

ONDE o conhecimento
se encontra





Copyright: Editora GuedesJus

Alameda Rolf Colin, nº 109, Sala 06 e 07

América, JZoinville-SC. CEP: 89204-070

CNPJ: 51.200.522/0001-78

Ficha Técnica

Gestão editorial: Thais Guedes

Edição: Kauany Dulz Silva

Conselho Editorial

Abimael Francisco de Carvalho Silva, Carlos Renê Magalhães

Mascarenhas, Eliézer Guedes de Oliveira Junior, Kaiann

Barentin, Mariana Mostagi Aranda, Thais Tayane Carvalho Guedes e

Tiago Neu Jardim

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Santa Catarina. Revista Di Fatto.

Revista Di Fatto, Vol. 2 n. 2 - Joinville-SC, 2024.

Bibliografia.

Vários colaboradores.

ISSN 2966-4527.

1. Publicações em série. Periódicos. I. Título.

CDU-05.

APRESENTAÇÃO

A *Revista Di Fatto*, fundada em 1º de maio de 2023, em Joinville-SC, é uma publicação de periodicidade semestral da Editora GuedesJus. Nasceu com o propósito de ser veículo de divulgação científica e acadêmica, democratizando o acesso à publicação científica.

A revista se propõe a promover o conhecimento e o debate em múltiplas áreas do saber, proporcionando um espaço para pesquisas, artigos e ensaios de autores qualificados, abrangendo temas que refletem as demandas e as inovações da sociedade contemporânea.

Sob a coordenação de Eliézer Guedes de Oliveira Junior, Mestrando em Estudos Jurídicos pela Must University (Florida, EUA), a *Revista Di Fatto* é guiada por um compromisso com a qualidade e a seriedade acadêmica. Eliézer é especialista em Direito Administrativo pela Faculdade de Ciências de Wenceslau Braz (2017) e atua como Procurador do Estado de Santa Catarina. Cofundador da Editora GuedesJus, possui uma ampla experiência no setor público, tendo servido no Tribunal de Contas da União (TCU), onde atuou na assessoria de Ministro da Corte por seis anos. Além disso, acumula a expressiva marca de aprovação em treze concursos públicos e é autor de livros na área jurídica.

A *Revista Di Fatto* se destina a profissionais, acadêmicos e pesquisadores interessados em acompanhar discussões aprofundadas e interdisciplinares. A cada edição, oferece um conteúdo diversificado, que inclui artigos originais, resenhas e estudos que enriquecem o diálogo científico.

Desejamos a todos uma leitura enriquecedora!

Thais Tayane Carvalho Guedes
Editora Chefe

EXPEDIENTE

Coordenação

Eliézer Guedes de Oliveira Junior

Editor-chefe

Thais Tayane Carvalho Guedes

Assessoria técnica

Kauany Dulz Silva

Conselho Editorial

Abimael Francisco de Carvalho Silva

Carlos Renê Magalhães Mascarenhas

Eliézer Guedes de Oliveira Junior

Kaiann Barentin

Mariana Mostagi Aranda

Thais Tayane Carvalho Guedes

Tiago Neu Jardim

Editora responsável

Editora GuedesJus

Alameda Rolf Colin, nº 109, Sala 06 e 07, América, Joinville-SC. CEP: 89204-070

CNPJ: 51.200.522/0001-78

Contato: contato@revistadifatto.com.br

Sumário

A tutela coletiva no estatuto da igualdade racial: avanços e desafios - 6
A vítima de dano ambiental como consumidora equiparada (bystander) - 13
A responsabilidade do comerciante no Código de Defesa do Consumidor - 19
A recusa de transfusão de sangue por testemunhas de Jeová no ornamento Jurídico Brasileiro - 24
O Direito fundamental à educação e a sociedade digital - 29
Criminalidade organizada: origem, definição doutrinária e características - 36
Direitos Humanos e Estado de exceção - 51
A falência do modelo tradicional de Justiça e a difusão global do paradigma restaurativo - 64
O Liberalismo Político e o Direito Fundamental à Igualdade - 76
Sistemas de Investigação Criminal e o papel do Promotor Investigador - 89
A evolução da Responsabilidade Civil do Estado e a consagração da teoria da dupla garantia no ordenamento jurídico brasileiro - 96
O papel contramajoritário do Poder Judiciário em assegurar Direitos Fundamentais aos Povos Indígenas - 102
Limites da Soberania do Estado - 108
O crime de injúria racial à luz do Direito Intertemporal - 118
Os limites da coisa julgada coletiva e a inconstitucionalidade do Artigo 16 da Lei Nº 7.347/1985 - 127
Uma Análise inicial acerca dos diversos conceitos que permeiam o Direito Antidiscriminatório - 132
Concepções sobre a coisa julgada inconstitucional - 136

A tutela coletiva no estatuto da igualdade racial: avanços e desafios

Catarine Sá Santos e Lima

Bacharela pela Universidade do Estado da Bahia. Pós-graduada em Direito Administrativo. Servidora Pública do Estado da Bahia.

Resumo

O Estatuto da Igualdade Racial (Lei nº 12.288/2010) é um marco na legislação brasileira que visa combater a discriminação racial e promover a igualdade para a população negra. Este artigo analisa os fundamentos da igualdade racial e os instrumentos de tutela coletiva previstos na lei, destacando a importância de ações coordenadas para enfrentar desigualdades históricas. O texto também discute o contexto histórico que levou à necessidade de tal legislação, abordando as barreiras enfrentadas por comunidades negras e os avanços conquistados, bem como os desafios e perspectivas para a efetivação dos direitos garantidos pelo Estatuto.

Palavras-Chave: Igualdade Racial. Tutela Coletiva. Discriminação Racial

Abstract

The Racial Equality Statute (Law No. 12,288/2010) is a milestone in Brazilian legislation aimed at combating racial discrimination and promoting equality for the Black population. This article analyzes the foundations of racial equality and the collective protection instruments provided in the law, highlighting the importance of coordinated actions to address historical inequalities. The text also discusses the historical context that led to the need for such legislation, addressing the barriers faced by Black communities and the advances made, as well as the challenges and prospects for the realization of the rights guaranteed by the Statute.

Keywords: Racial Equality. Collective Protection. Racial Discrimination

1. INTRODUÇÃO

O Estatuto da Igualdade Racial (Lei nº 12.288/2010) representa um marco importante na legislação brasileira ao buscar combater a discriminação racial e promover a igualdade. No contexto da tutela coletiva, o Estatuto estabelece dispositivos que visam proteger direitos fundamentais de grupos étnicos e raciais, reconhecendo a necessidade de ações coletivas para enfrentar desigualdades historicamente enraizadas.

Tal legislação tem o propósito de garantir à população negra a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos e o combate à discriminação e às demais formas de intolerância étnica.

Ademais, a lei traçou distinções entre os conceitos de discriminação racial, desigualdade racial, desigualdade de gênero e raça, bem como definiu a população negra como o conjunto de pessoas que se autodeclaram pretas e pardas ou adotam autodefinição analógica (art. 3º, parágrafo único). Dessa forma, este diploma normativo elegeu como critério a autodeclaração racial.

O que se vê no Estatuto de Igualdade Racial são instrumentos de tutela coletiva dos direitos afetos à igualdade racial, que deve ser manejada pelos legitimados para atuar através das mais diversas ações coletivas.

Desse modo, analisar-se-á nesse artigo os fundamentos da igualdade racial, bem como os instrumentos de tutela coletiva trazidos no âmbito da Lei 12.288/2010.

2. O CONTEXTO HISTÓRICO E A NECESSIDADE DA TUTELA COLETIVA

O Brasil possui uma história marcada pela escravidão e profunda desigualdade racial, o que impactou significativamente a estrutura social e econômica do país.

A abolição da escravatura, em 1888, não foi suficiente para garantir efetiva igualdade e inclusão dos afrodescendentes na sociedade brasileira, já que mesmo após a abolição, as comunidades negras enfrentaram barreiras sociais, econômicas e educacionais que limitavam suas oportunidades.

Nos anos 70 e 80, ganhou força no Brasil o movimento negro, que buscava conscientizar a sociedade sobre a necessidade de combater o racismo estrutural e reivindicar direitos. Esse movimento contribuiu para a criação de políticas afirmativas e medidas de reparação, reconhecendo a necessidade de ações coletivas para superar as desigualdades históricas.

A Constituição de 1988 representou um avanço ao reconhecer a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de raça ou cor. No entanto, o reconhecimento formal não foi suficiente para eliminar as disparidades sociais existentes. A luta por igualdade racial ganhou novo fôlego com a promulgação do Estatuto da Igualdade Racial em 2010.

Nesse contexto, o Estatuto da Igualdade Racial surge como resposta a séculos de discriminação e marginalização. Ao estabelecer a tutela coletiva, representa um esforço legislativo para corrigir desigualdades estruturais. Ele reconhece que a promoção da igualdade racial vai além de garantir direitos individuais, exigindo ações coordenadas para transformar estruturas discriminatórias presentes na sociedade, buscando garantir não apenas a igualdade formal, mas também a igualdade de fato, reconhecendo a dimensão coletiva dos desafios enfrentados por esses grupos.

A tutela coletiva no Estatuto visa enfrentar não apenas casos individuais de discriminação, mas também as estruturas sistêmicas que perpetuam a desigualdade racial. Essa abordagem reconhece que a discriminação é muitas vezes enraizada em padrões culturais e institucionais, exigindo ações abrangentes para dismantelar tais estruturas.

Em síntese, o contexto histórico que antecedeu o Estatuto da Igualdade Racial evidencia a necessidade urgente de ações coletivas para superar as desigualdades raciais no Brasil. A tutela

coletiva, como parte integrante dessa legislação, representa um compromisso em transformar estruturas discriminatórias e construir uma sociedade mais justa e equitativa para todas as suas comunidades.

3. TUTELA COLETIVA NO ESTATUTO: INSTRUMENTOS E DISPOSITIVOS LEGAIS

A tutela coletiva refere-se à proteção de interesses e direitos que pertencem a um grupo ou coletividade, em contraposição à tutela individual que visa a proteger direitos de uma única pessoa. É comumente exercida por meio de ações coletivas, em que um representante legal atua em nome do grupo afetado. Alguns instrumentos legais que permitem a tutela coletiva incluem ações civis públicas, ações populares, ações coletivas de consumo, entre outras.

Essa abordagem tem o objetivo de garantir uma efetiva proteção dos direitos coletivos, evitando que ações ou omissões prejudiciais a um grupo numeroso de pessoas passem impunes. A tutela coletiva visa promover a justiça social, prevenir a perpetuação de injustiças sistêmicas e assegurar a reparação adequada quando ocorrem violações a interesses coletivos.

No âmbito do Estatuto da Igualdade Racial (Lei nº 12.288/2010) reflete o reconhecimento da dimensão sistêmica das desigualdades raciais no Brasil e busca implementar ações coordenadas para enfrentar tais desafios. Diversos instrumentos e dispositivos legais no Estatuto são direcionados à tutela coletiva. Destacam-se:

Políticas de Ação Afirmativa:

Instrumento de natureza política, trata-se de políticas públicas destinadas a reparar as distorções e desigualdades sociais e demais práticas discriminatórias adotadas, nas esferas pública e privada, durante o processo de formação social do País (artigo 4º, parágrafo único da Lei nº 12.288/2010).

Uma modalidade de ação afirmativa é o estabelecimento de cotas ou reserva de vagas para integrantes de setores marginalizados. No julgamento da ADPF nº 186, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a validade das ações afirmativas étnico-raciais para ingresso em universidades públicas. Da mesma forma, no julgamento da ADC nº 41 foi considerada constitucional a reserva de vagas para negras e negros em concursos públicos.

Nesse sentido:

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. ATOS QUE INSTITUÍRAM SISTEMA DE RESERVA DE VAGAS COM BASE EM CRITÉRIO ÉTNICO-RACIAL (COTAS) NO PROCESSO DE SELEÇÃO PARA INGRESSO EM INSTITUIÇÃO PÚBLICA DE ENSINO SUPERIOR. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 1º, CAPUT, III, 3º, IV, 4º, VIII, 5º, I, II XXXIII, XLI, LIV, 37, CAPUT, 205, 206, CAPUT, I, 207, CAPUT, E 208, V, TODOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. I – Não contraria – ao contrário, prestigia – o princípio da igualdade material, previsto no caput do art. 5º da Carta da República, a possibilidade de o Estado lançar mão seja de políticas de cunho universalista, que abrangem um número indeterminados

de indivíduos, mediante ações de natureza estrutural, seja de ações afirmativas, que atingem grupos sociais determinados, de maneira pontual, atribuindo a estes certas vantagens, por um tempo limitado, de modo a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares. [...] V – Metodologia de seleção diferenciada pode perfeitamente levar em consideração critérios étnico-raciais ou socioeconômicos, de modo a assegurar que a comunidade acadêmica e a própria sociedade sejam beneficiadas pelo pluralismo de ideias, de resto, um dos fundamentos do Estado brasileiro, conforme dispõe o art. 1º, V, da Constituição. VI – Justiça social, hoje, mais do que simplesmente redistribuir riquezas criadas pelo esforço coletivo, significa distinguir, reconhecer e incorporar à sociedade mais ampla valores culturais diversificados, muitas vezes considerados inferiores àqueles reputados dominantes. VII – No entanto, as políticas de ação afirmativa fundadas na discriminação reversa apenas são legítimas se a sua manutenção estiver condicionada à persistência, no tempo, do quadro de exclusão social que lhes deu origem. Caso contrário, tais políticas poderiam converter-se benesses permanentes, instituídas em prol de determinado grupo social, mas em detrimento da coletividade como um todo, situação – é escusado dizer – incompatível com o espírito de qualquer Constituição que se pretenda democrática, devendo, outrossim, respeitar a proporcionalidade entre os meios empregados e os fins perseguidos. (STF – ADPF: 186 DF, Relator: RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 26/04/2012, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 20/10/2014)

Direito Constitucional. Ação Direta de Constitucionalidade. Reserva de vagas para negros em concursos públicos. Constitucionalidade da Lei nº 12.990/2014. Procedência do pedido [...]Tese de julgamento: “É constitucional a reserva de 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública direta e indireta. É legítima a utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários de heteroidentificação, desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa”.

(STF – ADC: 41 DF 0000833-70.2016.1.00.0000, Relator: ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 08/06/2017, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 17/08/2017)

Fomento à Organização e Participação Social:

Estimula a criação e fortalecimento de organizações que representem os interesses das comunidades negras. Esse incentivo visa não apenas à representação efetiva, mas também à participação ativa dessas comunidades na elaboração e implementação de políticas públicas.

Combate à Discriminação Racial:

Estabelece mecanismos para coibir práticas discriminatórias, incluindo inclui a possibilidade de ações judiciais para reparação de danos coletivos em casos de discriminação racial. Essas ações visam não só responsabilizar individualmente os infratores, mas também combater estruturas discriminatórias mais amplas.

Como exemplo de combate à discriminação racial, podemos mencionar a inserção do crime autônomo de injúria racial no art. 2º-A da Lei nº 7.716/89, inserido pela Lei nº 14.532/2023.

Antes dessa previsão legal, o STF já havia decidido, no âmbito do HC 154248/DF, que a prática de injúria racial, prevista no art. 140, § 3º, do Código Penal, trazia em seu bojo o emprego de elementos associados aos que se definem como raça, cor, etnia, religião ou origem para se ofender ou insultar alguém, portanto, não se poderia excluir o crime de injúria racial do mandado constitucional de criminalização previsto no art. 5º, XLII, restringir-lhe indevidamente a aplicabilidade. No mesmo sentido, também já era o entendimento do STJ (AgRg no REsp 1849696/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 16/06/2020).

Educação para a Igualdade:

No âmbito educacional, o Estatuto destaca a importância da promoção da cultura afro-brasileira e indígena, bem como o combate ao racismo nas instituições de ensino. Essa abordagem visa não

apenas à tutela coletiva direta, mas à transformação de mentalidades e à construção de uma sociedade mais inclusiva.

Criação de Conselhos de Promoção da Igualdade Racial:

A criação de conselhos específicos para a promoção da igualdade racial, com participação de representantes da sociedade civil e do poder público têm o papel de formular políticas e fiscalizar a implementação de ações voltadas à igualdade racial.

Direito à Memória e à Verdade:

O Estatuto reconhece o direito à memória e à verdade, destacando a importância de preservar a história e a cultura afro-brasileira, assim como de esclarecer fatos relacionados a violações de direitos humanos ocorridas no contexto da discriminação racial.

A tutela coletiva no Estatuto da Igualdade Racial, por meio desses instrumentos e dispositivos, busca não apenas reparar danos passados, mas transformar estruturas discriminatórias, promovendo uma sociedade mais justa e equitativa para todas as suas comunidades.

4. DESAFIOS E PERSPECTIVAS PARA A TUTELA COLETIVA

A tutela coletiva no Estatuto da Igualdade Racial enfrenta diversos desafios, mas também apresenta perspectivas significativas para a promoção da igualdade racial no Brasil.

Como desafios podemos citar as resistências culturais arraigadas e estruturas institucionais que perpetuam a discriminação racial. Devendo-se promover a conscientização e educação sobre a importância da tutela coletiva e combate ao racismo, a fim de mudar mentalidades e superar preconceitos enraizados.

É necessário, ainda, garantir a efetividade das políticas de ação afirmativa, superando obstáculos como resistência social, judicialização e desafios na implementação e assegurar uma fiscalização eficaz das políticas e ações previstas no Estatuto, bem como monitorar a implementação dessas medidas ao longo do tempo. Além disso, deve-se romper as barreiras de acesso à justiça para comunidades afrodescendentes, garantindo que tenham recursos adequados para pleitear seus direitos.

Por outro lado, têm-se como perspectivas o fortalecimento de organizações que representem os interesses das comunidades negras, capacitando-as para atuarem ativamente na promoção da igualdade racial e o incentivo à participação ativa das comunidades afrodescendentes na elaboração e implementação de políticas públicas, proporcionando uma voz mais significativa nas decisões que as impactam.

Deve-se também investir em campanhas de conscientização contínua, abordando a importância da igualdade racial e combatendo estereótipos e preconceitos, promovendo uma maior cooperação entre instituições governamentais, organizações da sociedade civil e setor privado para garantir uma abordagem holística na promoção da igualdade racial.

A capacitação jurídica de advogados e membros de organizações que atuam na defesa dos direitos raciais também é fundamental, visando uma atuação mais eficaz nos casos de tutela coletiva.

A efetividade da tutela coletiva no Estatuto da Igualdade Racial dependerá do enfrentamento destes desafios, ao mesmo tempo em que se exploram as perspectivas que podem conduzir a avanços significativos na promoção da igualdade racial no Brasil.

5. CONCLUSÃO

O Estatuto da Igualdade Racial representa um passo significativo na promoção da justiça social e na erradicação das desigualdades raciais no Brasil. Ao reconhecer a dimensão coletiva das violações de direitos, a tutela coletiva emerge como um pilar fundamental para transformar estruturas discriminatórias e construir uma sociedade mais equitativa.

Contudo, apesar dos avanços proporcionados pelo Estatuto, desafios persistem. A efetividade da tutela coletiva depende da implementação consistente das políticas previstas e do combate contínuo à discriminação racial. Além disso, é necessário promover uma conscientização mais ampla sobre a importância da igualdade racial, superando preconceitos arraigados na sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Adriano. Interesses difusos e coletivos esquematizado/Adriano Andrade, Cleber Masson, Landolfo Andrade – 7. Ed. Ver., atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017

Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Cadernos de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Concretizando Direitos Humanos – Direito à Igualdade Racial

Estatuto da Igualdade Racial e normas correlatas. – 2. ed. – Brasília, DF : Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2023

Lei nº 12.288/2010 – Estatuto da Igualdade Racial

OLIVEIRA, Sidney de Paula. O Estatuto da Igualdade Racial/Sidney de Paula Oliveira – São Paulo: Selo Negro, 2013

SOUZA, J. R. (2012). Ação Afirmativa e Reparação Histórica: Desafios Contemporâneos do Estatuto da Igualdade Racial. Revista Jurídica.

A vítima de dano ambiental como consumidora equiparada (bystander)

Mariana Magalhaes Toledo Barboza

Pós-Graduada em Direito Público (Constitucional, Administrativo e Tributário) pela Universidade Estácio de Sá.
Autora de livros e de artigos jurídicos. Advogada.

Resumo

O estudo examina a aplicação da figura do consumidor por equiparação (bystander) nas situações de dano ambiental, conforme reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) no julgamento do REsp 2.009.210. O artigo aborda a relevância da proteção do consumidor em face de atividades poluidoras, destacando as implicações do Código de Defesa do Consumidor (CDC) e a responsabilidade objetiva do fornecedor. Além disso, analisa as definições de dano ambiental e as condições necessárias para caracterizar um acidente de consumo, ressaltando que a legislação brasileira amplia o conceito de consumidor para incluir aqueles afetados indiretamente por danos ambientais, proporcionando maior proteção legal a esta categoria vulnerável.

Palavras-Chave: Dano Ambiental. Consumidor por Equiparação. Responsabilidade Objetiva

Abstract

This study examines the application of the figure of the consumer by equivalence (bystander) in cases of environmental damage, as recognized by the Superior Court of Justice (STJ) in the judgment of REsp 2.009.210. The article addresses the importance of consumer protection in the face of polluting activities, highlighting the implications of the Consumer Protection Code (CDC) and the objective liability of the supplier. Additionally, it analyzes the definitions of environmental damage and the necessary conditions to characterize a consumer accident, emphasizing that Brazilian legislation broadens the concept of consumer to include those indirectly affected by environmental damage, thereby providing greater legal protection to this vulnerable category.

Keywords: Environmental Damage. Consumer by Equivalence. Objective Liability

1. INTRODUÇÃO

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), no julgamento do [REsp 2.009.210](#), considerando os princípios da máxima efetividade da tutela coletiva, da eficiência e da economia processual, afirmou que a figura do consumidor por equiparação (bystander), é aplicável na hipótese de dano ambiental. Esse reconhecimento trouxe diversas consequências, uma vez que a aplicação consumerista prevê vantagens ao consumidor, já que este, por ser presumidamente vulnerável, necessita de uma maior proteção legislativa e judicial.

Como exemplo, cita-se a possibilidade de ocorrência de inversão do ônus da prova nas instâncias ordinárias, conforme preceitua o artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor (CDC), que assevera que são direitos básicos do consumidor a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de

experiências. Outro exemplo de norma benéfica presente no CDC seria a aplicação da responsabilidade objetiva quando houver um dano ao consumidor.

Nesse caso, o Superior Tribunal entende que: “equipara-se à qualidade de consumidor para os efeitos legais, àquele que, embora não tenha participado diretamente da relação de consumo, sofre as consequências do evento danoso decorrente do defeito exterior que ultrapassa o objeto e provoca lesões, gerando risco à sua segurança física e psíquica” (STJ. 4ª Turma. AgRg no REsp 1.000.329/SC, julgado em 10/8/2010).

2. O DANO AMBIENTAL

O dano ambiental consiste em qualquer lesão ao meio ambiente causada por condutas ou de pessoas físicas ou jurídicas de Direito Público ou de Direito Privado. Estas serão consideradas poluidoras, uma vez que são responsáveis, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental.

Sobre o tema, importante destacar os conceitos previstos no artigo 3º da Lei número 6.938/1981: a) degradação da qualidade ambiental, a alteração adversa das características do meio ambiente; b) poluição, a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente: i) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população; ii) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas; iii) afetem desfavoravelmente a biota; iv) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente; v) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos.

O Supremo Tribunal Federal (STF) adota a teoria do risco integral e entende que aquele que causa dano ambiental, independentemente da existência de dolo ou de culpa, deve responder pela sua reparação integral. Além disso, a reparação de dano ambiental mostra-se imprescritível, sendo uma exceção, portanto, a regra da prescritibilidade das pretensões. Nesse sentido, destaca-se o Tema 999, decidido pelo Suprema Corte em sede de repercussão geral, que afirma: “É imprescritível a pretensão de reparação civil de dano ambiental”.

Desse modo, se uma Usina Hidrelétrica, ao ser instalada em determinado local, ocasionar danos ambientais significativos, tais como a redução da pesca e do volume das espécies naturais e a geração de danos econômicos e de saúde para os pescadores locais, estes poderão requerer reparação por danos morais e materiais sob a alegação de serem consumidores por equiparação (bystander) em razão do acidente de consumo.

Nessa situação, o STJ entende que a atividade desenvolvida pela Hidrelétrica apresenta defeito que ultrapassa os limites do ato de exploração de potencial hidroelétrico a ponto de causar danos

materiais e morais em razão do impacto causado no desenvolvimento da atividade pesqueira e de mariscagem.

Cumprido destacar, ainda, que só se fala na figura do consumidor por equiparação (bystander) em caso de acidente de consumo. Nesse sentido, destaca-se o disposto no site “Dizer [\[1\]](#)o Direito”: “Vale ressaltar que a equiparação aplica-se apenas nas hipóteses de fato do produto ou serviço, ou seja, nas situações em que “a utilização do produto ou serviço é capaz de gerar riscos à segurança do consumidor ou de terceiros, podendo ocasionar um evento danoso, denominado de ‘acidente de consumo’” (GARCIA, Leonardo de Medeiros, Código de Defesa do Consumidor comentado. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 153). Isso significa que não se pode falar na figura do bystander em casos de responsabilidade pelo vício do produto ou serviço. Na hipótese de responsabilidade pelo vício do produto ou serviço não cabe a aplicação do art. 17, do CDC, pois a Lei somente equiparou as vítimas do evento ao consumidor nas hipóteses dos arts. 12 a 16 do CDC STJ. 4ª Turma. REsp 753.512/RJ, julgado em 16/3/2010.”

Percebe-se, portanto, que o mencionado entendimento aplica-se aos casos de defeito ou de acidente de consumo e não meramente de vício de produto ou serviço. Sobre o tema, importante mencionar a diferenciação que o próprio Código de Defesa do Consumidor faz sobre os institutos.

O defeito, que se relaciona com o acidente de consumo, extrapola o mero vício, uma vez que causa risco à segurança dos indivíduos. Conforme artigo 12 do CDC, percebe-se que o produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais a sua apresentação, o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam e a época em que foi colocado em circulação.

Desse modo, para a ocorrência do acidente de consumo apto a equiparar a vítima do dano ambiental a um consumidor bystander, é preciso que ocorra um defeito exterior que: a) ocasione danos a terceiros; b) gere risco à segurança física ou psíquica dos indivíduos; c) haja ação ou omissão por parte do poluidor; d) ocorra o nexo causal entre o dano e a conduta daquele que polui.

No que se refere ao fato do serviço, conclui-se que o acidente de consumo, conforme artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, advém do dano causado pela própria prestação do serviço. Assim, o empreendedor causador de eventual dano ambiental possui responsabilidade objetiva em ressarcir os danos ambientais causados aos consumidores por equiparação (bystander).

3. O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O Código de Defesa do Consumidor (CDC) também adota a teoria objetiva da responsabilidade, já que, caso haja um dano ao consumidor, o responsável por esse dano deverá reparar integralmente o

ofendido independentemente da comprovação de dolo ou de culpa. É o que está disposto no artigo 14 do CDC, que afirma que o fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

A norma consumerista, em seu artigo 2º, dispõe que o consumidor será toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. No entanto, a própria legislação amplia o conceito de consumidor para indivíduos que não sejam destinatários finais de determinado produto ou serviço. Esses casos são os chamados consumidores por equiparação (bystander) de estão previstos no artigo 17 do CDC, que afirma: “Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.”.

O Código de Defesa do Consumidor adotou a teoria do risco do empreendimento, que assevera que: “todo aquele que se disponha a exercer alguma atividade no mercado de consumo tem o dever de responder pelos eventuais vícios ou defeitos dos bens e serviços fornecidos, independentemente de culpa.”. (CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 13. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2019, p. 603). Assim, caso haja a explosão de um equipamento comprado por um consumidor em sentido estrito e, em razão desse acidente de consumo, um terceiro que não possui nenhuma relação com o fabricante sofra danos físicos, este poderá ser considerado consumidor por equiparação em razão de ter sido vítima e de ter sofrido as consequências do acidente de consumo.

4. A VÍTIMA DE DANO AMBIENTAL COMO CONSUMIDORA EQUIPARADA (BYSTANDER)

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), no julgamento do [REsp 2.009.210](#), reconheceu a vítima de dano ambiental como consumidora por equiparação (bystander) e autorizou a aplicação das normas protetivas do Código de Defesa do Consumidor nesses casos. Assim, nessas situações, é facultado ao consumidor o ajuizamento da ação no foro do seu domicílio (STJ. 4ª Turma. AgInt no AREsp 1.724.320/RJ, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, julgado em 6/3/2023).

No caso, entendeu-se que o acidente de consumo pode surgir do processo produtivo e, conforme disposto no site [\[2\]](#) do STJ, “A relatora do recurso no STJ, ministra Nancy Andrichi, observou que, de acordo com a jurisprudência, equipara-se ao consumidor para efeitos legais aquele que, embora não tenha participado diretamente da relação de consumo, sofre as consequências do evento danoso decorrente do defeito exterior que ultrapassa o objeto e provoca lesões, gerando risco à sua segurança física e psíquica. A magistrada destacou que o acidente de consumo não decorre somente do dano causado pelo produto em si, podendo surgir do próprio processo produtivo, nos termos do [artigo 12 do CDC](#). Segundo ela, “na hipótese de danos individuais decorrentes do exercício de atividade empresarial poluidora destinada à fabricação de produtos para comercialização, é

possível, em virtude da caracterização do acidente de consumo, o reconhecimento da figura do consumidor por equiparação, o que atrai a incidência das disposições do CDC”.

Nesse sentido, destaca-se o decidido pelo STJ:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. DERRAMAMENTO DE ÓLEO. PESCADORES ARTESANAIS PREJUDICADOS. ACIDENTE DE CONSUMO. CONSUMIDOR POR EQUIPARAÇÃO. FORO. DOMICÍLIO DOS AUTORES.

1. Trata-se de ação ordinária ajuizada por pescadores artesanais visando a reparação de danos materiais e morais decorrentes de dano ambiental.

2. Os autores foram vítimas de acidente de consumo, visto que suas atividades pesqueiras foram supostamente prejudicadas pelo derramamento de óleo ocorrido no Estado do Rio de Janeiro. Aplica-se à espécie o disposto no art. 17 do Código de Defesa do Consumidor. (...)

STJ. 2ª Seção. CC n. 143.204/RJ, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 13/4/2016.

Assim, caso haja a ocorrência de dano individual em razão do exercício de atividade empresarial destinada à fabricação de produtos ou prestação de serviços, haverá o acidente de consumo e, com isso, o reconhecimento da figura do consumidor por equiparação, de modo a aplicar as normas dispostas no Código de Defesa do Consumidor para essas situações.

5. CONCLUSÃO

Diante do exposto, percebe-se que o Superior Tribunal de Justiça entende que, no caso de haver danos ambientais que ocasionem prejuízo a população, esta poderá ser enquadrada como consumidora por equiparação (bystander), de modo a atrair a aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Entende-se que, nessas situações, diferentemente do que ocorre com meros vícios de produtor, há um acidente de consumo e tal fato justifica a aplicação do CDC em benefício da vítima de um desastre ambiental, ainda que esta não possua uma relação direta com o poluidor.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. É possível o reconhecimento da figura do consumidor por equiparação na hipótese de danos individuais decorrentes do exercício de atividade de exploração de potencial hidroenergético causadora de impacto ambiental, em virtude da caracterização do acidente de consumo. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.dizerodireito.com.br/2023/06/e-possivel-o-reconhecimento-da-figura.html>>. Acesso em: 18/03/2023

[1] CAVALCANTE, Márcio André Lopes. É possível o reconhecimento da figura do consumidor por equiparação na hipótese de danos individuais decorrentes do exercício de atividade de exploração de potencial hidroenergético causadora de impacto ambiental, em virtude da caracterização do acidente de consumo. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em:

<<https://www.dizerodireito.com.br/2023/06/e-possivel-o-reconhecimento-da-figura.html>>. Acesso em: 18/03/2023

[2] Disponível em: <
<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2022/29092022-Reconhecimento-de-vitima-de-dano-ambiental-como-bystander-autoriza-aplicacao-de-normas-protetivas-do-CDC.aspx>>. Acesso em 22/01/2024

A responsabilidade do comerciante no Código de Defesa do Consumidor

Gustavo Leme

Aprovado em concurso público nos cargos de Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Sergipe, analista judiciário do TRE/GO e do TER/RS e procurador jurídico do município de Cafelândia/SP.

Resumo

O presente estudo visa analisar aspectos relativos à aplicabilidade do instituto da responsabilidade civil, destacada pelo artigo 927 e seguintes do Código Civil, sobre a Lei nº 8.078 de 11.09.90, o Código de Defesa do Consumidor, à luz da proteção constitucional a este conferida. Após a exposição da evolução histórica que levou ao contexto consumerista atual e análise dos princípios da tutela do consumidor, o tema será delimitado com foco na responsabilidade do fornecedor pelo fato do produto, que nasce em decorrência do defeito por este apresentado.

Palavras-Chave: Responsabilidade Civil. Código de Defesa do Consumidor. fornecedor. fato do produto

Abstract

The present study aims to analyze aspects related to the applicability of the civil liability institute, highlighted by Article 927 and the following articles of the Civil Code, concerning Law No. 8,078 of September 11, 1990, the Consumer Defense Code, in light of the constitutional protection granted to it. After presenting the historical evolution that led to the current consumer context and analyzing the principles of consumer protection, the topic will be delimited with a focus on the supplier's liability for the product's defect, which arises from the defect presented by it.

Keywords: Civil Liability. Consumer Protection Code. Supplier. Product Liability.

