

A RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELA OMISSÃO NA GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

JÚLIO CÉSAR LUCIANO

Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais

SUMÁRIO: Introdução – 1 Identificação e delimitação do tema – 1.1 A Constituição e o Estado democrático – 1.2 Os direitos fundamentais no Estado democrático – 1.2.1 A evolução do direito dos menores – 1.2.2 O direito à vida e à integridade física dos menores – 1.3 A interpretação da norma constitucional que garante o privilégio dos menores 1.4 O Ministério Público e a garantia dos direitos fundamentais – 2 Os aspectos da responsabilidade civil do Estado – 2.1 A responsabilidade civil do Estado – 2.2 A responsabilidade em face de danos na ação da administração pública – 2.3 A responsabilidade por danos em face da omissão da administração pública – 2.3.1 Omissão na garantia do direito à vida e a integridade física – 2.3.2 O dano indenizável e a responsabilidade civil do Estado em face da omissão – 2.3.3 A responsabilidade civil do Estado em face dos danos ocorridos em estabelecimentos de internação de menores – 2.4 A responsabilidade em face da omissão legislativa e os instrumentos de controle – 2.4.1 A ação de inconstitucionalidade por omissão – 2.4.2 O mandado de injunção – 2.5 A responsabilidade civil do Estado em face da omissão na prestação jurisdicional – 2.5.1 A inércia do lesado e a responsabilidade civil estatal na prestação jurisdicional – 3 Conclusão

INTRODUÇÃO

No presente trabalho, trataremos da questão da responsabilidade civil do Estado pela omissão na garantia dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, restringindo-nos ao direito à vida e integridade física.

Como é notório, face ao desenvolvimento da sociedade, por conseguinte das áreas de interesse do homem, a possibilidade de ocorrência de conflitos sociais tem-se multiplicado, bem como as funções Estatais, com vistas a garantir a harmonia social, respeito e dignidade da pessoa humana.

Nesse panorama, os direitos fundamentais que inicialmente foram pensados como instrumentos de defesa do cidadão em face dos poderes Estatais, atualmente, exercem destacado papel de instrumentos de realização do ser humano, com inquestionável alargamento e densificação das liberdades,

valorização da dignidade humana.

Atualmente os direitos fundamentais dão garantias ao indivíduo, até mesmo contra ele próprio, impedindo a legitimidade de atos como a alienação de órgãos ou a submissão, mediante pagamento a pesquisas científicas, que ponham em risco a saúde da cobaia.

Nesse panorama de valorização da dignidade humana, ganha relevo a questão do menor, cuja fragilidade natural resultante do seu pouco desenvolvimento intelectual e volitivo, expõe-no a toda a sorte de abusos, inclusive no seio da sua própria família. A ele deve ser garantida a integridade física e moral, devem ser disponibilizados todos os elementos necessários ao desenvolvimento da personalidade, eliminando ou, ao menos, reduzindo os efeitos nocivos das desigualdades econômicas quanto ao desenvolvimento cultural e social, de forma a contribuir para a igualdade de oportunidades.

A Constituição Federal brasileira de 1988 – CF/88, no seu art. 5º, seguindo a mesma linha da Constituição da República Portuguesa de 1976 – CRP/76, arrola uma longa lista de direitos fundamentais, muitos dos quais são titulares a criança e o adolescente.

Como consequência, é inevitável a multiplicidade quase infundável de circunstâncias em que o Estado é chamado a intervir em favor do menor, o que inviabiliza qualquer pretensão de tratar, pontualmente, de todas as situações em que o Estado fosse omissor a essa obrigação, deixando de atuar quando e como deveria, resultando assim em prejuízo ao menor.

Dessa forma, demarcamos como objeto da presente investigação os direitos à vida e à integridade física, por serem os mais elementares ao desenvolvimento do infante, cuja garantia também conta com inúmeras variantes, derivadas das mais diversas situações de fato, indo desde a garantia de uma gestação saudável e um parto seguro até a guarda e recuperação de menores infratores.

No presente trabalho, procuraremos estudar a dimensão dos direitos fundamentais nos Estados democráticos, a evolução do direito dos menores e o dever do Estado para com eles, os aspectos da responsabilidade do Estado em face da omissão, com vistas nas funções administrativa, legislativa e judicial, buscando fórmulas genéricas a serem aplicadas aos casos específicos, a fim de auferir se o Estado deixou de observar um dever, de forma a impor-lhe a responsabilidade de indenizar.

Para tanto, valer-nos-emos dos instrumentos legislativos internos da nação brasileira, os quais definem os direitos dos menores, notadamente, a Constituição Federal de 1988 e a Lei nº 8.069, de 13.07.1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA), bem como dos instrumentos legislativos internacionais, destacadamente, os tratados e convenções subscritos pelo Brasil, com breves estudos de direito comparado com a legislação portuguesa,

tratados e convenções subscritos por Portugal.

1 IDENTIFICAÇÃO E DELIMITAÇÃO DO TEMA

1.1 A Constituição e o Estado democrático

Em se tratando de um estudo acerca da responsabilidade civil do Estado pela omissão na garantia dos direitos fundamentais, é importante que se inicie por uma análise, mesmo que sucinta, do sentido da Constituição como lei fundamental da nação, a qual institucionaliza o poder político interno dos Estados e garante sua permanência, para além dos detentores do poder.

Conforme bem leciona Miranda (2000), as Cartas Constitucionais podem ser vistas sob as perspectivas material e formal, as quais são interdependentes e de grande relevância à nossa investigação.

Sob a perspectiva material, a Constituição representa um regulamento originário de auto-regulamentação e auto-ordenação jurídica e política do Estado, por meio do qual expressa a sua soberania de ditar a própria ordem interna. A Carta Constitucional de uma nação representa assim o âmago dos princípios por ela adotados, conforme os valores, opções políticas, idéia de Direito e de Justiça que predominam em referida sociedade, representando as grandes opções tomadas pelo Estado ao longo da sua história (MIRANDA, 2000, t. 2, p. 10-11).

Já sob a perspectiva formal, a Constituição representa um conjunto de normas dotadas de superioridade hierárquica, frente ao ordenamento interno da nação.

É por meio do poder constituinte formal que o Estado atribui tal força jurídica à norma constitucional, elevando-a ao mais alto patamar do ordenamento legal interno.

As normas formalmente constitucionais, dotadas de tal supremacia em face da faculdade do Estado em atribuir-lhe tal força, podem ser ou não obras diretas, originárias do próprio poder constituinte do Estado.

Elas podem ser anteriores ou posteriores ao próprio poder constituinte incumbido de redigir a Constituição, bem como provenientes de outro ordenamento jurídico, mas que também recebem a mesma força de normas constitucionais originárias por determinação do poder constituinte formal.

À referida distinção, Miranda (2000, t. 2, p. 11-12) caracteriza como “Constituição formal *nuclear* ou Constituição *complementar*”.

A catalogação das normas constitucionais num documento escrito

corresponde à Constituição instrumental, que visa garantir a sua certeza e observância.

1.2 Os direitos fundamentais no Estado democrático

Essa breve reflexão autoriza a conclusão de que os direitos fundamentais, assim reconhecidos e declarados pela Carta Constitucional, mesmo que não sejam originários do poder constituinte formal do Estado, mas por serem recebidos pelo texto constitucional, passam a participar da Constituição material, gozando das mesmas garantias da proteção constitucional conferida às normas originárias do poder constituinte, nomeadamente, da inconstitucionalidade da lei que os viole ou restrinja, bem como da necessidade de revisão constitucional para ser restringido ou eliminado.

Tal conclusão alicerça o inevitável raciocínio de que todo o direito fundamental, em sentido formal, também é direito fundamental, em sentido material.

Durante o período medieval, começaram a surgir documentos nos quais os monarcas, que até então detinham um poder quase ilimitado, reconheciam certos limites a esse poder, em favor da Igreja e dos senhores feudais.

O mais significativo desses documentos foi a Carta Magna, um pacto firmado entre o monarca inglês João Sem Terra e os bispos barões ingleses, em 1215, que dispunha, no seu art. 39, que nenhum homem livre seria detido ou destituído dos seus bens sem um prévio juízo, lançando assim as bases do instituto de *habeas corpus* e o direito de petição (PEREZ LUÑO, 1998, p. 34-35).

A influência inglesa das cartas de declarações de direitos trouxe frutos ao processo de positivação do direito da sua ex-colônia americana, o que resultou na origem da distinção entre os direitos fundamentais, em sentido formal e material, que tem sua origem no constitucionalismo dos Estados Unidos, com o aditamento nº IX à Constituição América, onde se inscreveu que: “a especificação de certos direitos pela Constituição não significa que fiquem excluídos ou desprezados outros direitos até agora possuídos pelos povos.” (MIRANDA, 2000, t. 2, p. 11-12).

Normas similares foram sufragadas em diversas Cartas Constitucionais de países democráticos, notadamente, constam na CF/88 (art. 5º, § 2º) e de na CRP/76 (art. 16º, nº 1.),¹ as quais resultam na inevitável conclusão de

¹ “Art. 16º (Âmbito e sentido dos direitos fundamentais)

1. Os direitos fundamentais consagrados na Constituição, não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional.”

que pode haver normas internas ou internacionais, que por meio da Constituição formal incorporam-se na Constituição material, recebendo assim as mesmas garantias dispensadas ao preceito constitucional originário.

Nesse contexto, é inevitável a ampliação dos direitos fundamentais, donde os chamados direitos humanos, consagrados em textos de proteção internacional, passam a ter singular importância, pois são recebidos pela cláusula constitucional aberta que lhes confere proteção constitucional e superioridade hierárquica, em face do ordenamento jurídico infra-constitucional da respectiva nação.

Quanto aos direitos humanos, a despeito de já transcorridos mais de cinquenta anos da proclamação da sua declaração universal pela Organização das Nações Unidas – ONU, a sua determinação e noção ainda se encontram em franco desenvolvimento, como consequência da evolução da sociedade e dos seus conflitos, da ciência e tecnologia, das áreas de interesses do homem.²

Nos ordenamentos jurídicos dos países democráticos, os direitos humanos inserem-se em duas disciplinas jurídicas, no Direito Internacional e no Direito Constitucional, sendo que da sua identificação resultam consequências de vulto, pois, este critério proporcionou um salto do Direito Internacional de proteção aos direitos humanos, para o Direito Constitucional das nações democráticas, com todas as consequências daí resultantes.

Vivemos assim a chamada *era dos direitos fundamentais*, que marca o Estado constitucional moderno, o que exige uma séria identificação e delimitação dos legítimos direitos fundamentais, como sendo aqueles verdadeiramente inerentes à pessoa humana, os quais gozam de “fundamentabilidade natural, enquanto expressão do indivíduo como pessoa física e como membro da sociedade.”(OTERO, 2001, p. 154).

² A respeito dessa inflação do conceito de *direitos humanos*, bem adverte a doutrina espanhola que o intuito de reforçar a garantia do respeito e satisfação dos interesses pessoais, tem levado a uma elasticidade do conceito, com o risco de este ser banalizado, perdendo assim sua significação. Tal circunstância é resultado da singular importância moral que confere aos *direitos humanos* um especial relevo e exigibilidade, chegando mesmo a ser reconhecido internamente pelas nações democráticas como direito fundamental. De tal maneira, como forma de se certificarem que seus desejos sejam respeitados, seus interesses protegidos e suas necessidades satisfeitas, tem-se tentado qualificar esses desejos, interesses ou necessidades com o matiz de *direitos humanos*, garantindo seu respeito. Mas esse ingênuo meio meramente semântico de tentar a garantia da realização do interesse tem conduzido a uma inflação do conceito de *direitos humanos*, entre os quais se incluem os direitos naturais, tal como o direito à vida, à liberdade e à busca da felicidade, os quais já gozam de natural fundamentabilidade, exigindo apenas que o Estado não labore contra os mesmos. Junto a eles estão os direitos sociais mais evidentes (tais como o direito à moradia), que exigem do Estado uma atuação positiva. Finalmente, os chamados novos direitos de terceira e quarta gerações, entre os quais *florescem* pretensões de todo tipo (que, por vezes, resultam em inflação dos considerados direitos humanos, com o risco da banalização do conceito), nomeadamente em razão de situações especiais como o direito das crianças e velhos em atenção à idade, direito dos incapacitados em atenção a suas deficiências físicas. Como direitos coletivos se referem os direitos dos povos, raças e etnias, direito das próximas gerações, direitos dos animais e direitos da natureza (HIERRO SANCHEZ-PESCADOR, 2001, p. 17-45).

Mesmo frente a essa advertência, é inquestionável, categórica e unânime, a conclusão de que os direitos à vida e à integridade física, objeto da presente investigação, são componentes do direito da personalidade, inerentes à pessoa humana como expressão do indivíduo, pelo simples fato de nascer e viver, daí porque tem extrema relevância constitucional, sendo protegida a título geral e especial pelas Cartas Magnas do Brasil e de Portugal.

A título geral, essa proteção dá-se pela norma constitucional que garante o direito à dignidade da pessoa humana, portanto, a tudo o quanto ela representa (art. 1.º da CRP/76 e da CF/88), nomeadamente o direito à vida, à integridade física, à liberdade e à honra.

A título especial, a proteção ao direito à vida e à integridade física (que deveria ser definida como direito à manutenção da vida e da integridade física, mas que por tradição semântica ficou designado como direito à vida e à integridade física), está estabelecida nos arts. 24.º, n.º 1., e 33.º, n.º 6., da e CRP/76³ no art. 5.º, *caput*, da CF/88.

1.2.1 A evolução dos direitos dos menores

Na história do desenvolvimento do homem, até o séc. XVI, não se entendia a infância como ela é compreendida hoje, pois até então a infância representava um período de total dependência física ao adulto, após o qual, que era breve, imediatamente se ingressava no mundo dos adultos, mesmo aqueles que hoje consideramos claramente como crianças.

A questão da proteção dispensada aos infantes era ainda mais distinta do que se compreende hoje, como doutrina na proteção integral, o que mais adiante detalharemos.

Na antiga Roma, o vínculo de sangue tinha menos relevância que o vínculo da escolha, chegando-se ao ponto de, na época do Imperador Augusto, os recém-nascidos serem expostos nas portas do palácio imperial e mortos os que não eram escolhidos.

Na era medieval, as questões familiares eram consideradas como de âmbito restritamente privado, razão pela qual o infanticídio continuou a ser uma prática difundida e aceite.

³ "Art. 24.º (Direito à vida)

1. A vida humana é inviolável.

Art. 33.º (Expulsão, extradição e direito de asilo)

6. Não é admitida a extradição, nem a entrega a qualquer título por motivos políticos ou por crimes a que corresponda, segundo o direito do Estado requisitante, pena de morte ou outra de que resulte lesão irreversível da integridade física."

Apenas no séc. XVI, portanto, antes da Revolução Industrial, quando a estruturação de uma família numerosa passou a ser um valor, a fim de contribuir com o trabalho coletivo, fonte de manutenção familiar, é que o infanticídio começou a ser considerado delito e assim absolutamente intolerável.

A evolução e as características dos instrumentos de proteção da infância, tal como os demais instrumentos de proteção do cidadão, devem ser entendidos e interpretados à luz da consciência social reinante, durante as distintas épocas.

Apenas num passado recente, identifica-se uma reação social e uma conscientização de que os abusos contra a criança e a sua proteção representam grave problema que integra a esfera pública.

O primeiro caso de intervenção do Estado, em favor de uma criança vítima de maus-tratos por parte dos genitores, apenas ocorreu em 1875, nos Estados Unidos da América.

Naquela oportunidade, o Tribunal de New York retirou a menina Mary Ellen da guarda de seus genitores, a qual contava com 9 anos de idade, pelo fato de estar sendo vítima de maus-tratos.

O caso ganhou ainda mais notoriedade, não apenas pela originalidade mas também pela falta de entidade da proteção de menores. O autor da ação judicial em favor da menor foi à Sociedade para a Proteção dos Animais de New York, autorizando assim a conclusão de que os animais estavam mais amparados socialmente que as crianças, pois apenas a partir desse fato foi criada a Sociedade de New York para a Proteção da Crueldade Contra Crianças.

A história do desenvolvimento dos instrumentos de proteção da criança teve dois grandes marcos, sendo o inicial a constituição do primeiro Tribunal de Menores, em Illinois (Estados Unidos da América), o que ocorreu em 1899.

No outro extremo dessa evolução, está a Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, a qual estabelece como limite mínimo a idade de 18 anos para que uma pessoa seja ainda considerada criança,⁴ o que foi observado pelo Brasil e Portugal, a fim de evitar que uma pessoa despreparada ingresse, prematuramente, no mundo dos adultos.

Nessa trajetória, o menor deixou a condição de objeto de compaixão-repressão para ser sujeito de direito, inclusive, em face do próprio Estado.

Conforme a lei portuguesa, considera-se criança ou jovem para os efeitos da Lei nº 147, de 01.09.1999 (a qual estabelece medidas de proteção a crianças e jovens em perigo), aquele que conte com menos de 18 anos, bem como os que contem com menos de 21 anos e solicitem a continuação de intervenção, em face da referida lei, a qual foi iniciada antes de haver atingido

⁴ Nos termos do art. 1º da Convenção, criança é todo o ser humano menor de 18 anos, salvo se, nos termos da lei que lhe for aplicável, atingir a maioridade mais cedo.

18 anos.

No Brasil, conforme os termos do art. 2º do ECA, considera-se criança aquele com menos de 12 anos e adolescente aquele entre 12 e 18 anos de idade, sendo que a referida Lei destina-se a ambos, exceto em casos excepcionais previstos, quando ela poderá ser aplicada para os menores de 21 anos.

