da comunidade podem sofrer em decorrência da normal ou anormal atividade do Estado. Tendo em vista que essa atividade é exercida em favor de todos, seus ônus devem ser também suportados por todos, e não apenas por alguns. Consequentemente, deve o Estado, que a todos representa, suportar os ônus da sua atividade, independentemente de culpa dos seus agentes (CAVALIERI FILHO, 2007, p. 222).

Diferente do direito privado, em que se faz necessária a existência de ato ilícito para caracterização da responsabilidade, no direito administrativo essa situação é diferente. Em decorrência da teoria objetiva, é possível que a responsabilidade decorra de

atos que, embora lícitos, causem ao particular um ônus maior que o imposto aos demais.

Para Carvalho Filho, para que se configure responsabilidade objetiva do Estado, é necessário que estejam comprovados três requisitos: o fato administrativo, o dano e o nexo causal. A doutrina é pacífica no sentido de aceitar a responsabilidade por danos causados por atos do Executivo. Os órgãos da Administração Pública *stricto sensu*, bem como os entes particulares que exercem função em seu nome, estão vinculados ao disposto no artigo 37 § 6.º da Carta Magna, sem maiores contestações.

Com relação à responsabilização por danos causados pelo Legislativo, entende-se que, em geral, esta não é possível de forma direta, considerando que a lei é norma genérica, abstrata e impessoal, não atingindo direitos individuais. Portanto, com a exceção de poucos entendimentos contrários, a doutrina majoritária entende que nova lei, desde que atendida a regularidade para sua edição, pode contrariar interesses de alguns grupos ou indivíduos, mas não resultará em dano reparável pelo Estado, uma vez que é manifestação legítima do povo, por meio de seus representantes eleitos.

Entretanto, quando se fala em atos do Judiciário, encontram-se grandes divergências. Em princípio, fala-se que o Judiciário somente será responsável nas hipóteses expressamente fixadas em lei. Partindo desse pressuposto, apenas duas situações seriam passíveis de reparação: o erro judicial ou a prisão além do tempo fixado. Tais previsões se encontram presentes em dois diplomas legais. O artigo 5.º, LXXV da Constituição da República diz: “O Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”. O Código de Processo Penal, quando trata da revisão, complementa, em seu artigo 630: “O Tribunal, se o interessado requerer, poderá reconhecer o direito a uma justa indenização pelos prejuízos sofridos”.

Contudo, os operadores do Direito verificam a existência de várias outras hipóteses de atos praticados pelo Judiciário que causam prejuízos ao indivíduo. Além disso, deve-se levar em conta que, apesar de manifestar-se na forma de diferentes órgãos, que exercem funções distintas, o poder estatal é uno e indivisível. Isto posto, não deveria haver diferenças entre o modo como o Legislativo, Executivo ou Judiciário respondem. Todos, em princípio, deveriam responder de forma igual.

O artigo 133 do Código de Processo Civil fala da responsabilidade pessoal do magistrado, declarando que o juiz responderá por perdas e danos se, no exercício de suas funções, atuar com dolo ou fraude, ou se recusar, omitir ou atrasar, sem justo motivo, providência que ele deveria ordenar de ofício, ou a requerimento da parte. Argumentam os doutrinadores que o regime especial em que se encontram não lhes retira o caráter de funcionário, *lato sensu*. Todavia, a responsabilidade do juiz não exclui a responsabilidade do Estado. Logo, a lógica jurídica conduz o raciocínio no sentido de aceitar também a responsabilidade pelos atos judiciais.

Apesar do exposto, faz-se necessário ressaltar as hipóteses que configuram excludentes e atenuantes da responsabilidade do Estado, quais sejam: culpa da vítima, culpa de terceiro, força maior e estado de necessidade. Em todos os casos, cabe ao Poder Público realizar provas quanto ao alegado. Conseguindo provar uma dessas situações, o Estado fica isento de responsabilidade. Em se tratando de culpa concorrente da

vítima ou de terceiro, o Estado responde, proporcionalmente a sua culpa, pelos prejuízos sofridos pelo particular.

4. O princípio da razoável duração do processo e a morosidade do sistema judiciário

A legislação há muito determina prazos, a fim de evitar delongas absurdas dos processos judiciais. O Código de Processo Civil e o Código de Processo Penal determinam, por exemplo, prazo para o juiz proferir sentença. Logo, bastaria observar o princípio da legalidade para concluir que a razoável duração do processo era um princípio implícito. Porém, grande parte dos magistrados acaba justificando o descumprimento dos prazos com base no excesso de demanda. Além disso, muitos desses prazos são o que a doutrina chama de prazos impróprios, pelo fato de não haver previsão de qualquer forma de pena pelo seu não-descumprimento. O legislador optou, então, por tomar outras medidas, a fim de evitar tais atrasos.

A Emenda Constitucional n.º 19 de 1998 acrescentou ao *caput* do artigo 37 da Constituição da República o princípio da Eficiência da Administração Pública. Posteriormente, a Emenda Constitucional n.º 45 de 2004, ou “Reforma do Judiciário”, como ficou conhecida, acrescentou ao artigo 5.º da Carta Magna o inciso LXXVIII, que expõe: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Estas normas foram acrescentadas principalmente em virtude da situação em que se encontrava e, de certa forma, ainda se encontra, o sistema judiciário brasileiro. Na tentativa de obter maior celeridade processual, foram implementados vários mecanismos, como a criação dos juizados especiais, a vedação de férias coletivas nos juízos e tribunais de segunda instância, as súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal e vários outros. Entretanto, os resultados práticos são pouco visíveis.

A EC n.º 45/04 trouxe poucos mecanismos processuais que possibilitem maior celeridade na tramitação dos processos e redução na morosidade da Justiça brasileira. O sistema processual judiciário necessita de alterações infraconstitucionais, que privilegiem a solução de conflitos, a distribuição de Justiça e maior segurança jurídica, afastando-se de mecanismos exagerados (MORAES, 2009, p. 108).

Apesar de tais medidas, a demora na jurisdição continua atingindo a sociedade, de tal forma que o cidadão permanece à mercê do tempo indeterminado, ansioso por melhoras no Sistema Judiciário brasileiro. São várias as hipóteses que se enquadram no contexto em discussão.

A negativa ou omissão do juiz em analisar o pedido de liberdade provisória acarreta danos ao preso. O Estado atinge o *status libertatis* do indivíduo, caracterizando a prática de coação ilegal. Diante dessa ação-omissão é cabível *habeas corpus*. Mas, ainda sim, encontramos situações em que o indivíduo permanece recluso além do prazo fixado, ferindo gravemente seus direitos individuais.

A prescrição de queixa-crime também é exemplo em que o decurso temporal sem ação do Judiciário provoca danos ao sujeito. Em se tratando de crimes de iniciativa privada, cabe ao ofendido propor queixa-crime, devendo o Juiz e os serventuários da Justiça realizar os atos necessários para o prosseguimento da ação. Entretanto, essa omissão resulta em impunidade para o réu e consequente prejuízo para a vítima.

Apresentando uma última hipótese, o ajuizamento de ação de interdição contra indivíduo supostamente doente mental também requer celeridade. Se o Judiciário permanece inerte, até que o paciente da ação cometa homicídio, abstrai-se que se a Justiça tivesse agido em tempo hábil, a morte teria sido evitada. Por consequência, a demora na prestação jurisdicional mais uma vez resulta em evidente dano ao particular.

Todas as casuísticas acima apresentadas, bem como muitas outras que figuram cotidianamente por todo o país, são retratos do dia a dia do povo brasileiro, que frequentemente sofre danos em decorrência da lentidão por parte do Judiciário.

5. A responsabilidade civil do Estado pela demora na prestação jurisdicional

Diante da evidente morosidade que predomina sobre os atos judiciais, bem como os incontestáveis danos sofridos pelo particular em decorrência da mesma, configura-se de fundamental importância para o Direito brasileiro decidir se é cabível indenização ou não ao particular *in casu* prejudicado.