1. INTRODUÇÃO

Intensa polêmica e divergência doutrinária e jurisprudencial cercam a responsabilidade do comerciante expressa no artigo 13, da Lei 8.078/90. Aponta Nunes, precipuamente, que o “terceiro” citado no inciso III, do artigo 12, jamais deve ser confundido com o comerciante, pois se o artigo 13 usa o termo “igualmente”, fica claro ter o vendedor responsabilidade solidária. Ainda que se apure que o comerciante seja o responsável, de outra banda, não pode o produtor acionado tentar escapar da demanda alegando a responsabilidade do comerciante, em face da solidariedade.^[1]

2. A RESPONSABILIDADE DO COMERCIANTE

O comerciante não é terceiro, ele está inserido no ciclo de produção, o que o torna co-obrigado. O consumidor pode acionar qualquer dos agentes do ciclo de produção por danos gerados pelo produto, pois todos são responsáveis solidários. O produto é composto por varias partes elaboradas por diferentes produtores, não sendo apenas o fabricante originário o responsável pela existência do bem e sua chegada ao contato direto com o comprador. Assim, o comerciante também responde, nas hipóteses do artigo 13, não afastando, contudo, os demais agentes da produção.

Interessante notar o tratamento dispensado pelo legislador ao importador. Apesar de os princípios inspiradores do CDC serem os mesmos o importador foi menos favorecido pela norma do que o comerciante. O importador não deixa de ser um comerciante, pois adquire produtos no exterior para revendê-los. Todavia, a responsabilidade do artigo 12 é mais pesada e geral, sem restrições, haja vista que desconsidera as hipóteses dos incisos do artigo 13, nas quais aparece o ônus sobre o comerciante.

O sentido de “igualmente” deve ser interpretado como a incidência sobre o comerciante da mesma responsabilidade do artigo 12, ou seja, da solidariedade com os agentes deste artigo. Contudo, conforme consta nos incisos I e II, do artigo 13, somente existe a responsabilidade porque o produto não está ou não foi identificado. Do contrário, inexistiria o dever de indenizar do comerciante.

Embora semelhantes, as disposições do I e II, do artigo 13, guardam diferenças. No primeiro teor, o legislador remeteu a impossibilidade de fornecimento da identificação do fabricante ou produtor. O comerciante não pôde fazê-lo. Frequentemente, tal ocorre com os feirantes que compra do atacadista batatas de diversas origens e as põe à venda, mesmo misturadas. Outrossim, dá-se com os produtos hortifrutigranjeiros. A Lei responsabiliza o comerciante, embora não tenha ele a intenção de ocultar o produtor. O encargo incide sobre ele porque põe sobre o fabricante a responsabilidade da garantia de qualidade.

Diverso o previsto no inciso II. O comerciante tem plenas condições de fornecer a identificação do fabricante, mas não o faz. O comerciante é responsável tendo em vista que desrespeitou o dever de informação inerente a toda oferta, consoante o artigo 31, da Lei. Não há impossibilidade de informar, mas negligência ao não fazê-lo. Concretizando-se uma ou outra hipótese esta pode dar ensejo às sanções administrativas e judiciais. No inciso I, com a permissão da venda, os produtos não poder sem apreendidos por falta de identificação do produtor, o que, contudo, pode ocorrer no caso do inciso II.

No tocante ao III, inegável é a responsabilidade do comerciante por não conservar adequadamente o produto perecível. Todavia, reside certa complexidade na questão da prova da deterioração ter ocorrido, de fato, nas mãos do comerciante.^[2] Por exemplo, quando um consumidor sofre intoxicação ao ingerir um iorgute, de grande fabricante, adquirido em um singelo mercado. Difícil elucidar em que momento o produto estragou ou foi infectado, o que pode ter ocorrido no mercado, durante o transporte, já dentro da fábrica.

Parece mais conveniente para o consumidor que pode ter sofrido prejuízos materiais e morais ajuizar ação contra a fabricante que teria bem mais condições de ressarcir-lo do que o pequeno comércio. Destarte, prega Nunes^[3] que em dúvida sobre o local da deterioração, o consumidor deve

optar pelo produtor ou pelo comerciante. Independentemente, de quem for, depois, considerado responsável a vítima do fato do produto, será ressarcida, mesmo que tenha acionado a pessoa jurídica errada. Depois de indenizar o consumidor o responsável pode buscar ressarcimento frente ao outro co-obrigado, ou repartir com ele o que teve de pagar, devido à solidariedade.

Merece destaque, no parágrafo único do artigo 13, que a norma não se refere expressamente ao comerciante no início do dispositivo, mas sim diz “aquele”. Esta escrita parece evidenciar novamente que qualquer dos responsáveis podem ser demandados pelo consumidor, sem ser necessariamente o que provocou o estrago do produto. Se o legislador quisesse fixar dever de indenizar específico sobre o comerciante, teria posto ali seu nome. Como não o fez, transparece sua opção pela solidariedade, conclui Rizzatto.^[4] Além disso, o parágrafo citado trata-se de norma autônoma aplicável também aos vícios – quando se troca o produto, se devolve o dinheiro ou parte dele – e não somente aos defeitos – quando se fala em indenização –, não estando ligada apenas ao conteúdo do artigo 13. Assim, qualquer co-obrigado que seja acionado pode buscar o regresso contra o outro responsável solidário. Ademais, remete o parágrafo em análise à vedação da denúncia da lide, do artigo 88. A ação de regresso pode se dar nos mesmos autos ou de forma autônoma, tudo pela economia processual e a celeridade em favor da defesa do consumidor.

O entendimento dominante da jurisprudência é pela responsabilidade solidária do comerciante. Nesse sentido:

“Apelação Cível. Ação de Indenização por danos morais e estéticos. Estouro de garrafa de espumante na gôndola de supermercado. Ocorrência de lesões na mão do consumidor. Nexo causal demonstrado. Relação de Consumo. Responsabilidade Objetiva. Arts. 12 a 14, do CDC. Inocorrência de conduta da vítima que possa imputar-lhe a culpa exclusiva pelo acidente. Danos morais. Ocorrência. Danos estéticos não comprovados. Responsabilidade solidária do comerciante (supermercado) e do fabricante. Art. 7º, parágrafo único, do CDC. Recurso provido. (Apelação Cível nº 992.05.140615-1, 35ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Rel. Piva Rodrigues, julgado em 15.03.2011, grifo nosso)”.

Para muitos, todavia, sendo o nexos de causalidade, a relação e causa e efeito, que deve existir entre o dano e o defeito do produto ou do serviço, se o nexos não incidir sobre o comerciante não deve ele ser responsabilizado e ainda não devem ser esquecidas as hipóteses do artigo 12. A cerca da responsabilidade do comerciante, assevera Sanseverino que ela foi restringida em confronto com a dos outros agentes do ciclo de produção. O contato do comerciante com o produto é restrito, que se limita a exposição deste no estabelecimento e as devidas explicações ao consumidor, que foram passadas ao vendedor pelo fabricante.

Assim, não tem o comerciante grande possibilidade de alterar ou estabelecer técnicas de produção do que vende. Não sem razão, ele não foi incluído na responsabilidade direta, por produtos defeituosos, do artigo 12, do CDC, “sendo somente responsabilizado, subsidiariamente, em situações excepcionais”.^[5]

A responsabilidade objetiva não prescinde do nexu causal, inclusive para caracterizar a responsabilidade solidária. Esta só ficaria evidente, à luz do teor do § 1º, do artigo 25, do CDC, ou seja, quando houver mais de um responsável pelo dano. Caso o comerciante não seja responsável, não pode, segundo este entendimento, figurar como pólo passivo, ao ser acionado diretamente em indenizatória por fato do produto, ficando adstrito as hipóteses do artigo 13. Nesse passo, segue parte da jurisprudência:

“APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. EXPLOSÃO DE BATERIA DE CELULAR. ACIDENTE DE CONSUMO. FATO DO PRODUTO. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA RÉ COMERCIANTE. RECONHECIMENTO. Em se tratando de acidente de consumo pelo fato do produto, o comerciante só pode ser responsabilizado diretamente em casos específicos, pois não se enquadra no conceito de fornecedor (art. 12 do CDC), para fins de Responsabilidade solidária. (...) a responsabilidade do comerciante é subsidiária, e não solidária tal como estabelecido na sentença. Apelação Cível nº 70026053116, 9ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Rel. Marilene Bonzanini Bernardi, julgado em 02.04.2009, grifo nosso)”.

Vê-se intensa divergência sobre o dever de indenizar que incide sobre o comerciante, haja vista ter o legislador, talvez, se equivocado ao tentar proteger o comerciante no artigo 13, ao mesmo tempo, em que prega a defesa máxima ao consumidor no restante da Lei consumerista. A última corrente considera, com ênfase, as disposições deste, restringindo a responsabilidade do comerciante ao constante nos incisos, respeita, pois, o que traz a Lei. O primeiro entendimento citado, por outro lado, interpreta a Lei, ressaltando o parágrafo único do artigo 7º e o § 1º, do artigo 25, pondo a solidariedade como mais adequada ao sentido da proteção do consumidor, veiculada no decorrer de toda a Lei. Nesse passo, para estes, e entendimento dominante atualmente, o melhor caminho parece ser mesmo o da solidariedade, em face da complexidade do cenário do mercado de consumo atual, mostra-se mais um percalço ao consumidor a preocupação de analisar sobre a identificação do produtor, no momento de acionar o responsável.

Contudo, merece muita atenção, a colocação de outros, afirmando que gera perigo a singela e pragmática idéia de uma idoneidade inerente ao consumidor. Nessa diapasão:

“É preciso ter cautela ao promover a defesa absoluta da inocência do consumidor e analisar com rigor os fatos ocorridos, pois consumidores de má-fé usam os mesmos direitos destinados àqueles que procedem embasados no respeito recíproco, causando-lhe danos por meio de ações e reclamações infundadas onde, somente ao fornecedor caberá o fornecimento de provas”.[\[6\]](#)

3. CONCLUSÃO

Diante já do mais avançado estágio da econômica nacional, não seria mais a massa de consumidores tão desprovida de informações, já que o Brasil há muito deixou de ser uma incipiente economia capitalista – pelo contrário disposta como potência emergente. Bem conhecida, hoje, é a indústria dos danos morais, na qual por meio de ações infundadas partes e advogados tentam criar, a qualquer custo, litígios para se enriquecer com indenizações indevidas. Recente acórdão do Tribunal de Justiça paulista vislumbra a ilícita intenção de um indivíduo em sustentar a inexistência de um contrato, por ele antes firmado com conhecida empresa de telefonia. O intento indenizatório

foi facilmente desmentido por prova pericial, resultando em condenação por litigância de má-fé.^[7] Nessa linha, pertinente, o artigo 13 ao proteger o comerciante, atenuando a total e irrestrita defesa ao consumidor, posto que a tutela a este deve evoluir no passo e, como espelho, das alterações sociais e históricas. Por fim, no atual panorama da jurisprudência do STJ a responsabilidade do comerciante pelo vício do produto ou serviço é solidária. No entanto, quando se trata de fato do produto ou serviço, a responsabilidade é subsidiária, numa interpretação sistemática dos art. 12 a 14, do Código de Defesa do Consumidor, conforme REsp n. 1.994.563/MG.

[1] Nunes, Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**, 6ª Edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 332.

[2] Nunes, Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**, 6ª Edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2011. p. 336.

[3] Nunes, Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**, 6ª Edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2011. p. 338.

[4] Nunes, Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**, 6ª Edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2011.p. 339.

[5] Sanseverino, Paulo de Tarso Vieira, **Responsabilidade Civil no Código de Defesa do Consumidor e a Defesa do Fornecedor**, Editora Saraiva, 3ª Edição, 2002, São Paulo, p. 166/167.

[6] Martins, Adriano de Oliveira, Artigo “A relação jurídica de Consumo: Conceito e Interpretação”, 2010, p 06.

[7] INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – Inscrição em cadastro de devedores – Cabimento – Comprovação por laudo pericial da autenticidade da assinatura do contratante – Dispensabilidade do aviso de recebimento (AR) na comunicação ao consumidor sobre a negatização do nome – Súmula 404 do C. STJ- Litigância de má-fé- Caracterização – Evidente tentativa de enriquecimento ilícito – Sentença confirmada – Aplicação do disposto no artigo 252 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça – RECURSO NÃO

PROVIDO. Apelação Cível nº 0029892-23.2009.8.26.0071, 7ª Câmara de Direito Privado, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Rel. Elcio Trujillo, julgado em 02.03.2011)).

A recusa de transfusão de sangue por testemunhas de Jeová no ornamento Jurídico Brasileiro

Amanda Santos de Oliveira

Bacharel em Direito. Pós-graduada em Direitos Humanos.

Resumo

A introdução deste trabalho aborda o direito à vida como um direito fundamental, inviolável e inalienável previsto na Constituição Brasileira, enfatizando o princípio da dignidade da pessoa humana e seu papel na garantia dos direitos de personalidade e fundamentais. Além disso, explora-se a garantia constitucional da liberdade religiosa, que inclui a liberdade de religião, consciência e crença. O estudo examina a interação complexa entre a liberdade religiosa e o direito à vida, focando especificamente na recusa de transfusões de sangue por Testemunhas de Jeová por convicções religiosas. O objetivo é realizar uma análise doutrinária e jurisprudencial sobre como o ordenamento jurídico brasileiro lida com a recusa de transfusões de sangue no contexto do consentimento médico e dos direitos religiosos.

Palavras-Chave: Direito à Vida. Liberdade Religiosa. Recusa de Transfusão de Sangue

Abstract

The introduction of this paper addresses the right to life as a fundamental, inviolable, and inalienable constitutional right in Brazil. It emphasizes the principle of human dignity and its role in ensuring personal and fundamental rights. Additionally, it explores the constitutional guarantee of religious freedom, including freedom of religion, conscience, and belief. The paper then examines the complex interplay between religious freedom and the right to life, specifically focusing on Jehovah's Witnesses' refusal of blood transfusions due to religious convictions. This study aims to provide a doctrinal and jurisprudential analysis of how Brazilian law navigates the refusal of blood transfusions within the context of medical consent and religious rights.

Keywords: Right to Life. Religious Freedom. Blood Transfusion Refusal

1. INTRODUÇÃO

O direito à vida está previsto e garantido como direito fundamental e cláusula pétrea na Constituição da República Federativa do Brasil.

Trata-se de um bem inviolável, irrenunciável, indisponível e inerente ao ser humano para a garantia de uma vida digna e deve ser visto sob o aspecto do princípio da dignidade da pessoa humana.

A noção de vida digna possibilita a garantia de todos os direitos de personalidade e direitos fundamentais.

Nesse mesmo sentido, o direito à liberdade religiosa também é assegurado constitucionalmente e, engloba a liberdade de religião, consciência e de crença. Entretanto, quando a liberdade religiosa

entra em conflito com o direito à vida torna-se uma reflexão polêmica.

Isto porque há grande divergência entre a prevalência da autonomia/consentimento do paciente e o direito à vida sendo imposto um procedimento médico ao mesmo.

Sendo assim, pretende-se, nesse estudo, realizar uma análise doutrinária e jurisprudencial acerca da recusa de transfusão de sangue por testemunhas de Jeová no ordenamento jurídico brasileiro.

2. A RECUSA A TRANSFUSÃO DE SANGUE

A comunidade religiosa conhecida por Testemunhas de Jeová, criada em 1872, no Estado da Pensilvânia, Estados Unidos, avançou na sociedade através de reuniões para estudo da bíblica, sendo os praticantes conhecidos por “Estudantes da Bíblia” e mais tarde por “Testemunhas de Jeová”.

Os praticantes da religião têm objeções claras quanto à transfusão de sangue, pois acreditam que em textos bíblicos está expressa a proibição. Silvia Mota (2007) afirma que tal fundamento é encontrado nas interpretações que são feitas em passagens da Bíblia, dentre elas:

Todo animal movente que está vivo pode servir-vos de alimento. Como no caso da vegetação verde, deveras vos dou tudo. Somente a carne com sua alma – seu sangue – não deveis comer (Gênesis, 9:3-4).

Assim, mesmo em risco de morte, as testemunhas de Jeová, renunciam o recebimento de sangue como forma de cumprimento das diretrizes bíblicas (Sociedade de Vigia de Bíblias e Tratados, 1995).

De forma geral, a recusa a procedimentos médicos encontra-se fundamento no ordenamento jurídico brasileiro, podendo o paciente não anuir com determinado tratamento, conforme art. 15 do Código Civil Brasileiro:

Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.

Ocorre que, há grande discussão doutrinária e jurisprudencial sobre o impacto e a legitimidade da recusa de sangue, buscando auferir hierarquia entre o direito à liberdade religiosa e o direito à vida.

Nesse sentido, parte da doutrina defende que o direito à vida deve prevalecer sobre qualquer outro direito, não podendo ser lesado por outra pessoa, nem mesmo por seu titular, sendo a vida o bem jurídico de maior relevância tutelado pela ordem constitucional, pois o exercício dos demais direitos depende de sua existência (PINHO, 2002).

Por outro lado, aos que defendem a prevalência da liberdade de religião e a autonomia em relação a vontade de não ser submetido ao tratamento decorrente de recebimento de sangue, é utilizada as diretrizes estabelecidas pelos Enunciados 403 e 528 do Conselho da Justiça Federal (CJF), tendo em vista que não há, no Brasil, legislação acerca do tema.

O Enunciado 403 do CFJ estabelece que “o Direito à inviolabilidade de consciência e de crença, previsto no artigo 5º, VI, da Constituição Federal, aplica-se também à pessoa que se nega a tratamento médico, inclusive transfusão de sangue, com ou sem risco de morte, em razão do tratamento ou da falta dele, desde que observados os seguintes critérios: a) capacidade civil plena, excluído o suprimento pelo representante ou assistente; b) manifestação de vontade livre, consciente e informada; e c) oposição que diga respeito exclusivamente à própria pessoa do declarante”.

Já o enunciado 528 traz o entendimento de que “é válida a declaração de vontade expressa em documento autêntico, também chamado ‘testamento vital’, em que a pessoa estabelece disposições sobre o tipo de tratamento de saúde, ou não tratamento, que deseja no caso de se encontrar sem condições de manifestar a sua vontade”.

Ademais, o Conselho Federal de Medicina editou a Resolução n. 2.232/19, buscando harmonizar a problemática e estabelecer parâmetros para a atuação médica:

Art. 2º É assegurado ao paciente maior de idade, capaz, lúcido, orientado e consciente, no momento da decisão, o direito de recusa à terapêutica proposta em tratamento eletivo, de acordo com a legislação vigente.

Art. 3º Em situações de risco relevante à saúde, o médico não deve aceitar a recusa terapêutica de paciente menor de idade ou de adulto que não esteja no pleno uso de suas faculdades mentais, independentemente de estarem representados ou assistidos por terceiros.

Art. 4º Em caso de discordância insuperável entre o médico e o representante legal, assistente legal ou familiares do paciente menor ou incapaz quanto à terapêutica proposta, o médico deve comunicar o fato às autoridades competentes (Ministério Público, Polícia, Conselho Tutelar etc.), visando o melhor interesse do paciente.

Art. 11. Em situações de urgência e emergência que caracterizarem iminente perigo de morte, o médico deve adotar todas as medidas necessárias e reconhecidas para preservar a vida do paciente, independentemente da recusa terapêutica.

Dessa forma, deve ser assegurado ao paciente, quando maior e em possibilidade de exercer sua vontade, o direito de recusa à transfusão de sangue, salvo em situações de iminente perigo de morte.

Há, portanto, mitigação do direito do exercício do direito de liberdade religiosa no ordenamento jurídico brasileiro atual.

3. PROCEDIMENTOS ALTERNATIVOS E PONDERAÇÃO DO DIREITO À VIDA E LIBERDADE RELIGIOSA NOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Com a recusa à transfusão de sangue pelas testemunhas de Jeová, surge a necessidade de analisar a possibilidade de utilização de métodos alternativos para proteção e restabelecimento da saúde e, consequentemente, da garantia do direito à vida.

Assim, as transfusões sanguíneas podem ser substituídas por técnicas de cirurgia sem sangue, resfriamento do paciente para reduzir suas necessidades de oxigênio durante uma cirurgia, além dos carreadores artificiais do oxigênio (Rocco et al., 2006).

As técnicas de substituição à transfusão de sangue são permitidas pelo Código de Ética Médico e pelos Tribunais Superiores, conforme se observar no Recurso Especial nº 1.391.469 – RS (BRASIL, 2014), no qual o Superior Tribunal de Justiça afirmou que os métodos alternativos são permitidos, exceto quando o paciente estiver em perigo de vida:

“A restrição à liberdade de crença religiosa encontra amparo no princípio da proporcionalidade, porquanto ela é adequada a preservar a saúde da autora; é necessária porque em face do risco de vida a transfusão de sangue torna-se exigível e, por fim, ponderando-se entre a vida e a liberdade de crença, pesa mais o direito à vida, principalmente em se tratando não da vida de filha menor impúbere. Em consequência, somente se admite a prescrição de medicamentos alternativos enquanto não houver urgência ou real perigo de morte”. (STJ, Recurso Especial nº 1.391.469 – RS 2013/0202052-0 – Relator: Ministro Herman Benjamin, 28/11/2014).

No entanto, o uso de métodos alternativos se torna ainda mais complexo quando envolve o dever do Estado de promover o direito à saúde, ou seja, a convicção religiosa pode autorizar o custeio, pelo Estado, de tratamento médico indisponível no sistema público?

Tal questão encontra-se pendente de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, que reconheceu a Repercussão Geral da matéria, cuja Ementa respectiva, restou lavrada nos seguintes termos:

Direito constitucional e sanitário. Recurso extraordinário. Direito à saúde. Custeio pelo Estado de tratamento médico diferenciado em razão de convicção religiosa. Repercussão geral. 1. A decisão recorrida condenou a União, o Estado do Amazonas e o Município de Manaus ao custeio de procedimento cirúrgico indisponível na rede pública, em razão de a convicção religiosa do paciente proibir transfusão de sangue. 2. Constitui questão constitucional relevante definir se o exercício de liberdade religiosa pode justificar o custeio de tratamento de saúde pelo Estado. 3. Repercussão geral reconhecida. (RE 979.742 RG, Rel. Min. Roberto Barroso, julg. em 29.6.2017, DJe 31.7.2017).

Ademais, também encontra-se em análise pelo Supremo Tribunal Federal, da possibilidade de paciente submeter-se a tratamento médico recomendado e disponível na rede pública sem a necessidade de transfusão de sangue, em respeito aos direitos da liberdade religiosa e da dignidade da pessoa humana (RE 1.212.272 AL, Repercussão geral reconhecida).

Assim, é esperado que a Suprema Corte, ao julgar os referidos casos, delimite e se manifeste sobre o direito autodeterminação das testemunhas de Jeová de submeterem-se a tratamento médico realizado sem transfusão de sangue, em razão da sua consciência religiosa disponível na rede pública de saúde, bem como nos casos de procedimentos indisponíveis no fornecimento pelo Estado.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição Federal (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 09/10/2023.

BRASIL. Enunciado nº 528 – V Jornada de Direito Civil. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/597>>. Acesso em: 20/10/2023.

_____. Enunciado nº 403 – V Jornada de Direito Civil. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/207>>. Acesso em: 20/10/2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.391.469 RS 2013/0202052-0. Brasília, 2014. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/154038925/recurso-especial-resp1391469-rs-2013-0202052-0>. Acesso em: 15/10/2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 1212272 RG/AL – ALAGOAS. REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Brasília, 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/repercussaogeral11062/false>. Acesso em: 20/10/2023.

MOTA, Silvia. Testemunha de Jeová e transfusão de sangue. Disponível em: <<http://www.silviamota.com.br/enciclopediabiobio/testemunhajeova/testemunha-jeova.htm>>. Acesso em 01.12.2023.

Sociedade Torre de Vigia de Bíblias e Tratados. Cuidados com a Família e Tratamento Médico para as Testemunhas de Jeová. São Paulo: Watchtower Bible and Tract Society of New York; International Bible Students Association, Sociedade Torre de Vigia de Bíblias e Tratados, 1995.

PINHO, Rodrigo César Rebelo. Teoria geral da constituição e direitos fundamentais. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROCCO, José Rodolfo; SOARES, Márcio; ESPINOZA, Rodolfo Andrade. Transfusão de sangue em terapia intensiva: um estudo epidemiológico observacional. Revista Brasileira de Terapia Intensiva, v.18, 2010.

O Direito fundamental à educação e a sociedade digital

Rosiel Silva Santos Junior

Advogado. Bacharel em Direito. Especialista em Direito Público e em Direito na Internet. Professor de Direito Digital

Resumo

Este ensaio aborda a importância do direito fundamental à educação em uma sociedade cada vez mais digitalizada. A análise inicia com um panorama constitucional do direito à educação no Brasil e sua relevância no desenvolvimento social e pessoal dos indivíduos. Em seguida, é discutida a necessidade de uma educação digital que permita o acesso, a adaptação e a capacitação dos cidadãos no contexto da Política Nacional de Educação Digital (PNED). A proposta é incentivar uma reflexão sobre a transformação da educação como instrumento essencial para a inclusão e o desenvolvimento em um ambiente digital e hiperconectado.

Palavras-Chave: Direito à Educação. Sociedade Digital. Educação Digital

Abstract

This essay addresses the importance of the fundamental right to education in an increasingly digitalized society. The analysis begins with a constitutional overview of the right to education in Brazil and its significance in social and personal development. It then discusses the need for digital education to enable citizens' access, adaptation, and skills development within the context of the National Digital Education Policy (PNED). The aim is to encourage reflection on the transformation of education as an essential tool for inclusion and development in a digital and hyperconnected environment.

Keywords: Right to Education. Digital Society. Digital Education

1. INTRODUÇÃO

O presente ensaio tem como tema “O DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO E A SOCIEDADE DIGITAL”. Trata-se de um ponto de partida para a análise da importância da educação, em um contexto no qual a vida está se desenvolvendo no ambiente digital.

Proponho neste ensaio uma reflexão acerca do direito fundamental à educação e a política nacional de educação digital. O texto está dividido em dois momentos. Parte-se de um panorama constitucional do direito à educação; na sequência é desenvolvida uma rápida abordagem sobre a educação na sociedade digital, com ênfase para a política nacional de educação digital. Por fim, são trazidas algumas considerações sobre a essencialidade da educação digital, enquanto direito fundamental, em uma sociedade digital. Pretende-se contribuir para uma reflexão inicial que possa evidenciar o papel da educação em um ambiente de sociedade convergente.

2. O DIREITO À EDUCAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 6º, *caput*, elenca o seguinte:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (grifos nossos).

A educação é um direito social, notadamente com caráter fundamental, visto que está inserido no título dos direitos e garantias fundamentais. A doutrina, explanando o supramencionado dispositivo constitucional, leciona que: a “educação obteve reconhecimento expresso no art. 6.º da CF, integrando, portanto, o catálogo dos direitos fundamentais e sujeito ao regime jurídico reforçado que lhes foi atribuído pelo constituinte (especialmente art. 5.º, § 1.º, e art. 60, § 4.º, IV).” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, p.308, 2013). Com relação ao catálogo de direitos fundamentais, com esteio na sistematização proposta pelos autores acima citados, entende-se que o rol dos direitos elencados pelo constituinte consubstancia um catálogo que, inclusive, possui uma expansividade, senão vejamos o texto da Carta Magna:

Art. 5º, § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) é esclarecedora no que tange o direito à educação:

A educação, notadamente a escolar ou formal, é direito social que a todos deve alcançar. Por isso mesmo, dever do Estado e uma de suas políticas públicas de primeiríssima prioridade. [ADI 3.330, rel. min. Ayres Britto, j. 3-5-2012, P, DJE de 22-3-2013.]

Nesta linha argumentativa, além dos direitos expressamente elencados na Constituição, há possibilidade de reconhecer tantos outros no ordenamento jurídico. Deve-se, com base na presente exposição, classificar os direitos que possuem expressa previsão e os direitos não expressos. Nos ensinamentos de Sarlet, Marinoni, Mitidiero (2022, p. 147):

“podemos, desde logo, cogitar de duas espécies de direitos fundamentais: (a) direitos formal e materialmente fundamentais (portanto, sempre ancorados, ainda que implicitamente, na constituição formal); (b) direitos apenas materialmente fundamentais, no sentido de direitos que não estão sediados no texto constitucional (grifos nossos).

Com base na exposição até aqui apresentada, deve-se inserir a educação no rol dos direitos formal e materialmente fundamentais, diante do indiscutível caráter fundamental e da expressa previsão na Carta da República. Trata-se de direito alçado ao patamar constitucional desde a Carta Magna de 1824, suprimido na Carta Constitucional de 1891, e presente em todas as Constituições desde a de 1934, conforme lições de Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2022, p. 308):

já na Carta Imperial de 1824, que, no seu art. 179, XXXII, previa o direito à instrução primária e gratuita para todos os cidadãos. Embora a supressão de tal direito do texto constitucional em 1891, a contar de 1934 o direito à educação passou a figurar de forma contínua e progressiva, em termos quantitativos e qualitativos, nas demais Constituições, ainda que com alguma variação, até alcançar, pelo menos em termos de quadro evolutivo nacional, o máximo nível de regulação constitucional na atual Constituição Federal.

No que diz respeito às previsões constitucionais, revela-se relevante apresentar a disposição da educação na Carta de 1824:

Art. 179 – CF 1824. A inviolabilidade dos Direitos Cívicos, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte.

XXXII. A Instrução primaria, e gratuita a todos os Cidadãos.

XXXIII. Collegios, e Universities, aonde serão ensinados os elementos das Sciencias, Bellas Letras, e Artes.

Há 200 anos, no ordenamento jurídico brasileiro, o direito à educação é um direito formalmente fundamental e indubitavelmente, desde sempre, um direito fundamental na acepção material, todavia ainda existem desafios substanciais à efetivação do mencionado direito. Neste ponto, merece uma análise a divisão de competências insculpida no texto constitucional vigente:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

V – proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à inovação (grifos nossos);

Com relação à competência comum, Cunha Junior e Novellino (2013, p. 232) lecionam:

A competência comum (competência material) não implica, de forma imediata, competência para legislar. No entanto, isso não significa que os entes federativos estejam impedidos de legislar sobre o tema, porquanto se tem um Estado de Direito, tudo deve ser feito em conformidade com a lei, negar a competência legislativa acabaria por tornar inócua a competência material. No caso dos Municípios, a competência será para legislar sobre assuntos de interesse local (CF, art. 30, O) e, no que couber, suplementar a legislação federal e estadual (CF, art. 30, II).

Nota-se que o constituinte se preocupou em insculpir na Carta Magna competências para assegurar a efetividade do direito à educação. Na esteira das competências comuns, ou administrativas, encontramos o mencionado direito, que demanda, indubitavelmente efetivação.

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

IX – educação, cultura, ensino, desporto, ciência, tecnologia, pesquisa, desenvolvimento e inovação (grifos nossos);

No que diz respeito à competência para legislar, a educação se insere nas chamadas competências concorrentes, Cunha Junior e Novellino (2013, p. 233-234) dissertam acerca de tais competências:

A competência concorrente é aquela que pode ser exercida por mais de um ente federativo. A constituição de 1988 conjugou o modelo clássico de repartição horizontal de competências (CF, arts. 22, 25, §14º; 30; 32, §1º) com o modelo contemporâneo originário do federalismo alemão, que se projeta no estabelecimento de áreas de atuação legislativa concorrente entre a União, os Estados e o Distrito Federal (CF, art. 24). A repartição vertical de competências realiza a distribuição de idêntica matéria legislativa entre as pessoas estatais, consagrando um verdadeiro condomínio legislativo, consoante regras constitucionais de convivência. A constituição adotou a técnica da legislação federal fundamental, de normas gerais e de diretrizes essenciais, cujo preenchimento deverá ser feito pela legislação estadual conforme as peculiaridades e exigências de cada Estado Federado. Os municípios, apesar de não estarem elencados entre os entes federativos com competência concorrente, poderão suplementar a legislação federal e estadual no que couber (CF, art. 30, II).

A Carta Magna, com o modelo de repartição de competências adotado, não deixou margens para dúvidas, no que diz respeito à possibilidade de aparelhamento dos entes estatais, com o fito de dar efetividade ao direito à educação. O STF em algumas ocasiões encarou a competência concorrente atinente à educação, com destaque para a ADI 3.669:

Competência concorrente entre a União, que define as normas gerais, e os entes estaduais e Distrito Federal, que fixam as especificidades, os modos e meios de cumprir o quanto estabelecido no art. 24, IX, da Constituição da República, ou seja, para legislar sobre educação. O art. 22, XXIV, da Constituição da República enfatiza a competência privativa do legislador nacional para definir as diretrizes e bases da educação nacional, deixando as singularidades no âmbito de competência dos Estados e do Distrito Federal. [ADI 3.669, rel. min. Cármen Lúcia, j. 18-6-2007, P, DJ de 29-6-2007.]

O direito à educação, diante da inquestionável relevância é tratado, também, em capítulo próprio do texto constitucional, em capítulo destinado, de forma semelhante, à cultura e ao desporto, senão vejamos:

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Ao escreverem sobre o dispositivo constitucional acima transcrito Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2022, p.309) ensinam:

O art. 205, ao dispor que “a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade”, assume, de plano, uma dupla dimensão, pois tanto reconhece e define um direito (fundamental) de titularidade universal (de todos!), quanto possui um cunho impositivo, na condição de norma impositiva de deveres, que, dadas as suas características (e sem prejuízo de a educação ser em primeira linha um direito fundamental exigível como tal), situa-se na esfera das normas de eficácia limitada ou dependentes de complementação, já que estabelece fins genéricos a serem alcançados e diretrizes a serem respeitadas pelo Estado e pela comunidade na realização do direito à educação, quais sejam “o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”. Por outro lado, tais parâmetros podem servir de critérios para a definição do conteúdo do direito à educação como direito subjetivo, demonstrando que dimensão subjetiva e dimensão objetiva se retroalimentam.