1.2.2 O direito à vida e à integridade física dos menores

A preocupação de criar certos instrumentos jurídicos no nível da Comunidade Internacional, com vistas à garantia dos direitos de certas minorias, ganhou ênfase na Segunda Guerra Mundial, resultando na Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Na América Latina, a partir da década de 60, a crise fiscal provocou um esvaziamento das políticas sociais que, em muitos casos, passaram a ser apenas simbólicas ou de mera aparência.

A inexistência de recursos para o setor da infância e adolescência passou a ser crescente, não apenas pela escassez da disponibilidade deles pelo Estado mas também pela mudança de prioridade na provisão dos recursos Estatais, resultando na drástica deterioração da situação da criança carente, levando ao surgimento de movimentos sociais de luta pelos direitos da infância com padrões político-ideológicos focados na criança como sujeito de direitos (GARCIA MENDEZ, 1991, p. 9-60).

No âmbito da ONU, a idéia de uma convenção sobre os direitos da criança foi iniciativa do governo da Polônia, que apresentou uma proposta nesse sentido, durante as comemorações do Ano Internacional da Criança, promovido por aquela entidade, em 1979, a qual foi acolhida pelos 43 (quarenta e três) membros da Comissão dos Direitos Humanos.

Desde então fora apresentado um emaranhado de propostas pelos países membros e organizações internacionais, sendo que cada artigo era discutido e negociado, a fim de que o documento criado correspondesse a um instrumento de proteção à criança, passível de ser acatado em todo mundo, mesmo com as reconhecidas diferenças sociais e culturais dos povos (GONÇALVES, 1988, p. 89).

Em 1989, foi finalmente aprovado, por unanimidade, o projeto de resolução sobre o tema apresentado pela delegação polonesa, que foi transformado na Resolução nº 1988/75.

⁵ Por *standards* de direitos humanos deve-se entender como sendo uma conjunção de normas juridicamente vinculativas, cogentes, que tanto podem ser programáticas ou indicativas de fins, com normas de outra natureza, muitas vezes desprovidas de conteúdo imperativo, mas que conte com grande força ética como resoluções, recomendações, declarações, conferências, apelos (CANOTILHO, 2000, p. 63).

Referida carta é um dos *standards* dos direitos humanos,⁵ que não apenas alicerça medidas de comportamentos para as nações mas também para as práticas sociais das pessoas e para as comunidades. Mesmo sem uma força vinculativa formal, representam medidas de razoabilidade que podem e devem ser adaptadas aos casos concretos, eventualmente, levados a julgamento nos tribunais nacionais.

Esses *standards* também servem de parâmetro para distinguir, no âmbito dos direitos do homem, os Estados respeitadores dos direitos humanos, por garantirem os *standards* daqueles que são violadores desses direitos, não garantindo os padrões internacionalmente reconhecidos como necessários à preservação dos direitos humanos. É com vistas nesses *standards* que se pode mensurar a sensibilidade das pessoas, dos povos e dos Estados, quanto à adoção de medidas e processos garantidores da efetivação dos direitos do homem (CANOTILHO, 2000, p. 64).

A importância desses *standards* vai mais além de servirem como parâmetros, podendo se converter em *hard law* (normas vinculativas), quando incorporados em convenções e pactos juridicamente vinculativos (tal como a Convenção sobre os Direitos da Criança), conferindo assim direitos subjetivos passíveis de serem exigidos judicialmente no plano internacional e interno das nações que as subscreveram.

No plano do Direito Internacional, especificamente quanto ao menor, o direito à vida é assegurado pelo art. 6º, nº 1, da Convenção sobre os Direitos da Criança,⁶ que foi ratificada pela Resolução nº 20/90 da Assembleia da República de Portugal, passando a vigorar desde 21 de outubro de 1990, com força cogente no ordenamento interno.

Os direitos fundamentais consagrados na referida convenção são automaticamente recepcionados pela Carta Magna brasileira, contando ainda com imediata aplicação, conforme estabelece o art. 5º, §§ 1º e 2º, da CF/88.

O posicionamento consagrado no ordenamento jurídico face aos direitos dos menores no Brasil já era objeto de debate desde a elaboração da Constituição Federal de 1988, pois até então, a legislação brasileira pertinente ao menor era marcada pela doutrina da *situação irregular*, para a qual os menores eram meros objetos de proteção.

Em face desse entendimento, então preponderante, o antigo Código de Menores brasileiro (Lei nº 6.697, de 10.10.1979) não definia os direitos dos menores, limitando-se a instituir medidas de proteção, entre elas as medidas de segurança detentivas, que podiam ser aplicadas, até mesmo em face de fato penalmente irrelevante, tal como o desvio de conduta previsto pelo seu

⁶ “Art. 6º nº 1. Os Estados Partes reconhecem que toda criança tem o direito inerente à vida.”

art. 2º.

Mediante a referida autorização da lei, crianças pobres eram apreendidas para diagnóstico e tratamento sem qualquer apoio à família, num sistema que não distingue abandonados de infratores.

Frente a essa situação, durante a elaboração da Constituição Federal de 1988, foram formados os movimentos conhecidos como *criança e constituinte* e *criança prioridade nacional*, que tinham como *bandeira de luta* a adoção no ordenamento jurídico brasileiro, da doutrina da proteção integral, com dispositivos legais capazes de garantir a todos os direitos fundamentais da vida, saúde, educação, lazer, profissionalização, cultura, liberdade etc. Abandonando assim a antiga doutrina da situação irregular, que se limitava a estabelecer as chamadas *medidas de proteção* ao menor, sem reconhecer que sendo o estado irregular uma situação de ilegalidade, no caso dos menores abandonados pelos genitores, descuidados pelos seus representantes legais, relegados à sua própria sorte pelo Estado (que não atenta às políticas públicas destinadas à sua proteção), não era a criança quem estava em situação irregular, mas a vítima de uma situação irregular que lhe fora imposta.

Vitoriosos em suas pretensões, esses movimentos conseguiram que a Carta Constitucional de 1988, estabelecesse no seu art. 227 os princípios que, posteriormente, foram adotados pela Convenção sobre os Direitos da Criança, cujo projeto serviu de inspiração para o Direito brasileiro.

Ante o exposto no art. 12 da Convenção sobre os Direitos da Criança, parte da doutrina lusitana, com a qual modestamente concordamos, entende que sempre deve ser considerada a opinião da criança sob aspectos relevantes na defesa dos seus interesses, caso ela conte com maturidade suficiente para tanto. Tendo assim direito de manifestar sua posição frente a assuntos de seu interesse, mesmo que não seja de forma autônoma, devendo ser associada à posição dos seus representantes legais,⁷ o que tem plena valia em face do direito brasileiro.

1.3 A interpretação da norma constitucional que garante o privilégio dos menores

A garantia do direito à vida dos menores é assegurada por múltiplos diplomas legais já referidos, o que certamente é resultado da situação de fragilidade deles em face da sua pouca maturidade.

Neste ponto é digno de nota o questionamento que inevitavelmente advém, em saber se, ante a escassez de eventuais recursos destinados aos fins sociais de responsabilidade do Estado, poderá haver critérios de seleção dos beneficiários que privilegiem determinadas condições pessoais, neste particular, a idade traduzida na expectativa de maior longevidade do beneficiário, bem como na sua qualidade de vida, o que é de grande importância em certos setores da saúde pública, notadamente, quanto aos transplantes de órgãos e tecidos.

Referido questionamento ganha ainda mais notoriedade, quando, literalmente, se infere dos termos do art. 227 da CF/88, que o Estado deve assegurar a

⁷ Sobre a relevância da manifestação dos menores de 14 anos com maturidade para decidir, vide Rodrigues, 2001, p. 197-222.

criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida e à saúde.

Antes de exprimirmos o nosso posicionamento, mister reconhecer que no caso dos transplantes de órgãos e tecidos, há posicionamentos no sentido de que é legítima a preferência que venha a ser conferida ao receptor, em face da menor idade, pois ao Estado caberia garantir os cuidados para a melhoria da qualidade de vida do idoso, não ao prolongamento da vida.

Ainda segundo os que assim se posicionam, referida preferência não representaria qualquer discriminação ilegítima, uma vez que a questão reside unicamente na distinção entre os cuidados de saúde a serem dispensados nas várias fases da vida, não se tratando de relação entre pessoas, tal como se passa na discriminação religiosa, racial ou sexual, pois a velhice é o destino de todos, salvo caso de morte prematura.⁸

Esse mesmo raciocínio pode ser transposto para os demais setores da saúde pública, sendo digno de nota que, mesmo em países do nível de desenvolvimento dos Estados Unidos da América, o Estado do Kentucky não oferece diálise a deficientes mentais, ainda que a necessidade seja comprovada medicamente (LOUREIRO, 1995, p.77).

A despeito do judicioso posicionamento ora referido, entendemos que a questão não deve receber os contornos anteriormente delineados.

Traduzindo a máxima da igualdade frente à lei, a Carta Constitucional portuguesa não confere prioridade à criança ou ao idoso, assegurando que o Estado e a sociedade têm o dever de proporcionar a ambos plena qualidade de vida (arts. 69.º, nº 1. e 72.º, nº 1., da CRP/76).⁹

Ao tratar do direito à proteção da saúde, novamente a Constituição da República Portuguesa não conferiu qualquer prioridade em razão da idade, sexo ou condições económicas (art. 64.º, nº 1., e nº 2., "a"),¹⁰ donde se conclui que o fator da idade não pode preponderar, na opção pela manutenção da vida ou saúde do enfermo.

O posicionamento do legislador constituinte brasileiro acerca do tema não foi o mesmo, pois apesar de conferir responsabilidade ao Estado e à soci-

⁸ Sobre a preferência dos receptores em razão da idade, vide Loureiro, 1995, p. 50-53.

⁹ "Art. 69.º (Infância)

1. As crianças têm direito à protecção da sociedade e do Estado, com vista ao seu desenvolvimento integral, especialmente contra todas as formas de abandono, de discriminação e de opressão e contra o exercício abusivo da autoridade na família e nas demais instituições.

Art. 72.º (Terceira Idade)

1. As pessoas idosas têm direito à segurança económica e a condições de habitação e convívio familiar e comunitário que respeitem a sua autonomia pessoal e evitem e superem o isolamento ou a marginalização social."

¹⁰ "Art.64.º (Saúde)

1. todos têm direito à protecção da saúde e o dever de a defender e promover.

2. o direito à protecção da saúde é realizado:

a) através de um serviço nacional de saúde universal e geral e tendo em conta as condições económicas e sociais dos cidadãos, tendencialmente gratuito;"

idade, de garantir ao idoso o direito à vida e à dignidade, claramente demonstrou vocação para priorizar a criança e o adolescente, tal como se vê no disposto pelos arts. 230, *caput*, e 227 da CF/88, o qual é categórico ao determinar a prioridade absoluta do menor ao direito à vida, saúde, dignidade etc.

Dessa forma, em princípio, infere-se um conflito de direitos, haja vista o direito à igualdade duplamente garantido na Carta Constitucional brasileira, pois estabelecido no seu preâmbulo como um dos valores supremos do Estado brasileiro, bem como no seu art. 5º, *caput*.

A igualdade também é assegurada na Declaração Universal dos Direitos do Homem (art. 1º),¹¹ que estabelece que todos os seres humanos nascem iguais em dignidade, o que é recepcionado pela Constituição brasileira.

Mesmo considerando coerente entendimento do sentido da igualdade assegurada pela lei, segundo o qual igualdade não significa identidade, igualdade jurídica não significa igualdade natural ou naturalística e que a igualdade assegurada na Constituição tem duplo sentido, sendo um princípio inicial negativo, com vistas a vedar privilégios ou discriminações, bem como outro positivo, de tratamento igual de situações iguais e desiguais para situações desiguais, a desigualdade que autoriza a eventual distinção de tratamento deve ser resultante da diferença das situações ou pela natureza das coisas, o que no caso ora em questão não é admissível, já que se trata do mesmo bem jurídico em risco, qual seja a saúde e a vida do enfermo (MIRANDA, 2000, v. 4, p. 239).

A interpretação literal do texto da lei poderá levar à conclusão de que, nesse ponto, a Carta Constitucional brasileira não está adequada à missão integradora que lhe cabe.

Mas até mesmo a questão de ser admissível, o reconhecimento judicial da inconstitucionalidade de uma norma constitucional mostra-se torme-

¹¹ "Art. 1º Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade."

¹² Sem pretendermos ser exaustivos quanto ao tema, em sentido contrário à possibilidade do reconhecimento da inconstitucionalidade da norma constitucional, identificamos como os mais fortes argumentos as seguintes considerações:

Inicialmente o direito à legislação constitucional é exclusivo do Poder Legislativo representante do povo, responsável pelos sistemas de valores adotados pela Carta Constitucional, sendo negada toda possibilidade de reconhecimento de inconstitucionalidade da norma constitucional em face do direito natural ou supralegal, já que o legislador constituinte é autônomo para estabelecer o sistema de valores da Constituição, conforme delegação popular para tanto.

Por outro lado, mesmo que um dispositivo constitucional esteja total e evidentemente em contradição com os princípios basilares da moral geralmente reconhecido, pode representar uma exceção conferida pelo legislador a um princípio geral que também foi estabelecido por ele, o que não pode resultar na conclusão de inconstitucionalidade desse dispositivo. Mesmo que se argumente que, ao regular o dispositivo tido como inconstitucional, o legislador constituinte se equivocou, não pretendia colocá-lo em descompasso com a regra estabelecida, mas quem poderia provar que assim o fora?

Para a interpretação da Constituição, tal como os demais comandos legais, verifica-se inicialmente a vontade objetiva do legislador. Portanto, a missão jurisdicional faculta a verificação da harmonia da lei em face da Constituição, não lhe cabendo a missão de declarar nula disposição constitucional, exercendo assim verdadeiro poder legislativo constituinte, o que no regime democrático é conferido exclusivamente ao Poder Legislativo, representante do povo (BACHOF, 1994, p. 18-30).

tosa, havendo judiciosos posicionamentos contra¹² e favoráveis dessa possibilidade.¹³

Apesar da acirrada polêmica, o fato é que a existência de normas constitucionais inconstitucionais não é de tão incomum, pois caso uma revisão constitucional afronte a norma constitucional pétrea, estará aí consagrada uma clara hipótese de norma constitucional inconstitucional.

Poder-se-á argumentar, com razão, que nessa hipótese não se trata de poder constituinte originário, o qual não estaria sujeito a uma norma constitucional anterior, contornável por força do poder constituinte originário. Dessa forma, as leis pré-constitucionais obrigam apenas ao legislador constituído, sendo esse entendimento válido também para as revisões constitucionais, nas quais o legislador está vinculado aos preceitos consagrados na Carta Magna que se reforma.

Nesse sentido, caminha judicioso o entendimento doutrinário, sustentando que em se tratando de um poder constituinte soberano, o seu único compromisso é com o respeito ao conceito dogmático de constituição, como documento que determina o sistema de governo, estabelece a relação de poder na sociedade, o qual é livre e incondicionado, razão pela qual a sua produção legislativa só encontra limitações que sejam livremente adaptadas, ficando excluída a possibilidade de declaração da invalidade da produção legislativa, em face de qualquer outra norma supraconstitucional (MORAIS, 2002, p. 29-49).

Por outro lado, registra não menos judiciosa corrente doutrinária, que mesmo o legislador constituinte originário não pode negar os valores estabelecidos, princípios constitutivos de toda a ordem jurídica, a fim de evitar regulamentações arbitrárias, pois são elementos da validade da Constituição não apenas a sua existência, derivada de um poder efetivo, mas também a sua obrigatoriedade como poder de vinculação dos seus destinatários, que apenas existirá se a Carta não se afastar dos direitos fundamentais, e como expressão da dignidade humana e aspiração pela Justiça.

Como é seguro, no plano constitucional, os direitos fundamentais representam os principais valores éticos e políticos de uma comunidade, assi-

¹³ Mais uma vez, sem ser exaustivo quanto ao tema, em sentido afirmativo à possibilidade do reconhecimento da inconstitucionalidade da norma constitucional, há considerações de que a hipótese de inconstitucionalidade de uma norma constitucional não está excluída pelo fato de estar contida na própria Carta Constitucional, pois há dispositivos tão elementares que são anteriores à Constituição, portanto obrigam até mesmo o legislador constitucional, entendendo assim que o poder constituinte não é totalmente autônomo no estabelecimento de valores na Carta Constitucional.

Nesse sentido, até mesmo o processo pré-constituinte, que valida o surgimento de uma nova constituição, demonstra a existência de normas que estão anteriores à Carta Magna. Portanto, caso a inconstitucionalidade seja apenas de um dispositivo constitucional, haverá o controle da sua constitucionalidade, podendo haver até mesmo controle da constitucionalidade da própria Constituição, como controle de sua legalidade (BACHOF, 1994, p. 30-35).

nalando as metas sociopolíticas a alcançar, bem como estabelecem a posição jurídica dos cidadãos em suas relações com o Estado e entre si (PEREZ LUÑO, 2001, p. 310-311).

Apesar de, inicialmente, serem pensados como forma de garantia dos cidadãos face ao poder Estatal, no atual Estado social de direito eles contam com força vinculante *erga omnes*, o que é claramente sentido, na imperiosa necessidade dos tribunais interpretarem todas as normas jurídicas de acordo com a constituição e os direitos fundamentais nela elencados (PEREZ LUÑO, 2001, p. 312-314).

Os direitos fundamentais são positivados mediante dois sistemas, sendo um por meio das cláusulas gerais *lex generalis*, que consagram os valores e os princípios, bem como as leis especiais ou casuística *leges speciales*, que pormenorizam e concretizam direitos básicos.