O Supremo Tribunal Federal, órgão máximo do Poder Judiciário brasileiro e defensor legítimo do texto constitucional, já declarou, tempos atrás, que entende não haver responsabilidade estatal, exceto quando expressa em lei, pelo fato de ser o Judiciário um órgão detentor de imunidades. Fora dos casos específicos, a responsabilidade caberia tão-somente ao juiz.

No acórdão objeto do recurso extraordinário ficou acentuado que o Estado não é civilmente responsável pelos atos do Poder Judiciário, a não ser nos casos expressamente declarados em lei, porquanto a administração da justiça é um dos privilégios da soberania. Assim, pela demora da decisão de uma causa responde civilmente o Juiz, quando incorrer em dolo ou fraude, ou ainda sem justo motivo recusar, omitir ou retardar medidas que deve ordenar de ofício ou a requerimento da parte (RE 70.121-MG, RTJ 64/689 – Ementa)

A Doutrina majoritária no Brasil, por sua vez, adota entendimento contrário, apontando no sentido de responsabilizar o Estado pelo atraso no exercício da jurisdição, em seus vários aspectos. Os juristas demonstram a recorrente ideia de que a indenização é evidentemente plausível, senão devida, em se tratando de prejuízos decorrentes da demora na prestação jurisdicional.

Danos graves e de difícil reparação podem resultar para as partes em razão da negligência do juiz no cumprimento do seu dever, prolongando abusivamente prisões pre-

ventivas, dando publicidade indevida a certos processos, retardando injustificadamente a decisão, além de outras hipóteses de negação da justiça. Por seu turno, o serviço judiciário defeituoso, mal-organizado, sem os instrumentos materiais humanos adequados, pode, igualmente, tornar útil a prestação jurisdicional e acarretar graves prejuízos aos jurisdicionados pela excessiva morosidade na tramitação do processo. Os bens das partes se deterioram, o devedor desaparece, o patrimônio do litigante se esvai etc. (CAVALIERI, 2007, p. 254).

Além de Cavalieri, são também adeptos à ideia de responsabilidade civil do Estado pela demora no exercício da jurisdição Maria Sylvia Zanella Di Pietro, José Augusto Delgado, Paulo Modesto e outros mais, que já discorreram sobre o assunto, dando pleno apoio a esse entendimento. A jurisprudência brasileira, apesar de parcialmente relutante, começa timidamente a aderir a essa nova visão, sendo possível perceber manifestações no sentido de reconhecer o dano sofrido pelo atraso da prestação.

Em recente decisão, o Superior Tribunal de Justiça assim o demonstrou, ao julgar *habeas corpus* que trazia como paciente Alex Machado da Silva, que tentou furtar um jogo de lençol no Supermercado Bretas, em Juiz de Fora. O pedido de liberdade não foi apreciado em primeira instância, motivo pelo qual a defesa impetrou *habeas corpus* perante o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que também não o analisou alegando que isso seria supressão de instância. Diante de tal omissão, a defesa buscou prestação do Superior Tribunal de Justiça por meio do HC 175817, alegando que “a demora na prestação jurisdicional pleiteada acarretará prejuízo irreparável ao paciente”.

O Ministro Hamilton Carvalhido, no exercício da Presidência do referido órgão, manifestou-se no sentido de conceder a liberdade provisória ao paciente, sob o argumento de que a custódia cautelar não se justificava ante a mora do judiciário. Não houve indenização ao particular. Contudo, a responsabilidade civil do Estado foi reconhecida pelo STJ, abrindo precedentes para tal alegação.

Nesse mesmo sentido encontra-se acórdão da 16ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, do ano de 2000, que efetivamente concedeu dano moral a indivíduo em decorrência da demora no cumprimento da sentença. Nesse caso, a condenação não foi imposta ao Judiciário, mas à Administração Pública, apontada como a responsável pela demora no exercício da jurisdição. O Estado do Rio de Janeiro foi condenado a pagar ao funcionário público Gersino José dos Santos a importância de duzentos salários mínimos pela demora no cumprimento da sentença.

EMENTA – Responsabilidade Civil do Estado. Demora no cumprimento de sentença transitada em julgado impondo obrigação de fazer revisão dos proventos de servidor. Dano moral decorrente dessa demora injustificada. 1 – O Estado responde, como qualquer sujeito de direito, pelos atos e omissões que causem danos a terceiros, pois não há sujeitos fora do Direito, e onde este existe há correspondente responsabilidade. 2 – Se o Estado não cumpre em tempo hábil uma sentença transitada em julgado determinando a singela obrigação de rever os proventos de humilde servidor público, fazendo com que durante anos permaneça ele recebendo menos do que lhe é devido, causa-lhe, além do prejuízo material, um evidente dano moral pela frustração de quem, tendo um direi-

to reconhecido judicialmente, não consegue realizá-lo em razão da resistência passiva que lhe é oposta pelo ente público. 3 – Se o Poder Público não atua de acordo com o comportamento ético que dele se espera, sobrepondo-se ao direito do administrado, como se lhe fosse legalmente superior, deve responder pelo dano causado. 4 – Apelo provido parcialmente (TJRJ Ap. cível 9.316/2000 (16ª C., rel. Des. Nilson de Castro Dião).

Como é de se perceber, o assunto traz à tona diferentes posicionamentos, sendo a corrente que sustenta a possibilidade de responsabilização do Estado por fatos desta natureza a menos tradicional, porém a que mais cresce atualmente.

6. Conclusão

O Direito é uma das ferramentas essenciais para o convívio humano. Entretanto, a lei não deve ser entalhada em pedra e perdurar, estática e imutável. Pelo contrário, sua evolução deve ser constante, haja vista a necessidade de acompanhar os caminhos tomados pela sociedade. Em outras palavras, o ordenamento jurídico tem um caráter naturalmente mutante, vez que o Direito estanque seria, por si só, um Direito ultrapassado.

Pelos estudos realizados, percebe-se que a evolução do conceito de responsabilidade civil do Estado caminha no sentido de incluir todos os entes da *Res Publica*, sem distinções entre Legislativo, Executivo e Judiciário. Afinal, quando existe dano, a figura do prejudicado é inquestionável, independentemente do órgão causador.

A irresponsabilidade pela demora nada mais é que uma herança do regime totalitário que outrora dominou este país. O Brasil, em sua condição de Estado Democrático de Direito, não pode ser conivente com esta séria ameaça aos direitos do cidadão. Se o Estado reconhece explicitamente a existência de prejuízos em decorrência da morosidade da prestação jurisdicional, deve reconhecer também seu dever de reparar.

Ademais, o Estado realiza, acima de tudo, uma atividade social. Assumindo o dever de dar a cada um o que é seu, deve cumpri-lo em todos os aspectos. Garantindo ao povo o direito de acesso à justiça e à razoável duração do processo, por certo deve fazê-lo. Mas, se porventura deixar de cumprir tais promessas, não há dúvida de que deve haver reparação.

Responsabilizar o juiz ou o serventuário pelo ato judicial praticado é uma necessidade. Porém, deixar que o Estado exima-se de responsabilidade é uma afronta ao indivíduo que busca a tutela jurisdicional. Tomando esta atitude, o Estado lava suas mãos, mas não soluciona o problema da morosidade da justiça. Muitas vezes, a demora nem mesmo é culpa do magistrado ou do servidor público. E mais, a própria falta de funcionários é apontada como uma das principais causas da morosidade.

Diante dos entendimentos jurisprudenciais e doutrinários pesquisados, e tendo ainda em vista os princípios da legalidade e da razoável duração do processo, bem como o dever de indenizar do Estado, conclui-se que o Estado deve ser civilmente res-

ponsabilizado por todos os danos causados, mesmo que pela demora no exercício dos atos judiciais.

A Democracia deve prevalecer ante os resquícios de um tempo obscuro dos quais o cidadão brasileiro não tem saudade. O Estado não deve ser um órgão imponente e massacrador, mas um sistema a serviço daqueles a ele submetidos. O Poder Judiciário é o órgão responsável por acolher o povo, eliminando a opressão, e não causando ainda mais injustiças. A responsabilidade civil do Estado pela demora da prestação jurisdicional nada mais é do que a afirmação de que o Brasil é um país justo e igualitário, pautado na democracia e na obediência à Constituição da República Federativa do Brasil.