O Supremo Tribunal Federal consolida a abordagem atinente ao presente dispositivo:

O artigo 205 da Constituição Federal consagra um conceito amplo de direito à educação, enfatizando suas potencialidades no campo do desenvolvimento existencial do indivíduo, de um lado, e na seara econômica, de outro, dada a sua especial relevância para a concretização dos objetivos constitucionais associados à valorização do trabalho humano e à tutela da livre-iniciativa. A complexidade, a dinamicidade e a especialização que marcam o mercado de trabalho contemporâneo, fruto da sociedade do conhecimento, demandam que o processo de aprendizado do cidadão, enquanto pressuposto para o pleno desenvolvimento das suas capacidades individuais para o trabalho, seja contínuo (ADI 5.752, rel. min. Luiz Fux, j. 18-10-2019, P, DJE de 4-11-2019) (grifos nossos).

Nota-se, na jurisprudência do STF, o reconhecimento do direito subjetivo à educação e, além disso, a contribuição subjacente ao desenvolvimento existencial do indivíduo. Deve-se reconhecer a projeção do direito ora analisado para um ambiente que supera a mera estrutura de um sistema educacional. Trata-se, em verdade, de um direito que, uma vez concretizado, altera estruturalmente cada indivíduo alcançado. Com o fito de aprofundar a jurisprudência do Supremo em torno do tema:

O artigo 205 da Constituição Federal afirma a educação como direito de todos e, em complemento, o artigo 208, inciso I, da Constituição Federal estipula como dever do Estado efetivar a educação mediante a garantia de ‘ensino fundamental obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiverem acesso na idade própria’. Dessa forma, é patente que o Poder

Com fundamento no texto constitucional, na interpretação e aplicação jurisprudencial realizada pelo STF, bem como na doutrina pátria, revela-se indiscutível a essencialidade do direito à educação. Trata-se de um direito fundamental, com relevância indiscutível e inafastável, atraindo o dever de implementação por todos os entes estatais. Na esteira argumentativa correlata à educação, há de se destacar o atual cenário da sociedade, sob forte influência da tecnologia, com o estabelecimento de uma realidade digital.

3. A SOCIEDADE DIGITAL E O DIREITO À EDUCAÇÃO

A sociedade digital, apesar da dificuldade conceitual, pode ser definida como a que converge tecnologias, encurta distâncias e estabelece relações nas quais as transformações e acontecimentos locais exercem influência sobre o ambiente global, porém, de forma semelhante, as transformações e ocorrências no ambiente global também influenciam o ambiente local por meio do uso de tecnologia. Trata-se da sociedade hiperconectada, convergente ou, de maneira simples, sociedade digital.

No que tange ao direito fundamental à educação, existem desafios relacionados à efetivação do mencionado direito em uma sociedade digital, notadamente em relação aos métodos utilizados, bem como em relação à necessidade de adequação do processo educacional às demandas típicas desta sociedade tecnológica. Nesta esteira, no ano de 2023 foi instituída a Política Nacional de Educação Digital, por intermédio da Lei nº. 14.533/2023, com a seguinte finalidade:

Art. 1º Esta Lei institui a Política Nacional de Educação Digital (PNED), estruturada a partir da articulação entre programas, projetos e ações de diferentes entes federados, áreas e setores governamentais, a fim de potencializar os padrões e incrementar os resultados das políticas públicas relacionadas ao acesso da população brasileira a recursos, ferramentas e práticas digitais, com prioridade para as populações mais vulneráveis (grifos nossos).

Com a finalidade de contextualizar mais especificamente a mencionada política, deve-se observar os estruturantes e objetivos apresentados pelo legislador:

Art. 1º, § 2º A PNED apresenta os seguintes eixos estruturantes e objetivos:

I – Inclusão Digital;

II – Educação Digital Escolar;

III – Capacitação e Especialização Digital;

IV – Pesquisa e Desenvolvimento (P&D) em Tecnologias da Informação e Comunicação (TICs).

Constata-se que, diante do caráter fundamental do direito à educação e da necessidade de formação adequada dos indivíduos para os desafios de uma sociedade digital, a PNED deve ser amplamente divulgada e integralmente implementada. A necessidade objetiva de educação e, mais especificamente, da educação digital, constitui o vetor para uma abordagem sólida de demandas atinentes à desinformação, *fake news*, vulnerabilidade digital, crimes digitais e, de forma ampla, para uma vida digna em um mundo digital.

4. ÚLTIMAS CONSIDERAÇÕES

O direito à educação está formalmente consolidado no Brasil, diante da ampla abordagem constitucional e ratificação na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, bem como na doutrina. Todavia, a efetivação de tal direito ainda carece de melhorias. Neste âmbito, merece destaque a chamada educação digital, que trata de elementos típicos da sociedade digital, na qual estamos inseridos. No Brasil, desde o ano de 2023, existe uma Política Nacional de Educação Digital (PNED), que necessita de divulgação e efetivação, visto que, frequentemente, questões relacionadas ao ambiente digital ocupam os principais noticiários nacionais.

Nesta perspectiva, diante da estatura constitucional do direito à educação e da necessidade de formação adequada para a vida em uma sociedade digital, revela-se essencial a imediata adequação da estrutura educacional nacional, com a implementação dos elementos próprios da educação digital. Trata-se de tema com horizonte recente, mas, diretamente relacionado com questões recorrentes e, por vezes, tormentosas da sociedade brasileira.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27 outubro 2022.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1824. Disponível em:<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 27 outubro 2022.

_____. LEI Nº 14.533, de 11 DE Janeiro de 2023. Disponível em:<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2023-2026/2023/Lei/L14533.htm>. Acesso em: 27 outubro 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal – ADI 1.570, Relator: min. Ayres Britto, Data de Julgamento: 03/05/2012, Data de Publicação: DJe- DIVULG 22/03/2013. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3530112>>

. Acesso em 27 janeiro 2024.

_____. Supremo Tribunal Federal – ADI 3.669, Relator: min. Cármen Lúcia, Data de Julgamento: 18/06/2007, Data de Publicação: DJe- DIVULG 29/06/2007. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=469706>>

. Acesso em 27 janeiro 2024.

_____. Supremo Tribunal Federal – ADI 5.752, Relator: min. Luiz Fux, Data de Julgamento: 18/10/2019, Data de Publicação: DJe- DIVULG 04/11/2019. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751285609>>

. Acesso em 27 janeiro 2024.

CUNHA JUNIOR, Dirley; NOVELINO, Marcelo. CF para Concursos. Salvador: Editora Juspodivm, 2013.

SARLET, Ingo W.; MARINONI, Luiz G.; MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. *E-book*. ISBN 9786553620490. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620490/>. Acesso em: 20 jan. 2024.

Criminalidade organizada: origem, definição doutrinária e características

Thiago Eduardo Kutz

Formado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, em 2015. Pós-graduado, em nível de especialização, em Teoria Geral do Crime e das Penas. Assistente de Juiz de Direito no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

Resumo

Este estudo explora as origens e o desenvolvimento global do crime organizado, analisando grandes organizações criminosas, como as máfias italianas (Cosa Nostra, Camorra, 'Ndrangheta), Tríades Chinesas, Yakuza do Japão, máfia norte-americana e cartéis de drogas sul-americanos em Medellín e Cali. A análise aborda as características únicas de cada organização, seu alcance internacional e contexto histórico, destacando como grupos como a Cosa Nostra, através de alianças com cartéis, ampliaram mercados de tráfico de drogas. O estudo examina também o crime organizado na América do Sul, ligado à produção de drogas em grande escala, e facções brasileiras como o PCC e Comando Vermelho, que controlam o comércio ilícito dentro e fora dos presídios. Além disso, trata dos desafios globais impostos pelo crime organizado, com foco em redes transnacionais e na criação de estruturas de poder paralelas em regiões com controle estatal enfraquecido.

Palavras-Chave: Crime Organizado. Redes Transnacionais. Máfia

Abstract

This study explores the origins and global development of organized crime, examining major criminal organizations such as the Italian mafias (Cosa Nostra, Camorra, 'Ndrangheta), Chinese Triads, Japan's Yakuza, North American mafia, and South American drug cartels in Medellín and Cali. The analysis discusses each organization's unique characteristics, international reach, and historical context, highlighting how groups like Cosa Nostra, through alliances with cartels, expanded drug trafficking markets. Further examination includes South American organized crime linked to large-scale drug production and Brazilian factions like the PCC and Comando Vermelho, which control illicit trade within and beyond prison walls. Additionally, it addresses the challenges of organized crime on a global scale, with a focus on transnational networks and the creation of parallel power structures in regions with weakened state control.

Keywords: Organized Crime. Transnational Networks. Mafia

1. BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA ORIGEM DA CRIMINALIDADE ORGANIZADO PELA MUNDO

As primeiras organizações criminosas com que nos deparamos ao estudarmos a história do crime organizado são aquelas constituídas sob a forma de máfia. De início, ressalta-se que as mais famosas citadas no âmbito internacional são as máfias italianas (Casa Nostra, Cammora, 'Ndrangueta e Sagrata Corona), as Tríades Chinesa, a Yakuza do Japão, a U.S Máfia, localizada na América do Norte, e os cartéis de narcotráfico localizados em Medellin e Cali^[1].

A Casa Nostra, que atua na região da Sicília, teria sido a primeira organização a ser denominada de máfia, o que ocorreu no século XIX^[2]. Essa organização é considerada pelos estudiosos uma das mais poderosas existentes, senão a mais, possuindo grande ligação com outros grandes grupos criminosos internacionais.

Cumprir destacar que uma das características mais marcantes no âmbito das organizações criminosas é a transnacionalidade, de modo que muitas delas não se limitam a atuar apenas dentro de um território nacional. Para possibilitar a atuação no âmbito internacional, muitas das organizações utilizam de um *networking*, criando parceria com outros grupos criminosos, a fim de ampliar sua atuação e seus lucros.

Com a criação de parcerias, a Casa Nostra conseguiu ampliar sua atuação para o âmbito internacional. Em sua obra, Luiz Flávio Gomes^[3] destacou que a ligação estabelecida entre a Casa Nostra e os cartéis colombianos foi uma das principais responsáveis pela entrada da cocaína em diversos mercados, como no da Europa e dos Estados Unidos.

Ainda com relação à Casa Nostra, pode-se citar algumas características como^[4]: a relação de parentesco entre seus membros; a existência de um código interno extremamente rígido; a estrutura hierárquica; o uso de intimidação e violência; a existência de punições e sanções internas para seus membros; e a ligação com o tráfico de entorpecentes. Ademais, destaca-se a existência de mais de uma máfia Casa Nostra, uma atuando na Itália e outra na América do Norte, cada uma com suas características peculiares^[5].

Registra-se que o estudo das características e atividades das organizações criminosas será realizado de forma mais aprofundado em tópico próprio. Ademais, verifica-se que várias das características retro mencionadas poderão ser encontradas nas demais organizações que foram surgindo ao decorrer dos anos.

A “Ndrangheta, conforme ensinamentos de Marcelo Batlouni Mendroni^[6], é conhecida pela prática de extorsão, que é realizada através da cobrança de proteção de negócios de empresários e comerciantes, sendo considerada a mais violenta das máfias. Para a sua atuação, se aproveita da falta de atuação efetiva do Estado. Esse tipo de atuação também é muito comum de ser encontrada em outras organizações criminosas, que, muitas vezes, constituem um verdadeiro “estado-paralelo”, como será demonstrado no decorrer deste trabalho.

Com relação à história do combate às máfias italiana, duas figuras merecem destaque, quais sejam, o Juiz Giovanni Falcone e o Procurador Paolo Borsellino, os quais foram assassinados em 1992 na cidade de Palermo.

Conforme assevera Rodrigo Carneiro Gomes^[7], os assassinatos causaram uma imediata reação do Estado Italiano no combate às máfias locais, que promoveu diversas alterações em seu sistema legislativo, na administração de penitenciárias e no comando da polícia local. Ademais, a morte dos agentes públicos gerou uma homenagem, sendo a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional amplamente conhecida também como Convenção de Palermo^[8], cidade onde ocorreram os assassinatos.

Dando prosseguimento, têm-se as Tríades Chinesas, que nada mais são do que as máfias que atuam na região da China. As Tríades são consideradas as mais antigas organizações criminosas, tendo como origem o ano de 1644. Esses grupos surgiram como movimentos populares que tinham como objetivo a proteção da população contra as arbitrariedades praticadas pelo Estado. Essa população tinha como principal atividade a produção de ópio, sendo que, quando seu comércio foi proibido, as Tríades passaram a explorar o comércio de forma ilegal^[9].

Luiz Flávio Gomes^[10] destaca que esses grupos possuem grande similaridade com as máfias italianas, possuindo grande contato com outras organizações existentes pelo mundo. Ainda, o professor retro mencionado assevera que essas organizações possuem como atividade o tráfico de heroína, a exploração de jogos de azar e a extorsão de comerciantes locais. Já Mario Daniel Montoya^[11] destaca que as Tríades obtém um lucro milionário extorquindo comerciantes na fronteira entre Brasil, Paraguai e Argentina, região conhecida como tríplice fronteira.

Na América do Sul um dos maiores problemas é a produção de drogas. Estima-se que Bolívia, Colômbia e Peru são responsáveis pela produção de praticamente toda cocaína produzida no mundo, já o Paraguai seria responsável por cerca de 59% da maconha produzida no continente^[12]. Dentre esses países, a Colômbia é a que mais chama atenção, sendo a base dos principais cartéis do narcotráfico, que se localizam especialmente nas cidades de Medellín e Cali^[13].

Impende mencionar que o Brasil faz divisa com todos esses países, e possui uma faixa de fronteira gigantesca, dificultando uma fiscalização totalmente efetiva, de modo que grande parte da droga produzida entra em território nacional, sendo destinada ao consumo ou à distribuição para outros países.

O Comando Vermelho e o Primeiro Comando da Capital (PCC), nascidos, respectivamente, nas cidades de Rio de Janeiro e São Paulo, são os principais responsáveis pela criminalidade organizado no Brasil. Esses grupos possuem grande atuação dentro de presídios do país inteiro, cobrando mensalidade de detentos em troca de proteção. Também possuem como atividade o tráfico de drogas, havendo, inclusive, registro de parcerias firmadas com cartéis colombianos^[14].

Impende mencionar, ainda, que o Primeiro Comando da Capital, o PCC, se internacionalizou, associando-se à máfia italiana Ndrangheta para abastecer a Europa de cocaína, e, segundo dados do Fórum Brasileiro de Segurança Pública, hoje fatura cerca de US\$ 1 milhão de reais por mês apenas com essa operação. [\[15\]](#)

Para o jurista e criminalista português Fernando Conde Monteiro, diretor do curso de Criminologia da Universidade do Minho, em Portugal, para combater o crime organizado não basta prender líderes e chefes de organizações criminosas. Ele ressalta que o Brasil é refém do crime organizado, uma vez que possui cinquenta e três facções criminosas conhecidas e presentes, com pelo menos uma delas, em todos os Estados do País e no Distrito Federal. [\[16\]](#)

Ainda no que se refere à América do Sul, destaca-se a preocupação existente com relação à criminalidade organizada existente na região conhecida como Tríplice Fronteira, que é a divisa entre a Argentina, o Brasil e o Paraguai. Conforme doutrina de Mario Daniel Montoya [\[17\]](#), a intensificação do narcotráfico na região tem chamado a atenção da agência de antinarcóticos norte-americana (DEA). Atividades como contrabando, tráfico de armas, lavagem de dinheiro e terrorismos também são registradas na região.

O doutrinador retro mencionado assevera também que fatores como a alta instabilidade, os problemas de governabilidade e a violação da ordem institucional dos países que compõem a Tríplice Fronteira contribuem para o aumento da criminalidade na região, e que a existência de diversas pistas de aterrissagem clandestinas, a extensa faixa de fronteira e a capacidade limitada de fiscalização torna difícil o combate à criminalidade.

Por fim, estima-se que o oitavo PIB do mundo pertence ao crime organizado [\[18\]](#), sendo os danos sociais, políticos e econômicos causados por esse tipo de criminalidade imensuráveis, pois enfraquece instituições e deixa a sociedade vulnerável.

Ante o exposto, por todos os aspectos analisados até o momento, pode-se afirmar que o combate às organizações criminosas é medida urgente e necessária extrema importância, sob pena de nos vermos, num futuro próximo, diante de grupos criminosos mais poderosos e mais bem estruturados do que o próprio Estado em que atuam.

2. DEFINIÇÃO E CARACTERIZAÇÃO DAS ORGANIZAÇÕES SEGUNDO A DOUTRINA

2.1. DEFINIÇÃO

As definições de organização criminosa trazidas pela doutrina são muito específicas, sendo que, apesar de guardarem grande similaridade entre si, existem elementos que as diferenciam.

Nada obstante as diferenças, inicialmente, imperioso mencionar os elementos que lhes são comuns, quais sejam, estabilidade e permanência, finalidade de obter lucro e poder, estrutura hierárquica piramidal e divisão de tarefas.

Ana Flávia Messa^[19] descreve que, dentro de uma tentativa de elaborar um conceito de organização criminosa, poderíamos encontrar os seguintes elementos: complexidade estrutural, divisão orgânica hierárquica, divisão funcional, divisão territorial, estreitas ligações com o poder estatal, atos de extrema violência, lucro ilícito, poder econômico elevado, capacitação funcional, alto poder de intimidação, capacidade de fraudes diversas, clandestinidade, caráter transnacional, modernidade, danosidade social de alto vulto e associação estável e permanente.

Destaca-se que alguns elementos trazidos pela doutrinadora não servem para a criação de uma definição legal de organização criminosa, posto que não estão presentes em todas elas, como por exemplo a existência de atos de extrema violência, de alto poder de intimidação e a transnacionalidade, caso contrário a abrangência do tipo ficaria muito limitada.

No âmbito internacional, as definições de organização criminosa são apresentadas pela *President's Commission on Organized Crime*, pela *Federal Bureau of Investigation* (FBI) e pela Interpol^[20]. Todas elas guardam grande similaridade e trazem como elementos a prática de atividades ilegais, o uso de corrupção e violência, e possuem a finalidade de obter poder e dinheiro.

O sociólogo Guaracy Mingardi, apud Marco Polo Levorin^[21], ao definir organizações criminosas, traz dois elementos que merecem destaque, que são o uso de um planejamento empresarial e a existência de um poder criminal que concorreria com o poder do Estado.

Pela existência de um planejamento empresarial, conclui-se que não bastaria uma simples reunião de agentes com o fim de praticar atividades criminosas, exigindo-se que essa associação seja feita de forma realmente organizada.

Além disso, a organização criminosa possuiria um poder que concorreria ou até mesmo substituiria o poder Estatal. Exemplificando, naqueles lugares onde o Estado não atua, como em favelas e periferias, as Organizações Criminosas encontrariam espaço para constituir um verdadeiro “estado paralelo” ao do Estado Democrático de Direito.

No Brasil, é fato notório que, em grandes favelas, traficantes e organizações criminosas se aproveitam da falta de atuação do Estado para adquirir poder e “governar” a população local, seja pela uso de intimidação e violência, seja pela concessão de assistência a essa população carente.

Em pese a semelhança nos conceitos transcritos, ressalta-se que as pequenas diferenças existentes podem ser determinantes no momento de decidir pela configuração ou não de uma organização

criminosa.

Ademais, os elementos de uma organização criminosa podem variar dependendo de diversos fatores, como por exemplo, da evolução legislativa do local onde atuam, adaptando-se rapidamente com o fim de manter-se impune.

Outro fator determinante é o geográfico^[22]. Cada região deve adaptar sua definição de organização criminosa com base em suas características locais. No caso do Brasil, tendo em vista a diversidade cultural e a extensa base territorial, a definição de organização criminosa apta a contemplar todos os modelos existentes, é tarefa difícil.

2.2. CARACTERÍSTICAS

Conforme disposições do tópico anterior, conclui-se pela impossibilidade de criação de uma única e absoluta definição de organização criminosa. Isto porque elas possuem características e formas de atuação diferentes a depender de seus objetivos, localização geográfica, dentre outras causas.

Com relação a localização geográfica, são vários os fatores que influenciam diretamente nas atividades das organizações criminosas, dentre eles as condições políticas, policiais, territoriais, econômicas, sociais etc.^[23]

Quanto às formas de atuação, as organizações criminosas podem realizar as mais diversas atividades, mas algumas são consideradas principais e comuns à maioria delas. As principais atividades criminosas praticadas serão estudadas no próximo tópico. No momento, a análise será feita no tocante a algumas formas básicas de organizações criminosas trazidas pela doutrina.

O doutrinador Marcelo Batlouni Mendroni^[24] divide as organizações criminosas em quatro grandes grupos, nomeando-as de tradicionais, de rede, empresariais e endógenas.

As tradicionais, também chamadas de clássicas, seriam aquelas organizações criminosas do tipo mafiosas, voltadas para a prática de crimes de qualquer natureza, geralmente roubos, ameaças, tráfico e extorsão. A finalidade das atividades criminosas seria a obtenção de dinheiro e poder. Possui clara estrutura hierárquico-piramidal e divisão direcionada de tarefas. Além disso, possui domínio do território onde se estabelece. Muitas vezes os integrantes das organizações criminosas mafiosas possuem relação de parentesco, sendo pertencentes à mesma família.

Já as organizações criminosas que atuam sob a forma de “rede” possuiriam como principal característica, segundo o doutrinador, a globalização e a provisoriedade, atuando conforme as oportunidades que iriam surgindo em cada território.

Outrossim, a organização criminosa empresarial seria constituída na forma de empresa lícita, aproveitando-se desta aparência para praticar atividades criminosas, como por exemplo lavagem de dinheiro, fraudes e estelionato. Suas atividades criminosas estariam ligadas principalmente a crimes econômicos.

Com relação à organização criminosa empresarial, é importante distinguir as empresas criminosas (que são empresas voltadas para a prática de atividades criminosas desde sua criação) daquelas empresas cuja a finalidade é a prática de atividades lícitas, mas que no desempenho de suas atividades acabam cometendo alguns ilícitos. Há quem entenda que estas últimas não podem ser enquadradas como organizações criminosas empresariais, nem podem ser punidas da mesma forma. É o que Heloísa Estellita^[25] elenca como empresa ilícita – a primeira – e criminalidade de empresa – a segunda.

A última forma de organização criminosa elencada pelo doutrinador, a endógena, atuaria dentro do próprio Estado, sendo formada por políticos e agentes públicos, com a finalidade de cometer crimes contra a administração pública.

Com relação à forma endógena, é fato notório que dentro do Brasil uma das principais atividades criminosas cometidas contra a administração pública é a corrupção, a qual sempre esteve presente, mas nos últimos anos tem tomado proporções imensuráveis, com grandes esquemas envolvendo corrupção e fraudes.

É possível constatar que esses esquemas são realizados por verdadeiras organizações criminosas, sendo que suas atividades trazem prejuízos e ofendem a sociedade como um todo, ainda que indiretamente.

Não raro os integrantes dessas organizações, por serem políticos ou agentes públicos, possuem grande poder dentro do Estado, de modo que suas atividades envolvem volume de dinheiro muito alto, que precisa muitas vezes ser camuflado ou transferido ao exterior. Por este motivo, é muito comum essas organizações estarem ligadas a esquemas de lavagem de dinheiro -outro fato notório-, que tem como objetivo dar uma aparência lícita ao dinheiro, criando verdadeiros obstáculos e desafios aos órgãos investigatórios.

Ainda no âmbito dos esquemas de fraude e corrupção investigados e processados nos últimos anos, se desenvolveu o instituto chamado de colaboração premiada – ou, para alguns, delação premiada-, que vêm sendo utilizado cada com mais frequência e tem tido grande repercussão na mídia.

Ainda quanto ao estudo das características das organizações criminosas, Luiz Flávio Gomes descreve outra classificação.

O professor divide as organizações criminosas nacionais em três grupos^[26]. Dentro do primeiro grupo estariam as organizações comandadas por poderes criminais privados ou paraestatais, citando como exemplo o PCC, o Comando Vermelho e demais organizações que possuem como atividade o narcotráfico. No segundo grupo estariam as organizações comandadas por políticos e agentes públicos, sendo a principal atividade a prática de crimes contra a administração pública. Por fim, no terceiro grupo estariam as organizações comandadas pelos poderes financeiros e econômicos, com a finalidade de praticar crimes econômicos.

Ainda, Luiz Flávio Gomes destaca que não há organizações criminosas do tipo mafiosas no Brasil.

Comparando as classificações trazidas por Marcelo Batlouni Mendroni e Luiz Flávio Gomes, verifica-se grandes semelhanças entre elas, de modo que pode se integrar as classificações umas às outras.

Nada obstante, é possível encontrar nas organizações criminosas algumas características básicas, como: a grande acumulação de poder econômicos de seus integrantes; o alto poder de corrupção de agentes públicos; a necessidade de tornar lícito o lucro obtido, por meio de lavagem de dinheiro; o alto poder de intimidação, que ocorre tanto com relação aos seus membros quanto a terceiros, muitas vezes com o uso de violência; o uso de conexões locais e internacionais, bem como a divisão de territórios para atuação; a existência de divisão de tarefas e hierarquia. Em resumo, essas são as características elencadas pelo doutrinador Eduardo Araujo da Silva^[27].

2.3. PRINCIPAIS ATIVIDADES

Com relação às principais atividades das organizações criminosas, algumas infrações penais são citadas por toda doutrina, como o tráfico de entorpecentes, armas e pessoas, contrabando e descaminho, receptação, jogos de azar, extorsão, fraudes dos mais diversos tipos, corrupção, promoção e favorecimento à prostituição, falsificação, sequestro de pessoas, golpes econômicos, cartelização, roubo, furto, ameaça, crimes cibernéticos, tráfico de influência, homicídio, lesão corporal e lavagem de dinheiro.

Sabe-se que uma organização criminosa pode ou não praticar todos esses crimes simultaneamente, podendo praticar um ou outro, dependendo de seus objetivos, características, localização e necessidades. Ainda, verifica-se que alguns crimes são cometidos apenas como forma de assegurar o resultado de outros crimes praticados pelas organizações.

Interessante classificação é trazida por Mendroni^[28], que divide os crimes em três grupos: os principais, os secundários e a lavagem de dinheiro.

Assim, é possível se afirmar que os crimes principais são aqueles praticados visando o objeto da organização, que, de forma geral, é a obtenção dinheiro e poder. Já os secundários são os crimes de suporte, que servem para garantir o êxito da atividade principal, a continuidade da organização e a impunidade de outros crimes praticados. Por fim, tem-se a lavagem de dinheiro, que será abordada logo em seguida.

Apesar das inúmeras infrações penais praticadas pelas organizações criminosas, algumas merecem destaque, motivo pelo qual serão abordadas rapidamente, sendo elas: o tráfico de drogas e de armas, a extorsão, a lavagem de dinheiro e a prática de fraudes e de corrupção no setor público.

Quanto ao tráfico de drogas, verifica-se que o aumento descontrolado do número de usuários de drogas nas últimas décadas, fez esta ser uma das atividades mais lucrativas existentes, estando presente na maioria das organizações criminosas^[29]. Trata-se de uma atividade transnacional – que divide os países em produtores e compradores – e que vêm atraindo muitas pessoas, que se arriscam a vender e a transportar as drogas em uma tentativa de melhorar de vida rapidamente.

No Brasil, o tráfico de drogas está tão arraigado se que estima que desde a publicação da Lei de Drogas^[30] até o ano de 2012, houve um crescimento de 307% da população carcerária presa por tráfico de drogas, sendo o crime com a maior quantidade de condenações, superando as condenações por crimes patrimoniais^[31]. Cumpre ressaltar que, apesar do tráfico de drogas ser uma das atividades praticadas por organizações criminosas, nem todos os condenados são necessariamente integrantes de alguma organização.

O tráfico de armas surge, naturalmente, da necessidade que os criminosos possuem de se armarem para a prática de crimes, bem como para se protegerem de criminosos rivais e da repressão policial. Grande parte da demanda por armas decorre do tráfico de drogas, e cresce cada vez mais a cada dia. Em que pese o tráfico de drogas ser a atividade que mais movimenta dinheiro, o tráfico de armas é considerado o mais lucrativo^[32].

Segundo o Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC)^[33], estudos realizados em 2013 apontam que o Brasil encontra-se na 7ª posição dos países com mais mortes por arma de fogo, o que gera grande preocupação com relação ao tráfico ilícito de armas no Brasil.

Com relação à extorsão, é considerada uma das principais atividades das organizações criminosas do tipo mafiosas^[34]. A extorsão consiste em ameaçar e amedrontar as vítimas, inclusive com o uso de violência, sendo que caso as vítimas contribuam com dinheiro, a organização irá fornecer proteção. O não pagamento da contribuição é que gera a punição, ou seja, a violência.

No Brasil, vê-se diariamente comerciantes e empresários sendo extorquidos por criminosos. Em algumas – e não raras – situações, as ameaças ocorrem de dentro de presídios, através do uso de celulares.

Já a lavagem de dinheiro é considerada uma atividade extremamente essencial às organizações criminosas^[35]. Trata-se de dar aparência lícita a aquele dinheiro obtido de forma ilícita, a fim de possibilitar a reinserção do dinheiro na economia.

A doutrina divide a lavagem de dinheiro em três fases: a ocultação, a dissimulação e a integração^[36]. Além disso, são utilizadas as mais diversas técnicas na lavagem de dinheiro, as mais comuns de serem encontradas ao estudarmos o assunto são as seguintes: utilização de contas de terceiros, envio dos valores para contas anônimas em paraísos fiscais, empresas fantasmas e aquisição de bens, como imóveis, automóveis e obras de arte. Essas técnicas, com o auxílio da evolução tecnológica, estão cada vez mais sofisticadas, de modo que o combate à lavagem de dinheiro mostra-se um verdadeiro desafio.

A quantidade de valores movimentados pela lavagem de dinheiro é assustadora. Nas palavras de Marco Polo Levorin^[37]: “estima-se que a lavagem de dinheiro envolva hoje entre 2% e 5% do PIB mundial, ou entre 800 bilhões e dois trilhões de dólares, sendo que alguns falam em 10% do PIB global”.

Neste cenário, verifica-se a grande importância do combate à lavagem de dinheiro. No Brasil, a unidade de inteligência responsável pela gestão de dados, planejamento estratégico e ações de inteligência no combate à lavagem de dinheiro é o Conselho de Controle de Atividades Financeira, o qual deve comunicar operações suspeitas ao Ministério Público e à Polícia Federal.

Por fim, têm-se a corrupção e as fraudes no setor público, que trazem prejuízos a toda sociedade, motivo pelo qual devem ser combatidas com prioridade e diligência.

Sabe-se que a corrupção envolve diversos crimes praticados contra a administração pública, usualmente chamados de “crimes do colarinho branco”. Como já visto anteriormente, muitas organizações criminosas têm como característica a infiltração de agentes no setor público, ou a corrupção de agentes deste.

As fraudes e corrupções geralmente estão ligadas a contratos e licitações envolvendo a administração pública. Recentemente alguns escândalos envolvendo políticos e agente públicos tiveram grande repercussão na mídia, impressionando a sociedade pelo volume de dinheiro movimentado e pela ligação com agentes de alto escalão do governo.

É possível citar aqui alguns exemplos de casos famosos, como o do Banestado, Mensalão, a Máfia dos Fiscais e as Operações Sangue-suga, Satiagraha, Navalha.

É importante pontuar, neste momento, a definição entre organizações criminosas, aparatos organizados do poder ou mesmo crime organizado dos poderosos e os chamados crimes de “colarinho branco”.

O termo crime de “colarinho branco” refere-se aqueles crimes praticados por sujeitos que se veem como homens de negócios, altos executivos que praticam crimes ocultados pelos seus próprios instrumentos de negócios, como, por exemplo, contratos e licitações supervalorizadas, propinas e corrupção.

Os autores de crimes do “colarinho branco” possuem um *status* social alto, vale dizer: o sujeito ativo do referido delito não são aqueles das camadas mais baixas, tampouco de setores socialmente marginalizados.

Por esta razão, quase beira o impossível a prova de suas infrações, já que estes autores não praticam crimes violentos para obtenção do resultado pretendido, além de possuírem contatos com pessoas muito poderosas, de alto poder de influência, em especial politicamente.

Por sua vez, quando se pensa em criminalidade organizada propriamente dita, está a se referir aquela oposta desta. Seus autores não se preocupam em ocultar seus delitos uma vez que se reconhecem como criminosos e tem “orgulho” disso.

A própria sociedade os enxerga como delinquentes, diferente do “colarinho branco”, visto pela sociedade como um empresário de renome ou mesmo um excelente executivo.

Não se deve confundir a prática crimes organizados em detrimento de empresas estatais, em detrimento do social, do desvio de verbas públicas, da corrupção e da lavagem de dinheiro, com a prática de crimes através de grupos organizados com uso de violência, obtendo seus resultados em condutas nitidamente criminosas, como a exploração infantil, tráfico de drogas e armas^[38].

Não raras vezes, nos crimes ditos de “colarinho branco”, os autores se utilizam de aparatos do poder para a consecução de suas atividades ilegais, vale dizer: os chefes destas organizações se valem do poder que exercem, seja político ou financeiro, para a materialização das suas atividades ilegais, a exemplo do que o Brasil assistiu no caso da Operação Lava Jato.