Por vezes, uma mesma noção pode-se apresentar como valor, princípio e disposição específica, tal como ocorre com a consagração constitucional da liberdade e igualdade, as quais são consagradas na Constituição da maioria dos países, entre eles Portugal e Brasil, como princípios, quando previstas nos preâmbulos das Cartas valor quando arroladas entre os direitos fundamentais, e disposição específica, quando estabelecida em manifestações jurídico-fundamentais, tais como: liberdade religiosa, reunião, circulação, igualdade entre homem e mulher, de acesso a funções e cargos públicos, entre outros exemplos.

Não obstante essas possibilidades, que dificultam a averiguação do significado ontológico de determinado conceito, são os valores a base do ordenamento jurídico, que correspondem a uma norma em si mesmos, susceptível de aplicação direta e imediata que conta com a primazia, não apenas meras normas programáticas.

Referido entendimento conduz ao reconhecimento de uma hierarquia interna nas normas constitucionais, na qual os valores estão no topo, representando a base do ordenamento jurídico, orientando a interpretação e aplicação das demais normas.

Essa qualidade da norma, que traduz os valores constitucionais, resulta na existência da possibilidade da inconstitucionalidade de normas constitucionais, mesmo que originárias, que no direito germânico são denominadas de *verfassungswidrige verfassungsnormen* (norma constitucional contrária à norma constitucional), sublinhando assim a superioridade hermenêutica dos valores.

Os valores têm assim uma tripla função dentro do ordenamento constitucional, quais sejam (PEREZ LUÑO, 2001, p. 288):

Fundamentadora: Enquanto núcleo básico e informador de todo o ordenamento jurídico-político, que não se pode com este afrontar.

Orientadora: Tendo este um sentido mais dinâmico, devendo ser entendido como metas ou fins predeterminados a serem alcançados. Sendo ilegítima qualquer disposição normativa que inviabilize a persecução destes fins.

Crítica: Devendo ser tomado como parâmetro de valoração, para avaliar ações ou condutas determinadas pelas demais normas. São referências para controlar o ordenamento jurídico, avaliando o seu valor ou desvalor, em face de infrações de valores fundamentais.

Concluímos assim que é admissível o controle da inconstitucionalidade da norma constitucional, não apenas em face do direito supralegal ou direito natural mas também dos valores estabelecidos pelo texto constitucional, representado pelas normas de princípios em eventual contradição às normas específicas ou casuísticas, nas quais as hipóteses de aplicação e as consequências jurídicas são tipificadas com maior precisão.

Não seria concebível que aquele a quem foi confiada a tarefa de legislar, com vistas a criar uma Carta Constitucional, que tem por objetivo organizar e limitar o poder dentro do Estado, não tenha a sua própria vontade de criação também condicionada a padrões culturais, éticos, sociais, enraizados na consciência jurídica geral da comunidade. E que a legitimação da Carta Constitucional, representada pela transposição para o texto da lei dos valores básicos reclamados pela sociedade, também não seja revertida em prol de todo o povo, com vista a que todos se beneficiem desses valores (CANOTILHO, 2002, p. 81-84).

Posta a questão, entendemos que é inadmissível a mera interpretação literal do mencionado dispositivo legal, acerca do privilégio na garantia do direito à vida e à saúde em razão da idade, quando em confronto com o mesmo bem jurídico de outro indivíduo de maior idade.

Essa norma está a exigir um esforço de hermenêutica, por parte do intérprete, com vistas a conciliá-la ao ordenamento jurídico pátrio, tarefa que precede a eventual decretação da inconstitucionalidade, como forma de buscar a integração da mesma à ordem jurídica vigente.

Neste sentido, deve-se contar com um método de interpretação que garanta o seu sentido e controle, evitando qualquer arbitrariedade nesse contexto, que retire a norma de sua evidência, para que esta seja suplantada pela interpretação.

O abandono das regras controláveis de interpretação transformaria o Estado de Direito, em que o juiz está submetido à Constituição, num verdadeiro Estado de Justiça, e interpreta a Constituição com base na sua ordem própria e pessoal de valores, tornando-se, pois, o *senhor da Constituição* (LARENZ, 1997, p. 510-517).

Para que a interpretação da lei não seja deixada, totalmente, ao arbítrio do intérprete, a doutrina procurou estabelecer critérios para tanto, entre os quais se destaca o estabelecido por Savigny, para quem o primeiro passo nessa empreitada é, necessariamente, o sentido literal da lei (LARENZ, 1997, p. 449-450).

A vinculação do juiz à lei, como primado do princípio constitucional da separação dos poderes, não impede que os tribunais colaborem para o desenvolvimento da lei, mesmo que fora da mera interpretação gramatical, mas com vistas no ordenamento jurídico como um todo, resguardando assim a unidade do direito, decidindo de forma equitativa, como é exigência do art. 10º da Declaração dos Direitos Humanos, a qual o Brasil se comprometeu a respeitar (LARENZ, 1997, p. 519-524).

Na interpretação do referido privilégio, deve-se antes ter em conta todo o texto do próprio art. 227, da CF/88, onde o mesmo foi consagrado, donde se ressaltam os seus seis parágrafos e nove incisos.

Neste sentido, verifica-se que quando o referido diploma legal especifica as hipóteses de prioridade a ser conferida ao menor, ele se refere a investimentos em políticas públicas e incentivos a programas privados, de garantia dos direitos inerentes à criança e ao adolescente.

Esse entendimento mostra-se compatível com o parágrafo único do art. 4º do ECA, em que o legislador ordinário procurou definir as situações de privilégio do menor.

Há quatro situações ali elencadas, nas quais o legislador procurou compreender com a garantia da absoluta prioridade ao menor. A da letra “a” refere-se a situações de auxílio e socorro, “b” refere-se a situações de atendimento em serviços públicos e as outras duas, “c” e “d”, à destinação de recursos públicos.

Afinal, qualquer interpretação que resulte no privilégio do menor em detrimento do idoso, exclusivamente, por questão da idade (tal como o recebimento de órgão em doação), apresenta-se inadmissível.

Apesar de não ser razão para que por si só imponha a conclusão já referida, pois reconhecemos que apesar de ser comum que nas Cartas Constitucionais os direitos fundamentais encontram-se sistematizados em um mesmo título, isso não impede que haja direitos fundamentais disseminados pelo texto constitucional. Entretanto, apenas como mais um argumento que reforça o

posicionamento ora sustentado, vale registrar que o dispositivo legal que consagra o privilégio em questão, o art. 227, está inserido no Título VIII, da Constituição Federal, que trata Da Ordem Social, tendo como objetivo proporcionar o bem-estar e a justiça sociais.¹⁴

1.4 O Ministério Público e a garantia dos direitos fundamentais

Como já referido alhures, a situação instalada na legislação pátria, até à Carta Constitucional de 1988, levou a organização de movimentos com vistas a demonstrar o equívoco da doutrina então predominante e, assim, tentar garantir no novo texto constitucional a chamada doutrina da proteção integral, que orientava as Nações Unidas na formulação da Convenção sobre os Direitos da Criança, bem como já era consagrada pela legislação de vários países democráticos, a qual apregoava a necessidade de haver nas legislações nacionais disposições capazes de garantir todos os direitos fundamentais aos menores, tais como a vida, saúde, educação, lazer, profissionalização etc, de forma que eles deixassem de ser objeto de compaixão para serem sujeitos de direitos.

Os reticentes a essa mudança de orientação argumentavam que o pretendido ideal de proteção ampla e generalizada não contava com a ação que o garantisse, de forma que a impossibilidade de prestação jurisdicional a fim de assegurar o direito previsto na norma jurídica, redundaria na desmoralização do Poder Judiciário.¹⁵

De fato, a clássica maneira de se buscar a defesa de um interesse em juízo ocorre por meio da legitimação ordinária, quando o lesado defende o seu próprio interesse.¹⁶

No ordenamento jurídico brasileiro, *a priori*, são excepcionais as hipóteses de legitimação extraordinária, nas quais é conferida a outrem a possibilidade de, em nome próprio, defender o interesse alheio.

Não obstante, mesmo naquela oportunidade, tais críticas já careciam

¹⁴ Neste sentido está o art. 193 (Título VIII – Da Ordem Social – Capítulo I – Disposição Geral, da Constituição Federal de 1988) segundo o qual: “A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.”

¹⁵ Parte da doutrina de então advertia que não havia ação apta a levar a questão de direitos genéricos aos Tribunais. Não haveria assim como patrocinar em juízo um ideal de proteção amplo, que se desenvolve desde o direito de ter um nome, uma nacionalidade, ao tratamento médico ao incapaz físico ou mental, à educação, recreação, diversão. Desta forma o eventual direito de ação nestas hipóteses só insurgiria em face de um caso concreto de lesão a direito subjetivo material (SILVA, 1999, p. 5).

¹⁶ Bem leciona Mazzilli (1991), segundo o qual as hipóteses de legitimação extraordinária estabelecidas pelo CPC representam verdadeiras substituições processuais, que não se pode confundir com a representação, pois nesta última hipótese, alguém em nome alheio defende interesse alheio, enquanto na legitimação extraordinária, alguém em nome próprio defende interesse alheio.

totalmente de razões, senão vejamos:

Os direitos fundamentais no moderno constitucionalismo têm um papel singular, pois não se limitam à defesa do indivíduo isolado perante o Estado, como garantia do cidadão contra os arbítrios do poder, mas também significam a defesa da sociedade no seu conjunto, face aos arbítrios do Estado.

Dessa forma, esses direitos representam um determinado modelo de sociedade, uma determinada idéia de Estado, cuja efetivação é missão do Ministério Público, em particular por meio da tutela judicial, para o que se faz necessária uma harmonização da ordem constitucional no seu conjunto com a realidade social que a envolve.¹⁷

Conforme interpretação mais moderna, os direitos fundamentais desempenham uma dupla função, pois, se num primeiro plano subjetivo, seguem atuando como garantia das liberdades individuais, agora lhes é reconhecida uma função institucional, a partir da qual o seu conteúdo deve funcionar para a consecução dos fins e valores constitucionalmente proclamados.

Em face dessa ampla perspectiva acerca dos direitos fundamentais, como poucas instituições, o Ministério Público mantém estreita relação com eles, já que representa o indivíduo, a sociedade e o Estado, tendo como uma das suas mais insígnies atribuições a defesa da ordem jurídica (traduzida pelos interesses que a lei determina) e da legalidade democrática, que se dá na defesa dos interesses sociais e coletivos (como estabelecido pelo art. 219.º, nº 1, da CRP/76 e art. 127, da CF/88).¹⁸

Esse raciocínio já legitimaria o Ministério Público a perquirir em juízo, de forma ampla e generalizada, a proteção dos direitos à vida e integridade física dos menores, direitos fundamentais e garantias do cidadão, quer seja contra os arbítrios do poder do Estado, quer seja na defesa da sociedade em seu conjunto, face ao Estado e ao particular.

Quanto à submissão das relações particulares aos direitos fundamentais, hoje a doutrina germânica reconhecida pela expressão *Drittwirkung der Grundrecht*, bem coloca a questão ao afirmar que os direitos fundamentais não afetam apenas as relações entre o Estado e os cidadãos, ou seja, as relações de

¹⁷ A doutrina sustenta que a consagração em sede da constituição dos direitos e liberdades dos cidadãos não limita o objeto de sua garantia à defesa do indivíduo isolado perante o Estado, apesar de seu evidente caráter de representar uma garantia do cidadão contra os arbítrios do poder, este não se encerra neste desiderato. Afinal, estes direitos também garantem a defesa da sociedade no seu conjunto, em face aos arbítrios do Estado. A defesa de um determinado modelo de sociedade, de uma determinada idéia de Estado (RODRIGUES, 1990).

¹⁸ "Art. 219.º (Funções e estatutos)

1. Ao Ministério Público compete representar o Estado e defender os interesses que a lei determinar, bem como, com observância do disposto no número seguinte e nos termos da lei, participar na execução da política criminal definida pelos órgãos de soberania, exercer a acção penal orientada pelo princípio da legalidade e defender a legalidade democrática."

subordinação regidas pelo direito público, mas também as relações entre particulares, como necessidade de manter a plena vigência dos valores incorporados pelos direitos fundamentais em toda a esfera do ordenamento jurídico.

A direta e necessária submissão das relações particulares aos direitos fundamentais é corolário de uma coerência interna do ordenamento jurídico, evitando assim que se reconheça uma dupla ética no seio da comunidade, sendo uma aplicável às relações entre o Estado e o particular, outra às relações dos cidadãos entre si, o que, seguramente, afronta a essência dos valores consagrados pelos direitos fundamentais.

Nesse ponto vale ainda destacar que é exatamente o nível de tutela dispensada aos direitos fundamentais que revela maior operacionalidade do Estado de direito, notadamente, em face da incontestável realidade que, na atualidade, poderosos grupos econômicos nacionais e multinacionais são detentores de uma hegemonia sobre os cidadãos, razão pela qual, muitas vezes, são mais implacáveis que o próprio Estado nas violações de direitos fundamentais, cujo poder, por vezes, contrasta e sobrepõe-se ao próprio poder Estatal.

Essa aplicação dos direitos fundamentais na esfera privada reforçou a necessidade de intervenção dos poderes públicos, entre os quais o Ministério Público, na “promoção das condições para que a liberdade e a igualdade do indivíduo e dos grupos em que se integram, sejam de fato reais e efetivas, removendo os obstáculos que impeçam ou dificultem sua plenitude.” (PEREZ LUÑO, 1998, p. 23).

Em face desse raciocínio, podemos concluir que a crítica que se fazia contra a pretensão de se estabelecer a doutrina da proteção integral da criança no Direito brasileiro, já não fazia sentido, pois estaria o Ministério Público legitimado a defender os direitos fundamentais conferidos à criança e adolescente, não apenas para garantir a sua promoção mas também buscando a remoção dos obstáculos para o gozo dos mesmos.

Os que se posicionavam contra a consagração legislativa da doutrina da proteção integral, em sede dos direitos dos menores, ao argumento que ela não se harmonizava com a tutela disponibilizada pelo direito ao sistema jurídico do Estado, ainda se olvidaram da ação civil pública, a qual tem por objeto, exatamente, a proteção dos direitos difusos e coletivos.

Referidas críticas são imediatamente anteriores à Carta Constitucional de 1988, exatamente, quando se pretendia incorporar a teoria da proteção integral naquele texto constitucional.

Até então, o primeiro texto legal a mencionar a expressão *ação civil pública*, era a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei Complementar n.º 40, de 14.12.1981), em seu art. 3º, III.

Posteriormente, veio a Lei nº 7.347, de 24.07.1985, que regulava a defesa do meio ambiente, do consumidor e de valores culturais, a qual consagrou a referida expressão, bem como a titularidade ativa para a dita ação (MAZZILLI, 1991, p. 287-288).

Até a Constituição Federal de 1988, eram apenas esses os diplomas legais que faziam referência à ação civil pública, o que, seguramente, corroborou para que alguns criticassem a adoção da doutrina da proteção integral aos menores, não atinando para a possibilidade do manejo daquela ação para buscar a tutela judicial desse direito.

Foi exatamente a Constituição Federal de 1988 que ampliou o objeto de proteção da ação civil pública, novamente conferindo titularidade ao Ministério Público para o manejo dessa ação, passando a legitimá-la para defesa do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (art. 129, III, da CF/88).

Mesmo que os reticentes à adoção da teoria da proteção integral em favor dos menores contassem com alguma razão nas críticas lançadas, o que, modestamente, já demonstramos em sentido contrário, referidas críticas não teriam mais qualquer cabimento.

O próprio ECA faz expressa referência à ação civil pública, quando no seu art. 148, IV, estabelece a competência do juízo da infância e juventude para o julgamento das ações cíveis, fundadas em interesses individuais, difusos ou coletivos, afetos à criança e ao adolescente, para as quais, apesar do Ministério Público não ser o único legitimado ativo, ordinariamente é de fato quem toma a iniciativa da ação e, caso não o faça, necessariamente deverá intervir na condição de *custus legis*, haja vista a relevância do direito em debate.¹⁹

Basta uma singela leitura do ECA, lei que rege o direito dos menores no Brasil, para que se infira acerca da confiança do legislador no Ministério Público, como guardião do futuro da Nação, pois, de fato, é o responsável pela realização e fiscalização dos mais elementares direitos dos que representam o futuro, sem os quais não há dignidade, respeito e esperança, portanto, indispensáveis para a construção de uma sociedade de fato justa, fraterna e democrática.

Para fazer frente a tão distinto mister, o Ministério Público conta com o importante instrumento judicial que é a ação civil pública, cuja legitimidade ativa não se restringe à referida instituição, mas que diante do seu caráter fiscalizador, notadamente, é quem busca a proteção dos interesses sociais e coletivos em face do próprio Estado.

2 OS ASPECTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

¹⁹ Complementarmente, arts. 1º e 5º da Lei nº 7.347/85.

2.1 A responsabilidade civil do Estado

Antes mesmo de maiores considerações, é mister registrar que não é imune a críticas o uso do termo responsabilidade civil do Estado, como forma de expressar a obrigação geral do Estado de responder pelas consequências dos danos causados a terceiros pelos seus agentes, quando no exercício da função ou em razão dela.

Muitos doutrinadores entendem que a terminologia tradicional não traduz, rigorosamente, o objeto da matéria em questão, pois, em regra, a responsabilidade surge em face dos atos da administração, não de atos do Estado como entidade política, razão pela qual a terminologia correta seria *responsabilidade civil da administração pública*.²⁰

Não obstante, merece registro o fato de que pode haver responsabilidade do Estado como entidade política, mesmo que em menor número que a responsabilidade por atos da sua administração, tal como adiante veremos, e não nega a doutrina.