Referências

BRASIL: Superior Tribunal de Justiça. Processual Penal. *Habeas Corpus*. Prisão Ilegal. *Habeas Corpus* n. 175.817 (2010/0105878-3), da 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Brasília, DF, 12 jul. 2010.

BRASIL: Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Fala sobre a demora no cumprimento da sentença. Apelação Cível n. 9.316/2000, da 16ª Câmara Cível. Apelante: Gersino José dos Santos. Apelado: Estado do Rio de Janeiro. Relator: Des. Nilson de Castro Dião. Rio de Janeiro, 2000.

BRASIL: Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 70.121-MG, RTJ 64/689 – Ementa. Brasília, 13 out. 1971.

BRASIL. *Vade Mecum: acadêmico de direito*. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Anne Joyce Angher. 10 ed. Rio de Janeiro: Rideel, 2010.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 22 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

DELGADO, José Augusto. Responsabilidade do Estado – Responsabilidade Civil do Estado ou Responsabilidade da Administração – A Demora na Entrega da Prestação Jurisdicional. *Revista Jurídica*. Porto Alegre: Síntese, v. 44, n. 226, p. 5-26, ago. 1996.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

DINIZ, Maria Helena. *Direito Civil Brasileiro. Vol. 1: teoria geral do direito civil*. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MATOS, Keila; COSTA, Návia. *Produção científica jurídica*. São Paulo: Mundo Jurídico, 2007.

MODESTO, Paulo. Responsabilidade do Estado pela Demora na Prestação Jurisdicional. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º 13, março/ abril/ maio, 2008.

Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>. Acesso em 25 ago. 2010

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. *Responsabilidade Civil do Estado*. Rio de Janeiro: Aide Ed., 1995.

Preso por furto de jogo de lençol em supermercado consegue liberdade provisória.

Superior Tribunal de Justiça. Brasília, 15 jul. 2010. Disponível em

http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=98072&tmp.area_anterior=44&tmp.argumento_pesquisa=preso%20por%20furto%20de%20jogo%20de%20len%20ol. Acesso em 19 ago. 2010

QUEIROZ, Carlos Alberto Marchi de. *Resumo de Direitos Humanos e da Cidadania*. São Paulo: Paulistanajur Ltda, 2004.

STOCO, Rui. *Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisdicional*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

Ensaio sobre o princípio da coculpabilidade

Essay on the principle of co-culpability

WENDER CHARLES A. SILVA

Aluno do 9º Período do Curso de Direito da Faculdade de Direito de Patos de Minas, UNIPAM.

Formado em História pela Faculdade de Filosofia Ciências e Letras – UNIPAM.

e-mail: wendercharles@yahoo.com.br

Resumo: O presente trabalho tem como objeto o estudo de um princípio do Direito Penal denominado de Princípio da Coculpabilidade, que reconhece que a omissão do Estado na vida de um indivíduo e em seu meio social, pode produzir um ambiente fértil, propício ao descumprimento da lei penal, a tal ponto que, antes mesmo de ser credor do direito de punir, foi o Estado devedor do amparo social a que é obrigado nos moldes do texto constitucional. Para tanto, discutiu-se, num primeiro momento, a resistência da mídia em aceitar a adoção de princípios garantistas na ordem penal e sua postura em prol de um direito penal do inimigo, seguindo-se ao debate da deslegitimação do sistema penal, proposto pelo renomado jurista argentino Zaffaroni. Por fim, tentou-se definir e delinear o princípio ora analisado, abordando seus fundamentos e suas principais implicações.

Palavras-chave: Direito Penal. Garantismo Penal. Crime, Pena e desigualdades sociais. Co-Responsabilidade Estatal.

Abstract: The present work aims at studying a principle of Penal Right denominated Principle of Co-Culpability, which recognizes that the omission of the State in the life of an individual and in its social element may produce a fertile environment that may lead to a disobedience of the penal law, in such a way that, before being worthy of the right to punish, it was the State that was in debt with the social protection it is obliged to, in the norms of the constitutional text. For this, following the dispute of non-legitimation of the penal system, proposed by the famous Argentinian lawyer Zaffaroni, we firstly discussed the resistance of the media in accepting the adoption of principles that guarantee the penal order and its position in favor of a penal right of the enemy. Finally, we tried to define and outline the principle now analyzed, approaching its foundations and its main implications.

Keywords: Penal Rights; Penal guarantees; crime, punishment and social inequalities; state co-responsibility.

Introdução

O Direito Penal é o braço mais pesado do ordenamento jurídico de um país. Os aparatos do sistema penal voltam-se na defesa dos bens jurídicos ditos mais importantes para a sociedade, operando sanções em vários níveis, mormente cerceando a li-

berdade e, em casos mais extremos, a vida daqueles indivíduos que cometeram algum delito, como ocorre em países que admitem a pena de morte.

A prisão é sem dúvida o elemento mais simbólico do sistema penal, em que a segregação dos corpos tomou a duras penas o lugar do castigo físico como punição ao delito¹. Mas não podemos nos iludir com o canto da sereia, e vislumbrar a prisão-cárcere como resultado geral da evolução do espírito humano, pois a prisão, como um dos instrumentos do Direito Penal, também esconde as misérias sociais de uma realidade já denunciada por Beccaria, na abertura de seu clássico *Dos delitos e das penas*:

As vantagens de uma sociedade devem ser distribuídas equitativamente entre todos os seus membros. Entretanto, numa reunião de homens, percebe-se a tendência contínua de concentrar no menor número os privilégios, o poder e a felicidade, e só deixar à maioria miséria e debilidade (BECCARIA, 2006 p. 15).

A pena, numa perspectiva histórica, nasceu com a sociedade e encontra fundamentos não apenas na necessidade de se anular aquele que infringiu um dever de conduta culturalmente elaborado, mas também, como defendem os críticos de esquerda, na necessidade de se controlar os miseráveis do sistema para que não perturbem o poder da classe que tem para si os privilégios concentrados.

Feitas essas considerações à guisa de uma introdução, este trabalho propõe um debate levado a efeito pelo princípio da coculpabilidade que reconhece, com certo compromisso, as desigualdades sociais inerentes ao modo capitalista de produzir como importantes condicionantes de certos crimes, defendendo meios de se compensar a seletividade do direito penal que incide em maior frequência nos setores sociais marginalizados da sociedade.

A princípio, serão levantadas algumas questões a respeito da persistência da vingança penal e do direito penal do inimigo como obstáculo à adoção de medidas despenalizadoras ou garantistas no Direito Penal, seguindo-se ao debate de alguns pontos da crítica de Zaffaroni acerca da perda da legitimidade do sistema penal, finalizando-se o trabalho com as implicações trazidas pelo princípio da coculpabilidade.

1. As emoções de cada falso

É preciso sem dúvida aproximar dessa literatura as “emoções de cada falso”, onde se defrontavam através do corpo do supliciado o poder que condenava e o povo que era testemunha, participante, a vítima eventual e “eminente” daquela execução (Foucault, 2006).

¹ Não se ignore a existência de castigos corporais, mormente na tradição árabe-islâmica. Muito embora não seja o Irã um país árabe, mas persa, que adota o islamismo como religião, temos neste país um recente exemplo de pena corporal no caso da iraniana Sakineh Mohammadi, condenada a morte por apedrejamento, sob a acusação de ter cometido adultério.

Os recentes acontecimentos envolvendo a mídia e a justiça criminal brasileira revelam um dado assustador: o clamor aos suplícios ainda persiste em nossas almas. Poucos programas que compõem a grade das emissoras de TV prendem tanto a atenção dos telespectadores como aqueles que veiculam crimes e ocorrências policiais. Os meios televisivos passaram a explorar o crime com o intuito de transformá-lo em um *reality show* de horrores, buscando audiência a qualquer custo.