Por fim, percebe-se que, na maioria dos casos, fica na sociedade uma sensação de impotência e um sentimento de impunidade, já que muitos dos investigados e processados são absolvidos ao final do processo, ou as penas aplicadas muitas vezes não condizem com a proporção dos esquemas. Pelo

que se vê, os agentes corruptos não se sentem intimidados, já que não se percebe uma diminuição nos casos de corrupção, e sim um novo caso de corrupção sendo anunciado pela mídia todos os dias.

[1] GOMES, Luiz Flávio. Crime organizado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. 62-66 p.

[2] MENDRONI, Marcelo Batlouni. Crime Organizado: Aspectos Gerais e Mecanismos Legais. São Paulo, Atlas, 04 ed, 2012. P. 317

[3] GOMES, Luiz Flávio. Crime organizado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. 75 p.

[4] MONTOYA, Mario Daniel. Máfia e Crime Organizado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. 254-256 p.

[5] MONTOYA, Mario Daniel. Máfia e Crime Organizado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. 254 p.

[6] MENDRONI, Marcelo Batlouni. Crime Organizado: Aspectos Gerais e Mecanismos Legais. São Paulo, Atlas, 04 ed, 2012. 332 p.

[7] GOMES, Rodrigo Carneiro. O Crime Organizado na Convenção de Palermo. In: MESSA, Ana Flávia, CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães. Crime Organizado. São Paulo: Saraiva, 2012. 653 p.

[8] GOMES, Rodrigo Carneiro. O Crime Organizado na Convenção de Palermo. In: MESSA, Ana Flávia, CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães. Crime Organizado. São Paulo: Saraiva, 2012. 653 p.

[9] SILVA, Eduardo Araujo da. Crime Organizado: Procedimento Probatório. São Paulo: Atlas, 2009. 04 p.

[10] GOMES, Luiz Flávio. Crime organizado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. 73 p.

[11] MONTOYA, Mario Daniel. Máfia e Crime Organizado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. 254 p.

[12] OKAMOTO, Flávio. O Grupo Fronteira do GNCOC e o Combate ao Narcotráfico na Região de Fronteira. In: MESSA, Ana Flávia, CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães. Crime Organizado. São Paulo: Saraiva, 2012. 680 p.

[13] LEVORIN, Marco Polo. Fenomenologia das Associações Ilícitas. In: MESSA, Ana Flávia, CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães. Crime Organizado. São Paulo: Saraiva, 2012. 40 p.

[14] PORTO, Roberto. Crime organizado e sistema prisional. São Paulo: Atlas, 2007. 92 p.

[15] <https://jornal.usp.br/atualidades/o-brasil-e-outros-paises-sao-refens-do-crime-organizado/>.

Acesso em: 22/02/2024.

[16] Ibidem.

[17] MONTTOYA, Mario Daniel. Máfia e Crime Organizado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. 147-150 p.

[18] MONTTOYA, Mario Daniel. Máfia e Crime Organizado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. 255 p.

[19] MESSA, Ana Flávia. Aspectos Constitucionais do Crime Organizado. In: MESSA, Ana Flávia, CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães. Crime Organizado. São Paulo: Saraiva, 2012. 99 p.

[20] President's Commission on Organized Crime (PCOC): Uma organização criminososa é constituída por pessoas que utilizam a criminalidade e violência e admite a utilização de corrupção para o fim de obter poder e dinheiro. Elas revelam as seguintes características: continuidade, estrutura, afiliação, criminalidade, violência, poder e dinheiro.

FBI – Federal Bureau of Investigation: Qualquer grupo tendo algum tipo de estrutura formalizada cujo objetivo primário é a obtenção de dinheiro através de atividades ilegais. Tais grupos mantêm suas posições através do uso de violência, corrupção fraude ou extorsões, e geralmente têm significativo impacto sobre os locais e regiões do País onde atuam.

INTERPOL: Qualquer grupo que tenha uma estrutura corporativa, cujo principal objetivo seja o ganho de dinheiro através de atividades ilegais, sempre subsistindo pela imposição do temor e a prática de corrupção.

Definições citadas por MENDRONI, Marcelo Batlouni. Crime Organizado: Aspectos Gerais e Mecanismos Legais. São Paulo, Atlas, 04 ed, 2012. 27 p.

[21] LEVORIN, Marco Polo. Fenomenologia das Associações Ilícitas. In: MESSA, Ana Flávia, CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães. Crime Organizado. São Paulo: Saraiva, 2012. 59 p.

[22] MENDRONI, Marcelo Batlouni. Crime Organizado: Aspectos Gerais e Mecanismos Legais. São Paulo, Atlas: 04 ed, 2012. 20 p.

[23] Ibid.

[24] MENDRONI, Marcelo Batlouni. Crime Organizado: Aspectos Gerais e Mecanismos Legais. São Paulo, Atlas: 04 ed, 2012. 21 p.

[25] ESTELLITA, Heloísa. Criminalidade de Empresa, quadrilha e organização criminosa. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 62.

[26] GOMES, Luiz Flávio. Crime Organizado: O Brasil perdeu essa guerra? Disponível em <<http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/148484146/crime-organizado-o-brasil-perdeu-essa-guerra>>. Acesso em 01/04/2015.

[27] Eduardo Araujo da Silva. Crime Organizado: Procedimento Probatório. São Paulo: Atlas, 2009. 15 p.

[28] MENDRONI, Marcelo Batlouni. Crime Organizado: Aspectos Gerais e Mecanismos Legais. São Paulo, Atlas, 04 ed, 2012. 27 p.

[29] MENDRONI, Marcelo Batlouni. Crime Organizado: Aspectos Gerais e Mecanismos Legais. São Paulo, Atlas, 04 ed, 2012. 121 p.

[30] BRASIL. Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências.

[31] Portal da Transparência Carcerária e Observatório de Políticas sobre Drogas. Disponível em <<http://www.justica.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=216>>. Acesso em 01/04/2015.

[32] SILVA JUNIOR, Gaspar Pereira da Silva. Facção Criminosa. In: MESSA, Ana Flávia, CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães. Crime Organizado. São Paulo: Saraiva, 2012. 139 p.

[33] ONU: Países da América Latina lideram índice de homicídios no mundo. Disponível em <http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2014/04/140410_homicidio_onu_mm>. Acesso em 02/04/2015.

[34] MENDRONI, Marcelo Batlouni. Crime Organizado: Aspectos Gerais e Mecanismos Legais. São Paulo, Atlas, 04 ed, 2012. 33 p,

[35] SAADI, Ricardo Andrade. O Enfrentamento ao Crime Organizado Através do Combate à Lavagem de Dinheiro. In: MESSA, Ana Flávia, CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães. Crime Organizado. São Paulo: Saraiva, 2012. 398 p.

[36] BADARÓ, Gustavo Henrique, BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Lavagem de Dinheiro: Aspectos penais e processuais penais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. 25 p.

[37] LEVORIN, Marco Polo. Fenomenologia das Associações Ilícitas. In: MESSA, Ana Flávia, CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães. Crime Organizado. São Paulo: Saraiva, 2012. 34 p.

[38] VIRGOLINI, Julio E. S: Crime Organizado: Criminologia, direito e política. Ensayos sobre crimen organizado y sistema de justicia, Depalma. Buenos Aires, 2001. p.48.

Direitos Humanos e Estado de exceção

Jorge Leandro Short Fontes

Possui graduação em Direito pela Universidade Católica do Salvador - UCSAL (2012), graduação em Filosofia pela Universidade Federal da Bahia - UFBA (2019) e mestrado em Filosofia pela Universidade Federal da Bahia - UFBA (2016).

Resumo

Este trabalho explora a análise de Giorgio Agamben sobre as estruturas de poder e os conceitos de "estado de exceção" e "bio-política", que ele identifica como os fundamentos operacionais das organizações políticas contemporâneas. A partir dessa perspectiva, o "campo" emerge como a manifestação desse poder, onde a "vida nua" é submetida a uma lógica de inclusão excludente. Com base em teorias de filósofos como Foucault, Schmitt, e Arendt, o estudo questiona as fundações jusnaturalistas e contratualistas do estado moderno, que, ao invés de protegerem a dignidade humana, servem ao poder soberano como justificativa para a apropriação da vida. O texto discute as limitações do constitucionalismo na garantia de direitos fundamentais e explora como a globalização reforça o bio-poder sobre os estados-nação, especialmente os periféricos, convertendo os direitos humanos em instrumentos de controle e disciplinarização.

Palavras-Chave: Estado de Exceção. Bio-política. Vida Nua

Abstract

Based on Giorgio Agamben's juridico-philosophical work and his views on modern and postmodern political organizations, this study examines the concepts of "band," "bare life," "state of exception," and "biopolitics" to argue that the state of exception is the foundation of biopolitics in contemporary states, with the "camp" as the materialization of this power logic. The analysis advocates revisiting the contractualist categorical framework of the modern state's foundation (Hobbes, Grotius, etc.), particularly addressing its foundational elements that influence contemporary juridical thought—namely, the interplay of state, sovereignty, and nation. Agamben posits that the appropriation of life, by integrating it into the strategic calculations of power, was present since the formation of the modern state and the theoretical construction of the human as a rights-bearing subject. This rereading does not negate the protective role of human rights—enshrined in historical human rights declarations and the political charters of democratic states—but highlights their dual nature, which allows sovereign power to appropriate bare life under the guise of citizenship protection. The state of exception, turned into a technique of power, represents the new normal, with the "camp" embodying this paradigm, where human beings, under biopolitical arbitrariness, are detached from their humanity, making fundamental human rights violations permissible.

Keywords: Biopolitics. State of Exception. Sovereignty

1. INTRODUÇÃO

Com base na produção jurídico filosófica de Giorgio Agamben, bem como na sua concepção sobre as organizações políticas modernas e pós-modernas, considera-se os conceitos de *bando*, *vida nua*, *estado de exceção* e *bio-política* para afirmar que o *estado de exceção* é a base de atuação da bio-

política no estado contemporâneo e o *campo* a materialização dessa lógica de poder. Defende-se, nessa linha, uma revisão do quadro categorial *contratualista* de fundação do estado moderno (Hobbes, *Grotius* etc.), ou melhor, a superação de alguns pilares de sua fundamentação que condicionam em certa medida o pensamento jurídico contemporâneo, especialmente a representação do trinômio *estado, soberania e nação*. Para Agamben, a apropriação da vida (sua inclusão nos cálculos estratégicos do poder) já estava presente com a formação do estado moderno e a construção teórica do homem enquanto sujeito de direitos. A realização dessa (re) leitura das bases de fundação do estado não negará a função de defesa dos direitos humanos — presentes nas declarações históricas de direitos humanos e nas diversas cartas políticas dos estados democráticos de direito ocidentais — na proteção dos direitos e garantias públicas, mas ressaltará seu caráter bifronte ou dúplice que assegura ao poder soberano apropriar-se da *vida* nua à pretexto da tutela da cidadania e a partir de uma lógica de inclusão excludente ou de exclusão includente, termos próprios de Agamben. O *estado de exceção*, transformado em técnica de poder, é o ‘novo normal’ e o *campo*, estrutura que assumiu a função de princípio regulador da inscrição da vida no ordenamento territorial, é a sua manifestação por excelência, onde o homem, sob o arbítrio biopolítico, é dissociado de sua humanidade e toda espécie de violações aos direitos humanos fundamentais é permitida.

2. BASES DO ESTADO MODERNO

Segundo Giacoia Jr. (2008), a perspectiva de um direito natural fundado em um comando eterno, imutável e superior a qualquer poder temporal é alterada no início da modernidade. A natureza humana racional é tornada o elemento decisivo para opor-se aos atos decorrentes do exercício da soberania, a fundamentação última da Justiça no sentido legado em *Antígona*, quando a personagem principal que dá o nome a essa Tragédia se opôs ao decreto real de Creonte com base em uma instância superior de fundamentação das ações humanas. No mesmo sentido, Sarmento (1999) destaca que “durante a ilustração, foram edificados os pilares do jusnaturalismo racionalista que centrava as suas preocupações no ser humano, considerando-o como ente dotado de direitos que precediam ao Estado, e que deveriam ser assegurados pela ordem jurídica.”

Por isso, pode-se afirmar que a humanidade do homem é publicada em diversas declarações políticas enquanto o fundamento e limite do direito e da atuação soberana. O exercício dos poderes inerentes à conjuntura jurídico política do estado moderno é respaldado em algo que o ultrapassa e o justifica. Segundo Sarmento (1999), “(...) com o constitucionalismo, a fonte do poder soberano desloca-se da pessoa do monarca para a Nação à qual se atribui a titularidade do Poder Constituinte”. Há, portanto, uma continuidade do poder soberano, todavia sob outra configuração. Os direitos humanos (elemento ideológico fundante do contrato social), nessa perspectiva, constituem o baluarte do ser humano, posto que (re) conhecidos como a limitação metafísica do

poder soberano e da violência que o acompanha, que serviu para sua instituição e serve para sua manutenção. A ordem política e jurídica soberana se justifica na medida que concretize esses mesmos direitos, na medida em que dê vida à figura ideal do cidadão.

Cartas políticas como a Declaração de Direitos da Virgínia de 1776, Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão francesa de 1789, bem como as diversas constituições dos estados democráticos de direito ocidentais foram informadas teoricamente pela mudança apontada por Giacóia Jr. (2008). O lema dos teóricos do estado moderno (Hobbes, Rousseau, Grotius etc.), opondo-se ao modelo político absolutista, descreveu os direitos humanos enquanto salvaguarda contra os desmandos do poder soberano através do simples depósito de seu rol nessas cartas.

Essa concepção jus naturalista, todavia, não foi respaldada por eventos históricos subsequentes dentro ou fora dos territórios nacionais. Eleger os direitos humanos como elemento reitor do ordenamento jurídico do estado, bem como enquanto norte para reger as relações entre os sujeitos de direito internacional, não foi suficiente para evitar que a história fosse preenchida com períodos macabros nos quais a natureza humana foi negada àqueles que em tudo ostentavam essa quiddidade.

A incapacidade dos estados nacionais de proteger os indivíduos que ostentam sua nacionalidade, bem como de conferir dignidade humana aos que não a têm, evidencia, para Agamben (2002), o caráter bifronte dos direitos humanos presentes nas cartas políticas dos estados modernos, bem como nas declarações políticas internacionais. Segundo Giacóia Jr. (2008), pessoas desnacionalizadas, refugiados, moradores de favelas, índios, quilombolas etc. descortinam o paradoxo de fundamentação da soberania nacional nos direitos humanos, posto que, apesar de sua condição humana, a eles é negada essa dignidade.

Agamben (2002), sem desconsiderar a importância intrínseca desses direitos, seu papel em favor da conquista e preservação de garantias humanas básicas, aponta em uma direção singularmente diversa daquela da teoria jurídico-filosófica contratualista: as declarações de direitos representaram um meio de apropriação da vida, um pretexto para atuação soberana. Para ele, essa apropriação se deu não apenas com a disciplina da vida dos que se encontravam nos limites de um território nacional, com a sua regulamentação, mas com a distinção implícita de quem seria tratado como ser humano. Tal tratamento vinculou-se, no início da modernidade, ao qualificativo cidadão; posteriormente, ao poder soberano de expor o ser humano à vida nua, ao seu arbítrio de incluí-lo ou não no campo.

Agamben (2002) defende uma (re) leitura das bases teóricas de fundação do estado moderno e com isso abriu um flanco para pensar as crises que sucederam a essa conformação política e invadiram o estado contemporâneo. Para tanto, recorreu, segundo Giacóia Jr. (2008), à produção teórica de

Foucault, Kelsen, Schmitt, Benjamin e Arendt, de onde angariou reflexões decisivas para desenvolver uma perspectiva bio-política que conjuga os conceitos de bando, estado de exceção, campo e vida nua.

Com esse arcabouço teórico, ele apresenta uma visão de modernidade na qual os corpos são adestrados e as almas docilizadas, os homens são feitos de títeres, de massa de modelar para suportar a forma que convém aos interesses do poder político. O homem não é um fim, mas meio e os direitos humanos fundamentais servem, sob essa perspectiva, como pretexto para os jogos de poder. Em si, os direitos humanos são elemento indispensável para constituição de uma realidade política iluminada pela dignidade humana; na dinâmica política do estado contemporâneo, foram transformados em justificativa para o arbítrio soberano.

Haveria, portanto, certa contradição em termos com a fundamentação jus filosófica do estado-nação, posto que as declarações de direitos humanos (constitutivas de sua base teórica), os documentos internacionais sobre esse tema, bem como as diversas cartas constitucionais dos estados democráticos de direito referem-se a ‘direitos humanos’ dando a entender que a fundamentação última dos direitos humanos é a própria natureza humana e, até onde percebemos, refugiados, membros de estados periféricos, toda espécie de submetidos a privação de liberdade e membros de minorias, apesar de sua condição humana, são tratados como corpos vivos destituídos de natureza humana.

Logo, a inscrição dos direitos humanos nos documentos jurídicos superiores do estado, aparece como pretexto legitimador de apropriação da vida; ora para ‘fazer morrer e deixar viver’, ora para ‘fazer viver e deixar morrer’ (AGAMBEN, 2002). À propósito, válida a ponderação de Hannah Arendt sobre os privados de cidadania ou de sua humanidade: “Privilégios (em alguns casos), injustiças (na maioria das vezes) bênçãos ou ruínas lhes serão dados ao sabor do acaso e sem qualquer relação com o que fazem, fizeram ou venham a fazer” (ARENDT, 1989, p.330).

Conjectura-se, nesse sentido, que o homem nunca esteve tão encalacrado como sob o manto protetor dos estados nacionais e do *modus vivendi* ocidental. Ele abandona a condição de súdito, mas tem sua vida desapropriada para o estado. Sem perceber, e com a maquiagem teórica contratual, os homens perderam primeiro seus corpos e, em seguida suas almas. Estado, nacionalidade (nascimento) e território são apontados enquanto **nómos** da modernidade de inscrição da vida sob os influxos do poder soberano. A eficácia dos direitos humanos, apesar do status de sua fundamentação, revela-se condicionada à postura das estruturas políticas soberanas ocidentais de dar e retirar humanidade ao homem (AGAMBEN, 2002).

O foco não é o hiato entre direitos humanos e sua efetivação (concretização), a polarização entre o povo e os detentores do poder em uma luta constante para fazer valer os direitos humanos fundamentais, mas a função mesma desses em um contexto histórico onde a vida humana é um dado estratégico e de exercício do poder soberano. Entre técnicas de poder disciplinar e regulamentar (normatizador) de um lado e o desenvolvimento conceitual dos termos ‘bando’, ‘exceção’, ‘campo’ e ‘banido’ do outro, a construção teórica de Agamben abre espaço, conforme Giacóia Jr. (2008), para uma discussão das categorias de fundamentação do estado moderno e contemporâneo e para sua reestruturação teórica. Logo, propor-se repensar as categorias fundantes do estado e apresentar uma saída para o (des) governo bio-político de nossas vidas.

3. SISTEMA DE EXCEÇÃO

A superação da crença nas bases históricas declaradas de fundação do estado moderno, que constituem o estado contemporâneo, é um imperativo para o pensamento filosófico e jurídico sobre a vida humana na conjuntura política atual, a qual aponta para uma crise do regime de governo democrático ou, de outro modo, para uma crise dos valores que são sua tradução, por exemplo, sistema representativo e garantia de um espaço de participação política das minorias (GIACÓIA JR., 2019). Os discursos sobre a fundação histórica da modernidade (enquanto fenômeno jurídico-político), todavia, quando repetidos sem qualquer filtro crítico, romantizam os enunciados das cartas políticas e declarações de intenções produzidas nesse contexto (constitutivas do constitucionalismo contemporâneo) que não refletiram, todavia, a dinâmica dos fatos no curso do tempo.

Por isso, para Foucault (1999), a vida do sujeito de direitos que surge com a formação do estado-nação também é o lugar do exercício de tecnologias de poder disciplinar e regulamentar, de continuidade do exercício do poder soberano sob a forma de estado democrático. Segundo ele, “Durante milênios, o homem permaneceu o que era para Aristóteles: um animal vivente e, além disso, capaz de uma existência política; o homem moderno é um animal em cuja política está em questão sua vida de ser vivente” (FOUCAULT, 1999, p.22).

Com o fim do antigo regime, o súdito não se transformou num ato de prestidigitação em um sujeito autoconsciente de seus direitos e de todos os termos do *contrato social* para uma vida de busca da felicidade sob o manto protetor do governo instituído cuja função jaz exclusivamente em ser o provedor das condições de realização desses direitos, como estatuído, por exemplo, no art. 3º na Declaração de Direitos da Virgínia de 1776. Ele foi transformado em elemento imprescindível para o exercício da soberania numa conformação política onde o governo se dá em nome do povo e para o povo.

Se é certo que a natureza humana é fundação e justificativa do estado moderno (constantemente reeditado enquanto estrutura política de organização da vida humana no Ocidente), não menos é o desgoverno no exercício do poder soberano ínsito a esse fenômeno. A nação, o ordenamento jurídico e o território constituem parte do mecanismo que legitima as estruturas formais de governo a incluir a vida, através de técnicas disciplinares, e mais tarde o conjunto delas, em função de técnicas regulamentares, sob os cálculos estratégicos de poder (FOUCAULT, 1999). A vida humana, que no início da modernidade foi disciplinada em meio a instituições como escolas, reformatórios e prisões, é contemporaneamente cultivada, administrada, regulamentada. Vigê, nesse contexto e em oposição ao clássico poder soberano de ‘fazer morrer e deixar viver’, o poder de ‘fazer viver e deixar morrer’ (FOUCAULT, 1999).

A apropriação da vida tematizada por Foucault (1999) nesses termos assume em Agamben (2002) um tom mais radical e aponta uma lógica de governo que pode ser desvelada a fim de fornecer ao pensamento jurídico filosófico elementos para enfrentar uma realidade que se impõe, uma realidade na qual o homem encontra-se no limiar de perda da própria humanidade (evidenciada pela ofensa constante aos direitos humanos dentro ou fora das barreiras de um estado nacional).

Não apenas a vida do ser humano está em questão, mas as condições de possibilidade para essa mesma vida, a existência de um espaço político e representativo organizados onde direitos e garantias fundamentais, informados pela dignidade humana, são elementos constitutivos da organização estatal, ainda que potencialmente. A tese de Giorgio Agamben — *o estado de exceção enquanto paradigma da política contemporânea e o campo de concentração enquanto sua materialização* —, nesse sentido, descortina o mitologema de fundação do estado moderno e fornece elementos suficientes para pensar estruturas políticas de governo que materializem a democracia e nas quais o poder soberano seja efetivamente limitado pelos direitos humanos, com a preservação de valores básicos como a representatividade e o respeito às minorias.

Não mais o *contrato social* dos *jus filósofos* clássicos (Hobbes, Rousseau e Grotius), mas o que Agamben denomina “bando”, caracterizaria o fundamento do estado moderno. (GIACÓIA JR., 2008). O ‘bando’ é a expressão do poder soberano de tornar inaplicável a ordem jurídica a um homem ou grupamento humano, o poder de suspender todo e qualquer direito político (GIACÓIA JR., 2008).

Os direitos e garantias fundamentais, expressão máxima de um estado democrático de direito baseado na dignidade humana, “são postos em estado de suspensão”, pois a lógica do bando faz do estado de exceção (tal como o estado de sítio e o estado de defesa) regra, o *nómos* dos estados de direito. Segundo Bercovici (2004, p.34), o estado de exceção é usado “permanentemente para manter o próprio capitalismo, na expressão consagrada de Polany, o “moinho satânico”, que

transforma os homens em massa, triturando as vidas do povo”. A decisão pela manutenção da ‘normalidade’ ou instauração da exceção emanam do arbítrio soberano (SCHMITT, 2004).

Nesse contexto, o campo de concentração surge como expressão autêntica do estado de exceção (GIACÓIA JR., 2008). Se o soberano é marcado pelo poder de suspender o ordenamento jurídico, o campo de concentração é sua materialização. Agamben (2004) não problematiza o *campo* a partir de uma narrativa do fato histórico *campo de concentração*, mas se perguntando: o que acontece quando acontece o campo?; o que é o campo?; qual sua estrutura jurídico-política? Para ele, “Isso nos levará a considerar o campo não como um fato histórico, como uma anomalia que pertence ao passado (mesmo que em algumas circunstâncias ainda possamos nos deparar com ela), mas, em certa medida, como a *matrix* oculta, como o *nómos* do espaço político, no qual sempre ainda vivemos” (2004, pp. 37-38).

O facismo e o nazismo não seriam um acidente histórico, um momento de irracionalidade da política ocidental, mas a lógica da exceção bio-política que veio à luz. Houve, segundo Agamben (2002), um processo de naturalização do estado de exceção. O *campo de concentração* não foi superado; ele foi transformado em uma tecnologia de poder permanente; ele é a expressão do estado de exceção tornado regra, técnica de governo. O campo é o paradigma bio-político dos estados contemporâneos que ocorre em qualquer lugar e em qualquer momento; expressão do racismo, do poder de ‘fazer morrer’ (AGAMBEN, 2004).

Pois o campo demarca o espaço anômalo de vigência absoluta de um poder que torna se efetivo e se aplica pela suspensão legítima da norma. O campo é pois, a condição segundo a qual, no mundo contemporâneo, a exceção torna-se a regra, como consequência da relação dialética entre uma violência que institui o direito e uma violência que garante sua aplicação. (GIACÓIA JR., 2019, p.10)

Válida aqui a sugestão de Giacóia Jr. Para ele, o campo poderia ser entendido como um lugar desespacializado de experiência de novas tecnologias bio-éticas e bio-políticas, o laboratório da soberania (GIACÓIA JR., 2019). Ele acontece e submete moradores de comunidades carentes em meio a grandes centros urbanos, indígenas nos rincões da floresta amazônica, os *Rohingyas* em Myanmar ou a população mundial com a Pandemia a um regime de exceção onde os direitos e garantias básicos que estruturam a vida humana em um estado democrático de direito são suspensos de forma permanente. Tal fenômeno é potencializado em razão da globalização que aproxima os diversos cantos do mundo de um modo nunca antes visto na história humana e vulnera os pilares democráticos do estado de direito ou, nas palavras de Sarmento (1999, p.1) “as novas variáveis econômicas, políticas e sociais emergentes do processo de globalização implodem os pilares fundamentais sobre os quais se alicerçou o pensamento jurídico ocidental, desafiando o jurista a reexaminar os institutos e conceitos que formam o seu instrumental técnico sob novas perspectivas, despindo-se de preconceitos e dogmas”.

Sob esse pressuposto, e considerando uma realidade globalizada na qual os estados nacionais estão presos pela linha invisível macroeconômica e do poder em escala mundial (CASTRO DE LIMA, 2002), o bio-poder assume proporções globais; tanto os nacionais de um estado quanto grupos de pessoas sem estado ou com *status* de refugiado são submetidos à *vida nua* (são destituídas de dignidade humana, dos direitos mais básicos em virtude de sua natureza) não apenas por um estado nacional, mas por estruturas globais de bio-poder.

O bio-poder global, gerido por entidades que controlam a economia nessa escala, determina a formação do estado de exceção nos países periféricos (ou em qualquer país que represente um obstáculo para os seus objetivos) a fim de justificar aos ‘olhos do mundo’ a destruição desses estados e ter a ocasião de (re) configurá-los em um formato que sirva aos seus propósitos. Governos são desestruturados, polarizações ideológicas são fomentadas, eleições são fraudadas, a democracia é utilizada para sua própria destruição. O problema e a solução são criados pela mesma ‘força’ e, na maioria dos casos sob pretextos repetidos: fazer valer os direitos humanos; restaurar o estado democrático de direitos ou combater o terrorismo.

Nesse contexto, a estrutura dos estados-nação periféricos é mantida formalmente, mas a sua soberania é completamente esvaziada e o cumprimento das promessas constitucionais inviabilizada. Os direitos e garantias fundamentais espalhados pelas constituições de países latino-americanos como o Brasil, por exemplo, ‘jazem mortos’, não no papel, mas nas promessas de realidade que deixam de ser concretizadas. Com isso, instaura-se “(...) um verdadeiro mal estar no constitucionalismo, na medida em que seus fundamentos basilares vão se revelando anacrônicos, e não surgem novos modelos teórico suficientes para enquadrar, sob o ângulo jurídico, a realidade contemporânea de nossas comunidades políticas” (SARMENTO, 1999, p.1). Nesse sentido, Bercovici (2004, p.177) escreve que “os países latino-americanos mantêm formalmente seu autogoverno, mas compartilham de modo crescente sua gestão macro-econômica com os Estados Unidos através de organismos multilaterais e do sistema financeiro internacional. As redes de poder foram deslocadas, portanto, para o campo da administração macroeconômica global”.

A democracia, a participação popular para a construção do coletivo fundado em direitos humanos erigidos no documento de maior estatura jurídico-político do País, é transmutada em ilusões que servem prioritariamente para alimentar as entidades gestoras do bio-poder local. Para Sarmento (1999, p.2), “variáveis internacionais, em relação às quais o Estado é absolutamente impotente tornam-se, cada vez mais, condicionantes da vida doméstica das nações. Com isso, a crença de que seria possível, através de uma Constituição dirigente, imprimir os rumos da vida de uma comunidade política, converte-se numa longínqua utopia”. Aquelas entidades colhem as migalhas, os ‘restos mortais’ dos estados periféricos que, de algum modo, foram obstáculos para o bio-poder global; mantêm-se o simulacro de estado democrático de direito sob o receio de perder essa posição

na gestão bio-política planetária da vida.

4. CONCLUSÃO

A lógica do estado de exceção funciona de modo distinto dentro das barreiras do estado nacional e fora desses limites territoriais. A *vida nua* (*das blosse leben*) é construída em outra escala, é preciso atentar para isso. Não só os administradores da bio-política são distintos, mas a massa de corpos biológicos administrados é outra. As técnicas do bipoder são diversas. Se no estado nacional a escala da lógica de exceção constrói *vida nua* em bairros, em grupos estigmatizados ou tipos de pessoas merecedoras da suspensão indefinida dos direitos humanos fundamentais e submetidas ao arbítrio totalitário soberano, no mundo a escala avança sobre todo o estado nacional e não diferencia entre os corpos dóceis e adestrados eleitos para viver e ter dignidade humana sob a lógica de um bio-poder nacional; extrai-se toda a humanidade, mata-se a todos dentro do estado apenas para servir aos fins do poder alimentado por uma gestão bio-política global.

Nessa escala, a lógica da exceção é materializada com base em estratégias distintas, a mais comum dentre elas é o embargo econômico. A economia de estados periféricos, desprovidos de ingerência e força de influência na economia mundial é deliberadamente abalada. Esses estados, construídos sob forma dependente dos estados centrais, são destituídos da capacidade de realizar e concretizar qualquer promessa constitucional, já que a constituição financeira deles é controlada por estruturas supranacionais e estão diretamente vinculadas às oscilações do mercado global (BERCOVICI, 2004).

Quando o caos é instaurado, e a mídia local e global *engrossam seu caldo*, os discursos globais de estados soberanos que controlam a economia, bem como de entidades internacionais que deveriam ser imparciais, demonizam o governo dos países embagados e completam esse caos; eles o cultivam até que seja estabelecida uma conjuntura local favorável para os projetos de bio-poder global. Enquanto esse objetivo não é atingido, a suspensão dos direitos humanos são recursos empregados até o seu esgotamento.

A nova geopolítica monetária e a concentração dos centros de decisão sobre investimentos...torna a sua capacidade de retaliação econômica o fundamento último da soberania no que diz respeito às políticas econômicas dos Estados periféricos. Isso gera, no médio e no longo prazos, a deslegitimação democrática, o esfacelamento do Estado e formas cada vez mais sofisticadas de autoritarismo. Com a globalização, a instabilidade econômica aumentou e o recurso aos poderes de emergência para sanar as crises econômicas passou a ser muito mais utilizado, com a permanência do estado de emergência econômico (BERCOVICI, 2004, p.179).

Nesse sentido, é possível relacionar o pensamento de Sarmento (1999, p.4) quando escreve que “a globalização econômica tem alimentando o processo de esfacelamento do Estado Providência, na medida em que vai corroendo o seu poder de efetivamente subordinar os fatores econômicos e sociais presentes em cada comunidade”. Os embargos econômicos são, todavia, apenas um modo de manifestação da lógica da exceção de um bio-poder global, seu rol é aberto. Outro modo de

instaurar o campo nos estados periféricos é a quebra da unidade nacional com o auxílio material para formação de grupos opositores.

As crises sócio-políticas são provocadas, a população dos estados nacionais é deliberadamente dividida em torno de ideologias formatadas em laboratórios da bio-política (e divulgadas por meios bio-políticos de acesso à essa população sem precedentes na história, por exemplo, *facebook*, *whatsapp*, *Google*), que constroem os inimigos, as figuras incompatíveis com a sociedade e reconhecem os amigos, os partidários da mesma causa. Categorias de percepção, expressão empregada por Castro de Lima (2002), são difundidas através de diversos meios de acesso ao homem (televisão, redes sociais etc.) e condicionam a apreensão de realidade. A suspensão dos direitos é declarada formal ou informalmente.

O ambiente propício para a vigência da lógica do estado de exceção, para a exposição do homem à vida nua é criado. As democracias são transformadas em simulacro de estado de direito. Os estados periféricos não são anexados fisicamente, o custo é muito alto, o melhor é a sua destruição material ou espiritual (BERCOVICI, 2004). A destruição da vida representa um melhor custo benefício em uma economia capitalista global.

Há outras manifestações do campo mais radicais e dependentes da criatividade dos gestores dessa política. O rol é aberto. A Síria é o exemplo contemporâneo de uma das formas mais brutais dessa lógica. Esse estado, ou o que sobrou dele, representa, talvez, uma das expressões mais patentes da banalidade do mal (ARENDT, 1994) e de como a vida humana tornou-se, para essa lógica, apenas um seu instrumento, um meio para seus objetivos.