Apesar de não distinguirmos qualquer consequência prática, apenas para registro e melhor esclarecimento do tema, vale consignar que parte da doutrina acerca da responsabilidade civil do Estado, defende que ela não pode ser confundida com a obrigação do poder público em indenizar os particulares, nos casos em que aquele agiu observando um comando legal que impunha um sacrifício direto ao patrimônio do particular, em face do interesse público, como é o caso da desapropriação.

Conforme os que assim entendem, deve-se afastar da seara da responsabilidade civil da administração pública aquelas situações em que ela agiu em cumprimento à norma legal, que impõe diretamente um sacrifício ao patrimônio do particular. O que é distinto dos casos em que, apesar da administração pública haver agido de acordo com a lei, ela não determina um sacrifício direto ao patrimônio do particular, o qual advém reflexamente do ato em questão, tal como o impedimento do trânsito de veículos numa via, que importe na inviabilidade da manutenção de um estacionamento de automóveis.

Nesses casos, parte da doutrina chega a afirmar que a contrapartida conferida ao particular seria a indenização, de forma a distingui-la das hipóteses de ressarcimento, resultantes da responsabilidade civil do Estado por danos provocados aos administrados.

A responsabilidade civil do Estado evoluiu da anterior irresponsabilidade completa, para a atual responsabilidade pública objetiva, pois, inicialmente, imperava o entendimento de que a soberania e a responsabilidade eram conceitos que não se harmonizavam, não poderiam coadjuvar.

Daí as conhecidas máximas de que *the king can do no wrong* e que *le propre de la souveraineté c'est de s'imposer à tous sans compensation*, que

²⁰ Meirelles (2001, p. 609-612) acentua a diferença dessas acepções.

eram temperadas pela admissão da responsabilidade apenas direta do funcionário (embora com patrimônio de solvência incerta), o que dependia de autorização prévia de órgão administrativo superior.

A partir da primeira metade do séc. XIX, passaram a admitir algumas exceções à referida regra, autorizando-se a responsabilidade civil de autarquias locais e mesmo do próprio Estado por atos de gestão do domínio privado e pela execução de obras públicas.

Até chegar aos dias atuais, longo foi o caminho trilhado pela doutrina da responsabilidade civil da administração pública que, inicialmente, evoluiu da total irresponsabilidade para a responsabilidade com culpa, até chegar à atual responsabilidade objetiva do Estado, no caso de atos comissivos.

No Brasil, a Constituição Imperial de 1824 (art. 179, § 29), refletindo o entendimento dominante à época, estabelecia que a responsabilidade em face da atuação Estatal era do *empregado público*, que agisse com culpa, caracterizada pelo abuso ou omissões no exercício das funções.

Disposição similar foi consagrada na Carta Constitucional de 1891 (art. 82), a primeira Constituição republicana do Brasil.

O Código Civil de 1917 (art. 15) admitiu a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público, em face da culpa civil dos seus agentes ou da falta de serviço.

A grande alteração legislativa acerca da matéria veio com a Constituição de 1946 (art. 194, parágrafo único), a qual decisivamente incorporou no ordenamento jurídico brasileiro a teoria da responsabilidade objetiva do Estado, cabendo ao Estado indenizar os danos resultantes dos atos lesivos, mesmo ante a ausência de qualquer procedimento irregular por parte do funcionário ou agente público.

A atual Carta Constitucional consagra a responsabilidade civil do Estado nos mesmos moldes da Constituição anterior, sendo entendimento corrente na doutrina e jurisprudência que, na ação positiva do Estado, que atinge individualmente um administrado, a responsabilidade pela reparação é vista exclusivamente sob o ângulo passivo da relação, ou seja, basta a perda de uma situação juridicamente protegida a fim de ensejar o dever de indenizar.

Traduzindo a moderna doutrina acerca da responsabilidade objetiva da administração pública (tal como consignado, já consagrada nas Cartas Constitucionais brasileiras, desde 1946), a Lei nº 10.406, de 10.01.2002, que instituiu o novo Código Civil, estabelece no seu art. 43 que: “As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros[...]”, não obstante o direito regressivo do Estado contra os causadores do dano, que houverem laborado com culpa ou dolo para o evento, o que é ressalvado na última parte do mesmo

dispositivo legal.

A evolução da responsabilidade civil do Estado, no ordenamento jurídico português, mantém alguma semelhança com a situação brasileira já referida.

A Constituição portuguesa de 1822, a qual seguramente influenciou a Constituição brasileira de 1824, estabelecia o princípio da responsabilidade pessoal do funcionário público pelos atos praticados no exercício da função (art. 14.º)²¹, o que também constou da mencionada Constituição brasileira.

Igual orientação foi adotada na Carta Constitucional portuguesa de 1826, que manteve a responsabilidade pessoal do funcionário público pelos atos praticados no exercício da função, dos quais resultasse em lesão ao administrado (art. 145.º, nº 27.),²² o que novamente veio a repetir-se na Constituição portuguesa de 1838 (art. 26.º).²³

A Constituição portuguesa de 1911 não consagrou qualquer princípio específico acerca da responsabilidade do Estado ou dos seus funcionários, apenas consignando de forma ampla que todo o cidadão poderia responder por infrações à Constituição (art. 3.º, n. 30.).²⁴

A Constituição portuguesa de 1933 também não fazia menção à responsabilidade do Estado ou dos funcionários públicos, bem como não repetiu a fórmula geral estabelecida na Carta Constitucional anterior, consignando apenas que todo o cidadão português teria direito à reparação dos danos sofridos nos termos da lei (art. 8.º, n. 17.).²⁵

Por fim, a Constituição da República Portuguesa atualmente em vigor, conferiu dignidade constitucional ao princípio geral da responsabilidade civil do Estado e demais entes públicos. Sendo digna de registro a viva discussão acerca da constitucionalidade dos arts. 2º e 3º do Decreto-Lei nº 48.051,

²¹ “Art. 14.º Todos os empregados públicos serão estritamente responsáveis pelos erros de ofício e abusos de poder, na conformidade da Constituição e da lei.”

²² Art. 145.º
27. Os Empregados Públicos são estritamente responsáveis pelos abusos, e omissões, que praticarem no exercício das suas Funções, e por não fazerem efectivamente responsáveis aos seus subalternos.

²³ “Art. 26.º Os Empregados Públicos são responsáveis por todo o abuso e omissão pessoal que praticarem no exercício de suas funções, ou por não fazer efectiva a responsabilidade de seus subalternos. Haverá contra eles acção popular por suborno, peita, peculato ou concussão.”

²⁴ Art. 3.º
30. Todo o cidadão poderá apresentar aos poderes do Estado reclamações, queixas e petições, expor qualquer infracção à Constituição e, sem necessidade de prévia autorização, requerer perante a autoridade competente a efectiva responsabilidade dos infractores.

²⁵ Art. 8.º
17. O direito de reparação de toda a lesão efectiva conforme dispuser a lei, podendo esta, quanto a lesões de ordem moral, prescrever que a reparação seja pecuniária.

de 21.11.1967, em face dos arts. 22.º e 271.º da CRP/76, o que nos restringimos a apenas mencionar, para que não nos percamos em digressões não pertinentes ao cerne da presente investigação.

A despeito do embate doutrinário, no acórdão de 6 de maio de 1986, o Supremo Tribunal de Justiça português entendeu pela inconstitucionalidade com a conseqüente revogação do referido Decreto-Lei, na parte que este limita a responsabilidade dos titulares de órgãos, funcionários ou agentes públicos e demais entidade públicos, ou seja, os artigos supracitados.

2.2 A responsabilidade em face de danos na ação da administração pública

Apesar de não se incluir no objeto do estudo desenvolvido no presente trabalho, que se restringe aos aspectos da responsabilidade civil do Estado pela omissão, apenas para registo e facilitação do desencadeamento do raciocínio sobre o tema, vale tecermos algumas considerações acerca da responsabilidade civil do Estado pela ação da administração pública.

Tanto no Brasil como em Portugal, a responsabilidade civil do Estado pela ação da administração pública é objetiva, ou seja, só se exime ante a falta de nexo entre o comportamento de agente público e o dano.

Nesse caso, o fundamento jurídico que sustenta esta posição é o da igualdade de todos ante os encargos públicos, resultantes da ação positiva do Estado que resulte danos anormais, entendidos como aqueles, acima dos comuns, inerentes à vida em sociedade.²⁶

Dessa forma, o Estado eximir-se-á de indenizar, caso seu agente não haja de fato produzido a lesão.

Caso a pretensa vítima tenha laborado com culpa para o evento, a responsabilidade do Estado será afastada em face da falta de nexo causal entre a ação e o evento, pois aí inexistirá o comportamento lesivo do agente do Estado como produtor do dano.

Ao consagrar a responsabilidade civil do Estado, em face de danos causados a terceiros, a Carta Constitucional brasileira de 1988 valeu-se do termo *agente* para identificar o responsável pelo ato danoso. Esse termo, em sentido genérico, deve ser compreendido como *servidor público*, abrangendo todas as pessoas incumbidas da realização de algum serviço público, mesmo que em caráter transitório (art. 37 da CF/88).

A Constituição portuguesa de 1976 também consagrou a responsa-

²⁶ Sobre a teoria do risco-proveito, segundo a qual o ato comissivo do Estado que resulta em prejuízo para o administrado deve ser indenizado por princípio de isonomia, já que este ato visa proveito da instituição governamental responsável pela sua prática, e/ou mesmo para a coletividade em geral. A qual também deve ser acrescida a responsabilidade pelos danos ao administrado que resulta do *feito das coisas*, ou seja, como consequência de coisas administrativas ou que se encontrem sob sua custódia (MELLO, 1998, p. 603-604).

bilidade civil objetiva do Estado em seu art. 271.º, ficando a questão da verificação da culpa do autor do dano, para os fins de responsabilizar o funcionário ou agente pelos atos praticados. De forma que, se ele atuou com culpa leve, não fica obrigado a indenizar os danos que causou, nem mesmo pode ser atingido por eventual ação de regresso na esfera das relações internas, o que não ocorre na hipótese dele haver atuado com zelo e diligência manifestamente inferiores ao que deveria e caso tenha laborado com dolo.

Nesse último caso, ou seja, da ação com dolo, o agente responderá diretamente pelo dano causado, ao lado do ente público a que pertence, que responderá solidariamente como garantia da solvência da dívida.

No Brasil e em Portugal, para que os danos econômicos ou patrimoniais representados pela perda ou diminuição do patrimônio do lesado sejam passíveis de indenização, devem representar um bem que a ordem jurídica reconheça como pertencente ao lesado, cuja integridade é protegida pela norma.

Um dos aspectos mais complexos da responsabilidade civil da administração pública está ligado ao ressarcimento do dano causado a interesses legítimos que, na terminologia mais corrente, representam as ofensas a disposições legais destinadas a proteger interesses de terceiros.

A doutrina italiana dedicou-se, exaustivamente, a esse problema, inclusive visando distinguir os interesses legítimos dos direitos juridicamente protegidos.²⁷

Em face dessa divergência doutrinária, a questão de saber se os interesses legítimos são passíveis de tutela patrimonial, sempre se mostrou polêmica, sendo que muitos os consideram como posição meramente instrumental, daí porque a tutela dos mesmos se restringiria à restauração da legalidade violada, mediante a mera anulação do ato ilegal.²⁸

Nesse particular, a doutrina tem reconhecido o direito à indenização

²⁷ Nesse ponto, é digno de nota que, para parte da doutrina, os interesses legítimos são individuais conexos com um interesse público, ocasional e indiretamente protegido por uma norma destinada a tutelar os interesses públicos. Para distinto segmento doutrinário, esses são pretensões do administrado à legalidade dos atos administrativos que versem sobre um interesse próprio do sujeito privado (CORTEZ, 2000, p. 116-127).

²⁸ Segundo entendimento de parte da doutrina, os interesses legítimos representam apenas um poder de reação processual em face de atuações ilegítimas da administração pública, de forma que, se tomado como mero instrumento de proteção, sem substrato material que o individualiza, a restauração da legalidade com a anulação do ato que a violou já restauraria o estado anterior das coisas, não ensejando assim qualquer tutela patrimonial em face do ocorrido. Referido problema se notabilizou na doutrina italiana, em face da distribuição da competência entre os tribunais administrativos e tribunais ordinários vigente naquele país, que imponha a prévia anulação do ato tido como ilegal pelo tribunal administrativo, com vistas a identificar o fato causador do dano, para que só então se pudesse recorrer ao juiz ordinário pretendendo eventual indenização, já que esses últimos não são competentes para julgar a legitimidade do ato administrativo, cujo conhecimento seria o objeto principal da ação e não meramente acessório, pois seria esse o fato gerador do dano, verdadeira causa de pedir (CORTEZ, 2000, p. 116-127).

do prejudicado, como consequência da anulação do ato administrativo que o privou de um direito subjetivo, de forma a que a repristinação dessa posição jurídica evidencie a necessidade de se indenizar pelos danos que foram suportados, em face de um proveito não gozado, desde a origem do ato anulado até à sua respectiva anulação (CORTEZ, 2000, p. 124).

Apesar de não caber nos estreitos limites do presente trabalho um estudo mais detido sobre o tema, haja vista que o objeto do presente restringe-se à omissão do Estado na garantia dos direitos à vida e integridade física dos menores, vale o registro que, conforme a doutrina espanhola, por interesse legítimo, deve-se entender que seja algo que proporciona um proveito ou utilidade ao seu titular, o qual será legítimo na medida em que não afronta o ordenamento jurídico (AHUMADA RAMOS, 2000, p. 134).

Valendo-se desse entendimento, a sólida corrente doutrinária espanhola entende que as lesões a interesses legítimos não são indenizáveis no regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado, de forma que a mera lesão a um bem cuja titularidade se ostenta de modo lícito, por si só não dá ensejo ao direito de ressarcimento no regime de responsabilidade extracontratual do Estado.

Os que assim entendem argumentam que os interesses legítimos, em sentido técnico, contam com proteção do ordenamento jurídico, sendo, portanto, entendidos como direitos subjetivos ou bens juridicamente protegidos. Quanto aos meros interesses legítimos, em sentido amplo, apesar de serem lícitos (por não contrariarem o ordenamento jurídico e assim serem entendidos como legítimos), sua satisfação não pode ser exigida do sujeito que causa o dano ao bem objeto desse interesse.

Dessa forma, é exatamente a exigibilidade ou não-exigibilidade, em face de um sujeito determinado, que identifica os interesses legítimos indenizáveis (AHUMADA RAMOS, 2000, p.135).

Em face dos argumentos já referidos, comungamos do entendimento de que no Direito português, referida questão foi solucionada nos arts. 22.º e 271.º da CRP/76, de cujos termos resta segura a responsabilidade do Estado por danos resultantes a interesses legítimos.

Tal como se infere do art. 22.º da CRP/76, o Estado e os titulares dos órgãos, os funcionários ou agentes são civilmente responsáveis por violação dos direitos, liberdades, garantias ou prejuízo para outrem.

No mesmo sentido, o art. 271.º da CRP/76, consagra a responsabilidade dos funcionários, agentes do Estado e das demais entidades públicas que, no exercício da função, violem os direitos ou interesses legalmente protegidos dos cidadãos.

Analizando o texto constitucional em questão, Canotilho e Moreira

(1993, p. 937) concluem que a referida expressão não foi objeto de qualquer delimitação pelo legislador constituinte, abrangendo, assim, todas as vantagens derivadas do ordenamento jurídico.

Apesar do art. 37, § 6º, da CF/88 não contar com a mesma redação do seu similar lusitano, pois não foi especificada a questão dos interesses legítimos, entendemos que aqui também não é feita qualquer restrição à extensão das hipóteses de possível indenização, autorizando o ressarcimento em face de lesões a interesses legítimos, já que o intérprete não pode restringir o alcance que foi conferido à lei pelo legislador constituinte.

2.3 Responsabilidade por danos em face da omissão da administração pública

Questão bem distinta e cerne da nossa investigação é o tratamento dispensado à responsabilidade civil do Estado em face da omissão, pois, quando o dano é resultado da omissão em face da ausência do serviço, por ele não haver funcionado, por haver funcionado mal, tardia ou de forma ineficiente, a doutrina aplicada, para avaliação do dever de indenizar, é da responsabilidade subjetiva.²⁹

Na responsabilidade em face da omissão, o Estado não agiu, assim não foi o autor direto do dano, mas, ao revés, deixou de agir como deveria, de forma a evitar o dano. Deve-se assim averiguar se ele tinha o dever de impedir o dano, daí a necessidade de averiguação da culpa, pois a responsabilidade na omissão é sempre resultante de um comportamento ilícito, um desrespeito à obrigação legal de impedir um certo evento danoso.

Nesse ponto, a responsabilidade civil do Estado em face de uma ação, distingue-se diametralmente da responsabilidade em face da omissão.

No caso da responsabilidade civil em face da ação, é razoável que o Estado responda, objetivamente, pelos danos que causou, de forma a manter a equidade entre os administrados. Quanto à responsabilidade do Estado em face da omissão, ele apenas responde pelos danos que não causou, estando obrigado a impedi-los, pois solução diversa levaria o Estado à condição de segurador universal, inviabilizando, assim, o exercício das suas demais e tão amplas funções.