Não iremos aqui travar os debates acerca da indústria cultural², mas cumpre observar que o movimento da mídia em cobrir ocorrências policiais e debater sem qualquer compromisso em cadeia nacional os fatos investigados ou as pessoas cuja instrução processual encontra-se em curso, acarreta perniciosas implicações no campo dos princípios penais e processuais penais, dentre eles, poder-se-ia destacar a presunção de inocência, a ampla defesa e o contraditório, a imparcialidade dos juízes, dentre outros.

Para ilustrar o que com isso se quer dizer, basta recordar a recente condenação de um casal no Brasil³, que evidenciou quão frágeis são aqueles princípios e o quanto está presente em nosso íntimo o clamor aos suplícios. Pessoas se amotinaram em frente ao Tribunal do Júri onde seria realizado o julgamento do homicídio, e as palavras de ordem levantadas em sinfonia de réquiem, bem como escritas em cartazes e faixas, aproximou todos nós, naqueles dias, dos tempos em que as condenações eram feitas em praças públicas, com a diferença de que no cadafalso, os culpados não seriam esquartejados aos nossos olhos, o que, para muitos, pareceu isso significar uma falha no sistema penal.

A opinião de âncoras de alguns programas noticiários pré-condenava os acusados e acabava deturpando o sentido das garantias constitucionais asseguradas aos supostos criminosos, mormente aquilo que os constitucionalistas chamam de *due process of Law*, denunciando-as como que garantias à impunidade.

Um discurso dessa natureza, veiculado em horário nobre e sem qualquer compromisso com o debate acerca da importância destes princípios no ordenamento jurídico de um país que se quer democrático, acaba fomentando a grande opinião pública em torno da incitação da vingança penal, de forma que somos levados ao perigoso caminho de acreditar que o crime decorre de uma simples questão de escolha.

Por este motivo, somos tentados a aceitar a atraente noção de que os criminosos são os “inimigos” do Estado⁴, e este modo de pensar acaba influenciando significati-

² Como fez Umberto Eco, em seu livro *Apocalípticos e Integrados*. Nesse sentido, não se trata de assumir a postura dos *apocalípticos* e levar a efeito uma acirrada crítica à cultura de massas geradas pelo desenvolvimento dos meios de informação, em que a televisão foi um dos maiores propulsores. Também não é o caso de posicionar-se ao lado dos *integrados* e consentir com a ideia de que os canais difusores da cultura de massas não geraram alguma forma de alienação.

³ A referência aqui é ao “Caso Isabella”: o casal Alexandre Nardoni e Anna Carolina Jatobá foram considerados culpados da morte de Isabella e condenados respectivamente a penas de trinta e um anos, um mês e dez dias e vinte e seis anos e oito meses de reclusão.

⁴ O chamado direito penal do inimigo, proposto pelo alemão Günther Jakobs, propõe a existência de duas formas de Direito Penal: o do cidadão e do inimigo. O direito penal do cidadão se-

vamente os rumos da política criminal, que orienta, por sua vez, a postura do legislador no momento em que é chamado a reformar as leis penais, fazendo com que o Estado passe a

[...] proceder de dois modos com os delinquentes: pode vê-los como pessoas que delinqüem, pessoas que tenham cometido um erro, ou indivíduos que devem ser impedidos de destruir o ordenamento jurídico mediante coação. Ambas as perspectivas têm, em determinados âmbitos, seu lugar legítimo, o que significa, ao mesmo tempo, que também possam ser usadas em um lugar equivocado (JAKOBS, 2008, p. 42).

O avanço deste maniqueísmo jurídico, movido aos vapores do clamor social, que a todo momento é alimentado pela mídia com casos e mais casos criminais, põe em xeque toda uma estrutura construída a duras penas ao longo do desenvolvimento da legislação penal, que teve no Iluminismo importante impulso em direção ao norte da humanização das penas⁵.

Assim, frequentes são os debates sustentados pela mídia acerca da supressão de garantias aos criminosos, da diminuição da maioria penal, do agravamento de penas e adoção da pena de morte, da criação de tipos penais incriminadores etc. Uma opinião particular e precipitada, seja do apresentador ou da classe social que representa, veiculada em rede nacional e frisada, aos poucos se torna geral ao ponto de ser usada por estadistas como campanha eleitoral, sendo certo que a bandeira do direito penal do inimigo ganha espaço em projetos de leis que tramitam a plenos pulmões no Congresso Nacional, e vencem, sem maiores dificuldades, as etapas formais de sua promulgação e transformação em lei.

Os efeitos de uma lei penal incriminadora inserida no ordenamento jurídico sem que tenha sido devidamente debatida, criticada e sopesada em seus prós e contra, são catastróficos para toda a sociedade, e muito embora possam servir de ópio ao clamor social, somente parecem convir para aprofundar a perda da legitimidade do sistema penal, na esteira daquilo que foi debatido pelo eminente penalista argentino Eugenio R. Zaffaroni.

ria reservado àqueles delinquentes que não representam “perigo social” para o Estado, *i.e.*, àquele que delinuiu por desvio momentâneo da lei. Por seu turno, o direito penal do inimigo seria aplicado aos delinquentes incontestes da lei, àqueles que caminham inexoravelmente em rota de colisão com os valores fundantes do Estado, de modo que são vistos como inimigos tendo, por conseguinte, de ser tratados como tais, negando-se-lhes determinadas garantias constitucionais asseguradas ao cidadão, porquanto alheios aos preceitos de cidadania. Sobre o tema: JAKOBS & MELIÁ, 2008, p. 81.

⁵ Dentre aqueles que se levantaram contra a tradição jurídico-penal, destaca-se o italiano Cesare Beccaria, que no livro *Dos delitos e das penas*, insurgiu contra a política criminal numa época em que suplicios, torturas, condenações sumárias, julgamentos secretos etc., eram a espinha dorsal dos institutos penais.

Diante a importância da crítica ao sistema penal sustentada por este autor em sua obra *Em busca das penas perdidas* (2001), entende-se necessário suscitar algumas questões e discuti-las, ainda que sumariamente, em tópico distinto, tendo em vista que servirão de aporte para sustentar a necessidade de se adotar políticas criminais garantistas – a exemplo da adoção do princípio da coculpabilidade – que tencionam servir como uma ferramenta na busca pela legitimação dos institutos penais.

2. Zaffaroni e o elo perdido das penas

Eugenio Raul Zaffaroni é responsável por um importante estudo acerca da perda da legitimidade do sistema penal. O renomado doutrinador argentino faz uma análise dos sistemas penais latino-americanos, procurando demonstrar a ocorrência do que ele define como “uma progressiva perda das penas” (ibidem, p. 12), querendo com isso criticar o hiato que se formou entre os discursos jurídicos penais e sua real e efetiva aplicabilidade prática levada a cabo pelos órgãos encarregados em materializar esse discurso.

Noutros termos, promove-se uma teoria jurídica feita para uma realidade inexistente no mundo real, dando oportunidade a que os órgãos que compõem o sistema penal passem a atuar, na prática, de modo diferente da programação normativa, numa contradição que

requer demonstrações mais ou menos apuradas em alguns países centrais, mas, na América Latina, esta verificação requer apenas uma observação superficial. A dor e a morte que nossos sistemas penais semeiam estão tão *perdidas* que o discurso jurídico-penal não pode ocultar seu desbaratamento valendo-se de seu antiquado arsenal de racionalizações reiterativas: achamo-nos, em verdade, frente a um discurso que se desarma ao mais leve toque com a realidade (ibidem, p. 12).

Por esse motivo, denuncia o autor, o discurso jurídico-penal soa falso. Falso porque a tendência do discurso é desvirtuar a constatação de que os órgãos que compõem os institutos penais exercem, na verdade, um poder de controle sobre uma realidade social deficitária nos países periféricos, bem como tal poder se manifesta de modo violento (ibidem, p. 13).