O bio-poder, no jogo das disputas globais, tornou um estado inteiro, toda uma população, milhares de vidas, de histórias etc. o espaço de enfrentamento de dois atores bio-políticos globais e seus aliados: EUA e RÚSSIA. Ambos imbuídos da mesma desculpa (de combate ao terrorismo, de proteção dos direitos humanos e preservação do espaço democrático), provocaram uma das maiores crises humanitárias da história, com uma massa de refugiados que ainda avança sobre as fronteiras dos países europeus, além de ceifarem milhares de vidas de homens, mulheres e crianças e colocarem à baixo, literalmente todo o Estado da Síria. Outras vezes, a atuação do bio-poder toma a forma de silêncio, de esquecimento deliberado da bandeira dos direitos humanos que fundamentou a derrubada de governos em outras ocasiões, em outros rincões do planeta. O caso do massacre de minorias étnicas em *Myamnar* é o exemplo contemporâneo desse tipo de expressão da lógica da exceção.

A fim de perseguir e combater grupos terroristas, o governo desse estado destruiu vilas inteiras, estuprou e matou homens mulheres e crianças através dos piores meios que a mente do homem

médio ocidental poderia imaginar, atrocidades que disputam o *podium* macabro do bio-poder ao lado de eventos históricos trágicos como o massacre dos judeus ou o conflito entre *tutsis* e *rutus* em Ruanda em 1994. A minoria *Rohingyas* vive hoje em um dos maiores campos de refugiados da história no *Bangladesh*.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer I: o poder soberano e a vida nua*. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, 2002.

_____. *Estado de exceção*. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

_____. *Moyens sans fins, notes sur la politique*. Paris: Editions Payot et Rivages, 1995.

_____. *Mittel ohne Zweck: Noten zur Politik*. Trad. Sabine Schulz. Zürich/Berlin: Diapaphanes, 2006.

_____. *Une biopolitique Mineure*. Entretien avec Giorgio Agamben, realize par Stany Grelet & Mathieu Potte-Bonneville. Disponível em: <<http://www.vacarme.org/article255.html>>. Acesso em: 4 jun. 2016.

_____. *O que resta de Auschwitz: arquivo e testemunha*. Trad. Selvino J. Assman. São Paulo: Boitempo, 2008.

ARENDT, H. *Essays on Understanding. 1930-1954*. Jerome Kohn (Ed.). New York, San Diego, London: Harcourt Brace and Company, 1994.

_____. O Declínio do Estado Nação e o Fim dos Direitos do Homem. In: *Origens do Totalitarismo – Anti-Semitismo, Imperialismo e Totalitarismo*. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e estado de exceção permanente*. Rio de Janeiro: Azougue, 2004.

BOBBIO, N. *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ed. Elsevier, 2004, p. 69.

BENJAMIN, W. *Crítica da Violência – Crítica do Poder*. In: *Documentos de Cultura, Documentos de Barbárie*. Trad. Willi Bolle. São Paulo: Cultrix-Edusp, 1986

BENVENISTE, E. *Vocabulário das Instituições Indo-Européias*. II. Trad. Denise Bottmann e Eleonora Bottmann. Campinas: Ed. Unicamp, 1995,

CHÂTELET, François, DUHAMEL, Olivier, PISIER-KOUCHNER, Evelyne. História das Idéias Políticas. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1990.

DELEUZE, G. *Foucault*. Trad. Claudia Sant'Anna Martins. São Paulo: Brasiliense, 1995.

FORNERO, Giovanni. "Genealogia do Poder". In: ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. 5ª ed. São Paulo: Martins fontes, 2007

FOUCAULT, M. Em Defesa da Sociedade. Curso no Collège de France (1975-76). Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. *Histoire de la Sexualité. La Volonté de Savoir*. Paris: Gallimard, 1976.

_____. *Confronting Governments: Human Rights*. In: FAUBION, J. D. (Org). *Michel Foucault. Power*. London: Penguin Books, 1994.

_____. *Microfísica do poder*. Trad. Roberto Machado. Rio de Janeiro: edições Graal, 1979.

_____. *Segurança, Território, População*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins fontes, 2008.

_____. *Vigiar e Punir*. Trad. Raquel Ramalhete. 38ª ed. Petrópolis – RJ: Vozes, 2010.

Lafer, C. Hannah Arendt e Norberto Bobbio – uma proposta de aproximação. In: Correia, A. (Org.): *Hannah Arendt e a Condição Humana*. Salvador: Quarteto, 2006.

_____. A Internacionalização dos Direitos Humanos: O Desafio do Direito a Ter Direitos. In: Aguiar, O. A. et alii (Org). *Filosofia e Direitos Humanos*. Fortaleza: Editora da Universidade Federal do Ceará, 2006.

GIACOIA Jr, Oswaldo. RAMIRO, Caio Henrique Lopes. RICCI, Luiz Antonio Lopes. *Responsabilidade e Futuro: bioética, biopolítica, biopoder e os desafios para a reflexão e ação*. São Paulo, Editora LibrerArs, 2015.

_____. *Biopoder e pós-humanismo*. Argumento – Revista de filosofia. Disponível em: <www.periodicosufc.br/argumentos/article/view/41032>. Acesso em 21/09/2020.

_____. *Agamben. Por uma ética da vergonha e do resto*. São Paulo, N-1, 2018.

_____. *Sobre os direitos humanos na era da bio-política*. Kriterion: Revista de Filosofia. Disponível em: <www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=s0100-5> Acesso em 11/08/2020.

_____.Violência e racionalidade jurídica: sobre a potência dos meios. Revista brasileira de estudos políticos. Disponível em: <www.pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php>. Acesso em 03/08/2020.

LIMA, Abili Lázaro Castro de. Globalização Econômica Política e Direito: análise das mazelas causadas no plano político-jurídico. Porto Alegre: Sérgio Fabris. 2002.

MACHADO, Roberto. *Foucault, a ciência e o saber*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009.

PORTOCARRERO, V. Normalização e invenção: um uso do pensamento de Michel Foucault. In: CALOMENI, T. (Org.). *Michel Foucault*. Entre o Murmúrio e a Palavra. Campos/RJ: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2004.

SARMENTO, Daniel. Constituição e Globalização. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 215, p. 19-34, 1999.

_____, Daniel. República, inclusão e constitucionalismo: escritos constitucionais. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. v. 1. 428p.

_____, Daniel. Dignidade da Pessoa Humana: conteúdo, trajetórias e metodologia. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. 376p

_____, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, v. 9, p. 95-133, 2009.

_____, Daniel. A trajetória constitucional brasileira. RDE. Revista de Direito do Estado, v. 19/20, p. 37-104, 2010.

_____, Daniel. O Direito Constitucional e o Direito Internacional: diálogos e tensões. In: Cândice Lisbôa Alves. (Org.). Vulnerabilidades e Invisibilidades. 1ed.Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015, v. 1, p. 3-36.

SCHMITT, Carl. *Politische Theologie: Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*. Berlin: Duncker & Humblot, 2004.

A falência do modelo tradicional de Justiça e a difusão global do paradigma restaurativo

Isabella Bastos Emmerick

Mestre em Direito pela Universidade Federal de Sergipe. Especialização em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Especialização em Direito Penal pela UniBF. Graduação em Direito pela Universidade Federal de Sergipe. Agente da Polícia Civil do Estado de Sergipe com lotação especializada no Setor de Narcóticos da Delegacia Regional de Estância. Experiência como Docente nas áreas de Direito Penal e Processual Penal da Universidade Estácio de Sá/Sergipe, nas áreas de Direito Ovil Constitucional da Faculdade Ages - Filial Paripiranga/Bahia e na área de Direito Civil na Universidade Federal de Sergipe. Experiência como Advogada nas áreas de Direito Civil e Direito Penal

Resumo

Este artigo examina o modelo de Justiça Restaurativa como uma alternativa promissora ao sistema de justiça punitivo tradicional, cuja eficácia tem sido amplamente contestada. Analisando a evolução do conceito de conflito no Direito, o estudo apresenta o conflito não como uma anomalia, mas como um elemento intrínseco às dinâmicas sociais e ao desenvolvimento da comunidade. A partir de uma metodologia lógico-dedutiva, que inclui revisão de literatura e análise jurisprudencial, o trabalho explora o papel da Justiça Restaurativa na transformação construtiva dos conflitos, promovendo diálogo, reconhecimento mútuo e fortalecimento do senso de comunidade. Em consonância com novos ideais jurídicos e filosóficos, o artigo defende a Justiça Restaurativa como uma abordagem prática e crescente no cenário global, sugerindo-a como alternativa eficaz à crise do sistema retributivo clássico.

Palavras-Chave: Justiça Restaurativa. Conflito. Transformação

Abstract

This article examines the Restorative Justice model as a promising alternative to the traditional punitive justice system, whose effectiveness has been widely questioned. By analyzing the evolution of the concept of conflict within the law, the study presents conflict not as an anomaly but as an intrinsic element of social dynamics and community development. Using a logical-deductive methodology that includes literature review and jurisprudential analysis, the work explores Restorative Justice's role in constructively transforming conflicts, promoting dialogue, mutual recognition, and strengthening a sense of community. In line with new legal and philosophical ideals, the article advocates Restorative Justice as a practical and growing approach on the global stage, suggesting it as an effective alternative to the crisis in the classic retributive system.

Keywords: Restorative Justice. Conflict. Transformation

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objetivo abordar o surgimento e fortalecimento do modelo de Justiça Restaurativa como paradigma do Direito a partir da falência do sistema punitivo e retributivo tradicional representada pela inversão de suas metas precípuas e pelo afastamento da subjetividade das partes e da coletividade do âmbito processual. Para tanto, parte de uma metodologia lógico-dedutiva, através da revisão bibliográfica da literatura criminal e de direito comparado, bem como

jurisprudencial do tema, para elaborar uma releitura do conflito como elemento central do enfoque judiciário, propondo sua análise como componente vital para a evolução de uma comunidade. Nesse toar, caracteriza-o como tal na dinâmica restaurativa e demonstra como se propaga e difunde esta forma de mudança de pensamento por toda a extensão do globo. Por fim, desmistificando a utopia do modelo restaurativo, alude comprovadamente ao mesmo como uma realidade em ascensão mundial e em consonância como os novos ideais teórico e filosóficos do Direito, indicando-o, pois, como efetiva alternativa à crise do sistema tradicional.

O sistema jurídico enfrenta grave crise relacionada a suas estruturas conceituais básicas. Nas searas onde o poder estatal deve exercer coerção em níveis mais avançados, isto se torna ainda mais nítido, haja vista a diametralmente oposta direção de resultado que apresentam suas medidas tradicionalistas pautadas na compensação e na retribuição. Nesse sentido, está-se, hoje, diante de um contexto de falência do modelo ortodoxo de justiça punitiva e necessidade de encontrar-se caminhos alternativos para sua reelaboração.

Isto posto, o presente estudo inicia a análise do elemento paradigmático e fenomenológico que orienta tal área do Direito, a saber: o conflito. Destarte, aponta como este se desenvolveu compreendido como problemática passível de resolução perante o sistema atual e como tal ideia influenciou as práticas modernas, bem como a derrocada destas.

A partir disto, demonstra a necessidade de sua releitura para elemento hodierno das civilizações que, pois, está sujeito uma transformação e, jamais, a um fim, o que permite a construção de formas alternativas de justiça, dentre elas a Justiça Restaurativa caracterizada, em suma, pelo diálogo, pelo reconhecimento e pelo fortalecimento do senso de comunidade.

Na esteira, analisa como o tal modelo alternativo inicia, paulatinamente, seu desenvolvimento e ganha força, destacando os países expoentes de sua difusão e perpetuação pelo globo, assim como as peculiaridades das práticas propagadas em cada um. Demonstra, neste ponto, a multiplicidade de seus procedimentos, somados à gradação de intensidade de sua manifestação.

Com efeito, conclui pelo reconhecimento deste sistema de justiça e de seus valores norteadores como um vetor efetivo e em franca ascensão mundial e prega por seu fortalecimento como motor de transformação dos conflitos sociais e das problemáticas oriundas do modelo retributivo clássico.

2. A FENOMENOLOGIA DO CONFLITO E A FALÊNCIA DO MODELO PUNITIVO TRADICIONAL

A lógica geral do Direito trabalha na perspectiva de controle e resolução de conflitos, assim entendendo estes como fenômenos anômalos da coexistência humana, a partir de uma ideia geral de interesses conflitantes que culmina numa disputa por razões, poderes, bens, dentre outros, na qual

os lados opostos tem por objetivo precípua o rebaixamento da posição defendida ou pretendida pelo outro (LEDERACH, 2012).

Assim, parte do pressuposto que as situações conflituosas possuem, necessariamente, caráter antagônico de “convergência de forças de sentidos opostos e igual intensidade, que surge quando existe atração por duas valências positivas, mas opostas” e, dessa forma, perturbam o movimento natural de equilíbrio das relações sociais. Para esta acepção, então, o conflito é tido sociologicamente como motor de desestabilização das forças de um núcleo social (LEDERACH, 2012).

Neste sentido, desenvolve-se historicamente a noção de justiça como uma compreensão de que tais conflitos, já que vistos como problemas e como fenômenos anormais, portanto, temporários, podem e devem encontrar um fim satisfativo, com um viés tipicamente retributivo, com foco na resolução da questão e na uma reparação compensatória dos danos oriundos destas contendas sociais (LEDERACH, 2012).

Nesse toar, o Direito se estrutura como um mecanismo de controle social e fornecedor de soluções para as situações práticas de seus jurisdicionados, ao passo em que aplica as normas socialmente aceitas ao caso concreto, ditando a verdade jurídica do mesmo e, teoricamente, resolvendo e pondo um fim ao conflito (BERISTAIN, 2010; CARVALHO, 2002).

Contudo, fato é que a lei não possui o poder de acompanhar e abranger toda a dinâmica de uma sociedade, bem como as compreensões subjetivas próprias de cada sujeito que envolvem fatores além dos meramente formais, mas relacionados a cultura, nível educacional e social, etnia, gênero, religião, dentre outros, fazendo com que haja necessidades e entendimentos diametralmente opostos dentro de um corpo coletivo regulado pelas mesmas normas jurídicas com pretensão de neutralidade (BUITONI, 2006; ROLIM, 2008).

Desse modo, o modelo tradicional de justiça ao realizar a subsunção do fato à sua tipificação legal e determinar seus resultados a partir do que nesta estiver previsto, não necessariamente está resolvendo um conflito em todos os seus aspectos, mas, tão somente, naquilo que este representa ao poder estatal de justiça (BUITONI, 2006, CARVALHO, 2002).

Assim, inúmeras variantes podem restar de fora da análise da questão, o que leva à insatisfação das partes para com o “fim” obtido, distante de suas carências reais e, paulatinamente, ao descrédito do próprio Poder Judiciário por se situar num patamar formalista e absorto da realidade de seus jurisdicionados, gerando, no extremo oposto do desejado, o agravamento do conflito inter e/ou intrasubjetivamente, resultando no enfraquecimento das estruturas sociais estabelecidas (VAN NESS, STRONG, 2013).

Destarte, há fortes críticas aos efeitos do modelo tradicional de punição para os infratores e para sociedade, principalmente sob o enfoque do excessivo encarceramento, acompanhado do crescente número de criminalidade, além da generalizada ausência de benefícios para comunidade, ofensor ou vítima. Isto porque o sistema retributivo apenas busca a solução compensatória e forma do dano causado, de modo que as instituições e métodos do direito são partes integrantes do ciclo de violência do conflito ao invés de soluções para este, como o querem (PRANIS, 2006; ZEHR, 2008, 2012).

Com efeito, percebe-se nitidamente que tal modelo não comporta uma resposta satisfatória à sistemática jurídica, fazendo-se mister rever a forma como se define o próprio conflito, compreendendo este não como um fenômeno anormal, mas como um elemento típico e necessário às dinâmicas sociais, que age como propulsor de novos entendimentos e mudanças úteis e, portanto, de desenvolvimento coletivo (FERNANDES, 2011).

Nesse sentido, o conflito ocorre em face das divergências de contextos e compreensões existentes, levando a momentos de crise que, ao se alcançar um entendimento satisfatório para os envolvidos, mediante a comunicação, se adapta e retorna à situação de equilíbrio inicial, de forma cíclica, haja vista a diversidade própria da natureza humana, mas em constante evolução, permitindo o aprimoramento do diálogo e das relações sociais (LEDERACH, 2012).

Por esta perspectiva, não se vislumbra um fim ou a resolução do conflito, posto que, a partir de sua existência, não se pode anulá-lo, bem como todos os seus efeitos, mas contorná-lo do modo mais benéfico aos envolvidos. Dessa forma, fala-se em sua transformação com vistas à maior satisfação possível das partes, de forma construtiva, com a participação destas no processo dialógico de construção dos resultados, permitindo-lhes expor sua versão dos fatos e entender a repercussão total dos acontecimentos (KONZEN, 2007; LEDERACH, 2012).

Com efeito, ao invés de um procedimento meramente formalista, técnico e retributivo, busca-se a transformação restaurativa das contendas pelos próprios indivíduos por ela atingidos, estimulando-se que estes expressem-se, compartilhem suas emoções e, possam, assim, compreender uns aos outros e livrar-se dos sentimentos negativos oriundos do evento danoso. Por esta abordagem, os participantes conscientizam-se dos aspectos gerais do problema e, a partir disto, desenvolvem acordos bilaterais e compreensivos que, além de satisfazer suas necessidades, permitem a superação do conflito e evitam suas futuras ocorrências negativas (VAN NESS, STRONG, 2013).

Tal concepção se denomina como Justiça Restaurativa (JR) e encabeça esta compreensão de processo como colaboração, voltado para resolução de um conflito, caracterizando-se por meio da voluntariedade como sendo um procedimento consensual entre a vítima e o ofensor, sujeitos

centrais, contando com a condução de um facilitador e, em alguns casos, de pessoas da família ou da comunidade dos envolvidos no conflito, sendo que todos participam ativamente na construção de uma solução que venha a, de algum modo, restaurar os danos provenientes da situação conflituosa (PRADO, 2001; PRANIS, 2006).

Representa, pois, uma noção de justiça que fortalece o caráter de coletividade de um grupo, o perdão, a solidariedade e o altruísmo. Permite o reconhecimento de cada ser em si e perante o outro e empodera as partes ao passo que lhes fornece meios efetivos de expor suas versões e participar dos resultados que lhes influenciarão diretamente. Destarte, os conflitos passam a ser encarados de frente em todos os seus aspectos, bem como suas consequências, permitindo uma maior aproximação de sua realidade e uma melhor alternativa de contorno e harmonização das relações entre os envolvidos (PRANIS, 2006).

3. DIFUSÃO MUNDIAL DO PARADIGMA RESTAURATIVO DE JUSTIÇA

A Justiça Restaurativa não é um fenômeno moderno. Apesar de largamente difundida e aplicada a compreensão retributiva do processo, suas noções sempre se fizeram atuantes de forma paralela, regulamentadas ou não, nas formas de resolver o conflito. Nesse sentido, a JR abarca um processo vigente desde as mais remotas civilizações, em diversos sistemas sociais e comportando múltiplas dinâmicas, dentre estas algumas reconhecidas como referências a âmbito mundial, a saber: os Círculos restaurativos, com a presença de vítima, ofensor, facilitadores e pessoas da comunidade, em reunião circular de debate do conflito; as Conferências Vítima-ofensor, contando com os mesmos participantes, mas numa sistemática mais linear entre a vítima e o ofensor; as Conferências de grupos familiares que também abarca estes sujeitos, mas abrange ainda a família dos envolvidos; e a Conciliação e a Mediação, que trabalham com vítima, ofensor e mediador, numa perspectiva mais restrita coletivamente (PRANIS, 2006, ZEHR, 2008, 2012).

Tais práticas se verificam de forma difusa e peculiar em cada país e influenciam a evolução e o aprimoramento da JR. Numa escala cronológica, os Estados Unidos da América forma percussores do processo restaurativo, em 1970, tendo criado o Instituto para Mediação e Resolução de Conflito. Na esteira, em 1976 no Canadá, surgia o Centro de JR Comunitária de Victoria e na Noruega, já se utilizava a mediação para conflitos sobre propriedade. Em 1980 na Austrália foram estabelecidos três Centros de Justiça Comunitária experimentais em Nova Gales do Sul e em 1982, o Reino Unido elabora seu primeiro serviço de mediação comunitária. Entre 1988 e 1989, a Nova Zelândia inicia trabalhos com mediação vítima-agressor por oficiais da condicional e promulga a “Lei Sobre Crianças, Jovens e suas Famílias”, incorporando a Justiça Penal Juvenil (PROGRAMA, 2017; SLAKMON, GOMES PINTO, 2005).

Com efeito, em 1999 já haviam se tornado expressivas as Conferências de grupo familiar de bem-estar e vários projetos piloto de justiça, sobretudo na Austrália, Nova Zelândia, Estados Unidos, Grã-Bretanha, África do Sul, de sorte que em 2001, a Europa formula decisão-quadro do Conselho da União Europeia sobre a participação das vítimas nos processos penais para implementação de lei nos Estados e em 2002 a ONU edita Resoluções do Conselho Econômico e Social, definindo conceitos relativos a JR, balizamento e uso de seus programas. A partir de então, as práticas de JR experimentaram grande difusão, chegando ao Brasil em 2005, quando o Ministério da Justiça e PNUD patrocinam 3 projetos piloto em Porto Alegre, São Caetano do Sul e Brasília e teve início o Projeto Justiça para o Século 21, com inspiração nos modelos internacionais para a aplicação da mediação e dos círculos de sentença (SLAKMON, GOMES PINTO, 2005).

Nesse contexto, alguns países ganharam destaque na implementação da Justiça Restaurativa e representam hoje vetores de suas práticas. Nos Estados Unidos, país que cunhou a terminologia com Albert Eglash, em 1977, em seu artigo denominado “Beyond Restitution: Creative Restitution”, os programas de mediação que surgiram como forma de ampliação do acesso à justiça se multiplicaram amplamente e já apresentam altos índices de uso e efetividade. Além disso, o Estado da Virgínia possui centro integrado de estudo e implementação dos círculos restaurativos, abrigando os expoentes no assunto (MCCOLD, 2001).

O Canadá, que possui o mais antigo registro de prática restaurativa, da cidade Ontário, datado do ano de 1974, quando fora realizada a aplicação do Programa de Reconciliação Vítima Ofensor – VORP – para jovens vândalos, com a forte inspiração dos ideais Menonitas, desenvolveu inúmeros programas a partir da influência religiosa e dos grupos indígenas, como forma de inclusão social. Neste país, a prática dos Círculos de Emissão de Sentença (Sentencing Circle) e os Círculos de Cura (Healing Circle) constituem os dois principais modelos de justiça restaurativa, aplicados largamente (JACCOUD, 2017).

Na Europa, a França se destaca pelo uso da mediação fortemente regulada 1993 a partir da instituição das chamadas “Maison Justice” e “Boutiques de droit”, pontos de apoio comunitário difundidos por bairros e de aplicação da JR. A Bélgica, em 2003, adotou a Decisão Marco do Conselho Europeu para a criação de uma rede de pontos nacionais de contato para a promoção da Justiça Restaurativa através do uso expressivo da Mediação Vítima Ofensor, com a característica peculiar da presença de advogado para aconselhamento nestes procedimentos (BONAFÉ-SCHMITT, 2003).

A Alemanha, desde o ano de 1986, institucionalizou procedimentos com inspiração restaurativa e prescreve, em diversos de seus diplomas legais práticas de natureza restaurativa pré-processuais ou como parte da punição delituosa. Todavia, as citadas normas possuem dificuldades de efetivação

por ausência de conscientização da população a respeito do modelo alternativo (MEIER, 2009).

Na Inglaterra, as experiências de Mediação iniciaram em 1980, tendo em 1999 sido posto o “Youth Justice and Criminal Evidence Act” para sua regulamentação. Neste país, a Universidade da cidade de Hull implementou uma experiência em 2008 de JR, no âmbito escolar, que resultou na diminuição sensível das expulsões e dos pequenos delitos, depois difundida e aplicada como programa nas searas de justiça e ensino (AERTESEN, PETERS, 2009).

Portugal, por sua vez, apesar de ter sido um dos últimos países a implementar a determinação da ONU, possui atualmente além da mediação penal discriminada pela lei, o programa “Mediação vítima-infractor e justiça restaurativa” desenvolvido mediante parceria realizada entre a Escola de Criminologia da Faculdade de Direito, a Universidade do Porto, e o Ministério Público do Porto, e inúmeros projetos de natureza restaurativa, mas sem vinculação diretamente legalista, os chamados “Building Bridges” que funcionam como pontos integrados de aplicação da JR pelo país (AERTESEN, PETERS, 2009).

Em relação ao continente asiático, destaca-se o Japão que apesar de possuir forte tendência formalista, a aplicação da filosofia pautada nos princípios “Chotei Ewakai” (conciliação e compromisso) que exalta a tradição de valores, com a importância do perdão, da confissão e do arrependimento, colabora com a JR no sentido da possibilidade de aplicação destes elementos em qualquer fase processual e pela valorização do diálogo (JACCOUD, 2005).

Na Rússia, a Justiça Restaurativa inicia seus primeiros passos com os debates sobre a reforma judicial e assimilação de práticas no Instituto de Estado e Direito da Academia de Ciências Russa, promovendo estudos de comunidades indígenas. Sua aplicabilidade se volta à prevenção da delinquência juvenil e mediação a âmbito do Centro de Reforma Judicial e Legal (JACCOUD, 2005).

Na África, apesar de ser um continente que se destaca pela miséria, fome, sede, racismo, doenças e conflitos, cuja base da economia é o extrativismo de ouro, diamantes, petróleo e gás natural e agricultura de subsistência e comercial, caça, pesca e coleta de produtos naturais, a Justiça Restaurativa se destaca na resolução de conflitos entre as tribos com destaque para filosofia de solidariedade “Ubuntu”, sobretudo, na África do Sul, a partir da Justiça de Transição após o término do regime do Apartheid, com a instituição das Comissões de Verdade e Reconciliação e o desenvolvimento das noções de perdão e anistia, reconhecimento e restauração. No país, tem força o modelo Zweeklemba de resolução de conflitos que busca a solução que venha a evitar que o fato se repita e aplica, principalmente, os chamados “círculos de paz” (FROESTAD, J., & SHEARING, 2005; PINTO, 2017).

Nas Américas Central e do Sul, tem-se a formalização por meio da “Declaração da Costa Rica sobre Justiça Restaurativa na América Latina”, editada em 2005, por recomendação no Seminário “Construyendo la Justicia Restaurativa en America Latina” promovida pelo Instituto Latino-Americano das Nações Unidas para a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente e pela Comunidade Internacional Carcerária e da “Declaração de Lima sobre Justiça Juvenil Restaurativa”, de 2009, oriunda do Primeiro Congresso Mundial de Justiça Juvenil Restaurativa. O Chile, após a Ditadura Pinochet, experimentou uma fase de justiça de transição, tal qual a África do Sul, desenvolvendo as noções de verdade e anistia (MIERS, 2007).

Há destaque para o México que, com enfoque na prevenção delitiva, promoveu a Convenção sobre o Direito das Crianças e a criação do “Centro de Atención para Víctimas del delito” (CENAVID) e do “Centro de Resolución de Conflictos”, além de incorporar, em sua reforma constitucional, ocorrida em 2008, no art.17 de sua Carta Magna, responsável por prescrever que seus entes federados deverão legislar sobre a matéria em sua constituição, o paradigma restaurativo, antes manifestado por experiências esparsas (MIERS, 2003).

Por fim, a Oceania, conta com a grande expressividade em termos de JR da Nova Zelândia e da Austrália. Naquele, em 1989, editou-se o Estatuto das Crianças, Jovens e suas Famílias – “Children, Young Persons and Their Families Act” – baseado nas práticas ancestrais Maoris e como meio de reconhecimento e inclusão social da população nativa. Em 1995, implementou-se três esquemas piloto – o Projeto “Turnaround”, “TeWhanau Awhina” e o Programa de Responsabilidade Comunitária patrocinados pela Unidade de Prevenção ao Crime da Nova Zelândia em colaboração com a polícia e os “Safer Community Councils”, locais para desviar infratores adultos da necessidade de se apresentar em tribunais criminais. “Court-referred” representa o modelo adotado no país e, por meio do qual, os casos são desviados do sistema de justiça sempre que possível (JACCOUD, 2005).

Na Austrália, por sua vez, o modelo é denominado de “Police-based”. Posto que a polícia ou a escola facilitam o encontro entre as partes e familiares através das “Community Youth Conferences”. A inspiração vem da tradição “Wagga Wagga” de justiça, baseada em compreensões comunitárias acerca da vida social. Nesse sentido, os encontros restaurativos conduzidos pela polícia para casos de menor gravidade como uma forma de “advertência restaurativa” e os casos são desviados do sistema tradicional sempre que possível (JACCOUD, 2005).

Com efeito, percebe-se que o que antes se encontrava difuso e incipiente, hoje possui regulamentação e expressividade a âmbito global, surgindo a Justiça Restaurativa, efetivamente, como prática capaz de alterar os contornos tradicionais de Direito, repressivo e retributivo, trazendo-o para o interior das novas perspectivas democráticas, axiológicas e constitucionais, a

partir de um resgate das culturas pautadas nas noções coletivistas de harmonia e solidariedade. Observa-se, assim, o gradual movimento dos países na busca de soluções alternativas que permitam, de fato, a transformação dos conflitos e o alcance do bem estar social através da JR como modelo humanitário em ascensão (JACCOUD, 2005; MIERS, 2003, 2007).

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Durante séculos a essência do Direito se baseou na noção de conflito como problemática capaz de encontrar um fim a âmbito jurídico, passível, pois, de ser solucionado e enxergado como um obstáculo a ser transposto. Nesse contexto, estruturou-se em volta de uma ideologia retributiva e compensatória do dano que originou o modelo punitivo tradicional, voltado à pena como forma de resolução de graves contendas sociais.

Contudo, o evoluir da humanidade revelou fortes vícios neste sistema que, além de não representar uma satisfação ou reparação efetiva ao conflito, contribuiu para o encarceramento em massa como a degradação da dignidade mínima da população prisional, o aumento constante dos índices de criminalização e reincidência, a demonização dos ofensores e a invisibilidade das vítimas e o afastamento da comunidade na construção do Direito.

Em vista disso, modelos e soluções alternativos foram buscados e resgatados para uma reformulação do sistema jurídico, dentre eles a Justiça Restaurativa, de inspiração indígena e primitiva, com uma teleologia direcionada à transformação dos conflitos de forma ampla e ilimitada por meio do trabalho coletivo de diálogo e reconhecimento. Nesse contexto, observa-se seus franco desenvolvimento por todo o planeta, ainda que de forma mais ou menos forte e com as peculiaridades de cada país, mas em larga escala de progressão e aceitação como viés de alcance de respostas mais satisfatórias que a visão ortodoxa meramente punitiva e repressora.

Busca, destarte, o desenvolvimento aliado às novas formas de pensar o Direito, pautadas no resgates dos valores e dos princípios para o interior dos ordenamentos jurídicos e na construção de novos guias teóricos e práticos, tais como a solidariedade e a fraternidade que surgem com as perspectivas neoconstitucionalista e neopositivista também como ataques ao déficits deixados por seus paradigmas radicalistas precedentes.

Ainda não se trata, entretanto, de uma substituição do modelo tradicional, ou da descriminalização e despenalização de condutas, mas de uma via complementar ou eletiva e voluntária de transformação de conflitos que, aos poucos, alcança expressividade e fomenta no pensamento coletivo e social novas formas de pensar o conflito e a harmonização do convívio. Não é, pois, uma utopia, mas, conforme demonstrado acima, um fenômeno efetivo que ganha força, tanto mais a esperança e o altruísmo retornam aos corações humanos em face das atrocidades que cometem.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AERTESEN, I; PETERS, T. *As políticas europeias em matéria de justiça restaurativa*. Revista Sub Judice – Ideias, 37, 2009.

BERISTAIN, A. *Nova Criminologia à luz do direito penal e da vitimologia*. Tradução de Cândido Furtado Maia Neto. Brasília: Editora UNB, 2010.

BONAFÉ-SCHMITT, J. P. Justice réparatrice et médiation pénale: versa de nouveaux modèles de régulation sociale? In: M. Jaccoud, *Justice Réparatrice et médiation pénale*. Convergences ou divergences? (pp. 17-51). Paris: L'Harmattan, Collection Sciences Criminelles, 2003.

BUITONI, A. *A ilusão do normativismo e a mediação*. Revista do Advogado, São Paulo, n. 87, 2006.

CARVALHO. S. de C. Considerações sobre as Incongruências da Justiça Penal Consensual: retórica garantista, prática abolicionista. In CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre. *Diálogos sobre a Justiça Dialogal: Teses e Antíteses sobre os Processos de Informalização e Privatização da Justiça Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2002.

FERNANDES, I. N. *Proceso e justicia de transición: Búsqueda por una “justicia” o traer El ejemplo do qué no debemos hacer nunca más?* Revista Estudos Jurídicos, a.15, n. 21, 2011.

FROESTAD, J., & SHEARING, C. Prática da Justiça – O Modelo Zwelethemba de Resolução de Conflitos. In: C. Slakmon, R. De Vitto, & R. Gomes Pinto, Eds: *Justiça Restaurativa*, Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005.

JACCOUD, M. Princípios, Tendências e Procedimentos que Cercam a Justiça Restaurativa. Slakmon, C.R. De Vitto, e R. Gomes Pinto, org. 2005, *Justiça Restaurativa*, Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005.