A impossibilidade de identificação do responsável direto pela omissão não elide a responsabilidade civil do Estado, tal como conclui a teoria de

²⁹ Já se posicionou o Supremo Tribunal Administrativo de Portugal, pelo acórdão de 27.01.1987, Relator: Fernando Brandão Ferreira Pinto, no recurso nº 23.963, que nas hipóteses de pretensão de indenização pela omissão dos órgãos ou agentes do Estado, cabe ao interessado demonstrar que o Estado, por intermédio de seus órgãos, agiu negligentemente. Para tanto, tem de alegar e provar fatos donde resulte que a situação merecedora duma atuação positiva era do conhecimento dos órgãos ou agentes do Estado, ou devia sê-lo se usassem da diligência que lhes é exigível. Desta forma, se não atuaram porque não previram o resultado danoso, como consequência da sua inatividade e deviam tê-lo previsto, ou, tendo-o previsto, não o preveniram tendo o dever de fazê-lo, deverá o Estado indenizar (Acórdãos Doutriniais do Supremo Tribunal Administrativo, ano XXVI, nº 311, Cacém, nov. 1987, p. 385-1401).

origem francesa denominada *faute du service (public)*, a qual deve ser compreendida como *ilícito do serviço*, com aplicação nas hipóteses de funcionamento defeituoso do serviço, mau funcionamento, falta de funcionamento ou funcionamento tardio.

Convém ressaltar que uma das mais importantes missões da lei ordinária é a definição dos concretos deveres e encargos da administração, como forma de assegurar os direitos fundamentais reconhecidos pelas Cartas Constitucionais, até porque, frente a determinadas situações, o que se espera do Estado não é uma ação, mas que permaneça passivo, respeitando o livre desenvolvimento dos direitos dos cidadãos e agentes sociais.

Tal fato não impede que os direitos fundamentais constitucionalizados como valores e princípios, assim como aqueles enunciados em cláusulas genéricas, não sejam de imediata valia e pronta aplicabilidade jurisdicional, até que lei posterior o regulamente,³⁰ uma vez que as mais modernas orientações doutrinárias e jurisprudenciais posicionam-se no sentido de que, em se assim não se entendendo, grande parte do estatuto que consagra os direitos fundamentais restaria inoperante, sendo que a demora na aplicação dos direitos fundamentais afronta o significado da norma constitucional que os consagra e define, razão pela qual os princípios estabelecidos por eles devem ser de imediata aplicação.³¹

Referido posicionamento tem amparo no estabelecido pelo art. 5º, § 1º, da CF/88, segundo o qual: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.” O art. 18º, nº 1., da CRP/76, também estabelece a direta e vinculadora aplicação dos preceitos constitucionais relativos aos direitos de liberdade e garantias.

As Constituições brasileira e portuguesa seguiram o modelo do constitucionalismo moderno, consagrando uma maior consciência de cidadania, ao assegurarem direitos aos cidadãos frente aos poderes do próprio Estado, postura que dá ensejo a um inevitável aumento das hipóteses de situações lesivas que importam no dever de indenizar.

Nem sempre a concorrência de terceiros para o dano exime de responsabilidade a administração, quando o dever abstrato de atuação concretizou-se e individualizou num caso concreto, mas a administração pública deixou de operar como deveria, quer seja de forma radical, mantendo-se passiva (omis-

³⁰ Em sentido contrário a esse posicionamento, portanto, entendendo que os direitos fundamentais constitucionalizados como valores, princípios ou cláusulas genéricas, que reclamem lei posterior que os regulamente, carecem previamente dessa lei para que tenham validade prática, está a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Espanhol (3ª sala), em sentença de 16.10.1979, na qual se reafirmou a doutrina de que quando a lei constitucional remete a regulamentação de algum de seus princípios à lei, o próprio legislador constituinte está reconhecendo a necessidade de lei posterior que desenvolva e limite às declarações de princípios básicos consagrados na lei constitucional em questão (PEREZ LUÑO, 1998, p. 64).

³¹ Em qualquer hipótese, os princípios consagrados pelos direitos fundamentais são de aplicação imediata, mesmo que se reconheça a necessidade de lei infra-constitucional que os regulamente, afinal, a lei fundamental pode ser tomada com um significado que representa a postergação dos direitos fundamentais e liberdades públicas. (PEREZ LUÑO, 1998, p. 65).

são absoluta), bem como, quando atuou de forma deficiente ou insuficiente (omissão relativa).

Em se tratando de omissão pura da administração pública, quando o dano não está relacionado com uma situação de risco criada por ela, o dever de indenizar materializa-se no caso concreto, ante a conclusão de que dentro dos serviços públicos a cargo da administração inclui-se algum que tenha por uma das finalidades evitar referido mal.³²

O critério de avaliação da exigibilidade do serviço público, para os fins de importar a eventual responsabilidade civil do Estado omissor, será tratado detalhadamente, no item imediatamente posterior.

A exigência da comprovação da culpa da administração pública, como condição *sine qua non* para ensejar o dever do Estado de indenizar, em face da omissão, deve ser coadjuvada com a dificuldade (por vezes impossibilidade) do lesado em demonstrar que na *faute du service (public)*, o Estado não se desempenhou como deveria. Afinal, na maioria das vezes, o administrado (lesado) não tem acesso à intimidade da administração pública, notadamente, no que concerne aos seus recursos financeiros, técnicos, normas internas e possibilidades econômico-administrativas.

Comungamos com o entendimento de que, nesse caso, haverá presunção de culpa da administração pública, invertendo-se, assim, o ônus da prova, o que não se confunde com a responsabilidade objetiva, pois, nessa hipótese, a questão do dever de indenizar se examina e decide, exclusivamente, pelo ângulo do lesado na sua esfera juridicamente protegida, ou seja, a única hipótese de afastar o dever de indenizar é demonstrar que foi o próprio lesado o responsável pela lesão.

Já na mera presunção de culpa da administração pública, será a questão analisada pelo ângulo da omissão Estatal, avaliando se a omissão que resultou no dano é censurada pelo Direito, podendo o Estado produzir prova em contrário (MELLO, 1995, p. 588-589).

Dessa forma, nada impede que o julgador retire de um fato conhecido uma presunção que pode ser afastada pela prova em contrário, o que encontra respaldo na legislação processual civil brasileira (art. 335 do Código de Processo Civil) e portuguesa (art. 349.º, do Código Civil).

2.3.1 A Omissão na garantia do direito à vida e à integridade física

³² O Supremo Tribunal de Justiça de Espanha entendeu que: "Para sentar una conclusión em cada caso hay que atender no sólo al contenido de las obligaciones, explícita o implícitamente, impuestas a la Administración competente por las normas reguladoras del servicio, sino también a la valoración del rendimiento objetivamente exigible em función del principio de eficacia que impone la Constitución a la actuación administrativa." (STS de 7 de octubre de 1997 [RJ 1997, 7393].) (AHUMADA RAMOS, 2000, p. 242).

Face às Constituições do Brasil e de Portugal, entendemos ser inquestionável a conclusão de que a proteção jurídica ao menor inicia-se antes do nascimento com vida, a despeito do art. 4º do Código Civil brasileiro e art. 66.º, nº 1., do Código Civil português estabelecerem como marco inicial da personalidade jurídica o nascimento com vida.³³

Não pretendemos aqui ingressar no âmbito da polêmica acerca da legitimidade da legalização do aborto, tema de grande interesse e que há muito desperta os mais acirrados embates, mas a cuja sedução devemos resistir, o que não elide a imperiosa necessidade de registrarmos que a proteção constitucional à vida e à integridade física não está restrita ao prévio nascimento. Mas, ao revés, independe dessa circunstância, pois a norma constitucional estabelece o direito à vida, não de conservação da vida já nascida, abarcando assim todas as formas da vida humana, incluindo o próprio direito ao nascimento.

Antes de adquirir a *plena personalidade jurídica* reconhecida pela lei civil, em face do nascimento com vida, o Estado e o Direito podem e devem intervir na tutela do ser humano, afinal, a Carta Constitucional brasileira e portuguesa sufragaram a garantia à dignidade humana e o direito à vida como sendo base das referidas sociedades, não circunscrevendo qualquer limite a tais garantias, de forma a impor ao poder público o dever de proteger o direito à vida pré-natal e pós-natal de todos, notadamente, em face da fragilidade e debilidade do seu titular, o que impõe maior rigor a essa proteção.³⁴

Desde a fase pré-natal, o indivíduo já é único e não repetível, contando com os elementos da personalidade que se desenvolverão no decorrer da sua existência, razão pela qual ele ainda tem a proteção ao desenvolvimento da personalidade, tal como consagrado no art. 26.º, nº 1., da CRP/76, outra garantia constitucional a confirmar que a vida intrauterina já conta com um indisfarçável proteção legal.³⁵

Nem mesmo o fato de ser praticamente unânime, nos países onde a prática do aborto é considerada crime, que as penas previstas para esse delito sejam menos severas que as estabelecidas para o crime de homicídio (tal como

³³ A garantia do direito à vida e à dignidade humana, como valor supremo do Estado português e brasileiro, tal como consagrado nas respectivas Cartas Magnas destas nações, evidencia o reconhecimento de uma personalidade jurídica pré-natal, cujo início deve coincidir com o início da vida, tal como é, o fim da vida faz cessá-la. A entender-se de forma diversa, estar-se-ia admitindo a existência de dois tipos de personalidade jurídica, uma delas parcial, pelo fato de ser pré-natal, e outra plena, que se adquiriria com o nascimento com vida (OTERO, 1999, p. 61-62).

³⁴ Segundo Gonzalez Cussac (1996, p. 823-824), como garantia da referida proteção constitucional dos indivíduos ainda não nascidos, o Direito Penal espanhol prevê tipo penal específico que pune com pena de prisão de dois a seis anos, a manipulação genética que não tenha por objetivo a cura de males hereditários ou enfermidades graves, tal como se infere dos termos do art. 159 do Código Penal espanhol, o que traduz a sua atualidade, reformado em 1995, segundo o qual:

"Art. 159.

1. Serán castigados con la pena de prisión de dos a seis años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de siete a diez años los que, con finalidad distinta a la eliminación o disminución de taras o enfermedades graves, manipulen genes humanos de manera que se altere el genotipo.

2. Si la alteración del genotipo fuere realizada por imprudencia grave, la pena será de multa de seis a quince meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de uno a tres años."

³⁵ Sobre a proteção jurídica ao feto e ao embrião, vide Ascensão, 1991, p.430-458.

no Brasil e em Portugal), tem o condão de elidir a conclusão da existência da proteção constitucional da vida pré-natal, pois a referida distinção é motivada por razões sociológicas. Afinal, um tipo de lei tutela a vida já nascida, que venceu todo o processo de gestação, independente, autônoma e capaz do relacionamento social igualitário, o que não se pode dizer quanto ao tipo penal que tutela a vida do nascituro.

Essa tutela do nascituro é devida, não apenas em face de ações que resultem danos à sua saúde ou integridade física, como garantia do direito à vida, à dignidade da pessoa humana e ao desenvolvimento da personalidade mas também em face de omissões das quais advenham as mesmas consequências,³⁶ desde que haja dever jurídico de agir, seja esse por força de lei ou negócio jurídico.

Considerando a amplitude das hipóteses em que emergem o dever estatal de assegurar o direito à vida e à integridade física dos menores, direitos dos mais garantidos na Constituição brasileira e portuguesa, ante a farta enumeração normativa já referida, não há resposta pronta para definir *a priori* o padrão normal tipificador da obrigação a que estaria o Estado legalmente adstrito, como limite a ensejar a responsabilidade em face da omissão.

Estamos, assim, ante ao grande problema enfrentado pelo aplicador do Direito nessa seara, que se deve atentar aos *standards* (como parâmetros), que deverão corresponder às prestações administrativas devidas, os quais, na medida do possível, devem ser estabelecidos pelo Poder Legislativo, de forma a orientar os tribunais e não serem construídos por eles.³⁷ O que não elide a possibilidade dos tribunais estabelecerem parâmetros para apurarem a referida responsabilidade, considerando o rendimento médio do serviço, ante a eventual falta de critério legal ou regulamentar para tanto.

Cabe aos tribunais a materialização dos valores e direitos em favor dos cidadãos contidos na Constituição, não obstante o risco deles considerarem os parâmetros de normalidade do serviço, em níveis desproporcionados

³⁶ Como corolário da conclusão de que pode haver responsabilidade civil pela ação ou omissão lesiva à integridade física e moral do nascituro, está o art. 1.878 do CC português, segundo o qual os pais têm o dever de zelar pela segurança e saúde dos filhos, de forma a impor-lhes um dever jurídico, que caso desatendido, poderá redundar na responsabilidade deles em indenizar a vítima, tal como no caso da mãe que não administra medicamento necessário ao normal desenvolvimento da gravidez, quando lhe era possível fazê-lo, ou da genitora que faz greve de fome durante a gestação, o que resulta em malefícios para o filho (SOUZA, 1995, p. 156-157).

³⁷ Acerca da inquietação de que cabe ao Legislativo estabelecer os critérios que representem *standards* a serem observados para auferir se no caso concreto houve atraso, omissão ou má atuação da administração pública, capaz de ensejar a responsabilidade civil do Estado pelos tribunais, não sendo essa missão dos tribunais, a doutrina espanhola com propriedade tem advertido que, em princípio, cabe ao legislador estabelecer os critérios, regras, parâmetro objetivo de qualidade, em suma, os *standards* que devem servir de referência ao juiz para que no caso concreto averigüe se houve incumprimento, omissão ou demora que resultou na existência de lesão ao administrado, portanto, a má atuação administrativa e o conseqüente dever de indenizar, pois, na ausência deles, caberá ao subjetivismo do julgador no caso concreto estabelecer o que entende por *critério de rendimento médio do serviço*, com o risco dos tribunais considerarem os níveis de *normalidade de serviços*, muito acima ou abaixo da qualidade e capacidade dos serviços do país (AHUMADA RAMOS, 2001, p. 241).

com a qualidade dos serviços e capacidade do país.

Essa dificuldade prática de previamente se estabelecerem tais parâmetros não representa impossibilidade que seja apurada, no caso concreto, a responsabilidade do Estado em face de danos suportados pelo administrado, quando se deve tomar por referência o estágio de desenvolvimento tecnológico, cultural, econômico e a conjuntura da época, bem como o nível de expectativa que o próprio poder público depositou no serviço público omissivo, insuficiente ou inadequado, para o que se deve atentar às normas por meio das quais o próprio poder público obrigou-se a prestá-lo, tudo sob a orientação da presunção de culpa da administração, com a inversão do ônus da prova já referida.

Não há dúvidas de que a responsabilidade civil do Estado, na administração pública, emerge da omissão das suas obrigações, caracterizando uma verdadeira falta que, efetivamente, lesione os direitos ou bens juridicamente protegidos dos cidadãos.

Nas hipóteses em que se pretende uma declaração de responsabilidade civil da administração pública, em face da omissão nos deveres de ordenação e controle que detém sobre certas atividades privadas, em face da norma jurídica que regula as suas competências tal como a saúde, não se pode considerar o princípio da responsabilidade objetiva para dar azo ao dever estatal de indenizar, evitando que o Estado se converta em segurador universal, devendo-se demonstrar que a administração pública não cumpriu um dever de cuidado.

Sem nos desviarmos do objeto do presente trabalho, o qual se refere ao direito à vida e integridade física dos menores, é mister consignar que para caracterização do dever de indenizar, em face da omissão, é imprescindível que a atividade devida seja materialmente possível.

A impossibilidade material da consecução do estabelecido na norma afasta a responsabilidade estatal, razão pela qual os deveres postos a cargo da administração devem ser confrontados com a realidade fática do momento em que se aplica, tal como se passa em situação de conflito armado.

Podemos assim concluir que, em face de eventuais lacunas no âmbito normativo que orientam os tribunais, na busca de estabelecerem parâmetros para deduzir pela responsabilidade do Estado no caso concreto, para além dos fatores já relacionados, o julgador deve atentar para “[...] a falta de concretização dos direitos no caso concreto, o vínculo da administração aos fins que justificam seu poder e o encargo.” (AHUMADA RAMOS, 2000, p. 246). O que também deve servir como parâmetro para valorar a legalidade do exercício ou da falta de exercício do poder administrativo.

2.3.2 O dano indenizável e a responsabilidade civil do Estado em face da omissão

Como já mencionamos no ponto anterior, não é qualquer dano que sofre o particular em face da administração pública, que é passível de indenização.

Demonstramos que a primeira condição para ensejar o dever de indenizar é a lesão a um direito, nos moldes já referidos, o que não esgota os requisitos necessários para que exsurja o dever de indenizar do Estado.

É necessário ainda que o dano seja certo, já ocorrido, não apenas eventual ou possível, o que não impede que se incluam entre os danos efetivos aqueles que ainda estão por vir, quando da sentença que determina a indenização (danos futuros), não obstante exista a antecipada certeza do seu suceder com o tempo.

Os danos indenizados não se limitam aos meramente econômicos, mas também os são os danos morais, que apesar de poderem acarretar consequências econômicas para o lesado, tal elemento não é condição para ensejar o dever do Estado de indenizar.

Os danos indenizáveis devem ser economicamente auferíveis, o que não importa na conclusão de que apenas os danos a direitos patrimoniais são indenizáveis, mas também os danos a direitos personalíssimos, como é o caso do direito à vida e integridade física.

Dessa forma, a consequência econômica para o lesado da violação no dano moral não é condição para a indenização, sendo que o art. 5º, X, da CF/88, é claro ao estabelecer que é devida a indenização ao lesado em face do dano material ou moral.

A Constituição portuguesa (art. 26.º, nº 1.)³⁸ garante a todos o direito ao bom nome, reputação, imagem e desenvolvimento da personalidade, dentre outros direitos fundamentais. Não fica afastada a hipótese da responsabilidade civil do Estado português em face do dano moral, o que também está a garantir o dever estatal de indenizá-lo.