A evidência deste falso discurso se tornou mais séria, segundo o autor, diante da constatação de que não se está diante de um problema conjuntural, transitório, cuja direção linear apontaria para uma superação evolutiva nos institutos criminais, à medida que o capitalismo fosse deitando raízes e se solidificando nos países periféricos. Nesse sentido, a

seletividade, a reprodução da violência, a criação de condições para maiores condutas lesivas, a corrupção institucionalizada, a concentração de poder, a verticalização social e

a destruição das relações horizontais ou comunitárias *não são características conjunturais, mas estruturais do exercício de poder de todos os sistemas penais* (ibidem, p. 15) [grifos do autor].

Diante da evidência de que o direito penal é uma manifestação do poder social que se pretende ser exercido racionalmente, Zaffaroni procura entender o alcance do significado desta “racionalidade” no discurso jurídico-penal, partindo na busca de sua “coerência interna” e no “valor de verdade” deste discurso quanto à sua “operatividade social” (ibidem, p. 16).

Para encontrar uma coerência interna, Zaffaroni, não querendo reduzir sua análise ao simples debate da não-contradição do discurso, aponta a necessidade de não se fugir ao princípio de que o direito serve ao homem, não sendo verdadeiro o contrário. O poder do sistema penal, portanto, deve ter como norte o homem como pessoa, como o centro (ibidem, pp. 16-17), como o *vitruviano* de Da Vinci.

Feita essa constatação, o autor estabelece sua crítica ao afirmar que é incoerente o discurso jurídico-penal que não se apoia na antropologia do saber penal, tirando fundamento apenas na justificativa de que a realidade deve se amoldar ao que diz e determina a lei. Argumentos tais como “assim diz a lei”, “a faz porque o legislador o quer”, por serem de amplo uso, revelam uma tentativa estéril em dar racionalidade e, consequentemente, legitimidade ao “exercício de poder do sistema penal”, porquanto se dá à lei poder de se sobrepor à ontologia do homem (ibidem, p. 17).

De toda sorte, encontrada a coerência interna do discurso jurídico-penal, ainda que essa coerência respeite a antropologia social e se fundamente a partir deste postulado, ou seja, partindo do princípio do homem como ser social, mesmo assim deve o discurso ser realizável, não só no plano abstrato, usando-se do meio adequado para a obtenção do fim proposto, mas também no plano concreto, pela atuação dos órgãos estatais em conformidade com as “pautas planificadoras” traçadas pelo discurso jurídico-penal.

Em síntese, poder-se-ia dizer que o discurso jurídico penal deve pautar-se no “ser”, adequando-se os meios defendidos em conformidade com uma operatividade mínima no plano-fim do “vir a ser”, muito embora o discurso jurídico penal não poder

desentender-se do “ser” e refugiar-se ou isolar-se no “dever ser” porque para que esse “dever ser” seja um “ser que ainda não é” deve considerar o *vir-a-ser possível de ser*, pois, do contrário, converte-a em um ser que jamais será, isto é, num *embuste* (ibidem, p. 19) [grifos do autor].

É pelo fato de que o plano concreto impôs uma prática que diverge do plano teórico, o que é ignorado pelo discurso jurídico-penal, que este carece de legitimidade, porquanto a realidade se estabelece como uma negação prática da racionalidade que orienta os sujeitos do discurso. Por esse motivo, conclui Zaffaroni, ser insustentável a racionalidade do discurso jurídico penal, eis que estão ausentes elementos que lhe im-

primam legitimidade (coerência interna e aplicabilidade realizável ou operatividade mínima).

Além da constatação de que o sistema penal atua de modo diverso do discurso jurídico-penal, soma-se o fato de que ele ainda atua em desacordo com a legalidade, pois é certo que a própria lei procura desvincular do discurso jurídico-penal as instituições manicomiais, de menores, de idosos, “administrativando” esses braços do sistema penal, deixando, com isso, a cargo dos órgãos executivos, sem efetiva intervenção dos órgãos judiciais, o exercício de poder de sequestro, de estigmatização, de controle, de inspeção, dando margem à atuação arbitrária do poder; porquanto não estaria preso aos limites impostos pela legalidade punitiva orientadora do discurso jurídico-penal formal (ibidem, pp. 21-22).

Dessa forma, frente à renúncia aos limites da legalidade, observa-se uma grande vulnerabilidade a que estão sujeitas parcelas significativas da sociedade, mormente os setores mais carentes, que perdem o amparo dos institutos garantidores dos tipos penais e dos órgãos judiciais, pois, conforme aduz Zaffaroni, com espreque na filosofia de Michael Foucault:

Na realidade social, o verdadeiro e real poder do sistema penal não é o poder repressor que tem a mediação do órgão judicial. O poder não é mera repressão (não é algo negativo); pelo contrário, seu exercício mais importante é positivo, configurador, sendo a repressão punitiva apenas um limite ao exercício do poder. [...] Mediante esta expressa e legal renúncia à legalidade penal, os órgãos do sistema penal são encarregados de um *controle social militarizado e verticalizado*, de uso cotidiano, exercido sobre grande maioria da população, que se estende além do alcance meramente repressivo, por ser substancialmente configurador da vida social (ibidem, pp. 22-23).

Esse controle social exercido de modo militarizado-disciplinador por alguns órgãos do sistema penal que, como visto, estão livres das amarras da legalidade, submete àqueles a quem a ordem é dirigida uma disciplina de introspecção dos valores normativos, criando uma espécie de “vigilância interiorizada”, facilitada pelos Aparelhos Ideológicos de Estado,⁶ de forma que este poder de controle seja até mesmo mais am-

⁶ O filósofo francês Louis Althusser é autor de uma intrigante obra a respeito do tema, intitulada *Aparelhos Ideológicos de Estado*, desenvolvida a partir do conceito de “superestrutura” de Karl Marx, e na qual o autor estuda as instituições ideológicas capitalistas, responsáveis por transmitir às pessoas os valores da sociedade capitalista, seus princípios basilares, de forma a lhes infundir um consenso a respeito das “regras” do modo de produção capitalista, ao ponto de diminuir os questionamentos, dissimulando o conflito existente entre capital e trabalho e os antagonismos de classe. Dessas instituições, o autor destaca a família e a escola, esta última o aparelho ideológico por excelência da burguesia, porquanto exerce controle ideológico do indivíduo desde tenra idade, condicionando seu desenvolvimento social à luz dos princípios da sociedade burguesa. Noutro norte, aponta o autor que, como um soldado de reserva, atuam os *aparelhos repressivos de Estado*, formado pelas polícias, pelos institutos penais, como a prisão, além de outras instituições, exercendo força coercitiva e restabelecendo a ordem naqueles lo-

plo do que aquele exercido repressivamente, o qual atua de modo seletivo, em grande parte dirigido aos setores mais vulneráveis (ZAFFARONI, 2001, p. 27).

Do exposto, podemos concluir, portanto, que temos um poder penal que é exercido arbitrariamente como meio de controle social, um poder que procura legitimar-se por meio de um discurso baseado no “dever ser” que não é possível de ser segundo as condições vivenciadas no mundo real, e isso não se deve ao fato de uma simples conjuntura histórica e transitória, mas, ao contrário, deve-se a uma questão estrutural que deita profundas raízes no terreno fértil das desigualdades sociais que atingem os países latino-americanos.

O debate de Zaffaroni acerca da “perda das penas” é profundo e merece um estudo à parte, tão imbricadas são suas considerações. Porém, como esta não é a proposta deste pequeno ensaio, e em razão dos limites físicos do presente trabalho, forçoso é restringir até este ponto o debate por ele suscitado, com a esperança de que aquele que pretender aprofundamento do tema, não se contente com o que até aqui se discutiu, de modo a contribuir com um debate rico em significado e caro aos estudiosos do direito. Voltemos o foco, doravante, ao estudo do princípio da coculpabilidade.

3. O princípio da coculpabilidade

3.1. Considerações iniciais

Sabe-se que os problemas sociais do Estado brasileiro são numerosos. Um país dito emergente, outrora denominado pela expressão “terceiro mundo”, o Brasil se encontra estratificado em diferentes classes sociais, cujo fator econômico é o responsável por alocar o indivíduo numa ou noutra classe, decorrendo disso implicações sociais difíceis de mensurar.