_____. *Les cercles de guérison et les cercles de sentence autochtones au Canada*. *Criminologie*, vol. 32, n° 1, 1999. Disponível em: <<http://www.erudit.org/revue/crimino/1999/v32/n1/004725ar.pdf>>. Acesso em: 15 dezembro 2017.

KONZEN, A. A. *Justiça restaurativa e ato infracional: desvelando sentidos no itinerário da alteridade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LEDERACH, J. P. *Transformação de Conflitos*. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2012.

McCOLD, P. Primary Restorative Justice Practices. In: M. MORRIS, & G. MAXWELL, Restorative Justice for Juveniles. *Conferencing, Mediation*. Oxford: Hart Publishing, 2001.

MIERS, B-D. Justicia Restaurativa em Alemanha. Balance y Perspectivas. In: *Revista de derecho penal: consecuencias jurídicas del delito*. I, 2009.

_____. The international development of restorative justice. In: D. W. VAN NESS, & Gerry, *Handbook os Restorative Justice* (pp. 447-467). Cullompton, UK; Portland, USA: Willian Publishing, 2007.

_____. Um Estudo comparado de sistemas. Relatório DIKÊ: Proteção e Promoção dos Direitos das Vitimas de Crime no âmbito da Decisão Quadro relativo ao Estatuto da Vitima em Processo Penal, 2003.

PINTO. S. M. R. Justiça transicional na África do Sul: restaurando o passado, construindo o futuro. *Contexto Internacional*, Rio de Janeiro, v. 29, n. 2, Dec. 2007. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-85292007000200005&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 10 dezembro 2017.

PRADO, G. Justiça Penal Consensual. In: ZAFFARONI, Eugenio Raul e KOSOVSKI, Ester (org.). *Estudos em homenagem a João Marcello de Araújo Jr*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

PRANIS, K. Justiça restaurativa: revitalizando a democracia e ensinando a empatia. In Slakmon, C., Machado, M. R, Bottini, P. C. (Orgs.), *Novas direções na governança da justiça e da segurança* (pp. 269-280). Brasília, DF: Ministério da Justiça, 2006.

PROGRAMA Eurosocial. Conferência dos Ministros de Justiça dos Países Ibero-Americanos – Secretaria Geral. *Mapeamento de normas e leis sobre justiça restaurativa*. 2013; Disponível em: <<http://www.comjib.org/pt-pt/conferencias/xvii-reuniao-plenaria-da-conferencia-de-ministros-da-justica-dos-paises-ibero-americano>>. Acesso em 02 dezembro 2017.

ROLIM, M. *Justiça Restaurativa e Segurança Pública*. Revista Direito em Debate, n 49, 2008.

SLAKMON, C., R. de V.; GOMES PINTO, R. *Justiça Restaurativa* (Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD), 2005

VAN NESS, D. W; STRONG, K. H. Restoring Justice: an introduction to restorative justice. 2010. In: LARA, Caio Augusto Souza. *A justiça restaurativa como via de acesso à justiça*. Belo Horizonte. Dissertação (Mestrado em Direito). Pós-Graduação de Direito UFMG, 2013.

ZEHR, H. *Trocando as lentes: um foco sobre o crime e a justiça*. Tradução Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008.

_____. *Justiça Restaurativa*. Tradução Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2012.

O Liberalismo Político e o Direito Fundamental à Igualdade

Sara Coelho da Silva

Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará – UNIFESSPA. Pós-graduada em Direito Penal. Foi assessora de Promotoria de Justiça do Ministério Público do Estado do Pará. É analista judiciário do Tribunal de Justiça do Estado do Pará.

Resumo

Este artigo explora a tensão entre liberdade individual e igualdade no contexto dos direitos fundamentais, com foco nas teorias de John Rawls e Ronald Dworkin. John Rawls, uma figura proeminente na filosofia política, apresenta seu conceito de "justiça como equidade", argumentando que uma sociedade justa deve garantir a distribuição igualitária de direitos e recursos. Sua ideia do "véu da ignorância" incentiva os indivíduos a escolher princípios de justiça sem conhecer suas circunstâncias pessoais, promovendo, assim, a imparcialidade e a igualdade. O artigo também aborda os desafios do pluralismo nas perspectivas morais e como a teoria de Rawls busca criar um consenso sobre a justiça que acomode crenças diversas. Ao contrastar o liberalismo igualitário de Rawls com as visões de Dworkin, o texto convida a uma reflexão mais profunda sobre como essas teorias abordam as complexidades do equilíbrio entre liberdade e igualdade nas sociedades modernas.

Palavras-Chave: Liberalismo Igualitário. Justiça como Equidade. Véu da Ignorância

Abstract

This article explores the tension between individual freedom and equality within the context of fundamental rights, focusing on the theories of John Rawls and Ronald Dworkin. John Rawls, a prominent figure in political philosophy, presents his concept of "justice as fairness," arguing that a just society must ensure equal distribution of rights and resources. His idea of the "veil of ignorance" encourages individuals to choose principles of justice without knowledge of their personal circumstances, thus promoting impartiality and equality. The article also addresses the challenges of pluralism in moral perspectives and how Rawls's theory seeks to create a consensus on justice that accommodates diverse beliefs. By contrasting Rawls's liberal egalitarianism with Dworkin's views, the text invites a deeper examination of how these theories address the complexities of balancing freedom and equality in modern societies.

Keywords: Liberal Egalitarianism. Justice as Fairness. Veil of Ignorance

1. INTRODUÇÃO

No contexto de aprimoramento e evolução teórica dos direitos fundamentais, a corrente liberal enfrenta o desafio direto do embate com o direito à igualdade. As tensões entre liberdade individual e igualdade de condições são inevitáveis e precisam ser discutidas. É partindo dessa premissa que as linhas a seguir discorrem acerca das compreensões de dois eminentes teóricos do tema, John Rawls e Ronald Dworkin, quanto à problemática em discussão.

2. O LIBERALISMO IGUALITÁRIO DE JOHN RAWLS

Precursor do modelo político liberal-igualitário, John Rawls apresentou em sua obra intitulada Uma teoria da justiça^[1], publicada em 1971, defesa à teoria da justiça como equidade. É indiscutível a relevância de Rawls no mundo da filosofia política. O teórico inaugura uma nova concepção de liberalismo, pautado na busca por uma igualdade entre os indivíduos, lado a lado ao princípio da liberdade, típico dessa vertente política.

John Rawls rompe com o pensamento liberal clássico de defesa precípua da liberdade individual, para inserir aí, também, uma preocupação moral com o alcance da igualdade entre os indivíduos. Ele trabalha com a ideia de uma sociedade ordenada, ordenamento este que somente é possível com uma distribuição equitativa de direitos, obrigações e bens primários entre os indivíduos. A justiça constitui-se, então, o objetivo central dessa sociedade.

Em simplórias palavras, a forma pela qual a sociedade alcança esse ordenamento, segundo Rawls, seria a partir da eleição de princípios gerais pela comunidade, num estágio inicial de convivência.

Eminentemente contratualista^[2], Rawls entende que os membros de uma sociedade, agindo sob o “véu de ignorância”, isto é, desconhecendo a si mesmos, seus gostos, desejos e vontades próprios, elegem os princípios gerais de justiça. Trata-se, como veremos logo adiante, de um conjunto de seres racionais, em pé de igualdade inicial, decidindo imparcialmente, posto que livres de seus interesses pessoais, mutuamente desinteressados, comprometidos na construção de um ideal de justiça e na definição dos meios para alcançá-la.

3. O CONTRATUALISMO RAWLSIANO: “O VÉU DE IGNORÂNCIA”

Decerto, os argumentos do contrato social não são novos. Remetem, em sua origem, ao Leviatã^[3], de Thomas Hobbes, publicado em 1651, e ao Segundo tratado sobre governo^[4], de John Locke, na década de 1680, e também aos escritos de Jean-Jacques Rousseau, em A origem da desigualdade entre os homens^[5], e, claro, ao Contrato Social^[6].

Rawls, entretanto, surge trazendo uma nova roupagem à teoria contratualista até então discutida. A década de 1960, Rawls retoma a tradição lockeana de contrato social, reagindo, em certos aspectos, às insuficiências do utilitarismo, que parecia estar estagnado numa batalha entre o utilitarismo subjetivo e o utilitarismo objetivo^[7]. O interesse numa noção de política renovada se deu, então, em certa medida, pela urgência moral da época^[8].

Logo no prefácio de Uma teoria da Justiça, Rawls deixa claro a sua adesão ao contrato. ele explica:

Minha tentativa foi generalizar e elevar a uma ordem mais alta de abstração a teoria tradicional do contrato social representado por Locke, Rousseau e Kant. (...) Além disso, essa teoria parece oferecer uma explicação sistemática alternativa de justiça que é superior, ou pelo menos assim

considero, ao utilitarismo dominante na tradição. A teoria resultante é altamente kantiana em sua natureza.

A sugestão de Rawls é de que, numa metáfora elucidativa de sua teoria do contrato hipotético, imaginemos que na eleição dos princípios gerais de governo, as pessoas não tivessem conhecimentos específicos a respeito delas próprias, tais como seus gostos, preferências, sexo, cor, deficiências ou não, anseios pessoais, circunstâncias físicas e temporais, capacidade intelectual, etc.

O acordo inicial seria realizado debaixo do que ele denomina como “véu de ignorância”, isto é, por pessoas desprendidas do conhecimento de seus próprios dados e, por conseguinte, livres de possíveis favorecimentos pessoais. Para Shapiro^[9], a proposta de Rawls “é como se nos pedissem para concordar com as regras de um jogo do qual iremos participar antes de saber se elas nos serão vantajosas ou não”.

Rawls propõe uma estrita separação entre a ética privada e a moral pública na base de justificação do Estado. Noutras palavras, para o teórico, a escolha dos princípios basilares do governo deve ser feita livre de quaisquer convicções pessoais. Preza-se pela imprescindível neutralidade do Estado face às opções de vida individuais.

Um dos desafios postos ao contratualismo reside na pluralidade constante de pensamentos ou posições morais entre os indivíduos. Essa discordância é antiga e natural em todo e qualquer acordo social feito por seres pensantes. A novidade trazida por Rawls está, então, em como ele pensa as implicações políticas desse pluralismo permanente, a saber, que se deve exigir menos do que as pessoas podem razoavelmente pôr em acordo^[10]. Nesse raciocínio, o teórico recorreu ao desenvolvimento de princípios neutros em relação à concepções individuais de bem viver dos contratantes. Shapiro^[11] assim descreve:

Ele apela para um “consenso coincidente” (overlapping consensus) em torno de princípios que provavelmente continuarão existindo por gerações, e reunirão um conjunto relativamente grande de adeptos em um regime constitucional mais ou menos justo, um regime no qual o critério de justiça é essa própria concepção política.

4. IGUALDADE DE BENS PRIMÁRIOS

John Rawls propõe, como teoria de justiça distributiva, a igualdade de bens primários entre os indivíduos, e o faz em reação à disputa entre os utilitaristas acerca de qual instrumento de distribuição poderia registrar maior grau de bem estar.

Segundo a teoria do bem-estar, os recursos devem ser distribuídos de forma desigual de acordo com o que satisfaz os desejos de cada indivíduo e, assim, a igualdade é alcançada à medida que o bem-estar de cada um é alcançado, conforme as concepções pessoais de vida. Esta teoria é, de fato,

atraente, porque considera a qualidade de vida do indivíduo, sendo os recursos apenas meio para o seu objetivo final, desta forma, aparentando ser o melhor modelo a ser adotado como método de justiça distributiva. Ademais, privilegia as pessoas em condições especiais, tais como as que possuem algum tipo de deficiência e, por conseguinte, demandam mais recursos.

Todavia, a teoria do bem-estar apresenta um sério problema que é a ausência de parâmetros na distribuição dos recursos. Quer-se dizer, não há níveis mínimos ou máximos abalizadores da dispensa de recursos, uma vez que, partindo da premissa de que se busca o bem estar, esta distribuição se dará de acordo com o sentimento de satisfação de cada indivíduo.

Considerando que a concepção de bem-estar, naturalmente, variará de indivíduo para indivíduo, a satisfação dos desejos de um demandará muito mais recursos que a de outros, o que certamente dará azo ao cometimento de injustiças.

Rawls, por sua vez, formula sua concepção de justiça distributiva baseada no objetivo de proporcionar o máximo proveito que os grupos menos favorecidos da sociedade possam ter. A lógica do teórico consiste, em síntese apertada, em que os contratantes que estão sob o “véu de ignorância”, isto é, desconhecendo suas próprias condições socioeconômicas, tenderão a eleger princípios de justiça que visem a melhor condição dos que estão na região mais baixa da pirâmide, tendo em vista a possibilidade de também estarem ali. Por consequência lógica, se se aumenta a distribuição de bens aos que estão embaixo, logo, os que estão acima também terão seus bens elevados.

Segundo o princípio da diferença^[12], dos mais debatidos de Rawls, as desigualdades devem funcionar em privilégio dos menos favorecidos. Este princípio admite uma redistribuição profunda que não necessariamente seja igualitária. Basta que beneficie os menos

favorecidos. Isto é, o grande objetivo das medidas distributivas, aqui, está em elevar os bens primários dos menos favorecidos, pouco importando se tais medidas sejam igualitárias ou não em relação ao restante da sociedade ou a algum grupo específico.

Impõe trazer à tona, neste ponto, que Rawls se vale de uma ordem lexical na utilização dos princípios que controlam os variados bens primários. Noutras palavras, pode-se dizer que os princípios (ou compromissos morais) observam uma ordem de prioridades a ser seguida. Por exemplo, o princípio de distribuição de liberdade está à frente do segundo princípio, que seria da ampla igualdade de oportunidades, que, por sua vez, antecede o princípio da diferença.

Desta forma, se em um caso concreto estes princípios vierem a colidir, deverá ser observada a ordem lexical em que estão postos. Por essa razão dissemos no primeiro capítulo que, para Rawls,

caso a liberdade e a igualdade entrem em conflito, a primeira sempre prevalecerá. Essa ideia fica nítida nos seguintes trechos:

A prioridade da liberdade significa que, sempre que as liberdades podem ser efetivamente estabelecidas, não é permitido trocar uma liberdade menor ou desigual por uma melhoria do bem-estar econômico. Só quando as circunstâncias sociais não permitem o estabelecimento efetivo desses direitos básicos é que podemos consentir com sua limitação[13].

(...) as reivindicações da liberdade devem ser satisfeitas primeiro. Até conseguirmos isso, nenhum outro princípio entra em jogo.[14]

5. O LIBERALISMO ABRANGENTE DE RONALD DWORKIN

Durante a década de 1990, Dworkin empregou esforços no trabalho de desenvolver uma teoria substantiva de justiça, elaborando uma hipótese política sofisticada. Nas palavras de Ronaldo Porto Macedo Jr.[15], o teórico “procura mostrar como nossas instituições fundamentais em torno da centralidade do conceito de igualdade podem ser melhor descritas (com melhor “Fit” e mais coerência) como uma teoria da igualdade de recursos e não igualdade de bem estar”.

Em sua obra *A virtude soberana*, Dworkin apresenta ao universo da filosofia política um liberalismo igualitário abrangente e sua teoria de justiça distributiva baseada na igualdade de recursos. Logo na introdução de seu livro, o autor faz uma defesa intensa da igualdade perante as instituições básicas da sociedade que, pela importância, pedimos licença do leitor para já adentrarmos no caminho dworkiniano com a transcrição do seguinte trecho:

Podemos dar as costas à igualdade? Nenhum governo é legítimo a menos que demonstre igual consideração pelo destino de todos os cidadãos sobre os quais afirma seu domínio e aos quais reivindique fidelidade. A consideração igualitária é a virtude soberana da comunidade política – sem ela o governo não passa de tirania – e, quando as riquezas da nação são distribuídas de maneira muito desigual, como o são as riquezas de nações muito prósperas, então sua igual consideração é suspeita, pois a distribuição das riquezas é produto de uma ordem jurídica: a riqueza do cidadão depende muito das leis promulgadas em sua comunidade – não só as leis que governam a propriedade, o roubo, os contratos e os delitos, mas suas leis de previdência social, fiscais, de direitos políticos, de regulamentação ambiental e de praticamente tudo o mais.[16]

Dworkin questiona a ideia de que liberdade e igualdade são princípios em conflito, advogando a tese de que ambos podem encontrar-se em comunhão, acrescentando ainda o conceito de comunidade a esta simbiose. Guest[17] pontua que “estamos acostumados a pensar que as teorias do liberalismo fazem sentido apenas com base no pressuposto de que a igualdade e a liberdade são opostos polares. A vigorosa defesa da igualdade por Dworkin, pelo contrário, é simultaneamente uma vigorosa defesa da liberdade.”

Ainda de acordo com Furquim[18], se para o liberalismo político de Rawls as diferentes concepções de bem da sociedade são toleradas em razão de sua posição de imparcialidade às questões morais dos indivíduos, “Dworkin nos apresenta uma versão de liberalismo mais abrangente porque não separa a ética da moralidade, além de não ser incompatível com a tolerância liberal”..

6. A TEORIA DA CONTINUIDADE

Dworkin não se contenta com o contratualismo rawlsiano, baseado numa separação entre ética privada e moral pública^[19]. Como explicitamos acima, o “véu de ignorância” proposto por Rawls impede que as pessoas, na eleição dos princípios de justiça iniciais, conheçam a si mesmas. Dworkin, ao revés, acredita na continuidade entre ética e moral como base mais sólida do que o contrato para a definição de princípios gerais de justiça. Por isso mesmo sua tese pode ser reconhecida como um liberalismo igualitário abrangente. Ambos os teóricos defendem o liberalismo, mas o justificam de forma diferente.

A tolerância liberal tem o mérito de permitir o florescimento de planos de vida individuais em meio ao pluralismo permanente^[20]. Um acordo, então, pode ser firmado para que princípios de justiça sejam escolhidos com a aceitação de todos, apesar das diferentes concepções de vida. Esta é a via eleita por Rawls. Mas Dworkin não acredita nessa justificação moral do liberalismo, justamente porque deixa de lado as doutrinas filosóficas, morais e religiosas abrangentes, das decisões políticas mais relevantes.

Vita^[21] aduz que é a motivação moral que garantirá o contrato:

Em suma, a motivação moral é o que faz que um acordo sobre princípios comuns de justiça possa ser alcançado. É com base na suposição de que essa motivação se encontra presente em um grau suficiente na conduta humana que podemos afirmar que as partes contratantes aceitarão as restrições impostas por esses princípios às formas pelas quais cada um poderá empenhar-se em realizar seus fins, quer se trate do interesse próprio de indivíduos ou de grupos, quer se trate de determinada visão abrangente do bem.

Furquim^[22], por sua vez, assevera que Dworkin parece sugerir que essa motivação moral não estaria em grau suficientemente forte a ponto de garantir a força categórica do contrato proposto por Rawls. Essa base de respeito e cooperação mútuos enfrenta problemas. Dworkin advoga, então, uma continuidade entre ética e moralidade adotando um método interpretativo construtivo como justificação mais densa que o contrato.

A grande questão, para a tese da continuidade de Dworkin, reside no fato de como garantir a neutralidade do liberalismo e a postura imparcial em relação às concepções de vida dos indivíduos da sociedade, se a ética fizer parte da escolha dos princípios de justiça.

Logo, Dworkin precisa de uma atração ou apelo visionário para garantir a “força categórica” de sua teoria. Uma concordância maior em que a ética pessoal faz parte, mas sem recair numa predileção pessoal, é o apelo visionário de Dworkin para a defesa da continuidade. Mas como não recair em uma opção pessoal específica? Ele parte do princípio de que conceitos como “igualdade” e “liberdade” são interpretativos, e nessa tarefa, o intérprete não pode abrir mão da ética pessoal.

7. PLATEAU IGUALITÁRIO E PRINCÍPIOS DE DIGNIDADE

Dworkin não se conforma com o fato de que as diversas teorias de justiça não aprofundem as questões éticas de como o indivíduo deve levar sua vida. Nesse sentido, ele aduz que a dignidade é construída sobre dois princípios basilares, a saber, o princípio do valor intrínseco e o princípio da responsabilidade pessoal^[23]. O primeiro nos remete à igualdade, o segundo, por sua vez, informa-nos a liberdade individual nele contida^[24].

Dois princípios do individualismo ético me parecem fundamentais para qualquer teoria liberal abrangente, e juntos eles dão forma e apoio à teoria da igualdade defendida neste livro. O primeiro é o princípio da igual importância: é importante, de um ponto de vista objetivo, que a vida humana seja bem sucedida, mais do que desperdiçada, e isso é igualmente importante, daquele ponto de vista objetivo para cada vida humana. O segundo é o princípio da responsabilidade especial: embora devamos todos reconhecer a igual importância objetiva do êxito na vida humana, uma pessoa tem responsabilidade especial e final por esse sucesso – a pessoa dona de tal vida.^[25]

O princípio do valor intrínseco, ou da igual importância, diz respeito ao valor único da vida de cada um; toda vida é importante e deve lhe ser garantido o mínimo para que realize suas vontades. Noutros termos, equivale dizer que toda vida tem um valor objetivo associado a uma potencialidade do indivíduo a partir do momento em que nasce.

Já o princípio da responsabilidade pessoal refere-se à responsabilidade que o indivíduo deve ter com o sucesso de sua própria vida e com a realização de seus anseios pessoais, bem como com a vida da comunidade. Ou seja, devemos viver a vida da melhor forma que pudermos e quisermos, sem que alguém ou alguma instituição imponha um molde a ser seguido, porém desde que não prejudique a boa vida dos demais.

Nas esclarecedoras pontuações de Heraldo Montarroyos^[26],

Nessa obra, Ronald Dworkin tem um único objetivo, que é aperfeiçoar constitucionalmente o processo de inclusão comunitária criando um ambiente ético- liberal motivador e atraente aos olhos dos direitos individuais existencialistas. Desse modo, a inclusão constitucional deve promover a combinação do princípio da igualdade com o princípio da liberdade, sendo mediados pelo princípio da responsabilidade existencialista, pública e privada.

8. A IGUALDADE DE RECURSOS

Dworkin não aceita a igualdade de bem-estar, defendida pelos utilitaristas, nem a igualdade de bens primários pregada por Rawls (explorada acima), como métricas distributivas mais justas. Para ele, em que pese as teorias difundidas serem realmente atraentes, elas olvidam as particularidades dos indivíduos e também a responsabilidade que deve ser atribuída a cada um.

No desafio de apresentar uma proposta tão atraente quanto aquelas, mas ainda mais completa e adequada, Dworkin apresenta sua teoria de igualdade de recursos. Nas palavras de Guest, a questão crucial suscitada é: “a que recursos as pessoas devem ter direito na sociedade ideal em que todas as pessoas são tratadas como iguais?”

Os recursos podem ser classificados como pessoais e impessoais. Os primeiros correspondem às características físicas e mentais inatas do ser humano, como nossos talentos e habilidades. Desta forma, em razão de sua própria natureza personalíssima, não podem ser comercializados. Já os recursos impessoais são os bens de que dispomos, ou não, os quais devem ser objeto de distribuição, pela teoria da igualdade de recursos, para fins de compensação das desigualdades.

Neste ponto, convém assinalar que, para Dworkin, o mercado é um forte aliado na minimização de desigualdades, em virtude de sua capacidade de gerar prosperidade e atuar como importante vetor na construção de liberdades individuais. O comércio será um instrumento importante para uma efetiva distribuição de recursos^[27].

O mecanismo de mercado utilizado por Dworkin para ilustrar sua teoria é o leilão hipotético, para o qual separamos o tópico seguinte.

9. O LEILÃO HIPOTÉTICO

Dworkin faz uso de uma linguagem metafórica para nos explicar como pode se dar uma divisão igualitária de recursos. Ele desenvolve a ilustração de um leilão propositadamente artificial, evitando, assim, problemas que decorreriam naturalmente no mundo real, para garantir os propósitos de sua teoria. Neste ponto, nada melhor que a transcrição in litteris da proposta de Dworkin³⁰^[28]:

Suponhamos que um grupo de náufragos vá para uma ilha deserta que tem recursos em abundância e é desabitada, e que o grupo talvez só venha a ser resgatado depois de muitos anos. Esses imigrantes aceitam o princípio de que ninguém tem direito prévio a nenhum dos recursos, mas que devem ser divididos igualmente entre todos. (Ainda não perceberam, digamos, que talvez fosse sensato manter alguns recursos como propriedade comum de qualquer Estado que venham a criar.) Também aceitam (pelo menos provisoriamente) o seguinte teste da divisão igualitária de recursos, o que chamarei de teste de cobiça. Nenhuma divisão de recursos será uma divisão igualitária se, depois de feita a divisão, qualquer imigrante preferir o quinhão de outrem a seu próprio quinhão.

A distribuição, então, será justa, quando aprovada pelo teste de inveja. Dworkin apela ao senso de justiça e igualdade como valores mais abstratos e que pressupõem um consenso comum entre os indivíduos, retornando, assim, à ideia de plateau igualitário, como aduzido alhures. Cumpre esclarecer, neste ponto, que o termo inveja é aqui empregado não no sentido emocional, mas no sentido de conformação com o quinhão que lhe foi distribuído porque é justo em relação aos demais.

Ao contrário do que o “véu de ignorância” propõe, no leilão os indivíduos têm plena consciência do estoque de recursos disponíveis na ilha e o quanto suas escolhas afetarão a distribuição destes mesmos recursos entre todos. Isto parece permitir que os indivíduos desenvolvam um sentimento de comoção com a situação de toda a coletividade, e não apenas com a satisfação dos próprios desejos. Nesse sentido, Dworkin aduz que:

O leilão propõe o que o teste de cobiça^[29] de fato assume, isto é, que a verdadeira medida dos recursos sociais dedicados à vida de uma pessoa seja determinada indagando sobre a real importância desse recurso para os outros. Repito que o custo, avaliado desta forma, aparece na noção que cada pessoa tem do que é seu com justiça, e no juízo que cada um faz da vida que deve levar, dado aquele mesmo comando da justiça.

Logo, o mecanismo do leilão se prestará a verificar se as distribuições estão sendo justas ou injustas, além de aferir qual o nível de desigualdade existente. Para Furquim^[30], o teste de inveja torna-se atraente para uma concepção liberal de justiça, pelo menos por dois motivos:

primeiro porque evidencia que a injustiça está relacionada a ter menos recursos dadas as circunstâncias em que se vive, como pessoas com terras menos férteis. Segundo, ele pode acomodar as diferentes escolhas de planos de vida das pessoas, alguns podem querer uma vida de sucesso no mercado de ações, outros podem preferir cultivar verduras orgânicas.

10. SORTE POR OPÇÃO E SORTE BRUTA. O SEGURO HIPOTÉTICO

Ao contrário do que propõe a teoria dos bens primários, a igualdade de recursos não atenta para a posição do indivíduo na pirâmide social, porém aos motivos pelos quais ele está onde está. Em outras palavras, Dworkin está interessado em saber se a situação em que se encontra determinada pessoa é produto de suas escolhas ou de circunstâncias alheias à sua vontade.

Voltando ao leilão, precisamos verificar que, de acordo com a hipótese de Dworkin, após a distribuição de recursos ter passado pelo teste de inveja, os imigrantes provavelmente irão produzir e/ou comercializar os recursos que receberam. Se considerarmos as diferenças de talentos entre uns e outros, os mais talentosos deverão ter vantagens em relação aos menos talentosos. De qualquer forma, seja por talento ou não, os recursos tenderão a se concentrar mais sobre as mãos de alguns e, obviamente, a reduzir nas mãos de outros. Dessa forma, como o leilão poderá dar conta de situações desiguais?

Para dar uma resposta coerente a essa indagação, Dworkin classifica as desigualdades como decorrente de sorte por opção e ou de sorte bruta. A sorte por opção refere-se àquele que podemos ter a partir de nossas escolhas, ou à situação em que podemos nos encontrar devido ao risco da aposta que assumimos. Por exemplo, caso um imigrante decida comercializar seus recursos, as vantagens ou desvantagens que ele obtiver, serão produto da sorte ou má sorte de sua opção de praticar o comércio. A sorte bruta, por sua vez, é aleatória, independente de nossas escolhas e vontades. Trata-se, por exemplo, de casos fortuitos, como desastres naturais, ou mesmo algum tipo de deficiência. Situações tais provocam uma desvantagem não escolhida pelo indivíduo.

Não há razões para negar a compatibilidade da sorte por opção com a igualdade de recursos, uma vez que esta teoria preconiza, justamente, a liberdade de escolha individual. A responsabilidade que cada um deve ter com os seus ganhos e perdas é a forma também como a igualdade de recursos lida com os gostos dispendiosos, questão acerca da qual restam silentes as teoria do bem-estar e dos

bens primários. Noutro vértice, no que tange à sorte bruta, tendo em vista que esta não decorre da vontade do indivíduo, a resposta de Dworkin é no sentido de que a igualdade de recursos deve buscar um meio de compensar as desvantagens, o que, para o autor, é representado pelo seguro hipotético. Esta ideia consiste na escolha do indivíduo de destinar parte de seus recursos para pagar um prêmio pela cobertura de eventuais desvantagens advindas de fatos não queridos. Para Furquim, “esse seguro seria uma forma do governo ter um fundo para a compensação daqueles que efetivamente sofrerem por conta das contingências”.

Seguindo essa linha de intelecção, as questões de sorte e o seguro hipotético parecem ter estreita relação com os princípios de dignidade, porquanto de acordo com o princípio do valor intrínseco ou do valor objetivo da vida, é dado ao indivíduo o que chamaria de “poder dever” de viver a vida como lhe apraz, auferindo os lucros que conseguir. De outro lado, refere-se também ao princípio da responsabilidade pessoal, ou da autenticidade, uma vez que o indivíduo deve ser objetivamente responsáveis pela sua vida, assumindo os riscos a ela inerentes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, CÍCERO. Legitimidade, Justiça e Democracia: O novo contratualismo de Rawls. Artigo publicado em 2002, na revista Lua Nova;

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. São Paulo: ed. Malheiros, 1997; BONELLA, Alcino Eduardo. Liberalismo político igualitário. Tese de doutorado.

Universidade Federal de Uberlândia – 2011;

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. Direitos humanos. São Paulo: LTr, 2015; DWORKIN, Ronald. A virtude soberana. São Paulo: ed. WMF Martins Fontes, 2011;

. A raposa e o porco-espinho. São Paulo: ed. WMF Martins Fontes, 2014;

FRANKENA, Willian K. Ética. Rio de Janeiro: Zahar, 1969.

FURQUIM, Lilian de Toni. O liberalismo abrangente de Dworkin. Tese de doutorado. Universidade de São Paulo – 2010.

GUEST, Stephen. Ronald Dworkin. Rio de Janeiro: ed. Elsevier, 2010; MALUF, SAHID. Teoria Geral do Estado. São Paulo: ed. Saraiva, 2017.

MONTARROYOS, Heraldo Elias de Moura. Observatório constitucional Ronald Dworkin: reconstruindo o liberalismo do livro “A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/jus/article/view/2182>.

Acessado em: 05 de março de 2017.

LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. São Paulo: Saraiva, 2013; RAWLS, John. Uma teoria da justiça. São Paulo: ed. WMF Martins Fontes, 2000; SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006;

SILVEIRA, Denis Coutinho. Teoria da justiça de John Rawls: entre o liberalismo e o comunitarismo. Tese de doutorado. Universidade Federal de Pelotas – 2007;

SHAPIRO, Ian. Os fundamentos morais da política. São Paulo: ed. WMF Martins Fontes, 2006;

VITA, Álvaro de. O liberalismo igualitário: sociedade democrática e justiça internacional. São Paulo: Ed. WMF Martins Fontes, 2008;

. A Justiça distributiva e seus críticos. São Paulo: ed. WMF Martins.

[1] Versão brasileira: Rawls, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: ed. WMF Martins Fontes, 2000;

[2] Rawls deixa explícita sua posição contratualista em *Uma teoria da Justiça* (2010, p. 13).

[3] Versão brasileira: Hobbes, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: ed. WMF Martins Fontes, 2014.

[4] Versão brasileira: Locke, John. *Segundo tratado sobre o governo*. São Paulo: Mantin Claret, 2012.

[5] Versão brasileira: Rousseau, Jean-Jacques. *A origem da desigualdade entre os homens*. São Paulo: ed. L&PM, 2008.

[6] Versão brasileira: Rousseau, Jean-Jacques. *O contrato social*. São Paulo: ed. WMF Martins Fontes, 1999.

[7] O utilitarismo é doutrina ética difundida a partir de Jeremy Bentham e John Stuart Mill, nos idos do século XVIII e XIX, cujo discurso é, em suma, um sistema ético teleológico que fixa a concepção moral com base no resultado final. “o que se chama habitualmente utilitarismo, sustenta a posição segundo a qual o fim o último é o maior bem geral – que um ato ou regra de ação é correto se, e somente se, conduz ou provavelmente conduzirá a conseguir-se, no universo como um todo, maior quantidade de bem relativamente ao mal do que qualquer outra alternativa; é errado o ato o regra de ação quando isso não ocorrer e é obrigatório, na hipótese de conduzir ou de provavelmente conduzir a obtenção no universo, da maior quantidade possível de bem sobre o mal”. Frankena, Willian K. *Etica*. Rio de Janeiro: Zahar, 1969. p. 143.

Em *Uma teoria da Justiça*, Rawls (2010, p. 12) não nega a relevância do utilitarismo no universo político, contudo afirma sua proposta de apresentar uma via alternativa.

[8] Shapiro, Ian. Op., cit., p. 147.

[9] Shapiro, Ian. Op., cit., p. 148.

[10] Shapiro, Ian. Op., cit., p. 150.

[11] *Ibidem*, p. 151.

[12] Para Shapiro, o princípio da diferença é apenas o rebatizado princípio antigo da economia do bem-estar chamado

maximin, abreviação de “maximizar a cota mínima”. Shapiro, Ian. Op., cit., p. 170.