Em se tratando de lesão pessoal ou morte da vítima, que é o objeto central da presente investigação, a indenização não pode ser avaliada estritamente em termos econômicos, pois o direito em questão não tem conteúdo econômico, razão pela qual deve abranger os eventuais aspectos materiais

³⁸ “Art. 26.º (Outros direitos pessoais)

1. A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação.”

advindos com a lesão, tais como: as despesas de sepultamento e a prestação de alimentícia, para quem o falecido a devia (caso o menor, por exemplo, já fosse pai), admitindo reajustamento para acompanhar eventual elevação do custo de vida, em face do seu caráter alimentar, deverá ainda ser estabelecida uma justa compensação, observando-se as circunstâncias pessoais da vítima do dano (a idade, o estado etc.), o caráter dos danos (gravidade, conseqüências para a vítima) e sua duração de seus efeitos (temporal ou permanente).

Caso o dano ocorrido seja a morte do menor, seguramente, não há forma de compensar o falecido pela sua morte, devendo assim se entender que a omissão administrativa também lesou o direito dos seus familiares em não serem privados da companhia da vítima. Essa lesão traduz-se no sofrimento moral causado pela perda injusta de um ente querido que, apesar de não ser materialmente reparável, pois não se pode retomar a vida do falecido, pelo que faz o sofrimento dos familiares (tão pouco seja esse propriamente indenizável), devem os Tribunais declararem em favor da outra vítima (os familiares), uma compensação econômica que, se não pode minorar a dor produzida, ao menos provocará um estado de ânimo para que de alguma forma atue compensando o sofrimento.

Questão que merece destaque nessa oportunidade e que sempre se revelou objeto de acirrado debate, compreende em saber se a responsabilidade civil em face de ações ou omissões médicas, quando praticadas em estabelecimentos públicos de saúde, devem ser qualificadas como responsabilidade por atos de gestão privada ou responsabilidade por atos de gestão pública.

Tal conclusão é relevante por vários motivos, afinal ela indicará o direito aplicável e os sujeitos responsáveis pela indenização. Em última análise, onde haja tribunais administrativos (como é o caso de Portugal), a resposta ao referido questionamento ainda apontará o órgão competente para o julgamento.

Essa questão já era objeto de longo debate da doutrina portuguesa, até que o legislador regulou a matéria no Decreto-Lei nº 373, de 08.09.1979, posteriormente, no art. 12 da Lei nº 56, de 15.09.1979 (Lei de Base do Serviço Nacional de Saúde), expressamente qualificando a responsabilidade por atos médicos praticados nas condições referidas, como sendo atos de gestão pública.

No entanto, a nova Lei de Base do Serviço Nacional da Saúde (Lei nº 48, de 24.08.1990) não regulou a matéria, o que fez ressurgir a polêmica.

Dúvidas não restam de que, na gestão privada, a administração pública desenvolve a sua atividade ao abrigo do Direito Privado, enquanto na gestão pública, a atividade é desenvolvida nos termos do Direito Público. O que nem sempre é fácil de distinguir, notadamente, quando o dano advém de uma

operação material ou pertencente a uma atividade não jurídica da Administração Pública, portanto de caráter eminentemente técnico.

Conforme bem acentua a doutrina portuguesa, no desempenho dos serviços que o Estado institui, seja de educação, construção, assistência, saúde etc, há uma parte dessa atividade que é jurídica, traduzida pelos agentes públicos responsáveis pela administração e gestão financeira do hospital, escola, obra, asilo etc. Há outra parte da atividade desenvolvida que é eminentemente técnica, como dos professores, engenheiros, assistentes sociais, médicos etc, sendo, nesses últimos casos, que a determinação de existir gestão pública ou privada apresenta-se mais complexa (AMARAL, 1991, p. 123-131).

A par de judiciosas teorias que buscam solucionar a questão, tais como a *teoria da natureza material da atividade*, a *teoria dos poderes de autoridade* e a *teoria do enquadramento institucional*,³⁹ o Tribunal de Conflitos de Lisboa, em Acórdão de 05.11.1981, entendeu que, na distinção dos atos de gestão pública e dos atos de gestão privada, o que de fato importa é que se trata do exercício de uma função pública regulada por normas de Direito Público, inclinando-se assim para a teoria do enquadramento institucional.⁴⁰

Tendo por base o posicionamento do referido Tribunal, fica claro que, apesar dos médicos que exercem as suas funções em hospitais públicos não as exercerem materialmente de forma distinta dos que exercem em clínicas privadas, e deles não exercerem poder de autoridade sobre os pacientes (o

³⁹ Para a *teoria da natureza material da atividade*, para se concluir se um ato é de gestão pública ou privada, deve-se atentar para as características substanciais da atividade desenvolvida, de forma que, se essa atividade for desenvolvida materialmente de forma distinta daquela que o particular a desenvolve, será ato de gestão pública, caso contrário, será de gestão privada. Como materialmente um médico desenvolve sua atividade em um hospital público da mesma forma que o faz em sua clínica particular, seus atos são de gestão privada. Segundo a *teoria dos poderes de autoridade*, sempre que houver exercício de poder de autoridade no ato empreendido, ele será de gestão pública. Não havendo relação de autoridade pública entre o médico e o paciente, não há ato de gestão pública. Finalmente, defendem os adeptos à *teoria do enquadramento institucional* que aquilo que importa para verificar se um ato é de gestão pública ou privada, é a verificação se o exercício da função pública é ou não regulada por normas de direito público, havendo ou não exercício do poder de autoridade.

Entendemos que a *teoria do enquadramento institucional* apresenta-se como a mais coerente para solucionar a questão, uma vez que a *teoria da natureza material da atividade* atenta-se exclusivamente para a forma material de realização do ato pelo agente, enquanto a existência da distinção de atos de gestão pública para os atos de gestão privada ocorre devido ao direito que rege a atuação da administração pública. Apesar da *teoria dos poderes de autoridade* se basear na acertada conclusão de que quando a Administração Pública atua com poderes de autoridade está havendo ato de gestão pública, ela não é suficiente para resumir toda a questão, já que há situações em que, apesar do agente não atuar com poder de autoridade, sua atividade é adstrita a deveres e restrições especiais, impostos por exigência do interesse coletivo (AMARAL, 1991, p. 128).

⁴⁰ Conforme referida decisão: “[...] são actos de gestão pública os praticados pelo órgão ou agentes da Administração no exercício de um poder público, ou seja, no exercício de uma função pública, sob o domínio de normas de direito público, ainda que não envolvam ou representem o exercício de meios de coerção”, enquanto “são actos de gestão privada os praticados pelos órgãos ou agentes da administração, em que esta aparece despidida do poder público e, portanto, numa posição de paridade com o particular ou os particulares a que os actos respeitam e, daí, nas mesmas condições e nos mesmos regimes em que poderia proceder um particular com inteira submissão às normas do direito privado.” (AMARAL, 1991, p. 128-129).

que afastaria o conceito de gestão pública da atividade, sob a óptica da teoria da natureza material da atividade e dos poderes de autoridade), as suas atividades são desenvolvidas sob a égide de normas de Direito Público, pois estão condicionados a deveres e restrições especiais.

Nos termos do entendimento jurisprudencial já referido, o qual acolhe a teoria do enquadramento institucional, concluímos que a atividade médica nos estabelecimentos públicos de saúde é uma atividade de gestão pública, em razão do que a responsabilidade civil pelas omissões na garantia da vida e integridade física praticada nesses hospitais dá ensejo à responsabilidade civil do Estado, desde que o profissional responsável pelo ato tenha atuado como funcionário público.

2.3.3 A responsabilidade civil do Estado em face dos danos ocorridos em estabelecimentos de internação de menores

Em face da abundância de casos que relatam as mais bárbaras sevícias, maus-tratos e, até mesmo, atentados contra a vida daqueles que são recolhidos em estabelecimentos, que deveriam ter como fim a sua recuperação, o que também pode ser dito em relação aos recolhidos em centros penitenciários, merece destaque na questão da análise do dever do Estado essa situação, pois, se de um lado, apontando para o reconhecimento do dever de indenizar, está o fato desses estabelecimentos serem administrados pelo Estado, que ainda é o responsável pela determinação do recolhimento do menor infrator, de outro lado, está a circunstância muito freqüente de que esses trágicos eventos são resultados de animosidades ou ajustes de contas entre os próprios internos.

Na seqüência da relação causal que resultou em dano para o interno, sempre estará o fato do Estado ter sido o responsável de ele ter sido levado e mantido contra sua vontade no lugar onde o dano ocorreu.

Apesar dessa máxima ser verdadeira, não pode ser por si só geradora de eventual responsabilidade civil, impondo eventual dever do Estado de indenizar, pois o interno estava obrigado a suportar a sua internação naquele lugar, em virtude do ato infracional praticado, ou seja, estava obrigado a suportar a privação da sua liberdade, o que não dá ensejo à indenização.

Nesse sentido, para que advenha o dever do Estado de indenizar, deve-se verificar a culpa da administração pública.

Em face da situação de total submissão do interno, o dever do Estado de indenizar os danos suportados por aquele deve ganhar maior elasticidade, resguardando os legítimos interesses daqueles que se vêem injustamente lesionados e subjugados à incúria do Estatal.

O ponto de partida para que se estabeleça a responsabilidade civil do Estado nessas situações é distinguir o nexo de causalidade fática, resultante da ação do agressor que deu causa ao dano à vítima, da causalidade jurídica, a qual tem por objeto a verificação da posição jurídica que tem o sujeito passivo da reclamação (no caso o Estado), em face do bem lesionado (a integridade física ou a vida da vítima).

A conclusão é de que, nos casos de custódia em estabelecimentos Estatais, a administração tem o dever de velar pela vida e integridade física dos internos, sendo direito deles que a administração ponha todos os meios ao seu alcance para evitar que sejam agredidos ou mortos, quer seja pelos agentes da autoridade ou pelos outros internos. Dessa forma, se tal ato ocorreu, é porque a administração assim não procedeu, exceto casos muito excepcionais por ela justificados, sendo ônus do Estado a sua prova.⁴¹

O mero fato do agressor haver se valido de uma arma para penetrar o corpo da vítima e assim levá-la ao óbito ou lesioná-la já evidencia a responsabilidade patrimonial da administração, pois, apesar dela não ser a responsável direta pelo ato em questão, na mesma medida em que o agredido está obrigado a suportar a sua manutenção em custódia, pelo ato infracional praticado, a administração é responsável pela manutenção da integridade do mesmo, inclusive por meio de revistas e vigilância que impeça o porte de armas, no interior de estabelecimentos prisionais, mesmo brancas e confeccionadas artesanalmente.

Referida doutrina amplia sobremaneira o dever do Estado de indenizar, caso os danos tenham ocorrido no interior do estabelecimento prisional, onde é dever da administração a manutenção de medidas rígidas de vigilância, não apenas no sentido de impedir fugas mas também e, principalmente, de manter a integridade física dos internos.

2.4 A responsabilidade em face da omissão legislativa e os instrumentos de controle

Para que a Carta Constitucional não se torne apenas um catálogo de intenções, sem qualquer aplicabilidade prática ante a inércia do legislador, deve conter mecanismos de autodefesa, com vistas a garantir o propósito de dar concretude prática aos seus fins.

⁴¹ Entendeu o Tribunal Constitucional Espanhol que: *“la administración tiene el deber de velar por la vida de los internos; ello le impone la realización de todos los actos necesarios para garantizarla y la omisión de impedir resultados lesivos de la vida generará, consecuentemente, responsabilidad. cuando la realización de las acciones hubiera impedido con alto grado de probabilidad la producción de dichos resultados.”* (AHUMADA RAMOS, 2000, p. 261).

Como algumas normas constitucionais não gozam de aplicabilidade imediata, elas carecem de dispositivos que as regulamentem e assim lhe dêem eficácia prática, para o que dependem da ação legislativa posterior.

Há, ainda, normas constitucionais pragmáticas, que carecem de atos normativos ou regulamentares do Poder Executivo, com vista a lhes conferir plena eficácia e exequibilidade.

As omissões que representam inconstitucionalidade não são apenas referentes a atos de conteúdos normativos, uma vez que podem haver inconstitucionalidades por omissão nas funções políticas ou de governo, bem como na revisão constitucional.⁴²

Conclui-se, assim, que se incumpra a Constituição não apenas por ações mas também em face de omissões daqueles que são constitucionalmente incumbidos do dever de agir.

A primeira Carta Constitucional a consagrar a fiscalização da inconstitucionalidade por omissão foi a Constituição iugoslava de 1974, seguida da Constituição Portuguesa de 1976, que inspirou a Constituição brasileira de 1988 (MIRANDA, 2001, t. 6, p. 277), a qual consagrou a inconstitucionalidade por omissão em seu art. 103, § 2º.

O legislador constituinte brasileiro ainda estabeleceu um outro instrumento de controle da omissão inconstitucional, qual seja, o mandado de injunção.

Dentro do objeto de investigação do presente trabalho, em face do ordenamento jurídico brasileiro, em vigor, entendemos que a omissão legislativa em detrimento do direito à vida e integridade física dos menores, a qual é digna de nota, refere-se à imperiosa necessidade de normatizar as pesquisas envolvendo os seres humanos nas áreas da genética e reprodução humana, o que, atualmente, é apenas regulamentado por meio da Resolução nº 196, de 10.10.1996, do Conselho Nacional de Saúde, a qual não conta com força de lei.

Com o desenvolvimento das modernas técnicas biomédicas e com o avanço da utilização delas em fase anterior, a nidificação do óvulo fecundado no útero materno (nidação) é ilegítima e atentatória à proteção constitucional de qualquer manipulação das informações genéticas que instrumentalize o embrião, quer seja para criar seres mais fortes, inteligentes, resistentes ou mesmo

⁴² Miranda (2001, p. 273) acena com exemplos de inconstitucionalidade por omissão de atos políticos: a não-marcação de eleições no prazo constitucional, quando houver dissolução de órgão colegial baseado no sufrágio direto, tal como estabelecido pelo art. 113º, nº 6, da CRP/76, a não-designação de titulares de cargos constitucionais, a não-promulgação de leis pela Assembleia da República, entre outros. E como exemplo de inconstitucionalidade por omissão na revisão constitucional, quando a Carta Constitucional objeto de revisão, explícita ou implicitamente, requeira a modificação de alguns de seus preceitos ou de seus institutos.

meros reservatórios de órgãos.

Além de afrontar a garantia constitucional da dignidade humana e o desenvolvimento da personalidade, a manipulação das informações genéticas ainda fere o que, atualmente, é reconhecido e declarado como direito do indivíduo à herança genética, o qual foi inicialmente identificado no XIV Congresso Internacional de Direito Penal, realizado em Viena, em outubro de 1989 (ANDRADE, 1989, p. 383), posteriormente consagrado no art. 13 da Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina: Convenção Sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina, subscrita por Portugal e publicada no Diário da República, I Série – A, de 03.01.2001.⁴³

A omissão legislativa ao regular tão importante matéria pode levar a responsabilidade civil do Estado, que faculte a instalação de verdadeiro *paraliso* para a pesquisa genética na sua fronteira, em detrimento do direito à vida e herança genética. Essa responsabilidade emana da não-observação do princípio reitor do constitucionalismo, segundo o qual o reconhecimento, respeito e proteção dos princípios fundamentais da Constituição devem reger a legislação positiva, a prática judicial e a atuação dos poderes públicos.⁴⁴

A missão maior do Legislativo é garantir e dar operacionalidade aos direitos fundamentais consagrados na Constituição certificando-se de sua pronta regulamentação. De forma que, caso não o tenha feito, facultando assim a lesão a um particular ou grupo individualizado, a responsabilidade Estatal tem natureza objetiva.

2.4.1 A ação de inconstitucionalidade por omissão

No Brasil, têm legitimidade para propor ação de inconstitucionalidade por omissão os órgãos e entidades relacionados no art. 103, *caput*, da CF/88, sendo competente para o julgamento o Supremo Tribunal Federal – STF.

⁴³ “Art. 13º

Intervenções sobre o Genoma Humano

Uma intervenção que tenha por objecto modificar o genoma humano não pode ser levada a efeito senão por razões preventivas, de diagnóstico ou terapêuticas e somente se não tiver por finalidade introduzir uma modificação no genoma da descendência.”

⁴⁴ Nesse ponto, mister reconhecer a existência de posicionamento no sentido que para ensejar responsabilidade civil do Estado em face de uma não regulamentação que se considere devida, deve haver a conjunção de dois fatores: primeiro, é que haja um mandamento legal que contenha o dever de editar a norma e, segundo, que o dever seja estabelecido de forma concreta e precisa, não de forma abstrata e genérica. Nesse sentido, entende referida doutrina que a responsabilidade civil do Estado não pode emergir de uma das várias interpretações possíveis da lei, para evitar que se estabeleça uma responsabilidade universal do Estado (AHUMADA RAMOS, 2000, p. 282).

Apesar do legislador brasileiro haver se inspirado na Constituição portuguesa para consagrar a fiscalização da inconstitucionalidade por omissão, foi além do modelo português, que se limita a examinar eventual “[...] omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais.” (art. 283., 1., da CRP/76),⁴⁵ pois, no Brasil, ela também pode ser manejada em face da recalcitrância de órgãos administrativos na edição “[...] de medida para tornar efetiva norma constitucional [...]” (art. 103, § 2º, da CF/88).

A norma que consagrou a ação de inconstitucionalidade por omissão no Brasil não contém a locução *medida legislativa* para identificar o objeto do seu controle, tal como fez a Constituição portuguesa, legitimando, assim, que ela também seja manejada em face de medidas para tornar efetiva a norma constitucional, inclusive em face de órgãos administrativos, tal como é explicitamente consagrado.

Sendo assim, merece atenção a verificação da possibilidade de manejo desse instrumento, para garantia do direito à vida e integridade física dos menores, em face da ausência de atos administrativos concretos, necessários a tal desiderato, tal como a construção de um hospital numa região carente, de uma unidade de terapia intensiva neonatal, onde haja grande índice de mortalidade infantil pela falta de tratamento adequado pós-parto, ou mesmo de uma unidade de recuperação de menores infratores, onde eles estejam sendo amontoados em situações similares aos dos campos de concentração nazistas.