De todo modo, é cediço que as desigualdades sociais estigmatizam aqueles que pertencem às camadas menos favorecidas da sociedade, não sendo mistério que o crime incida neste espaço com maior frequência, transformando-se em uma prática corriqueira e, em casos extremos, a única saída para a própria sobrevivência do indivíduo no meio social em que está inserido.

Todavia, a sociedade é provida de meios para conter os desvios que perturbam a “paz social”, meios estes que evoluíram ao longo dos tempos e variam de sociedade para sociedade, mas que guardam como semelhança o uso da coerção e disciplina institucionalizada pelos poderes do *establishment*.

Dos meios de controle social, o Direito Penal, numa moderna visão, aparece como o mais conhecido instrumento hábil a proteger os bens de maior relevo para a sociedade e, por isso, seria a *ultima ratio*⁷, atuando quando outras esferas do direito se

cais em que falharam os *aparelhos ideológicos de Estado*. Àqueles que pretenderem um maior aprofundamento sobre este aspecto, sugere-se a leitura deste livro, publicado no Brasil pela Editora Graal.

⁷ Numa concepção minimalista, denominada por Rogério Greco (2009) de Direito Penal do Equilíbrio, o Direito Penal, por ser o mais severo de todos os outros ramos do Direito, somente

mostrassem ineficazes a proteger aqueles bens cuja relevância exigiria maior rigor protetivo. Contudo, na prática, a valoração do bem não decorre do resultado de uma simples tarefa empírica, e o discurso garantista é distorcido pelo caminho da convivência por conveniência, fazendo do Direito Penal, muitas vezes, uma arma a serviço de um grupo de possuidores em face dos despossuídos, alargando o uso inadequado deste ramo do Direito no afã de aplacar a fúria de uma sociedade acuada diante do aumento da criminalidade, e que, vencida pelo apelo da falácia midiática neoliberal, acaba por aceitar a retórica de que medidas penalizadoras seriam a única saída para o combate à violência.

Adotando essa postura, a sociedade abre mão do fator preventivo, oportunizando aos poderes constituídos postergar para um futuro distante, porquanto mais oneroso ao Estado, o enfrentamento de uma importante causa: as desigualdades sociais, que impossibilitam a real efetivação dos direitos fundamentais da pessoa humana, mormente a igualdade material.

Não se pode olvidar que, muito embora seja dever dos poderes públicos a elaboração de políticas que visem à busca de soluções viáveis para a efetivação dos direitos fundamentais da pessoa humana, na prática o Estado permanece inerte aos problemas que surgem naqueles meios sociais mais vulneráveis. Essa inércia estatal nos cobra um preço, o da insegurança pública, que se configura quando do aumento da criminalidade. Eis que a cada dia os potenciais criminosos – que se formam onde os Aparelhos Ideológicos do Estado⁸ não alcançam – engrossam a fileira daqueles que se lançam ao crime, relegando o problema à ação dos Aparelhos Repressivos de Estado⁹, os quais são frequentemente chamados a atuar, o que, todavia, nem sempre se tem mostrado completamente eficaz a garantir a segurança pública.

Por esse motivo, há que se levar em conta a urgente necessidade de tratar os problemas sociais não como um caso de polícia, como ocorreu no período ditatorial deste país, e por vezes ainda ocorre, mas como um problema a ser enfrentado pelos poderes públicos que têm como teleologia o próprio texto constitucional que cuidou de consagrar expressamente como objetivo fundamental a erradicação da pobreza, da marginalização e a redução das desigualdades sociais¹⁰, afora outros princípios-garantias.

Desta forma, mostra-se relevante a postura assumida por alguns estudiosos do Direito Penal que abraçaram o garantismo penal como forma de humanizar este espaço do ordenamento jurídico, trazendo para o palco dos debates, questões relevantes não circunscritas unicamente ao discurso das teorias penais, mas também à realidade social, tratando-as com a devida atenção. Nesta seara, surgem e aperfeiçoam-se importantes princípios, sendo o princípio da coculpabilidade aquele que nos interessa discutir neste trabalho.

deveria ser acionado em *ultima ratio*, ou seja, quando estritamente necessário e tão-somente quando em jogo estiverem os bens jurídicos mais relevantes para o grupo social.

⁸ Ver nota de rodapé n. 6.

⁹ Cujo Direito Penal fornece o arcabouço jurídico legitimador desta ação.

¹⁰ Art. 3.º, inc. III da CR/1988.

3.2. Definição

Como já adiantado, o princípio da coculpabilidade está inserido na linha do chamado garantismo penal e, segundo Grégore Moura,

trata-se de um princípio constitucional implícito que reconhece a co-responsabilidade do Estado no cometimento de determinados delitos, praticados por cidadãos que possuem menor âmbito de autodeterminação diante das circunstâncias do caso concreto, principalmente no que se refere às condições sociais e econômicas do agente, o que enseje menor reprovação social, gerando conseqüências práticas não só na aplicação e execução da pena, mas também no processo penal (MOURA, 2006, pp. 36-37).

Estratificando este conceito, ter-se-ão as seguintes camadas: a uma, refere-se, segundo o citado autor, a um princípio constitucional; a duas, é reconhecida a existência de indivíduos com menor âmbito de autodeterminação; a três, considera o Estado como corresponsável quando certos crimes são cometidos em razão desta menor autodeterminação decorrente das deficiências do Estado em proporcionar boas condições sociais aos indivíduos. Passe-se à análise específica de cada “camada”.

3.2.1. A Constituição e o princípio da coculpabilidade

A atual Constituição brasileira constitui-se como um importante documento de cunho jurídico, político e ideológico que trouxe grandes mudanças na postura do Estado frente à sociedade e ao cidadão considerado individualmente. Inaugurou-se com a Carta Magna um Estado Democrático de Direito após um longo e conturbado período em que os caudilhos tomaram de assalto o poder e instituíram um regime de exceção.

Grégore Moura, ao procurar estabelecer a relação da coculpabilidade com a Carta Magna, afirma ser este princípio um reflexo dos ideais iluministas de liberdade, igualdade, fraternidade, justiça e humanidade, constatando, então, que a Constituição de 1988 trouxe ínsitas essas ideias, de modo que o princípio da coculpabilidade também se encontra implícito na Constituição (MOURA, 2006, p. 57).

Não parece fácil adotar outra posição. Eis que já no preâmbulo, num tom quase messiânico, pode ser constatada a “instituição de um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos *direitos sociais e individuais*, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a *igualdade e a justiça*, como valores supremos...” (*Preâmbulo da Constituição Federal de 1988*, grifo nosso), tendo como fundamento, dentre outros, a dignidade da pessoa humana, objetivando, construir uma sociedade justa, solidária, além da erradicação da pobreza e da marginalização e, ainda, objetivando reduzir as desigualdades sociais e regionais, promovendo o bem de todos¹¹.

¹¹ O art. 1.º traz os fundamentos do Estado Democrático de Direito brasileiro, sendo que o art. 3.º elenca seus objetivos fundamentais: CR/1988.

O conceito de igualdade trazido pelo moderno constitucionalismo, o qual influenciou o Constituinte brasileiro¹², é substrato do desenvolvimento de experiências históricas de desigualdade entre os homens e sua difícil ou mesmo impossível superação. Atualmente, defendem os estudiosos que a igualdade consistiria na divulgada noção de se tratar de maneira igual os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade (MOURA, 2006, p. 57).

Reconhece-se, nesta visão, a desigualdade como inerente aos seres humanos para então se buscar um ponto arquimediano capaz de contrabalancear os dissabores desta máxima. Porém, como bem observa Grégore Moura, a parcialidade envolvida no processo de gradação dos estágios de desigualdade permite aos detentores do poder econômico e social, que são os responsáveis pela formulação e aplicação do Direito, perpetuar a situação de desigualdade (MOURA, 2006, p. 59), fazendo da igualdade um embuste. ao permitirem sua existência apenas num plano formal sem sua correspondente materialização na realidade.