[13] Rawls, John. Op., cit., p. 164.

[14] *Ibidem*, p. 267.

[15] Na apresentação da versão brasileira da obra *Ronald Dworkin*, de Stephen Guest.

[16] Dworkin, Ronald. *A virtude soberana*. São Paulo: ed. WMF Martins Fontes, 2011. p. 9.

[17] Guest, Stephen. Op., cit., p. 246.

[18] *Ibidem*, p.14.

[19] Em *A raposa e o porco-espinho*, Dworkin explica sua utilização dos termos “ética” e “moral”: “uso os termos “ético” e “moral” de um modo que talvez pareça especial. Os padrões morais prescrevem como devemos tratar os outros; os padrões ético, como nós devemos viver”. Dworkin, Ronald. *A raposa e o porco-espinho*. São Paulo: ed. WMF Martins Fontes, 2014. p. 291.

[20] Vita, Álvaro de. *A Justiça Distributiva e seus Críticos*. São Paulo: ed. WMF Martins Fontes, 2007. p. 274.

[21] Vita, Álvaro de. Op., cit, p. 283.

[22] Furquim, Lilian de Toni. Op., cit., p. 19.

[23] Em *A raposa e o porco-espinho*, seu último livro publicado em vida, Dworkin atualiza a terminologia “princípio da responsabilidade pessoal” para “princípio da autenticidade”. *Vide*: Dworkin, Ronald. *A raposa e o porcoespinho*. São Paulo: ed. WMF Martins Fontes, 2014.

[24] Furquim, Lilian de Toni. Op., cit., .p. 67.

[25] Dworkin, Ronald. Op., cit., p. 4.

[26] Montarroyos, Heraldo Elias de Moura. Observatório constitucional Ronald Dworkin: reconstruindo o liberalismo do livro “A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade. <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/jus/article/view/2182>. Acessado em 05 de março de 2017.

[27]

[28] Dworkin, Ronald. Op., cit., p. 86.

[29] O termo utilizado na tradução para a versão brasileira é “cobiça”, mas optamos por utilizar “inveja”, em razão de ser mais comum.

[30] Furquim, Lilian de Toni. Op., cit., p. 149.

Sistemas de Investigação Criminal e o papel do Promotor Investigador

Artur Pereira dos Reis Barbosa

Bacharel em Direito pela Faculdade Estácio de Sergipe, em 19/02/2017; Pós-graduado em Tribunal do Júri e Execução Criminal, com carga horária total de 360 horas, pela Faculdade Legale, em 12/05/2023; Curso de Relatório em Análise de Riscos, promovido pelo Gabinete de Segurança Institucional do MPSE e pela Escola Superior do MPSE; Curso de Formação de Mediadores de Conflitos, promovido pela Escola Superior do MPSE; Curso de Inteligência e Investigação Criminal, promovido pela Escola Superior do MPSE.

Resumo

O artigo analisa a interrelação entre a impunidade e a criminalidade, destacando a importância da efetividade nas investigações criminais como um meio de prevenção e repressão ao crime. A partir da contextualização histórica dos sistemas de investigação, o texto explora as características dos modelos inquisitivo, acusatório e a proposta do sistema do Promotor Investigador. O autor argumenta que, para promover uma maior efetividade nas apurações criminais, o Ministério Público deve assumir um papel central nas investigações, aproveitando sua independência e autonomia, ao invés de relegar essa função à polícia judiciária. A conclusão enfatiza que a adoção do sistema do Promotor Investigador pode resultar em investigações mais ágeis e eficazes.

Palavras-Chave: Efetividade das Investigações Criminais. Sistema do Promotor Investigador . Impunidade e Criminalidade

Abstract

The article examines the interrelationship between impunity and crime, emphasizing the importance of effective criminal investigations as a means of crime prevention and repression. By providing a historical context of various investigative systems, the text explores the characteristics of the inquisitorial and accusatorial models, along with the proposal of the Prosecutor Investigator system. The author argues that to enhance the effectiveness of criminal inquiries, the Public Ministry should take a central role in investigations, leveraging its independence and autonomy rather than relegating this function to the judicial police. The conclusion underscores that adopting the Prosecutor Investigator system could lead to more swift and effective investigations.

Keywords: Effectiveness of Criminal Investigations. Prosecutor Investigator System. Impunity and Crime

1. INTRODUÇÃO

A relação entre a impunidade e a criminalidade é umbilical. Dentro de um pensamento racional, pode-se concluir que a pessoa que, em determinado contexto de vida, está propensa a colocar em prática determinada conduta delitiva, passa a sopesar os benefícios e malefícios advindos da prática da respectiva infração penal.

Nesse cenário, o agente que tem a percepção de que os delitos praticados em determinado local não são devidamente apurados, impedindo-se, por conseguinte, o início da necessária persecução penal, fazendo com que o *ius puniendi* estatal não atinja seus fins, estará, indubitavelmente, mais propenso

a deflagrar o *iter criminis* relativo à infração penal almejada.

A efetividade da apuração de condutas criminosas, portanto, revela-se de extrema importância, não apenas em uma perspectiva repressiva (investigação de delitos já praticados), mas, principalmente, em uma perspectiva preventiva, intimamente relacionada com o fim preventivo geral negativo dado à pena advinda da aplicação do Direito Penal, adotada pelos doutrinadores relativistas ou utilitaristas, que tem como principal estudioso Ludwig Feuerbach, de acordo com sua “Teoria da Coação Psicológica”, que indica o desestímulo causado quando o criminoso tem a de que certeza as leis penais serão devidamente aplicadas quando da prática de infrações penais^[1].

Não é difícil perceber, destarte, a relação direta entre a inefetividade das investigações criminais e o aumento do quantitativo de crimes perpetrados em determinado País. Menos difícil ainda é perceber que o Brasil encontra-se, infelizmente, imerso nestes dois cenários que compõem a relação retrocitada, tendo em vista ser notório o elevado grau de delitos não solucionados em nosso País.

Exemplificativamente, quanto aos crimes de homicídio, e de acordo com pesquisa realizada pelo Instituto “Sou da Paz”^[2], apenas um a cada três homicídios são devidamente apurados, o que revela um enorme descompasso entre o que ocorre e o que deve ser, em termos de combate à criminalidade.

Exatamente nesse ponto, portanto, é que o presente artigo visa estudar os principais tipos de sistema de investigação criminal, e qual sistemática pode viabilizar uma maior efetividade quando da apuração das mais diversas infrações penais.

2. PRINCIPAIS SISTEMAS DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

Em uma detida análise do Direito Comparado, percebe-se que a forma sob a qual um sistema de investigação criminal se estrutura perpassa principalmente pelo principal responsável por sua condução^[3]. A partir dessa definição, a forma que tal apuração desenvolve se altera, seja na sua forma de atuação, seja na tutela dos direitos em conflito quando da prática delituosa e, numa perspectiva prática, na efetividade imanente à sua execução.

Nos principais sistemas de investigação criminal, depreendem-se três autoridades públicas que assumem sua titularidade: o Juiz, o Promotor de Justiça e o Delegado de Polícia.

A centralidade em tais figuras é imanente ao sistema adotado quanto ao processo penal, que teve seu conteúdo alterado conforme a evolução de um sistema inquisitivo para um sistema acusatório.

O sistema processual inquisitivo, que passou a ganhar maior destaque na Idade Média, tem como principal característica a concentração dos poderes de acusar, defender e de julgar na figura do juiz

inquisidor, o que, nitidamente, afeta a imparcialidade que deve ser imanente a qualquer atuação judicial.

Tal sistema, conforme ensina Leonardo Barreto^[4], possui as seguintes características: não há exigência de que a acusação seja feita por um órgão público ou pelo próprio ofendido, tendo em vista a possibilidade de o juiz iniciá-lo de ofício; o juiz possui poderes de instrução probatória elevados, podendo determinar a produção de quaisquer provas de ofício, ainda que na fase pré-processual, centralizando, destarte, a gestão da prova em suas mãos; tal atividade probatória é justificada pelo princípio da busca pela verdade real; os poderes acusatórios prevalecem sobre os poderes defensivos; o réu não é visto como um sujeito de direitos, mas apenas como objeto do processo e da prova; acentuada relevância à prova advinda da confissão, sendo permitido, por isso, a prática de tortura para a sua consecução; predomina o sigilo, entre outras.

Percebe-se, nesse contexto inquisitivo, que o juiz era o titular dos meios de investigação criminal (sistema do juizado de instrução), coordenando e ditando seus rumos, o que, indubitavelmente, não deve prevalecer no atual Estado Democrático em que vivemos.

Em outro extremo, encontra-se o sistema acusatório, que, de acordo com a doutrina majoritária brasileira, é o adotado em nosso ordenamento jurídico, sendo, após a Lei nº 13.967/2019 (“Pacote Anticrime”), previsto expressamente no art. 3º-A, do Código de Processo Penal e implicitamente na Constituição Federal, ao elencar o Ministério Público como o titular exclusivo da ação penal pública (art. 129, I).

Tal sistema tem como características principais^[5]: a separação das funções de acusação, defesa e julgamento; respeito ao contraditório e à ampla defesa; vigora, em regra, a publicidade; aceitação do princípio da presunção de inocência, preponderando, portanto, a regra de que o réu deve ficar em liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória; adoção do livre sistema de produção de provas, não havendo prevalência de uma espécie de prova sobre a outra; o juiz passa a não ter poderes instrutórios oficiosos, havendo uma gestão de prova compartilhada; igualdade material entre a acusação e a defesa; o réu é visto como sujeito de direitos; adoção do duplo grau de jurisdição, entre outras.

Após a adoção do sistema acusatório, principalmente após a consolidação dos direitos e garantias processuais penais da vítima e do investigado/acusado, tanto no âmbito internacional, quanto no âmbito interno, passou-se a estudar qual seria o órgão estatal que teria a capacidade de promover uma investigação criminal de forma efetiva^[6], havendo doutrina que designa a polícia judiciária, e outra corrente afirmando que o Ministério Público deve ser o principal ator no campo das investigações criminais.

Passa-se a expor, destarte, os sistemas que estudam a investigação criminal de acordo com o ator que coordena suas atividades.

2.1. Sistema do juizado de instrução (juiz instrutor)

Tal sistema de investigação criminal é centrado na figura do juiz, sendo este o responsável tanto pela condução da apuração a ser levada a efeito, quanto do próprio julgamento da demanda. Percebe-se, nitidamente, a centralidade de todas as figuras do processo na pessoa do juiz inquisidor, que teria suas determinações colocadas em prática por meio da polícia judiciária, não sendo papel desta, portanto, coordenar as investigações criminais, mas apenas executá-las de acordo com o que foi determinado pelo juiz^[7].

Tem origem franco-espanhola, sendo inicialmente adotado na França e, posteriormente, na Espanha. Nos tempos atuais, poucos países ainda adotam tal sistema de investigação criminal, principalmente em razão da decadência do sistema acusatório quando do reconhecimento dos direitos e garantias fundamentais. A Argentina, por exemplo, ainda prevê o juiz como comandante das investigações, havendo a possibilidade o juiz transferir tal incumbência ao Ministério Público.

O sistema em comento já foi adotado em terras tupiniquins, quando da adoção no inquérito judicial, previsto expressamente na antiga Lei de Falências (Decreto-Lei nº 7661/45), que funcionava como um procedimento preparatório, comandado pelo juiz, para a ação penal quanto aos crimes falimentares, sendo revogado expressamente pela Lei nº 11.101/2005).

Percebe-se que, com a superação do processo inquisitório, tendo como marco principal a necessidade da atuação judicial com imparcialidade, não mais se permite que uma investigação criminal seja coordenada pelo juiz de direito. O ativismo promovido pelo juiz na fase pré-processual, indubitavelmente, interfere na sua percepção quanto aos rumos que a futura ação penal deverá tomar, passando esta a ser alheia à instrução probatória realizada amparada pelo contraditório e pela ampla defesa, agindo, destarte, de forma parcial^[8].

2.2. Sistema da polícia judiciária

No sistema da investigação presidida pela polícia judiciária, esta não atua apenas no cumprimento de determinações do Juízes ou dos Membros Ministeriais, mas exercendo papel centralizador, de coordenação e implementação das diretrizes investigativas adotadas de acordo com o entendimento do respectivo Delegado de Polícia.

Adotado como regra no Brasil, os principais argumentos utilizados para defender este modelo de investigação criminal são o menor custo expendido para sua implementação, haja vista a não

exigência de elementos humanos com um alto grau de especialização, bem como a maior capilaridade e, por conseguinte, abrangência do trabalho policial, tendo em vista sua presença ao longo de todo o território nacional, o que geraria, consequentemente, uma maior celeridade quando da atuação investigativa^[9].

2.3. Sistema do promotor investigador

Em tal modelo, o papel do Ministério Público, além de atuar com os já reconhecidos poderes constitucionais requisitórios (art. 129, VI e VIII, da Constituição Federal de 1988), é de verdadeiro comandante das investigações criminais, estabelecendo suas diretrizes e fixando sua forma de execução.

No Brasil, o sistema do Promotor Investigador é adotado como exceção, sendo permitido pelo próprio Supremo Tribunal Federal (Recurso Extraordinário nº 593727), que este realize diretamente atividades investigatórias criminais de forma autônoma, não obstante a Polícia Judiciária exercer precipuamente tal função.

Levando em consideração a necessidade de adotar um sistema garantista de investigação, buscando-se atender os anseios do acusado, da vítima e da própria sociedade, passa-se a expor as principais razões que indicam a adoção do sistema de Promotor Investigador como o mais adequado à realidade brasileira, principalmente quando se leva em consideração a própria efetividade das apurações criminais.

3. A NECESSIDADE DE ADOÇÃO DO SISTEMA DO PROMOTOR INVESTIGADOR PARA FINS DE PROMOÇÃO DA EFETIVIDADE DAS INVESTIGAÇÕES CRIMINAIS

O Ministério Público, como instituição essencial à função jurisdicional do Estado, tendo como objetivo a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, possui papel de relevantíssimo valor em toda a persecução penal.

Tradicionalmente, colocava-se o *Parquet* com uma função exclusivamente judicial, tendo como papel principal o recebimento de peças informativas (comumente o inquérito policial) para que, de acordo com seu entendimento e havendo justa causa para tanto, promova o respectivo oferecimento da denúncia criminal, passando a atuar predominante no bojo da vindoura ação penal.

Não obstante, nos últimos, anos, vem se relevando o relevante papel que o Ministério Público exerce ainda na fase pré-processual, pois, sendo ele o titular exclusivo da legitimidade para promover uma ação penal, nada mais lógico que ele centralize a forma como os elementos de informações que embasarão futura denúncia são angariados, selecionando aqueles necessários para tal fim, de forma eficiente e eficaz.

Com isso em mente, o Conselho Nacional do Ministério Público passou a normatizar o Procedimento Investigatório Criminal (inicialmente no bojo da Resolução nº 13/06 e, atualmente, na Resolução nº 181/17), instrumento administrativo que os Membros Ministeriais passaram a utilizar para promover investigações criminais por conta própria, instrumento este considerado plenamente constitucional, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal (ADC nº 12).

Assim, delimitados os principais elementos probatórios necessários à futura ação penal, melhor será a apuração e desenvolvimento das atividades investigativas, fomentando-se uma objetividade e uma celeridade maior no campo de tais atividades.

Saliente-se que não está, em nenhum momento, retirando a elevada relevância da atuação da polícia judiciária quando da angariação de elementos de informação. Sua imprescindibilidade é indubitável, e a coordenação das investigações criminais pelo Ministério Público, com sua consulta para ser conduzida a melhor forma de atuação pré-processual não exclui o trabalho que já é feito no bojo de tais corporações, pretendendo-se, portanto, apenas buscar um aprimoramento da atividade persecutória investigativa, que deve ser centralizada no Ministério Público em razão da sua natureza concedida pela própria Constituição Federal.

Com isso em mente, o Conselho Nacional do Ministério Público passou a normatizar o Procedimento Investigatório Criminal (inicialmente no bojo da Resolução nº 13/06 e, atualmente, na Resolução nº 181/17), instrumento administrativo que os Membros Ministeriais passaram a utilizar para promover investigações criminais por conta própria, instrumento este considerado plenamente constitucional, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal (ADC nº 12).

Ademais, a efetividade das investigações criminais, perpassa, principalmente, pela própria independência da autoridade pública que as coordena.

Nesse sentido, o Ministério Público, como instituição independente e administrativa e financeiramente autônoma, possui maiores condições de implementar as ações necessárias para que as infrações penais sejam devidamente apuradas e prevenidas.

A polícia judiciária, pode ser hierarquicamente subordinada no campo do poder político, muitas vezes, não possui a autonomia e estruturas necessárias para colocar em ação as melhores práticas investigativas, em quaisquer contextos criminosos, sofrendo comumente ingerências externas quando da sua atuação, o que não ocorre no campo Ministerial, que não passa por qualquer tipo de controle quanto sua atividade-fim ante a constitucionalização do princípio da independência funcional (art. 127, §1º, CF/88)[\[10\]](#).

4. CONCLUSÃO

O sistema de investigação do Promotor Investigador, ante o exposto, revela-se como o meio mais eficaz para se implementar uma maior efetividade na apuração de condutas criminosas, principalmente ante as próprias características concedidas ao Ministério Público pela Constituição Federal de 1988.

Sua independência e autonomia funcional, tanto administrativa como financeira viabilizam a adoção de ferramentas que, em última análise, geram celeridade em tais apurações, tendo em vista uma maior objetividade nos trabalhos implementados, bem como na não adoção de atividades probatórias que não se revelam frutíferas para fins de uma futura ação penal, evitando-se, destarte, gastos de tempo de recursos desnecessários para a efetiva investigação criminal.⁷

[1] MASSON, Cleber, Direito Penal, pag. 616, 2017.

[2] https://soudapaz.orghttps://revistadifatto.com.br/wp-content/uploads/2019/11/Instituto-Sou-da-Paz_Onde_Mora_a_Impunidade.pdf – Acesso em 20/01/2024.

[3] ALVES, Leonardo Barreto Moreira, Manual de Processo Penal, p. 205, 2023.

[4] ALVES, Leonardo Barreto Moreira, Manual de Processo Penal, p. 133, 2023.

[5] ALVES, Leonardo Barreto Moreira, Manual de Processo Penal, p. 134-135, 2023.

[6] SOUZA, Alexander Araújo de, A Função Essencial do Ministério Público de Coordenar a Investigação Criminal Pré- Processual, p. 2.

[7] ALVES, Leonardo Barreto Moreira, Manual de Processo Penal, p. 205, 2023.

[8] SOUZA, Alexander Araújo de, A Função Essencial do Ministério Público de Coordenar a Investigação Criminal Pré- Processual, p. 4.

[9] ALVES, Leonardo Barreto Moreira, Manual de Processo Penal, p. 208, 2023.

[10] ALVES, Leonardo Barreto Moreira, Manual de Processo Penal, p. 209, 2023.

A evolução da Responsabilidade Civil do Estado e a consagração da teoria da dupla garantia no ordenamento jurídico brasileiro

Thyara Kahena Sotero Alves Passos

Analista do Ministério Público do Estado de Sergipe. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Sergipe. Pós-Graduada em Direito do Estado pela Faculdade Guanambi.

Resumo

Este artigo aborda a Responsabilidade Civil do Estado conforme estabelecido pela Constituição Federal Brasileira de 1988, enfatizando o artigo 37, §6º, que determina a responsabilidade do Estado por danos causados por seus agentes a terceiros. A discussão abrange a evolução histórica da teoria da responsabilidade civil, desde a irresponsabilidade estatal até a adoção da responsabilidade objetiva. O texto explora as doutrinas e jurisprudências sobre a possibilidade de ação direta contra agentes públicos, destacando a recente interpretação do Supremo Tribunal Federal que consagrou a teoria da dupla garantia. Essa teoria assegura que o lesado deve processar a entidade pública, não o agente individual, limitando assim o direito do particular de escolher seu demandado. O artigo conclui que, apesar das críticas, a atual legislação impede o ajuizamento de ações diretamente contra agentes públicos, obrigando o lesado a seguir o regime de pagamento da Fazenda Pública.

Palavras-Chave: Responsabilidade Civil do Estado. Teoria da Dupla Garantia. Agentes Públicos

Abstract

This article examines the State's Civil Responsibility as established by the Brazilian Federal Constitution of 1988, particularly Article 37, §6º, which stipulates the State's liability for damages caused by its agents to third parties. The discussion traces the historical evolution of civil responsibility theory, from state irresponsibility to the adoption of objective responsibility. The text explores the doctrines and jurisprudence regarding the possibility of direct action against public agents, highlighting the recent interpretation by the Supreme Federal Court that enshrined the theory of dual guarantee. This theory ensures that the injured party must sue the public entity rather than the individual agent, thereby limiting the individual's right to choose their defendant. The article concludes that, despite doctrinal criticisms, current legislation prevents lawsuits directly against public agents, forcing the injured party to navigate the payment regime of the public treasury.

Keywords: State Civil Responsibility. Theory of Dual Guarantee. Public Agents

1 Introdução

A Constituição Federal da República Brasileira de 1988, no art. 37, §6º, prevê a Responsabilidade Civil do Estado diante de danos causados a terceiros por seus agentes.

Este artigo, portanto, trará as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito da interpretação do aludido dispositivo, sendo essencial compreender as diferenças práticas de cada posicionamento para o particular que foi lesado.

2 A Responsabilidade Civil do Estado

A Responsabilidade Civil do Estado está relacionada a sua obrigação reparatória diante da prática de danos por seus agentes públicos. Surgiu, assim, para responsabilizar o ente estatal vinculado ao agente público causador do dano.

Durante longo período, ao Estado não lhe era atribuída qualquer responsabilidade em tais situações, pois se entendia que o agente público teria sido o causador do dano e não o Estado.

A teoria da irresponsabilidade foi adotada no período dos Estados absolutos, sendo fundada na concepção de que o Estado é superior ao súdito e exerce a tutela do direito, não podendo afrontá-lo. Caso se admitisse que o Estado é responsável por violações, entender-se-ia que o Estado ocuparia o mesmo nível do súdito, desrespeitando sua soberania (DI PIETRO, 2020).

A cristalina injustiça dessa teoria haja vista a afronta ao princípio da igualdade, fez surgir novos apontamentos para relativizá-la.

A partir do século XIX, foram incorporados conceitos civilistas, passando o Estado a responder pelos danos causados por seus agentes, mas de forma subjetiva, ou seja, seria necessária a aferição do dolo ou da culpa para responsabilizar o Estado.

Tal responsabilidade somente era aplicada aos atos de gestão, praticados pela Administração em condições de igualdade com o particular. Em relação aos atos de império, caracterizados pela presença de prerrogativas e privilégios, porém, permanecia a irresponsabilidade (DI PIETRO, 2020).

Por entender que o Estado nos atos de império agia como soberano, não se deveria falar em responsabilidade civil.

Posteriormente, surgiu a teoria da culpa anônima, administrativa ou do serviço público, sendo suficiente a comprovação de que o dano foi causado por atividade pública ainda que não fosse possível identificar o agente (GAGLIANO; FILHO, 2019).

A culpa do serviço público ocorre, portanto, se o serviço não funcionou ou foi praticado de forma inadequada, incidindo a responsabilidade do Estado independentemente de qualquer apreciação da culpa do funcionário.

Por fim, acolhendo a responsabilidade objetiva, surgiu a teoria do risco, segundo a qual o Estado deveria responder pelos danos causados aos administrados independentemente da comprovação de dolo ou culpa.

Estabelecido o nexo de causalidade entre a conduta administrativa e o dano sofrido, configurada a responsabilidade civil do Estado.

Por ser dotado de maiores atributos, o Estado deveria arcar com um risco natural decorrente de suas numerosas atividades: à maior quantidade de poderes haveria de corresponder um risco maior. Assim, como fundamento da responsabilidade objetiva do Estado, surgiu a teoria do risco administrativo (CARVALHO FILHO, 2018).

O rompimento do nexo, por sua vez, ocorreria quando existisse caso fortuito, força maior ou culpa exclusiva da vítima, por exemplo. Caso restassem configuradas tais situações, estaria excluída a responsabilidade civil do Estado.

A Constituição Federal da República Brasileira de 1988 adotou a teoria da Responsabilidade Objetiva de forma expressa no art. 37, §6º, estabelecendo que:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

§6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

[...]

Deste modo, o ato lesivo a terceiro praticado por agente de pessoa jurídica de direito público (art. 41 do Código Civil) ou de pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público será atribuído ao Estado.

Nesse aspecto, ressalte-se que o agente deve atuar em nome do Estado, ou seja, o Estado somente será responsável se o agente estiver no exercício de suas funções.

3 Da possibilidade de ajuizamento da ação em desfavor do agente público

Da leitura do art. 37, §6º, da Constituição Federal extrai-se, em tese, a ideia de que a ação apenas deve ser ajuizada em face do ente público, o qual possui direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Ocorre que tal conclusão não leva em consideração o desejo do terceiro lesado. Em alguns casos, ajuizar a ação contra o particular causador do dano lhe é mais favorável, uma vez que não será necessário se submeter ao regime de pagamento da Fazenda Pública. Em contrapartida, terá o ônus de comprovar o dolo ou culpa do agente público.

Conforme art. 100 da Constituição, os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente por meio de precatórios e requisições de pequeno valor.

É fato público e notório, todavia, o atraso no pagamento dos precatórios. Assim, o particular que seja beneficiado com condenação que supere o valor fixado para ser expedida requisição de pequeno valor deve aguardar por anos o recebimento de sua indenização ainda que o agente público causador do dano possua patrimônio suficiente a arcar com tal quantia.

Alguns doutrinadores, então, manifestam-se de forma contrária à exclusão da possibilidade de o lesado também ajuizar ação em face do causador do dano.

Para José dos Santos Carvalho Filho (2018, p. 685):

[...] o fato de ser atribuída responsabilidade objetiva à pessoa jurídica não significa a exclusão do direito de agir diretamente contra aquele que causou o dano. O mandamento contido no art. 37, §6º, da CF visou a favorecer o lesado por reconhecer nele a parte mais frágil, mas não lhe retirou a possibilidade de utilizar normalmente o direito de ação. Há certa hesitação na jurisprudência com decisões proibitivas e permissivas. [...]

Celso Antônio Bandeira de Mello (2007, p. 1002) também entende da mesma maneira:

[...] Entendemos que o art. 37, § 6º, não tem caráter defensivo do funcionário perante terceiro. A norma visa a proteger o administrado, oferecendo-lhe um patrimônio solvente e a possibilidade da responsabilidade objetiva em muitos casos. Daí não se segue que haja restringido sua possibilidade de proceder contra quem lhe causou o dano. Sendo um dispositivo protetor do administrado, descabe extrair dele restrições ao lesado. A interpretação deve coincidir com o sentido para o qual caminha a norma, ao invés de sacar dela conclusões que caminham na direção inversa, benéfica apenas ao presumido autor do dano [...].

Tal posicionamento foi acolhido por certo período pelo Superior Tribunal de Justiça, entendendo-se que a escolha do polo passivo deveria ficar a cargo do particular lesado. Eis julgado:

RESPONSABILIDADE CIVIL. SENTENÇA PUBLICADA ERRONEAMENTE. CONDENAÇÃO DO ESTADO A MULTA POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. INFORMAÇÃO EQUIVOCADA. AÇÃO INDENIZATÓRIA AJUIZADA EM FACE DA SERVENTUÁRIA. LEGITIMIDADE PASSIVA. DANO MORAL. PROCURADOR DO ESTADO. INEXISTÊNCIA. MERO DISSABOR. APLICAÇÃO, ADEMAIS, DO PRINCÍPIO DO DUTY TO MITIGATE THE LOSS. BOA-FÉ OBJETIVA. DEVER DE MITIGAR O PRÓPRIO DANO. 1. O art. 37, § 6º, da CF/1988 prevê uma garantia para o administrado de buscar a recomposição dos danos sofridos diretamente da pessoa jurídica que, em princípio, é mais solvente que o servidor, independentemente de demonstração de culpa do agente público. Vale dizer, a Constituição, nesse particular, simplesmente impõe ônus maior ao Estado decorrente do risco administrativo; não prevê, porém, uma demanda de curso forçado em face da Administração Pública quando o particular livremente dispõe do bônus contraposto. Tampouco confere ao agente público imunidade de não ser demandado diretamente por seus atos, o qual, aliás, se ficar comprovado dolo ou culpa, responderá de outra forma, em regresso, perante a Administração. 2. Assim, há de se franquear ao particular a possibilidade de ajuizar a ação diretamente contra o servidor, suposto causador do dano, contra o Estado ou contra ambos, se assim desejar. A avaliação quanto ao ajuizamento da ação contra o servidor público ou contra o Estado deve ser decisão do suposto lesado. Se, por um lado, o particular abre mão do sistema de responsabilidade objetiva do Estado, por outro também não se sujeita ao regime de precatórios. Doutrina e precedentes do STF e do STJ. [...] (REsp 1325862. Quarta Turma. Processo de nº 2011/0252719-0. Rel. Ministro Luis Felipe Salomão. DJe: 10/12/2013. Grifo nosso).

4 Do acolhimento da teoria da dupla garantia

Divergindo desse entendimento, o Supremo Tribunal Federal, no RE 327.904/SP, relatado pelo Min. Carlos Ayres Britto, com acórdão publicado no Diário de Justiça no dia 8 de setembro de 2016, entendeu que o § 6º do art. 37 da Constituição consagrou a dupla garantia: “uma, em favor do

particular, possibilitando-lhe ação indenizatória contra a pessoa jurídica de direito público, ou de direito privado que preste serviço público, dado que bem maior, praticamente certa, a possibilidade de pagamento do dano objetivamente sofrido. Outra garantia, no entanto, em prol do servidor estatal, que somente responde administrativa e civilmente perante a pessoa jurídica a cujo quadro funcional se vincular”.

O particular, então, não necessitaria comprovar dolo ou culpa do agente público, sendo suficiente a demonstração da conduta e do nexo causal para o Estado ser responsabilizado.

Nesse sentido, José Afonso da Silva (2012, p. 355):

[...] A obrigação de indenizar é da pessoa jurídica a que pertencer o agente. O prejudicado há que mover a ação de indenização contra a Fazenda Pública respectiva ou contra a pessoa jurídica privada prestadora de serviço público, não contra o agente causador do dano. O princípio da impessoalidade vale aqui também [...]

Por entender que o agente, ao praticar o ato administrativo, manifesta a vontade da Administração, confundindo-se com o próprio Estado, não deve aquele responder pelos danos causados, sob pena de intimidá-lo no desempenho de suas funções, afetando o interesse público.

Tal posicionamento foi assentado em outras decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, o qual, apreciando o tema 940 da repercussão geral, decidiu que:

“A teor do disposto no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, a ação por danos causados por agente público deve ser ajuizada contra o Estado ou a pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público, sendo parte ilegítima para a ação o autor do ato, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

Posteriormente, o Superior Tribunal de Justiça adequou suas decisões ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal. Eis julgado:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. PERSEGUIÇÃO POLÍTICA. PRISÃO. TORTURA. MORTE. PERÍODO DE EXCEÇÃO INSTAURADO EM 1964. AÇÃO DIRIGIDA DIRETAMENTE CONTRA O AGENTE PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO VINCULANTE DO STF NO RE 1.027.633/SP (TEMA 940). CAUSA COM PEDIDO CONDENATÓRIO E NÃO MERAMENTE DECLARATÓRIO, FUNDAMENTADA NO DIREITO CIVIL. IMPRESCRITIBILIDADE AFASTADA. SÚMULA 647/STJ. INCIDÊNCIA RESTRITA AO DIREITO PÚBLICO. FATOS OCORRIDOS EM 1971. AÇÃO AJUIZADA EM 2010. DECURSO DE PRAZO DE MAIS DE 22 ANOS APÓS A CONSTITUIÇÃO DE 1988. PRESCRIÇÃO RECONHECIDA. 1. Em razão do decidido pelo Supremo Tribunal Federal no RE 1.027.633/SP, julgado sob o rito da repercussão geral (Tema 940), o agente estatal autor do ato ofensivo não tem legitimidade passiva para ser demandado diretamente pela vítima, devendo a ação ser ajuizada contra o Estado, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. [...] (REsp n. 2.054.390/SP, relator Ministro Marco Buzzi, relatora para acórdão Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 29/11/2023, DJe de 19/12/2023.)

5 Conclusão

Diante do exposto, verifica-se que, apesar das críticas doutrinárias, atualmente no ordenamento jurídico brasileiro não se admite o ajuizamento de responsabilidade civil em face do agente público causador do dano, uma vez que se acolheu a teoria da dupla garantia, devendo ser acionado o ente público, o qual poderá oferecer ação de regresso contra o responsável se constatar dolo ou culpa.

É, assim, retirado do lesado o direito de escolha, sendo-lhe imposto o recebimento de eventual indenização através do regime de pagamento das Fazendas Públicas.

Referências bibliográficas

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em:<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 21 jan. 2024.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 32. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 33. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

FILHO, Marçal Justen. Curso de direito administrativo. 7ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo Mario Veiga. Novo curso de direito civil, v. 3: responsabilidade civil. 20. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. 1 recurso online. ISBN 9786553622296.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, José Afonso da. Comentário contextual à Constituição. 8.ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

O papel contramajoritário do Poder Judiciário em assegurar Direitos Fundamentais aos Povos Indígenas

Daniel de Jesus Santana

Graduado em Jornalismo pela Universidade do Estado da Bahia e em Direito pela Faculdade de Ciências Aplicadas e Sociais de Petrolina – FACAPE, com pós-graduação em Direito Constitucional aplicado pela faculdade Legale.