Apesar da amplitude da norma constitucional que consagra a ação de inconstitucionalidade por omissão, ao interpretá-la, o STF brasileiro, o qual dá a última palavra acerca da interpretação da norma constitucional, entendeu que, nessas hipóteses, ou em outras assemelhadas, não é cabível o manejo da ação de inconstitucionalidade por omissão, pois essa não pode pretender dar ensejo à prática de um ato em caso concreto, mas para que seja suprida omissão de medida exclusivamente de caráter normativa, necessária ao cumprimento do preceito constitucional.

Conclui-se, assim que, mesmo sendo admissível a utilização da ação de inconstitucionalidade por omissão de órgãos administrativos, ela apenas tem cabimento para a verificação da não-edição de atos normativos, tais como regulamentos, decretos, instruções, ou seja, atos que contenham regras gerais e abstratas que, apesar de não serem leis, em sentido formal, apresentam-se como tal no aspecto material.

2.4.2 O mandado de injunção

⁴⁵ “Art. 283.º (Inconstitucionalidade por omissão)

1. A requerimento do Presidente da República, do Provedor de Justiça ou, com fundamento em violação de direitos das regiões autónomas, dos presidentes das assembleias regionais, o Tribunal Constitucional aprecia e verifica o não cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais.”

Com vistas a ratificar o seu propósito de dar plena eficácia e aplicabilidade aos preceitos constitucionais, o legislador constituinte inseriu na Constituição Federal de 1988 a inovação do mandado de injunção (art. 5, LXXI), o qual não tem precedente na legislação portuguesa.

Interessante ressaltar que, com a promulgação da referida Carta Magna, instalou-se a polêmica a respeito da necessidade ou não de regulamentação do próprio mandado de injunção, ou seja, se era ou não auto-aplicável.

A despeito da posição dos que sustentavam que a norma constitucional que estabeleceu o mandado de injunção carecia de regulamentação, pois não era previsto o seu processamento judicial, felizmente essa doutrina foi minoritária, prevalecendo o entendimento de que a regulamentação processual já existente oferecia os meios suficientes ao seu processamento e julgamento.

Para tanto se devem aplicar de forma análoga as normas pertinentes ao mandado de segurança, o que foi consagrado pelo STF brasileiro, inclusive ao argumento de que a Lei nº 8.038, de 28.05.1990, a qual regula as normas procedimentais perante o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, estabelece que, enquanto não foi editada lei específica, no que couberem, as normas processuais do mandado de segurança devem aplicar-se ao mandado de injunção.

Seria mesmo um contra-senso que o constituinte criasse um remédio garantidor do texto da Constituição, com vistas a evitar que a mora do legislador na regulamentação de importantes dispositivos levasse ao desprestígio da Constituição, que ficasse a padecer do mesmo mal que tentou evitar, ou seja, a incúria do legislador infraconstitucional.

Apesar do paralelismo existente entre o mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade, elas são figuras distintas.

Pela simples leitura do texto constitucional que o consagrou, no que concerne ao objeto da sua proteção, conclui-se que o mandado de injunção não tem a amplitude da ação de inconstitucionalidade por omissão, pois enquanto ela pode ser utilizada com vistas a tornar efetiva qualquer norma constitucional, o mandado de injunção só pode ser manejado para a garantia de direitos e liberdades constitucionais, bem como na garantia das prerrogativas inerentes à nacionalidade, soberania e cidadania, que estejam sendo inviabilizadas pela ausência de norma regulamentadora.

Conforme a melhor doutrina, não apenas brasileira mas até mesmo de autores lusitanos que nos dignificaram, ao estudarem a matéria sob a ótica do Direito brasileiro, a inconstitucionalidade por omissão é uma modalidade de fiscalização abstrata, com vistas a dar ciência ao Poder competente que deve

adotar providências para tornar efetiva uma norma constitucional. O mandado de injunção é uma modalidade de fiscalização concreta, em que a sentença suprirá a ausência da norma regulamentadora, traduzindo a sua natureza não apenas mandamental mas satisfatória no caso concreto, sem efeito *erga omnes*, pois o Judiciário não pode legislar, o que representaria usurpação da titularidade do Legislativo.

Ainda conforme o entendimento doutrinário majoritário, como forma de moderar o poder do magistrado, ao conferir natureza satisfatória à decisão proferida em mandado de injunção, que não seria cabível quando importasse na organização de serviços ou alocação específica de recursos ou de serviços públicos, o que representa implicações de grande vulto, redundando na invasão da esfera privativa do Executivo e Legislativo pelo Judiciário, sendo as implicações dessa decisão carregada de inconstitucionalidade (PASSOS, 1999).

Apesar da doutrina corrente caminhar nesse sentido, a jurisprudência do *pretório* brasileiro é firme em sentido mais conservador, ou seja, de que o mandado de injunção não legitima a veiculação de provimento normativo que destine a substituir a norma faltante, de forma a equiparar o mandado de injunção à inconstitucionalidade por omissão, por entender que só assim estar-se-ia observando o princípio constitucional da separação dos poderes.

Não podemos deixar de registrar que as mais recentes decisões em que esse tema é considerado, referido Tribunal tem dado um passo mais à frente, indo além da mera e por vezes inútil comunicação da omissão normativa ao órgão competente, a fim de que ele supra a omissão, mas tem conferido prazo para tanto, sob pena do requerente ver suprida a inércia e satisfeita sua pretensão pelo próprio Judiciário, na mesma decisão lançada (VELOSO, 1999, p. 314-315).

Com essas considerações acerca do tema, concluímos que, apesar do mandado de injunção ser cabível para a garantia do direito à vida e integridade física dos menores, como garantia de direitos e liberdades constitucionais, mesmo aceitando a tese de que este tem natureza mandamental e satisfatória ao caso concreto (conforme entendimento da doutrina dominante, o que contrasta com a posição adotada pelo STF), impõe-se a conclusão de que ele não pode ser manejado para a organização de serviços ou alocação específica de recursos ou serviços públicos (para que o julgador não invada a esfera privativa do Legislativo ou do Executivo), razão pela qual o seu manejo na garantia do direito à vida e integridade física dos menores fica totalmente inviabilizado.

2.5 A responsabilidade civil do Estado em face da omissão na prestação

judicial

O primeiro esforço de exegese sobre o tema importa numa análise detida do ordenamento jurídico brasileiro, no sentido de verificar se ele admite a responsabilidade civil extracontratual do Estado por fato ilícito decorrente da função jurisdicional, notadamente, pela denegação, omissão ou demora na prestação jurisdicional.

Numa ampla análise, pode-se considerar que toda a deficiência na organização ou exercício da função jurisdicional, que importe na falta do Estado, quanto ao seu dever de proteção judiciária, configura a denegação da prestação jurisdicional capaz de ensejar a responsabilidade estatal.

Numa ação levada aos tribunais, o juiz não pode se eximir de aplicar o direito, negar a prestação jurisdicional, o que não importa na conclusão de que a responsabilidade do Estado pela omissão da prestação jurisdicional esgota-se aqui, pois ela também pode compreender a recusa de acesso ao Judiciário, a execução de uma sentença e a negligência no andamento processual, tal como se verifica nos termos do art. 25º, nº 1 e 2, da Convenção Americana dos Direitos do Homem, subscrita pelo Brasil,⁴⁶ bem como do art. 6º, nº 1, da Convenção Européia dos Direitos do Homem, subscrita por Portugal e aprovada pela Assembléia da República Portuguesa.⁴⁷

Desde uma perspectiva mais ampla, a responsabilidade estatal também pode emergir da escassez de recursos para que um cidadão tenha acesso satisfatório e amplo à prestação jurisdicional (por exemplo, pela falta de re-

⁴⁶ "Art. 25º Proteção judicial

1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efectivo, perante os juizes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam a atuando no exercício das suas funções oficiais.

2. Os Estados Partes comprometem-se:

a) a assegurar que a autoridade competente prevista pelo sistema legal do Estado decida sobre os direitos de toda pessoa que interpusse tal recurso;

b) a desenvolver as possibilidades de recurso judicial; e

c) a assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado procedente o recurso."

⁴⁷ "Art. 6º Direito a um processo equitativo

1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, em um prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional em uma sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a proteção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial aos interesses da justiça."

cursos ao pagamento de taxas judiciais), o que tem cunho notadamente social.

Nesse quadro, a responsabilidade civil do Estado em face da demora na prestação da tutela jurisdicional é digna de destaque, pois ele revela-se como sendo o problema crônico que acomete todo o sistema da prestação jurisdicional brasileiro, podendo assim resultar em prejuízo para a integridade física e até mesmo a vida do menor que esteja a depender de uma decisão judicial, por exemplo, para ver custeada pelo Estado uma intervenção médica terapêutica em estabelecimento médico privado, haja vista a falta de disponibilidade no serviço público de saúde.

No ordenamento jurídico francês, há disposição expressa no sentido que “o Estado é obrigado a reparar o dano causado pelo funcionamento defeituoso do serviço de Justiça.” (art. 11, da Lei de 05.07.1972), o que não há no ordenamento jurídico brasileiro.

A despeito dessa ausência, é segura a responsabilidade do Estado em face da função jurisdicional, não penas pelas razões já sustentadas mas também porque, a despeito do magistrado não ser compreendido como mero funcionário público, senão em sentido genérico, mas sim como sendo órgão de um poder do Estado, o art. 37, § 6º, da CF/88 não impõe qualquer restrição à responsabilidade civil extracontratual do Estado, derivada da natureza das funções desempenhadas pelos titulares dos seus órgãos públicos ou agentes públicos.

Quanto a eles não importa o título jurídico da sua investidura, pois, se todos são iguais perante a Constituição, também são os juízes.

A responsabilidade civil do Estado pela prática de ações ou omissões judiciais apresenta-se ainda mais segura, quando se verifica que o art. 37, § 6º, da CF/88 (tal como o art. 22.º da CRP/76), consagra o princípio da responsabilidade patrimonial das entidades públicas pelos danos que causaram aos cidadãos, o que no judicioso entender de Canotilho e Moreira (1993, v.1, p. 185) é da natureza do Estado democrático de direito o princípio geral de que aqueles que causem dano a outrem tenham o dever de repará-lo.

Não obstante o Processo Civil brasileiro ser norteado pelo princípio da iniciativa das partes, desde que esse adquiriu um matiz social, o juiz deixou de ser sujeito meramente passivo, devendo dirigir o processo (art. 262 do CPC brasileiro) e velar pela sua pronta solução (art. 125 do CPC brasileiro). Nesse mesmo sentido, está a legislação processual civil portuguesa (art. 266.º, do CPC português), a qual acentua o dever de diligência do magistrado.

Seguindo a regra geral da responsabilidade civil do Estado pela omissão, no caso da omissão judicial, é necessário que se demonstre a culpa pela prática de fato ilícito, representado pela violação de um mandamento legal

que imponha o dever de agir.

Para que se conclua pela responsabilidade civil do Estado em face da omissão, traduzida pela demora na tutela da prestação jurisdicional, sequer é necessário recurso a normas internacionais já citadas, pois, para além de configurar o desrespeito à norma disciplinadora da atividade processual, ela, principalmente, representa uma violação a direito fundamental.

Nesse último aspecto, devemos entender o direito a uma prestação jurisdicional sem dilações indevidas, como sendo uma dimensão do direito à proteção jurisdicional determinada pelo art. 5º, XXXV, da CF/88 e art. 20º, nº 1., da CRP/76.⁴⁸ De forma que, mesmo não sendo um direito fundamental autônomo, seguramente, está inserido naquele já mencionado, tendo como titular todo o particular que seja parte de um processo judicial, não se restringindo ao processo penal.

Para que se configure a violação referida, deve haver uma dilação indevida, ou seja, para além de um prazo razoavelmente necessário a pôr termo a um processo.

Posta a questão, é inevitável o questionamento acerca de como se verificar a caracterização da *dilação indevida*, ou não-julgamento no *prazo razoável*, em face da normal (ou anormal) morosidade judicial, afinal, é necessário distingui-la do estrito incumprimento pelo aparelho judicial dos prazos estabelecidos na norma processual, para se evitar que o Estado não se torne um segurador universal, inviabilizando a execução de suas múltiplas funções.

O direito à prestação jurisdicional livre de dilações indevidas é revestido de um conceito jurídico indeterminado ou aberto, pois a lei que os consagra e trata de sua aplicação não determina com necessária exatidão a medida concreta para a aplicação do mesmo a um caso particular.⁴⁹

Por conseguinte, é necessário que se estabeleçam critérios para que, num caso concreto, seja possível avaliar a razoabilidade de eventual dilação

⁴⁸ "Art. 20." (Acesso ao direito e tutela jurisdiccional efectiva)

1. A todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a Justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos."

⁴⁹ Neste sentido caminha doutrina e a jurisprudência do Tribunal Constitucional Espanhol, o qual já entendeu que: "*este concepto (el de proceso sin dilaciones indebidas) es manifestamente un concepto jurídico indeterminado o abierto que ha de ser dotado de un contenido concreto en cada caso atendiendo a criterios objetivos congruentes con su enunciado genérico. La remisión que el artículo 10.2 de la CE hace a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y a los Tratados y Acuerdos internacionales sobre las mismas materias suscritas por España para la interpretación de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales y libertades públicas, autoriza y aún aconseja referirse para la búsqueda de estos criterios, a la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional de los Derechos Humanos (TEDH) al aplicar la norma contenida en el art. 6º.1. del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, según le cual toda persona tiene derecho que su causa se oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable por un Tribunal independiente e imparcial.*" (LÓPEZ MUÑOZ, 2000, p. 153).

processual, traduzida pelo julgamento fora do prazo estabelecido em lei, de forma que haja uma unidade para a solução justa do reconhecimento de uma dilação indevida num caso em concreto, capaz de resultar na responsabilidade civil do Estado.

Acerca do tema, com propriedade já se posicionou Canotilho (1991, p. 293-307), segundo o qual três são os elementos a avaliar em face do caso concreto, para que se possa concluir se houve uma *dilação processual indevida*, por consequência, capaz de ensejar a responsabilização civil do Estado, que são: a *complexidade do assunto*, o *comportamento dos demandantes* e a *conduta das autoridades judiciais*.

A doutrina e jurisprudência espanhola utilizam um critério para apurar o dever do Estado de indenizar, em face do julgamento de um processo fora do prazo razoável, em muito semelhante com o ora exposto, inclusive no que concerne aos elementos informadores do conceito de *dilação indevida*, quais sejam: a complexidade do processo, a conduta dos litigantes e das autoridades intervenientes, bem como nas consequências para as partes que advenham da demora para o julgamento (LÓPEZ MUÑOZ, 2000, p. 176-177).

A *complexidade do assunto*: não há dúvidas de que o rígido cumprimento de absolutamente todos os prazos e termos que as normas processuais estabelecem constitui a melhor garantia de direito ao bom funcionamento do aparelho judicial.

Não obstante, é inegável que na atualidade, não apenas no caso do Brasil e Portugal, mas de outras nações que carecem de problemas estruturais no aparelho judicial, tal como a carência de funcionários e recursos, bem como do grande volume de processos, o rígido cumprimento de todos os prazos processuais constitui uma verdadeira utopia.

Sem se descuidar da máxima de que a Justiça tardia é Justiça denegada, prevalece o entendimento de que a evolução do Direito interno, a incerteza da forma como devem ser abordados os novos temas que surgem em face da evolução social e das relações humanas, em suma, a complexidade da causa que deve ser avaliada em face desses elementos, tem grande relevância para qualificar o caráter da dilação como indevida e impor o dever de indenizar, pois não são os prazos processuais constitucionalizados como direitos fundamentais, mas de uma prestação jurisdicional em um prazo razoável.⁵⁰

⁵⁰ Assim já se posicionou o Tribunal Constitucional Espanhol, em decisão de 23.01.1985, segundo a qual: “El artículo 24.2 no ha constitucionalizado el derecho a los plazos; ha constitucionalizado, como un derecho fundamental, con todo lo que ello significa, el derecho de toda persona a que su causa se resuelva dentro de un tiempo razonable. La extensión de la regla constitucional a los procesos de outro contenido podrá – y así es – afirmar el derecho a un proceso razonable, pero no a que el derecho a que los plazos se cumplan y a que las secuencias del proceso se ajusten a las dimensiones temporales definidas en las normas procesales, se haya elevado a la categoría constitucional de un derecho fundamental.” (LÓPEZ MUÑOZ, 2000, p. 76).

O comportamento dos demandantes: no Processo Civil brasileiro e lusitano, a exemplo de várias outras legislações, cabe ao magistrado que preside o processo a responsabilidade de impulsioná-lo, de forma a evitar dilações indevidas.

A maior duração de um processo pode dever-se à própria atuação da parte, que eventualmente, venha a, posteriormente, pleitear indenização pela demora.

Nesse sentido, deve-se entender que, apesar do processo ser regido pelo princípio do impulso oficial, as partes têm o dever de colaborar com o desenvolvimento normal e regular do curso processual, razão pela qual, se assim não o fazem ou até mesmo laboram em sentido diverso, restará afastado o direito de eventual indenização pela demora na prestação jurisdicional.⁵¹

A consequência da demora na prestação jurisdicional advinda para as partes: deve-se, ainda, avaliar as repercussões que a demora na prestação jurisdicional resultaram nos interesses dos demandantes e demandados.