Não obstante essa inconveniente constatação, deve competir aos estudiosos do Direito lutar pela igualdade material. Eis que a poesia imaginária da lei não pode fazer crescer flores no terreno infértil e agonizante da miséria que a olhos nus separa os homens.

Reconhecer o princípio da coculpabilidade seria uma das formas de se buscar a igualdade material, e eis que tal princípio parte justamente do pressuposto de que existem situações de desigualdades socioeconômicas entre os homens que podem influenciá-los no momento em que cometem um injusto penal, e por tal razão, deve-se sopesar esta desigualdade quando da reprovação penal.

Além do princípio da igualdade trazida pelo texto constitucional está a dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III da CR/88) e, mais especificamente, a individualização da pena (art. 5.º, incs. XLV e XLVI), a autorizarem o argumento de que o princípio da coculpabilidade encontra forte respaldo constitucional.

Pode-se afirmar que o Estado garante a dignidade humana quando permite a seus cidadãos condições dignas de alimentação, moradia, emprego, formação intelectual etc. É cediço que se nestes aspectos existirem uma preocupação contínua dos poderes públicos na promoção de boas condições, as desigualdades existentes entre os cidadãos serão menores, assim como os problemas sociais analisados em seu conjunto, já que se terá uma situação de inclusão social e não de exclusão, como ocorre na prática em virtude de interesses da classe dominante.

Por seu turno, tendo em conta que a lei não é feita para casos específicos, mas para situações genéricas, há que se individualizar a pena, o que ocorre justamente considerando o caso concreto quando da aplicação da lei penal, situando, pois, o *jus puniendi* “nos seus precisos limites, considerando o fato criminoso e seu agente, em todas as suas nuances”, evitando-se o arbítrio judicial¹³. Isso se dá, analisando as circunstâncias

¹² Art. 5.º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros [...] a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade [...]. CR/1988.

¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Penal. Condenação. Condenado Reincidente. Pena Inferior a quatro anos. Regime Prisional. CP, art. 33 § 2. RE 206625/DF. Reclamante: Ministério

de natureza subjetiva – culpabilidade, antecedentes, conduta social e personalidade do agente – e de natureza objetiva – motivos, circunstâncias e consequências do crime – previstas no art. 59 do CP.

3.2.2. Os limites do homem como senhor de suas ações

À guisa do debate que irá nesta parte se travar, cita-se a boa literatura russa de Fiodor Dostoievski, presente em sua obra-prima *Crime e Castigo*. A trama deste memorável romance publicado na segunda metade do séc. XIX, em apertadas linhas, desenvolve-se em torno do enigmático Raskolnikov, jovem estudante de Direito, que, pela sua má condição financeira vivenciada na pulsante cidade russa de São Petersburgo, começa a alimentar uma ideia homicida, até que acaba por se decidir em assassinar uma velha usurária, sendo ainda impelido a cometer outro assassinato, a fim de fugir às consequências de sua ação. A partir de então, o personagem trava intensos debates com um inspetor de polícia que investiga o caso, e sofre com sua consciência, até que então não resiste e acaba confessando a uma prostituta seu crime.

Dostoievski, neste romance, aborda importantes questões acerca da condição humana e nos deixa como reflexão os limites da liberdade da ação humana, ao discutir a culpa e a punição sob o crivo das condicionantes sociais na formação de uma conduta. Esse limite à liberdade humana é tratado pelo princípio da coculpabilidade, que compreende que a autodeterminação pode ser mais ou menos “viciada pelas condições adversas” em que está inserido um indivíduo, restringindo, dessa forma, seu poder de escolha.

Essa discussão já foi enfrentada pelo sociólogo estadunidense, Robert Merton, que nos relegou um importante estudo que vai ao encontro do que se disse acerca dos limites da ação humana voluntária. O referido autor, em sua teoria funcionalista da anomia, debate a problemática das desigualdades sociais geradas pelo modo capitalista de produzir, afirmando que

é a falta de entrosamento entre os alvos propostos pelo ambiente cultural e as possibilidades oferecidas pela cultura social que produz intensa pressão para o desvio de comportamento. O recurso a canais legítimos para “entrar no dinheiro” é limitado por uma estrutura de classe a qual não é inteiramente acessível em todos os níveis a homens de boa capacidade. Apesar de nossa persistente ideologia de “oportunidades iguais para todo”, o caminho para o êxito é relativamente fechado e notavelmente difícil para os que têm pouca instrução formal e poucos recursos. A pressão dominante conduz à atenuação de utilização das vias legais, mais ineficientes, e ao crescente uso dos expedientes ilegítimos, porém mais ou menos eficientes (MERTON, 1970 *apud* MOURA, 2006, p. 52).

Assim, se a ideologia incute a noção de que os objetivos culturais são a todos acessíveis, mas a realidade se impõe como obstáculo à concretização por todos desses objetivos culturais, o desejo motivará a busca de meios para se alcançar o desejado, sendo a frustração dos instrumentos legítimos uma condição para o uso de meios ilegítimos.

Essa constatação, numa sociedade de consumo, ganha maior relevância, na medida em que a propaganda, veiculada pelos avançados meios de comunicação de massa, apela para o “ter”, como condição de “ser” e “existir”. Por isso, se o Estado não assegura possibilidades e oportunidades, ainda que mínimas a todos os seus cidadãos, ter-se-á uma situação de maior pressão social sobre as camadas inferiores, diminuindo a autodeterminação daqueles que nela se inserem, tornando-os mais vulneráveis, pois

assim como se considera as condições socioeconômicas do agente na aplicação do princípio da co-culpabilidade, Merton diz que as classes sociais subalternas sofrem maior pressão anômica, ou seja, essas classes tendem a praticar a forma de adaptação individual que ele denomina inovação, isto é, buscam os objetivos culturais, porém desprezam os meios institucionais em detrimento dos meios ilegítimos, praticando crimes (MOURA, 2006, p. 53).

Tem-se, então, a diminuição daquilo que o conceito estratificado de crime denomina de potencial consciência da ilicitude, pois o indivíduo, ao “inovar” praticando um ilícito para conseguir determinado objetivo cultural, é impelido por uma vontade que não se pode dizer totalmente livre, e eis que está viciada, em maior ou menor medida, pela necessidade de se alcançar o desejado culturalmente a todo custo.

Por este motivo, em razão de se reconhecer certos limites na ação humana voluntária, e que certos indivíduos sofrem maiores pressões sociais que outros, há que se indagar se este fato não deveria ser efetivamente levado em consideração, de modo a permitir uma menor reprovação social, conforme as circunstâncias do fato, como modo de sopesar a responsabilidade do infrator com a co-responsabilidade do Estado que falhou no seu dever constitucional de proporcionar iguais condições e oportunidades aos indivíduos.

Feitas essas considerações, passa-se ao estudo da última camada do conceito trazido no início deste capítulo sobre a coculpabilidade.

3.2.3 A coculpabilidade (responsabilidade) do Estado

Analisando a etimologia da palavra “coculpabilidade”, tem-se que o prefixo “co” significa estar junto, ao lado. Por sua vez, é importante notar que o termo “culpabilidade” não se refere à noção trazida pelo conceito analítico de crime, ou seja, a culpabilidade como um juízo de reprovação sobre um injusto penal. Culpabilidade, na análise deste princípio, deve ser compreendida no sentido de que o Estado deve contrabalançar a reprovabilidade que recairá sobre o agente, quando o delito por este

cometido guarda relação com a inadimplência do ente estatal na vida social do indivíduo.

Portanto, não se trata, como pode parecer num primeiro momento, de se atribuir culpa ao Estado, “mas apenas se reconhece sua inoperância em cumprir seus deveres, o que, em contrapartida, gera uma menor reprovação social do acusado” (MOURA, 2006, p. 40). É preciso ter isso em mente, a fim de assinalar que não se quer culpar o Estado por um crime que foi cometido por um indivíduo, mas responsabilizá-lo em virtude de sua ausência prévia quando não forneceu condições para que aquele indivíduo tomasse outro rumo que não o estreito caminho da conduta ilícita.

Desse modo, o princípio da coculpabilidade procura considerar os problemas sociais que condicionam o cometimento de certos delitos, perquirindo a omissão do ente estatal na promoção de condições dignas de vida ao agente que se volta ao crime, de modo a responsabilizá-lo tendo em conta essa falta, ensejando, com isso, menor reprovação social sobre o indivíduo.

A corresponsabilidade do Estado vai ao encontro dos instrumentos que buscam a concretização da igualdade material, diminuindo os efeitos deletérios provocados pelas desigualdades sociais inerentes ao modo de produção capitalista. Enfrenta, portanto, a constatação de que as pessoas não são materialmente iguais, apesar da igualdade formal perante a lei o que, por seu turno, torna inexoravelmente alguns segmentos sociais mais vulneráveis às pressões desta lógica, de modo que o crime torna-se um caminho provável a ser trilhado. Por fim,

a aplicação do princípio da co-culpabilidade decorre do reconhecimento da exclusão social ínsita ao Estado, responsabilizando-o indiretamente por esse fato, tendo, porém, como limite o cuidado para não transformar o criminoso em vítima e o Estado em criminoso, invertendo erroneamente as posições jurídicas de ambos. Com efeito, esse princípio, ao ser aplicado no caso concreto, reconhece o papel do Estado e da sociedade no que se refere aos delitos praticados por certas pessoas, em certas condições, propiciando a diminuição da seletividade e da visão ideológica do Direito Penal, indo ao encontro dos direitos fundamentais do cidadão (MOURA, 2006, p. 38).

4. Conclusão

O Direito Penal, por ser o mais agressivo ramo do direito – já prevê o cerceamento da liberdade, que, depois da vida, é o bem de maior relevo –, deve sempre ter como barômetro o homem, tê-lo sempre como ponto de partida. Desse modo, deve o indivíduo que pratica um delito ser considerado como um sujeito de direitos e não como um objeto sem personalidade ou sem faculdades humanas que, ao se desviar das regras sociais, merece ser visto e tratado como um inimigo do Estado.

O princípio da coculpabilidade se apresenta como um importante vetor que procura humanizar os institutos penais, na esteira do movimento garantista, evocando

a necessidade de se considerar as condições socioeconômicas proporcionadas àqueles que acabaram por avançar pelo terreno movediço da criminalidade.

Uma análise dos fundamentos da República, dos objetivos fundamentais e da importância dada pelo Constituinte aos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, permite concluir que o princípio da coculpabilidade encontra respaldo constitucional, de modo que a ordem infraconstitucional deveria prevê-lo expressamente, assim como ocorre noutros países¹⁴.

O discurso do direito penal do inimigo, aclamado pela mídia, deve ser enfrentando, e a sociedade, esclarecida a respeito da ineficácia de se inflacionar o direito penal com leis e mais leis, pois essa envergadura apenas imprimiria uma meia-volta na evolução do Direito Penal, ao se admitir que medidas penalizadoras ganhem o espaço conquistado arduamente pelos princípios garantistas, de modo a contribuir com a deslegitimação do sistema penal, conforme discutido por Zaffaroni.

Por isso, há necessidade de se provocar o debate, esclarecer, aprofundar as pesquisas em torno não apenas deste princípio, mas de tantos outros que se amoldam ao recorte garantista que em boa verdade pareceu orientar o Constituinte originário quando da promulgação de nossa atual Carta da República.

Considerações finais

Ésquilo, um importante escritor grego, nos relegou uma obra que se tornou clássica, a tragédia *Prometeu Acorrentado*. A estória gira em torno dos castigos impostos por Zeus a Prometeu em razão de este ter roubado o fogo divino a fim de concedê-lo aos homens. Por causa da ousada empreitada, considerada por Zeus um crime, Prometeu fora acorrentado em uma montanha no Cáucaso, ficando exposto às intempéries do tempo e sofrendo da visita constante de um abutre que vinha devorar-lhe o fígado, que sempre se regenerava, tornando a punição tão severa quanto cruel.

Segundo alguns críticos da obra, o grande escritor grego, ao se valer do mito de Prometeu, quis demonstrar que nem mesmo os deuses devem ultrapassar as limitações de seu poder de punir, nem permitir que a vingança seja o fio condutor de uma condenação, mormente se for levado em consideração o fato de que, em algumas situações, o crime pode ser tomado como símbolo de contestação contra uma realidade insustentável, desumana e forjada para segregar os homens, muito mais por sua posição social do que por qualquer outro motivo.

Em atenção a essa realidade, imperioso se mostrou, ao longo do desenvolvimento deste trabalho, a importância de se debater os efeitos deletérios que as desigualdades sociais causam no desenvolvimento de uma sociedade e a forma como a miséria interfere na manifestação de vontade de um indivíduo, viciando-a, em graus diferenci-

¹⁴ MOURA (2006, pp. 69-84), analisando a legislação penal comparada, aponta que a Argentina (arts. 40 e 41), o México (art. 52), o Peru (art. 45), a Bolívia (art. 40), a Colômbia (art. 56), o Equador (art. 29) e o Paraguai (art. 65) trazem explícitos em seus códigos penais o princípio da coculpabilidade.

ados. A constatação de que os problemas sociais atravancam a aplicabilidade prática das disposições constitucionais que apontam para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, não deve ser ignorada.

Por tal razão, escolheu-se discutir ao longo deste trabalho o princípio da culpabilidade e suas implicações. Obviamente inúmeras questões mereciam ser aprofundadas, outras obras lidas, outras situações enfrentadas. Entretanto, havia um cronograma a seguir, o que, ao lado de limitações metodológicas impostas pela modalidade da pesquisa, conferiu restrições ao trabalho. De toda sorte, procurou-se debater o tema da maneira menos reducionista possível, objetivo este que pode ou não ter sido alcançado, conforme analisará a crítica. Não obstante, fique registrado o esforço empreendido.

Por fim, espera-se ter contribuído com o saber jurídico, não no sentido de se ter defendido certezas ou verdades inexoráveis, mas de se ter lançado um ponto de vista sobre um tema ainda pouco debatido pela doutrina nacional, e que por isso, é parcial, provisório e aberto a críticas que somente promoverão o enriquecimento do debate.

Referencial Bibliográfico

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martin Claret, 2004. 128 p.

BUCH, João Marcos. A culpabilidade como limitação do poder de punir e não como fundamento da pena, in: *Revista Jurídica*. Órgão Nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária. São Paulo: Notadez, ano 58, n.º 387, p. 97-109, jan. 2010.

CARVALHO DA SILVA, João Carlos. Capitalismo, punição e prisão – interfaces possíveis sob a ótica foucaultiana, in: *Revista de Estudos Criminais*. Revista do Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais de Porto Alegre. Porto Alegre: Notadez, ano IX, n.º 32, p. 111-121.

DOSTOIÉVSKI, Fiódor. *Crime e Castigo*. São Paulo: Martin Claret, 2002. 555 p.

ÉSQUILO. *Prometeu Acorrentado*. São Paulo: Martin Claret, 2007. 107 p.

FOUCAULT, Michel. “Suplício”, in: *Vigiar e Punir: História da violência nas prisões*. 31 ed. tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 2006, pp. 9-56.

GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal*. 4. ed. rev. aum. São Paulo: Impetus, 2009. 169 p.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Tradução e organização André Luiz Callegari e Nereu José Giacomolli. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. 81p.

MOURA, Grégoire. *Do princípio da co-culpabilidade*. São Paulo: Impetus, 2006. 151 p.

PINTO RIOS, Simone Matos. *O princípio da Co-culpabilidade*. Disponível em <<http://www.ejef.tjmg.jus.br/home/files/publicacoes/artigos/0162008.pdf>> Acesso em 03 de março de 2010.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. A deslegitimação do sistema penal e a crise do discurso jurídico-penal, in: *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. 5 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.