Há mesmo hipóteses, em particular no processo penal, de que a demora na prestação jurisdicional é favorável aos interesses do acusado em ver

⁵¹ Entendeu o Tribunal Constitucional Espanhol, afastando o dever de indenizar de Estado pela falta de diligência processual da parte que pleiteava a indenização, sob o argumento que: “[...] esa exigencia de una eficaz colaboración de la parte recurrente en poner de manifiesto la indebida dilación, y con ello contribuir a evitar que se llegue a vulnerar el derecho fundamental citado, pertenece a la propia definición del contenido constitucionalmente garantizado de ese derecho fundamental. Para que existan dilaciones indebidas, procesualmente vedadas y protegibles en este proceso constitucional, es exigible que quien invoca ese derecho fundamental observe una conducta de diligente colaboración en la temporánea administración de la Justicia. De no hacerlo así, puede concurrir la causa de inadmisibilidad de la demanda consistente en la no invocación en la vía judicial del derecho fundamental supuestamente vulnerado (art. 44º, c, LOTC), pero tampoco podrá considerarse que quien aduce la vulneración del derecho mantuvo la específica diligencia procesal que ese mismo derecho exige a quien pretenda ampararse en él.” (LÓPEZ MUÑOZ, 2000, p. 180).

⁵² Já se posicionou o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, em decisão de 22.04.1998, no caso *Pailot*, examinando alegação de demora na prestação jurisdicional quando estava em causa o direito à manutenção da saúde, quando se decidiu que: “[...] el desarrollo del proceso litigioso revestia una importancia extrema para el demandante, teniendo en cuenta la enfermedad que le destruía: infectado en 1985, está en la fase III y penúltima de la contaminación. Resumiendo, se imponía una diligencia excepcional, a pesar de la cantidad de litigios pendientes, ya que se trataba de un debate cuyos datos conocía el Gobierno desde hacía varios años y cuya gravedad no se podía escapar.” (LÓPEZ MUÑOZ, 2000, p. 184).

⁵³ Entendeu o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos que, caso os demandantes tenham se portado com diligência no sentido de verem amparados os seus direitos, o Estado não pode ser eximir de oferecer um pronunciamento judicial em prazo razoável, nem mesmo com eventual alegação de acúmulo de serviço judiciário, pois este deve manter uma estrutura mínima necessária para o que os Tribunais possam cumprir com suas exigências, tal como foi consignado na decisão de 24 de abril de 1998, no caso *Mavronichis*, onde se consignou que: “Independientemente del plazo que ha sido necesario para resolver el asunto en primera instancia, el Tribunal observa que el Secretario del Tribunal Supremo no tomo ninguna medida para el asunto fuera examinado en apelación entre 8 de enero de 1991 y 15 de marzo de 1995. Por ejemplo, no se hizo nada durante ese lapso de tiempo para fijar una fecha de audiencia o para resolver las cuestiones incidentales. Se trata, por lo tanto, de un período de inactividad especialmente significativo. El Gobierno se esfuerza en justificarlo invocando el volumen de trabajo al que el Tribunal Supremo debía hacer frente en aquella época. Este plazo excesivo no debería, sin embargo, justificarse de esa forma y debe ser imputado al Estado demandado; el Tribunal recuerda que el art. 6.1 obliga a los Estados contratantes a organizar su sistema judicial de tal forma que los Tribunales puedan cumplir cada una de sus exigencias, específicamente en cuanto al plazo razonable.” (LÓPEZ MUÑOZ, 2000, p. 182).

reconhecido eventual prescrição.

Como no presente estudo se investigam os aspectos ligados ao dever de indenizar, resultantes da omissão estatal na garantia do direito à vida e integridade física dos menores, haja vista o bem jurídico em risco, exige-se uma diligência excepcional do Estado em facultar o julgamento diligente e oportuno do processo, sob pena de incorrer no dever de indenizar.⁵²

A conduta das autoridades judiciais: nesse sentido, deve ter-se em conta não apenas o juiz, que tem a missão de presidir o processo, mas todo o aparato necessário à prestação jurisdicional.

Desta forma, caso a decisão do processo não seja proferida dentro de um *prazo razoável*, não é necessário que o prejudicado aponte o responsável pela demora na prestação jurisdicional.⁵³

A responsabilidade civil do Estado, em face da atividade jurisdicional, deve acomodar-se na idéia do funcionamento defeituoso do serviço da Justiça, dispensando a imputação deste ilícito a um comportamento individual, admitindo assim a culpa funcional dos serviços, não havendo solidariedade entre o Estado e o juiz na reparação do dano, salvo em caso de dolo, fraude ou grave culpa.

A partir desse raciocínio, a vaga alegação de acumulação de serviço não terá o condão de afastar a responsabilidade Estatal, pois essa deverá revestir-se de imprevisibilidade e excepcionalidade, de forma que caberá ao Estado a prova de que *dilação indevida* não pode ser imputada ao titular do órgão, nem ao defeituoso funcionamento do serviço da Justiça.

Em face do Direito brasileiro, vale destacar os termos do art. 133 do CPC de 1973, o qual procurou estabelecer hipóteses de responsabilidade pessoal do magistrado, repetindo a fórmula anteriormente consagrada no art. 121 do CPC de 1939.

Considerando os termos do art. 37, § 6º, da CF, a norma que regula a responsabilidade civil do Estado no Brasil, há corrente doutrinária que defende a revogação do dispositivo processual civil referido, bem como dos arts. 294, 420, 421 e 1552 do Código Civil — CC, os quais prevêem hipóteses de responsabilidade pessoal do juiz.

Os que assim entendem argumentam que esses dispositivos se chocam com o art. 15 do CC que estabelece a responsabilidade da pessoa jurídica de direito público pelos atos dos seus representantes, sendo que no processo o juiz representa o Estado, não havendo relação jurídica direta entre o estatal e o particular, razão pela qual não pode ser pessoal e diretamente responsabilizado.

Numa segunda argumentação, defendem que a Carta Constitucional estabeleceu os critérios da responsabilidade civil do Estado e seus agentes, o que não pode ser excepcionado pela lei infra-constitucional, com uma disciplina especial para a responsabilidade pelos atos dos juízes.

Como forma de tentar conjugar os dispositivos já referidos com a Carta Constitucional e o art. 15 do CC, parte da doutrina entende que as nor-

mas infra-constitucionais ora em questão são mais restritas que a norma constitucional que regula a matéria. Dessa forma, as mesmas representariam apenas uma limitação à responsabilidade pessoal do juiz, restando firme a responsabilidade objetiva mais ampla do Estado, o que viabilizaria a conjugação das normas cíveis e processuais com o ordenamento constitucional vigente (DERGINT, 1994, p. 208-209).

Apesar desse judicioso posicionamento, modestamente entendemos que o regime da responsabilidade civil do Estado adaptado pela Constituição brasileira colide com o estabelecido nas normas de Direito Processual Civil e de Direito Civil, ora referidas, de forma a pretender-se extrair deles uma limitação da responsabilidade pessoal do magistrado, atenta contra o princípio constitucional da isonomia.

Os exatos termos do art. 37, § 6º, da CF/88 estabelecem a responsabilidade direta do Estado pelos atos dos seus agentes *e assegura o direito de regresso contra o causador do dano*, que tenha laborado com dolo ou culpa.

Não foi essa a fórmula utilizada pela Constituição portuguesa que, no seu art. 22.º, consagra a responsabilidade civil do Estado, *bem como a solidariedade dos agentes* responsáveis, quer seja por dolo ou culpa.

Em face dessas disposições que norteiam o Direito brasileiro acerca do tema em questão, sempre foi objeto de polêmica na doutrina brasileira a possibilidade do lesado acionar diretamente o agente causador do dano.

Há os que se posicionam pela impossibilidade dessa pretensão, pois o direito constitucionalmente reconhecido seria da pessoa jurídica reparar os danos sofridos pelo administrado, não do agente causador da lesão, o qual apenas responderia perante a administração em ação regressiva (MEIRELLES, 2001, p. 609-622).

Em sentido contrário a esse entendimento, há judicioso entendimento doutrinário de que o art. 37, § 6º, da CF/88 é norma que visa à defesa do administrado, oferecendo-lhe o patrimônio solvente do Estado para reparar o dano e a possibilidade da responsabilidade objetiva em muitos casos, que não pode representar uma restrição a esse administrado, o qual poderia optar por acionar diretamente o autor do dano, isoladamente ou com o Estado (MELLO, 1998, p. 604-606).

Sem embargo de tão judiciosos posicionamentos, ao menos quanto à responsabilidade do Estado em face de ato ou inércia judicial, entendemos ser mais razoável que, apenas em ação de regresso o agente possa responder pela lesão que eventualmente causou, tal como é estabelecido na legislação da Alemanha, França e Itália. Inicialmente, porque o ato ou a inércia do juiz é de fato um ato ou inércia do Estado, em nome de quem age, o que encontra justificativa na independência judicial necessária ao bom desempenho da função judiciária, a qual ficaria seriamente comprometida com a constante possibilidade do magistrado vir a ser diretamente acionado em ação de indenização, que poderia ser motivada por inconformismo, inimizade ou até mesmo inte-

resse em afastar o magistrado da causa por suspeição, pois ele passaria a ser interessado na solução da questão indenizatória.

2.5.1 A inércia do lesado e a responsabilidade civil estatal na prestação jurisdicional

Com vistas a tentar afastar a responsabilidade do Estado pela demora na decisão, é freqüente que se argumente com a inércia do lesado em queixar-se aos órgãos da magistratura, a fim de acelerar a marcha processual.

O referido argumento foi inclusive utilizado pelo Governo português, na Comissão Europeia dos Direitos de Homem, no caso Manuel Guincho.⁵⁴

Apesar de reticentes, entendemos que essa argumentação não pode prosperar, sendo vários os argumentos para refutá-la, inicialmente, porque não há qualquer determinação legal (no Brasil ou em Portugal) que obrigue ao lesado reclamar a instâncias superiores da magistratura, com o objetivo de afastar o retardamento injustificado do processo. Mas há o dever da própria magistratura proceder à fiscalização e do Corregedor de Justiça fazer visitas periódicas, com o objetivo de verificar as atividades forenses e, assim, pôr fim a eventuais moras, o que, se não ocorreu, foi porque as autoridades incumbidas de tal mister negligenciaram no desempenho das suas atribuições, subsistindo, assim, a responsabilidade do Estado.

Ademais, não é a omissão do lesado em procurar as instâncias disciplinares a causa da lesão resultante da demora da decisão, mas a inoperância do aparelho judiciário.

Numa relação de causalidade desencadeada, por exemplo, o lesado poderia estar na iminência de sofrer um dano à sua vida ou saúde, em razão do que recorreu à instância judicial visando evitá-lo, vindo ele a ocorrer em face da demora judicial ao proferir uma decisão.

Nessa relação de causalidade, como nas demais situações similares, é a mora da prestação jurisdicional a causa adequada para o dano sofrido, impondo a responsabilidade civil do Estado em indenizar.

3 CONCLUSÃO

No plano interno das nações (não importando o nível de desenvolvimento) e, no plano internacional, é recente a preocupação da criação de instrumentos de proteção de direitos da criança e adolescente, como consequência de uma conscientização de que os abusos contra eles e a sua proteção são

⁵⁴ Vide a decisão de 06.07.1982, publicada na Documentação e Direito Comparado, Boletim do Ministério da Justiça, n. 9, p. 69.

missões que integram a esfera pública e não apenas a esfera privada familiar.

No Brasil, até os idos da Constituição Federal de 1988, a questão do menor era regida pela doutrina da *situação irregular*, para a qual eles eram meros objetos de proteção, o que veio a mudar com a referida Carta Constitucional que consagrou a doutrina da proteção integral, com dispositivos que garantem a eles os direitos fundamentais à vida e à saúde, entre outros.

No plano internacional, foram criadas cartas que representam *standards* de direitos humanos, entre as quais a Convenção sobre os Direitos da Criança, a qual o Brasil subscreve e se compromete a observar.

O Ministério Público foi dotado de importante instrumento para perseguição desses interesses públicos e coletivos em juízo, qual seja a ação civil pública, sendo que hoje é corrente o entendimento de que na responsabilização pelos danos sofridos, deve-se buscar uma valoração capaz de quantificar não apenas as conseqüências do fato traumático sobre a saúde e integridade física do paciente mas também a qualquer das particularidades de sua vida, atendendo-se as especialidades de cada caso.

Dessa forma, deve-se entender que os indivíduos que se encontram nos extremos da vida, contam com peculiaridades, as quais devem ser consideradas como elementos decisivos na forma de enfrentar as possibilidades de recuperação e conseqüências (HERNANDES CUETO, 1994, p. 113-114).

Ao Estado cabe a importante missão, que ainda está por cumprir, de tornar operacional tão moderna lei, dispondo recursos, meios humanos e materiais para se garantir tão importantes direitos, imprescindíveis para a constituição de uma nação de fato justa, democrática e fraterna.

Enquanto essa estrutura estatal não vem, um único bastião que resta ao cidadão é o Poder Judiciário, que, se não pode compelir o Estado a construir, contratar, organizar serviços, investir e realizar tarefas do gênero, pode e deve condenar o Estado a indenizar, caso resulte dano aos administrados dessa incúria administrativa, e a cumprir as missões que ele mesmo lhe atribuiu, seja em face dos vários tratados internacionais firmados, seja por força da lei interna que o rege e organiza.

Referências Bibliográficas

AHUMADA RAMOS, Francisco Javier de. *La responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas*. Navarra: Aranzadi, 2000.

AMARAL, Diogo Freitas de. Natureza da responsabilidade civil por atos médicos praticados em estabelecimentos públicos de saúde. In: AAVV, *Direito da Saúde e Bioética*. Lisboa: Lex Edições Jurídicas, 1991.

ANDRADE, Manuel da Costa. Direito penal e modernas técnicas biomédicas: as conclusões do XIV Congresso Internacional de Direito Penal. *Revista de Direito e Economia*, Coimbra, v. 15, 1989.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito e bioética. *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, v. 51, n. 2, p. 430-458, jul. 1991.

BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Coimbra: Almedina, 1994.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Anotações ao Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 7 de março de 1989. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, v. 123, n. 3790-3801, p.293-307, 1991.

_____. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

_____. Um projecto de declaração de standards adquiridos no âmbito de direitos humanos. In: AAVV, *Direitos humanos, estrangeiros, comunidades migrantes e minorias*. Oeiras: Celta, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da Republica Portuguesa anotada*, 3. ed. Coimbra: Coimbra ed., 1993.

CORTEZ, Margarida. *Responsabilidade civil da administração por actos ilegais e concurso de omissão culposa do lesado*. Coimbra: Coimbra ed., 2000.

DERGINT, Augusto do Amaral. *Responsabilidade do estado por atos judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

GARCIA MENDEZ, Emílio. *Liberdade, direito e dignidade*: notas sobre a condição sociojurídica da infância-adolescência na América Latina. Brasília: UNICEF, 1991.

GONÇALVES, Maria Zelmer. Intervenções nas sessões reservadas ao Brasil. In: AAVV, *Direitos da criança*: actas da consulta aos países de língua portuguesa sobre o projecto de convenção relativa aos direitos da criança, n. 1/89. Lisboa: Gabinete dos Estudos Jurídicos Sociais, CEJ – UNICEF, 1988.

GONZÁLES CUSSAC, José Luis. *Comentários al Código Penal de 1995*. Valência: Tirant lo Blanch, 1996.

HERNANDES CUETO, Claudio. La valoración del daño corporal en niños y ancianos. In: AAVV, *Temas de medicina legal*. Coimbra: Instituto de Medicina Legal. Centro de Estudos de Pós-Graduação de Medicina Legal, 1994.

HIERRO SANCHES-PESCADOR, Liborio. ¿Que derechos tenemos? In: AAVV, *El núcleo duro de los derechos humanos*. Navarra: Bosch, 2001.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. Título original: Methodenlehre der Rechtswissenschaft.

LÓPEZ MUÑOZ, Riásares. *Dilaciones indebidas y responsabilidad patrimonial de la administración de justicia*. Granada: Comares, 2000.

LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. *Transplantações: um olhar constitucional*. Coimbra: Coimbra ed., 1995.

MAZZILLI, Hugo Nigro. A ação civil pública no Estatuto da Criança e do Adolescente. In: AAVV, *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal*, Brasília, v. 28, n. 109, p. 287-292, jan./mar. 1991.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1998.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 26 ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2001.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: preliminares: o estado e os sistemas constitucionais*. 6. ed. Coimbra: Coimbra ed., 1997. t. 1.

_____. *Manual de direito constitucional: constituição*. 4. ed. Coimbra: Coimbra ed., 2000. t. 2.

_____. *Manual de direito constitucional: direitos fundamentais*. 3. ed. Coimbra: Coimbra ed., 2000. t. 4.

_____. *Manual de direito constitucional: inconstitucionalidade e garantia da constituição*. Coimbra: Coimbra ed., 2001. t. 6.

MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça constitucional: garantia da constituição e controle de constitucionalidade*. Coimbra: Coimbra ed., 2002.

OTERO, Paulo. *A democracia totalitária*. Cascais: Principia, 2001.

_____. *Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: um perfil constitucional da bioética*. Coimbra: Almedina, 1999.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data: constituição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

PEREZ LUÑO, Antônio Enrique. *Los derechos fundamentales*. 7. ed. Madrid: Tecnos, 1998.

_____. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. Madrid: Tecnos, 2001.

RODRIGUES, João Vaz. *O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português*. Coimbra: Coimbra ed., 2001.

RODRIGUES, José Narciso Cunha. Direitos fundamentais do cidadão: da lei à realidade. In: CONGRESSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO, 3., 1990, Lisboa. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, 1990.

SILVA, Antônio Fernando do Amaral e. O Judiciário e os novos paradigmas conceituais e normativos da infância e juventude. *Jurisprudência Catarinense*, Florianópolis, v. 22, n. 74, p. 3-15, jan./jun., 1994.

SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. *O Direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra ed., 1995.

VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. Belém: Cejup, 1999.