Resumo

Este texto aborda a distinção entre direitos fundamentais e direitos humanos, destacando que os primeiros são protegidos pelo ordenamento jurídico interno, enquanto os segundos são regulados por tratados internacionais. A análise se aprofunda nos direitos fundamentais dos povos indígenas no Brasil, conforme estabelecido pela Constituição de 1988, que reconhece seus direitos tradicionais sobre as terras que ocupam, embora com limitações que restringem o pleno direito de propriedade. A obra discute também a evolução da jurisprudência da Corte Constitucional, incluindo a recente rejeição da teoria do marco temporal, em favor da teoria do indigenato, reafirmando a titularidade das terras indígenas como um direito fundamental. O texto conclui que, apesar das limitações impostas, o reconhecimento da propriedade indígena é essencial para garantir a dignidade e a continuidade cultural desses povos.

Palavras-Chave: Direitos fundamentais. Propriedade indígena. Jurisprudência constitucional

Abstract

This text explores the distinction between fundamental rights and human rights, emphasizing that the former are protected by domestic legal frameworks, while the latter are governed by international treaties. The analysis delves into the fundamental rights of indigenous peoples in Brazil, as established by the 1988 Constitution, which recognizes their traditional rights over the lands they occupy, albeit with limitations that restrict full property rights. The work also discusses the evolution of jurisprudence by the Constitutional Court, including the recent rejection of the temporal framework theory in favor of the indigenous theory, reaffirming land ownership as a fundamental right. The text concludes that, despite imposed limitations, the recognition of indigenous property rights is essential for ensuring the dignity and cultural continuity of these peoples.

Keywords: Fundamental rights. Indigenous property. Constitutional jurisprudence

1. Introdução

Em se tratado de direitos fundamentais, é importante inicialmente estabelecer uma distinção entre aqueles e os direitos humanos. Na concepção majoritária do ordenamento jurídico, os direitos fundamentais são aqueles que recebem proteção no âmbito interno do Estado, tendo como principal diploma normativo de proteção a Constituição.

A respeito dos direitos fundamentais, Diego Pereira Machado ensina que:

[...] Relacionam-se à previsão constitucional dos direitos das pessoas que se encontram dentro de um determinado Estado. Eles representam a proteção interna (sistema interno ou nacional) de salvaguarda aos direitos. Devem estar previstos nas Leis Fundamentais dos países, sob pena de não ser possível falar em constituição, conforme preceitua a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789: art. 16º- 'Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição' (2021, p 40).

Nessa perspectiva, Bernardo Gonçalves afirma que:

Os direitos fundamentais são produtos de um processo de constitucionalização dos direitos humanos, entendidos estes últimos como elementos de discursos morais justificados ao longo da História. Assim, os direitos fundamentais não podem ser tomados como verdades morais dadas previamente, mas como elementos em constante processo de (re) construção, haja vista que sua justificação e normatividade decorrem de uma constituição positiva, igualmente mutável (Gonçalves, 2015, p. 311 a 312).

Já os direitos Humanos possuem uma concepção mais elástica. É fruto de uma construção histórica e se consolidou principalmente após as atrocidades decorrentes da primeira e segunda guerras mundiais, sendo os tratados e os pactos internacionais os principais diplomas que determinam as regras de proteção.

É importante reconhecer que as lutas sociais em torno das conquistas relacionadas aos direitos fundamentais não é um ponto estático e acabado. As disputas para manter e consolidar os direitos até então conquistados e pelo alargamento de outras dimensões dos direitos fundamentais é uma constante na arena social.

Colaborando com pensamento em desenvolvimento, Portela afirma que:

A importância do Direito Internacional dos Direitos Humanos no atual cenário internacional parte da percepção de que a proteção da dignidade humana foi alçada a interesse comum superior de todos os Estados e passou a ter caráter de valor que se reverte de primazia diante de outros bens jurídicos. Com isso, as normas internacionais de direitos humanos adquirem relevância tal que passam a constituir um verdadeiro imperativo superior de proteção da pessoa com o qual devem ser comprometer todos os membros da sociedade internacional em caráter prioritário. Com isso, as normas internacionais de direitos humanos assumem status de prevalência, devendo ser aplicadas antes de qualquer outra, limitando a própria soberania nacional, e passando a ser incluídas dentre os preceitos de *jus cogens* (2015, p. 819).

Sendo assim, embora o sistema normativo e doutrinário realize ponderação, estabelecendo a existência de diferença entre direitos fundamentais e direitos humanos, os dois ramos não são estanques. Ambos os sistemas jurídicos foram criados para assegurar a dignidade da pessoa humana e limitar o poder extroverso do Estado em relação as obrigações impostas à sociedade.

2. O Constituinte originário e limitação do direito fundamental à propriedade aos povos originários

Ao longo da história, a relação dos índios com a natureza sempre foi marcada pela harmonia, sem estabelecer uma concepção mercantil. Pois, a terra é um lugar sacramentado, do qual e no qual as tribos retiram seus sustentos, se reproduzem, estabelecem laços afetivos e transmitem saberes culturais de geração a geração, criando, assim, memórias afetivas e um modo de viver.

Atento aos preceitos humanos e aos direitos fundamentais pertinentes aos indígenas, o constituinte de 1988 dedicou o capítulo VIII da Carta Maior aos povos originários, conhecendo às idiossincrasias inerentes àquela comunidade, conforme *caput* do artigo 231 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/1988, ao dispor que “são reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens”.

Embora tenha havido o reconhecimento de tais direitos, bem como também seja inquestionável que os indígenas tenham sido os primeiros povos a habitam o território em que o Estado brasileiro foi constituído, a eles não foi dado o direito de propriedade. Pois, para o ordenamento jurídico consagrado na CRFB/1988, todas as terras que os indígenas habitam são de propriedade da União, cabendo aos índios apenas a titularidade de usufrutuário. É o que preceitua o artigo 231 da CRFB/1988, ao determinar que “as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes”.

A lógica construída pelo Estado se pauta na concepção de incapacidade patrimonial dos povos indígenas para atuar como gestor dos próprios bens, tanto é que o § 3º do artigo 231 da CRFB/88 afirma que “o aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional [...]”, em que pese o diploma maior tenha garantido o poder de participação na tomada de decisão e assegurada a participação nos resultados econômicos obtidos pela exploração do território.

Mesmo a união exercendo esse encargo de tutela em relação aos grupos indígenas, há de se reconhecer que o constituinte de 1988 retirou deles o direito de propriedade, em relação às terras, gerando, assim, como consequência, violação de um direito fundamental.

Pois, a própria Constituição da República Federativa do Brasil vigente, através do artigo 5º, inciso XXII, assegura a todos que habitam o solo brasileiro, o direito de propriedade. Contudo, há uma discriminação negativa em relação aos índios, devido a conjugação dos artigos 20, inciso XI e 231, § 2º, estabelecer que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios pertencem à União.

Há de se ressaltar que tratamento diferente foi dado às comunidades formadas por afrodescendentes, já que na dicção do art. 68 da CRFB/88 foi assegurado aos “remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos”.

3. A jurisprudência da Corte Constitucional e o acesso à terra como um direito fundamental dos indígenas

A Constituição Federal de 1934 foi a primeira a reconhecer o direito de usufruto dos indígenas em relação à terra que ocupa, pois, o artigo 129 daquela Carta Maior estabelecia que “será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las”.

Após a referido previsão, todas as outras Constituições Federais reproduziram o mesmo direito aos ocupantes originários. Entretanto, a partir da Carta Magna vigente, passaram a pairar, de forma mais consistente, no ordenamento jurídico brasileiro a teoria do indigenato e a do marco temporal, as quais visam discutir a partir de qual momento histórico os territórios podem ser reconhecidos como dos povos originários.

De acordo com a teoria do indigenato, são terras indígenas todas aquelas tradicionalmente ocupadas pelos povos originários, sendo um direito inato e anterior à formação do Estado brasileiro, cabendo a este apenas realizar a demarcação das terras e declarar, assim, o direito reconhecido.

Embora a referida teoria tenha passado a ser discutida com maior incidência a partir da CRFB/88, João Batista e José do Carmo explicam que:

A teoria do indigenato foi tratada pela primeira vez pelo jurista João Mendes Júnior em três conferências proferidas na “Sociedade de Ethnographia e Civilização dos Índios”, em 1902, e posteriormente compiladas em obra intitulada “Os indígenas do Brasil, seus direitos individuais e políticos”, de 1912. Afirmou o referido estudioso que “o instituto do indigenato não se confunde com a ocupação e com a mera posse, sendo uma fonte primária e congênita da posse territorial, não dependendo de qualquer legitimação posterior, enquanto a ocupação, como fato posterior, é título adquirido, necessitando de requisitos que a legitimem (pág. 11).

Já pela tese ou teoria do marco temporal, os referidos autores ensinam que “seriam terras indígenas somente aquelas ocupadas tradicionalmente pelos índios na data de 5/10/1988, data da promulgação da CF/88, ou se na referida data, os povos indígenas não as ocupavam por conta de renitente esbulho” (pag. 4).

Em um primeiro momento, no julgamento finalizado em março de 2019, a teoria do marco temporal foi aceita pelo Supremo Tribunal Federal na Petição nº 3.388 de Roraima da ação popular, a qual tinha como objeto a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal, em uma virada jurisprudencial, por meio do recurso extraordinário 1.017.365, tema 1.031, cujo julgamento final foi proferido em 21 de setembro de 2023, por maioria, abandonou a tese do marco temporal e adotou a do indigenato, reconhecendo que a data da promulgação da CRFB/88 não impede o reconhecimento de outros territórios indígenas diferentes daqueles ocupados quando entrou em vigor a Carta Maior.

4.Considerações finais

É inquestionável que a propriedade é consagrada como um direito fundamental no sistema jurídico brasileiro, sendo ainda indispensável para a concretização de diversos outros sensíveis previstos na Carta Magna, a exemplo do direito à moradia, à alimentação, à saúde, à educação, à maternidade e à infância.

É importante reconhecer que o constituinte originário não se omitiu e foi expresso ao estabelecer um sistema de proteção de eficácia plena em relação aos povos indígenas. Entretanto, a estrutura normativa constitucional se demonstra incompleta por subtrair uma das vigas estruturais que é o direito de propriedade, em relação às terras pertencentes a esta comunidade originária.

Contudo, atuando de forma subsidiária e buscando fechar as aristas deixadas pelo constituinte de 1988, o Judiciário, pontualmente, tem buscando revisar a própria jurisprudência e fazer prevalecer e assegurar os direitos fundamentais mesmo implícitos, como aqueles referentes às terras pertencentes aos indígenas, ao decidir expurgar a teoria do marco temporal, pautando-se, dentre outros fundamentos, no prisma de que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, conforme inciso XXXV do artigo 5º da CRFB/88.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Almeida, Tânia Mara Campos de. Bandeira Lourdes Maria. A transversalidade de gênero nas políticas públicas. Disponível em: <http://www.spm.gov.br/arquivos-diversos/arquivos/integra_transversalidade_genero>. Acessado em: 26 de set. de 2018.

BRASIL. Constituição (1934). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado,1988.

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

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. Salvador: Juspodivm, 2015.

LEÃO, João Batista Inácio; SIQUEIRA, José do Carmo Alves. Instituto do indigenato e o artigo 231 da Constituição Federal: considerações sobre o marco temporal no julgamento do recurso

extraordinário nº 1017365 (repercussão geral, tema 1031) no Supremo Tribunal Federal. Revista acadêmica da Faculdade de Direito do Recife, vol. 94, n. 02 – Anno CXXXI.

MACHADO, Diego Pereira. Direitos Humanos. Salvador: Juspodivm, 2021.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. Direito Internacional Público e Privado. Salvador: Juspodivm, 2015.

Limites da Soberania do Estado

Gabriel Padial do Nascimento

Analista Judiciário do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, graduado em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) no ano de 2016 e pós graduado pela Universidade Anhanguera-Uniderp em Direito Administrativo no ano de 2018 e Direito Constitucional com Ênfase em Direitos Fundamentais pela faculdade CERS no ano de 2021

Resumo

Este texto explora o conceito em evolução da soberania estatal na ordem internacional contemporânea, argumentando que a soberania não pode ser vista como absoluta. Discute as limitações enfrentadas pelos estados modernos devido à interdependência global e à emergência de vários atores internacionais, como organizações não governamentais e corporações multinacionais. O artigo enfatiza que os estados não são mais os únicos protagonistas nos assuntos globais; em vez disso, eles devem navegar em um cenário complexo onde suas ações são influenciadas por normas internacionais e realidades econômicas. Destaca como a globalização restringiu os poderes estatais, exigindo um equilíbrio entre políticas internas e externas. A discussão também aborda as implicações da intervenção externa, seja militar ou não, e a necessidade de os estados redefinirem a soberania de maneira que reconheça tanto seus direitos quanto suas responsabilidades dentro da comunidade global.

Palavras-Chave: Soberania. Globalização. Relações Internacionais

Abstract

This text explores the evolving concept of state sovereignty in the contemporary international order, arguing that sovereignty cannot be viewed as absolute. It discusses the limitations faced by modern states due to global interdependence and the emergence of various international actors, such as non-governmental organizations and multinational corporations. The article emphasizes that states are no longer the sole protagonists in global affairs; rather, they must navigate a complex landscape where their actions are influenced by international norms and economic realities. It highlights how globalization has constrained state powers, necessitating a balance between domestic and foreign policies. The discussion also touches upon the implications of external intervention, whether military or otherwise, and the need for states to redefine sovereignty in a way that recognizes both their rights and responsibilities within the global community.

Keywords: Sovereignty. Globalization. International Relations

1. LIMITES DE ATIVIDADE DA SOBERANIA

Tendo em vista a ordem internacional atual, não é correto vincular o termo soberano com absoluto. Em síntese, não é possível afirmar que a soberania é um poder absoluto, não obstante, seu conceito ainda é existente.

A maioria da doutrina, mesmo que divergente, apontam a possibilidade de flexibilizar o conceito de soberania. Em específico, referem-se aos limites do Estado moderno em sua atuação perante o atual panorama internacional.

Atualmente, a expressão soberania deve considerar a interdependência estatal e deixar de lado a conotação do poder absoluto de Estar, a fim de se tornar um conceito menos restrito.

O Estado deve ser visto como apenas mais um dos atores internacionais, sendo sujeito às atuais normas e princípios do direito internacional.

O novo conceito de Estado soberano compreende limitações a que este está sujeito, sejam econômicas, políticas, sociais etc.

É cediço o impacto do processo de globalização sobre a economia mundial. Torna-se impossível aos Estados controlar seus atos diante a presença de blocos econômicos: os grandes fluxos de capital e a internacionalização da força de trabalho.

Essa interdependência econômica limita os poderes públicos, obrigando-os a assumir os ditames econômicos internacionais em suas políticas econômicas. Em razão da grande correlação entre as economias, é possível mencionar que um simples ato de um complexo empresarial de ordem transnacional tem a capacidade de causar uma crise financeira e uma inconsistência governamental em vários Estados da comunidade internacional.

Surge, assim, uma nova idéia de Estado e, por consequência, um novo conceito de soberania. Faz-se mister conciliar a política externa com a interna: ao mesmo tempo que o movimento da globalização é permitido pelos Estados, é necessário também que os Estados permitam que o movimento de globalização econômica evolua, pois crescendo e se desenvolvendo economicamente, poderão distribuir riquezas e justiça social.

Não obstante os Estados não mais ditarem os rumos do mercado, eles ainda possuem sua soberania, mesmo que debilitada, uma vez que internamente, criam obras e serviços que aquele não pode fornecer, exercendo função que suplementa à do mercado.

Uma reformulação da soberania também é encontrada na esfera política. Os Estados, através de assinaturas de acordo com assistência mútua, aos quais ficam subordinado, têm buscado se organizar politicamente de maneira transnacional.

Mesmo que, em muitos casos, as relações econômicas se confundam com as relações políticas, elas não se assemelham. As últimas são aquelas que se referem ao convívio entre Estados e para com seus cidadãos, nacionais ou estrangeiros. Entretanto, o poder econômico é o que move o mundo atual, e o esforço de muitos países em destacar-se economicamente, tem refletido nas questões políticas.

Podemos citar casos de Direito Penal em que as autoridades de um país não podem perseguir um criminoso além de suas fronteiras como exemplo de limitação de atuação de um Estado por soberania de outro, por questões puramente políticas. Tal situação afetaria a soberania do outro Estado, devido ao fato de enviar forças armadas para um território alheio.

Desta feita, apesar da busca por supremacia econômica ser o grande impulso para as ações internacionais dos Estados, é cediço que há questões de natureza diversa que exercem influência sobre as políticas externas.

Os fatos expostos cabam por influenciar a política interna, uma vez que os países organizam-se de forma interna considerando esses pontos, idealizando sua repercussão nas relações transnacionais.

2. INTERVENÇÃO EXTERNA

O crescimento do número de participantes no cenário internacional, tais como as organizações internacionais, organizações não governamentais, empresas transnacionais, etc, são uma consequência maior dessa atual onda globalizante.

Como consequência disso é possível citar a alteração no cenário internacional clássico, uma vez que esses atores, por diversas vezes, possuem um pensamento diverso daqueles que são defendidos pelos governos dos Estados, os quais antes eram os protagonistas no campo global.

Ademais, pode-se concluir que estes novos integrantes internacionais têm como principal propósito a defesa de interesses comuns a toda humanidade.

Notório o crescimento da atenção dada à certos direitos, como o combate ao racismo, preservação ambiental, respeito às minorias e direitos fundamentais. Em realidade, o que se pretende discutir são os possíveis prejuízos causados pelo desrespeito a estas normas pelos países.

Nos dias atuais, é possível verificar ainda que em alguns casos o princípio da soberania é evocado para legitimar crimes cometidos pelos governos, tanto no âmbito interno, quanto externo.

Os variados modos de relacionamento entre Estados possuem limites tênues, sejam eles de assistência, integração ou de interferência externa em assuntos internos.

O limite, quando as relações comerciais se identificam, aproxima-se.

Neste sentido, Breno Hermann:

Segundo a chamada regra da não interferência, os Estados devem abster-se de interferir nos assuntos domésticos uns dos outros. Cada Estado deve respeitar a autonomia política dos demais, bem como sua natureza soberana e o direito à autodeterminação. Essa preposição se ampara, segundo Walzer, na premissa de existência de duas esferas de ação política, sendo uma delas a relação entre governantes e governados, e a outra a da relação entre governantes de Estados distintos. Em outras palavras, governos estrangeiros não têm o direito de

Teoricamente, a intervenção estatal pode ser vista como um ato coercitivo. Via de regra, imagina-se uma intervenção violenta, inclusive armada. Contudo, existem outras formas, que não militares, de interferir na ação de outros Estados.

Parte da doutrina interpreta como condição de existência da ingerência a unilateralidade, portanto, se esta emanar de organizações internacionais, não estaria tipificada a interferência, sendo, na verdade, uma mera conduta aceitável no cotidiano do âmbito internacional.

Outrossim, há quem, de forma oposta, entenda haver ingerência ainda que esta seja solicitada pelo próprio país que a sofre.

O rompimento de relações diplomáticas e/ou comerciais, intervenção armada, pressão em sentido lato, intervenção consentida e embargo podem ser citadas como forma de intervenção entre os Estados.

Rompimento de relações diplomáticas e comerciais é uma modalidade de intervenção por omissão, e como consequência tenciona que o Estado vítima pratique atos diferentes daqueles que praticaria caso não sofresse essa intervenção. Trata-se de ato institucional, tipificado pela negativa de negociação.

A falta de autorização, ainda que subentendido, da outra nação é o que caracteriza, principalmente, a chamada intervenção armada. Ocorro sempre de maneira coativa, mas não necessariamente ilegítima, já que pode ser definida por processo assistido pelo Direito Internacional.

Como exemplo, podemos mencionar o Conselho de Segurança da ONU, que possui poder de escolher intervir de forma armada, legitimando o ato em determinada área, perante as circunstâncias do caso concreto.

Conforme Hermann:

A proibição ampla do uso da força determina que os Estados podem promover a guerra apenas como resposta a uma agressão. Sua expressão jurídica mais evidente é o artigo 51 da Carta da ONU, que ilustra o argumento não intervencionista pela condição quase absoluta do uso da força nas relações internacionais. Nada, exceto um ato de agressão (e as situações de ameaça à paz e à segurança previstas no capítulo VII dessa Carta), justificaria o uso da força. Seguindo essa linha de raciocínio, Walzer observa que, para o paradigma que se está analisando, o uso da força é facultado diante de uma injúria cometida contra o Estado. Nessas condições, não poderia justificar as

intervenções sob nenhuma hipótese, uma vez que nunca poderão ser utilizadas como mecanismo de auto defesa. (2001, p. 152-153).

Pressões em sentido lato são aquelas que excedem a conversa, condicionando ações futuras de um Estado por meio de ameaças. Além disso, seu elemento constitutivo é não constituir sanção concreta, ou caso contrário, seria apenas mais uma variante de intervenção.

A citação das modalidades de intervenção faz-se imprescindível, já que ela vêm em sentido oposto ao do direito internacional mencionado anteriormente, qual seja – o baseado em princípios de assistência mútua entre Estados almejando o bem maior e ainda, o resguardo da humanidade.

Com exceção da intervenção consentida, que, pode-se dizer, é mais uma questão de ajuda e não propriamente de intervenção, as variantes supra mencionadas são exemplos de ações internacionais unilaterais, e nos causa a dúvida de como tais medidas se conservam em um mundo globalizado dirigido pelo Direito Internacional.

A idéia de intervenção estatal prolonga-se no tempo. Diante o movimento global de descolonização, que teve início no século XIX, as espécies de intervenções unilaterais, com algumas exceções, desapareceram, devido ao princípio básico da autodeterminação dos povos.

Por consequência, o globo passou a agir de acordo com os princípios da cooperação e interdependência, tendo origem, dentro dessa linha de pensamento, os primeiros órgãos internacionais, que tinham a intenção de intermediar o relacionamento intra estatal.

Contudo, nos dias atuais, o descumprimento de Tratados e Convenções internacionais é comum, normalmente justificado pela invocação do conceito tradicional de soberania, o qual é proveniente do mesmo princípio de autodeterminação dos povos, que garante ao Estado atuação interna plena, da maneira que melhor lhe parecer, não importando seu posicionamento perante a comunidade internacional.

Ademais, é possível trazer como exemplo essa situação levando em conta o próprio Brasil, que é pactuante de vários Tratados internacionais ainda não homologados no âmbito interno.

Assim, demonstra incoerência quando não segue dentro de seu território normas que segue em relações internacionais, dado fato que as normas são projetadas especialmente visando o bem estar social, que deveria incluir, principalmente, o povo brasileiro.

Diante desse cenário, os organismos internacionais têm revisado o conceito de autodeterminação, estabelecendo sua abrangência apenas ao âmbito de combate ao colonialismo.

Conclui-se que é perante a invocação do conceito tradicional de soberania pelos países, em acréscimo à falta de imposição de cumprimento das previsões legais positivadas nos Tratados e Convenções internacionais pactuados entre nações, que as medidas unilaterais de imposição de vontades ressurgem no cenário atual.

Por fim, perante a inviabilidade em intensificar a coercibilidade sem regressar aos próprios fundamentos da intervenção, o que evidenciaria uma grande involução, torna-se imperioso se repensar a fundamentação do conceito de soberania levando em conta este novo panorama internacional.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando. Manual de direito internacional público. São Paulo: Saraiva, 2012.

AZAMBUJA, Darcy. Teoria Geral do Estado. Rio de Janeiro: Globo, 2002. BARRETO, Rômulo Paes. Limites da soberania. 1989. Disponível em

<<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/9159/8262>>. Acesso em 30 de maio de 2015.

BASTOS, Celso Ribeiro. Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, v. 1, 1988.

, Celso Ribeiro. In MARTINS, Ives Gandra da Silva. O Estado do futuro. São Paulo: Pioneira, 1998.

BERARDO, Telma. Soberania, um novo conceito?. Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo: RT, 2002. Ano 10, julho-setembro. Nº 40.

BOBBIO, Norberto. Dicionário de política. 6ª Ed. Tradução Carmem Varrialle. Brasília: Editora da UnB, 1994.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. São Paulo: Saraiva, 2015.

CAPARROZ, Roberto. Direito Internacional Público. Coleção saberes do direito. São Paulo: Saraiva, 2012

CARLIN, Volnei Ivo. O declínio do Estado. 1996. Disponível em

<<http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/1661/1369>>. Acesso em 10 de abril de 2015.

CASTELLS, Manoel. O poder da identidade. São Paulo: Paz e Terra, 2001.

, Manoel. A sociedade em rede. São Paulo: Paz e Terra, 2001.

CESÁRIO, Ana Cleide Chiarotti. Hobbes e Rousseau: o problema da soberania. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo: RT, v. 06, p. 15, mar. 1994.

CHESNAI, François. A Mundialização do Capital. Editora Xamã. 1996.

DA COSTA, Getúlio José Moreira. Globalização e a perda da identidade do Estado-nação. 2004. Disponível em

<<http://www.angelfire.com/sk/holgonsi/getulio.html>>. Acesso em 25 de junho de 2015.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de teoria geral do Estado. São Paulo: Saraiva, 2009.

DOLINGER, Jacob. Direito Internacional Privado: parte geral. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FARIA, José Eduardo. Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas. São Paulo: Malheiros, 1998.

FERREIRA, Luis Pinto. Teoria Geral do Estado. São Paulo: Saraiva, 1975.

FERREIRA JÚNIOR, Lier Pires. Estado e soberania no contexto da globalização. In. GUERRA, Sidney (Coord.); SILVA, Roberto Luiz (Coord.). Soberania: antigos e novos paradigmas. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.

FERNANDES, Luciana de Medeiros. Soberania e Processos de integração. Curitiba: Juruá, 2007.

FRIEDE, Roy Reis. Limites da Soberania Nacional no Cenário Internacional. São Paulo: Terceiro Milênio, 1994.

HERMANN, Breno. Soberania, não intervenção e não indiferença: reflexões sobre o discurso diplomático brasileiro. Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, 2011.

ITÁLIA. La Costituzione della Repubblica Italiana. Disponível em

<<http://wwwext.comune.fi.it/costituzione/italiano.pdf>>. Acesso em 15 de junho de 2015.

JO, Hee Moon; SOBRINO, Marcelo da Silva. Soberania no Direito Internacional: Evolução ou Revolução?. Revista de Informação Legislativa. Brasília, Senado Federal, v. 163, jul. 2004.

KAPLAN, Morton A.; KATZENBACH, Nicholas de B. Fundamentos Políticos do Direito Internacional. Rio de Janeiro: Zahar, 1964.

LAFER, Celso. A soberania e os direitos humanos. Dados: revista de Ciências Sociais. Rio de Janeiro: Dados, v. 38, nº 1, 1995.

LIMA, Abili Lázaro Castro. Globalização Econômica Política e Direito: análise das mazelas causadas no plano político-jurídico. Porto Alegre: Fabris, 2002.

LIMA, Luciana Fernandes Portal de. Ordem jurídica internacional: superação da soberania ou apenas modificação de sua conceituação jurídica?. Revista da EMASPE – Escola Superior da Magistratura de Pernambuco. Recife, Escola Superior da Magistratura de Pernambuco, v. 16/17, jul. 2002.

LITRENTO, Oliveiros. A ordem internacional contemporânea: um estudo da soberania em mudança. Porto Alegre: Fabris, 1991.

MACHADO DE SOUZA, Juliana. O Direito Internacional e a influência da globalização no conceito de soberania. 2008. Monografia (graduação) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2008.

MALUF, Sahid. Teoria Geral do Estado. 31ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Princípios de soberania e autodeterminação dos povos na política internacional. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo. São Paulo:RT, v. 4, jul. 1999.

MARTINS, Pedro Batista. Da unidade do direito e da supremacia do direito internacional. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MASSON, Luciano Rodrigo. A soberania frente à globalização. 2012. Disponível em <<http://www.bmvadvogados.adv.br/website/a-soberania-frente-a-globalizacao>>.

Acesso em: 27 de maio de 2015.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Curso de Direito Internacional Público. 9. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015

, Valerio de Oliveira. Soberania e a proteção internacional dos direitos humanos. In. GUERRA, Sidney (Coord.); SILVA, Roberto Luiz (Coord.). Soberania: antigos e novos paradigmas. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.

MELLO, Celso A. A soberania através da História. Anuário: direito e globalização. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

MENESES, Anderson de. Teoria geral do Estado, 8ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MIRANDA, Napoleão. Globalização, soberania nacional e direito internacional.

Revista CEJ, Brasília, n. 27, out-dez 2004. Trimestral.

NUNES JUNIOR, Venilto Paulo. O conceito de soberania no século XXI. Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo: RT, v. 42, jan. 2003.

OLIVEIRA, José Anselmo. Soberania estatal na perspectiva da globalização. Aracaju: Linceu, v. 24, 2000.

OLIVEIRA FILHO, Onildo Pereira. Globalização e soberania. 2007. Disponível em

<<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3782/Globalizacao-e-soberania>>. Acesso em 04 de abril de 2015.

PAUPÉRIO, A. Machado. O conceito polêmico de soberania. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

PEIXOTO, Alexandre Kotzias. A erosão da soberania e a teoria das Relações Internacionais. 1997.

PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto de. Manual de Direito Internacional Público. Lisboa: Almedina, 2002.

PERINI, Raquel Fratanonio. A soberania e o mundo globalizado. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 76, 17 set. 2003. Disponível em

<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4325>>. Acesso em: 08 de março de 2015.

RAMOS, Rui Moura. O Mercosul e a União Européia. Jornal do Brasil, domingo, 28/09/97. Rio de Janeiro.

REZEK, Francisco. Direito Internacional Público. 15ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

RICOBOM, Gisele. Aspectos da teoria da interdependência no contexto das relações internacionais contemporâneas. In. OLIVEIRA, Odete Maria de (Org.); JÚNIOR, Arno Dal Ri (Org.) Relações Internacionais: interdependência e sociedade global. Ijuí:Unijuí, 2003, p. 259.

RICUPERO, Rubens. O Brasil e o dilema da globalização. São Paulo: Editora SENAC, 2001.

RODRIGUES, Maurício Andreiuolo. Poder Constituinte Supranacional. Porto Alegre:

Sérgio Fabris, 2000.

SADER, Emir. Soberania e democracia na era de hegemonia norte-americana. Revista Cidadania e Justiça. Rio de Janeiro: Diretoria da comunicação Social da AMB, v. 10, 1º semestre de 2001.

SANTOS, Milton. Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal. Rio de Janeiro: Record, 2001.

SOLA, Lourdes; CARDOSO, Fernando Henrique. Estado, Mercado e Democracia: Política e economia comparadas. São Paulo: Paz e Terra, 1993.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. Pela mão de Alice: o social e o político na pós- modernidade. 8. ed. São Paulo: Cortez, 2001, p. 84.

SPOSATI, Aldaíza; FALCÃO, Maria do Carmo; TEIXEIRA, Sônia Maria Fleury. Os direitos (dos desassistidos) sociais. 3ª. Ed. São Paulo: Cortez, 1999.

STRECK, Lenio Luiz. Teoria do Estado: cidadania e poder político na modernidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

TORRES, Igor Gonçalves. O enfraquecimento do Estado nacional como entidade reguladora do comércio exterior. 1997.

VIEIRA, Liszt. Cidadania e Globalização. Rio de Janeiro: Record, 1997.

ZIPPELIUS, Reinhold. Teoria Geral do Estado. Lisboa: Fundação Cloustre Gulbekian

O crime de injúria racial à luz do Direito Intertemporal

Francisco de Salles Bezerra Farias Neto

Aprovado Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Amazonas. Assessor jurídico no Ministério Público Federal.

Resumo

A legislação brasileira enfrenta um dilema significativo no combate ao racismo, particularmente na distinção entre injúria racial e crimes de racismo. O artigo 5º, inciso XLII, da Constituição de 1988 estabelece que o racismo é um crime inafiançável e imprescritível, garantindo proteção a grupos racialmente marginalizados. No entanto, a Lei nº 7.716/1989 e subsequentes interpretações judiciais criaram uma dicotomia problemática entre as condutas racistas e injúrias raciais. A jurisprudência evoluiu, culminando em decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) que reconhecem a injúria racial como parte do gênero racismo, devendo, portanto, ser considerada sob a mesma proteção constitucional. A discussão ainda abrange a retroatividade das novas interpretações e a condição de procedibilidade da ação penal, revelando lacunas e inconsistências na legislação atual que precisam ser abordadas para garantir a efetividade na luta contra o racismo.

Palavras-Chave: Racismo. Injúria racial. Jurisprudência

Abstract

This article examines the evolution of Brazil's legal framework addressing racism and racial discrimination, emphasizing the constitutional mandate established in 1988 that criminalizes such acts as inafiançable and imprescriptible offenses. The text explores the inadequacies of previous laws, particularly the Lei nº 7.716/1989, which defined discriminatory behaviors but left gaps, particularly regarding the offense of racial slander (injúria racial). The article highlights the legislative and jurisprudential changes culminating in the recognition that racial slander fits within the broader category of racism, thereby affirming its status as a serious crime under the Constitution. The recent Law nº 14.532/2023 further solidified this understanding, making racial slander an imprescriptible and inafiançable offense. The discussion includes the implications of these legal interpretations for acts committed prior to the new law and the necessity of addressing procedural conditions for prosecuting such crimes. Ultimately, the article underscores the importance of a coherent legal framework to combat racial discrimination effectively in Brazil.

Keywords: Racism. Legal Framework. Constitutional Mandate

1. INTRODUÇÃO

A prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei.

Com essas palavras, o Constituinte de 1988 fixou mandado constitucional de criminalização destinado ao enfrentamento ao preconceito, discriminação e segregação raciais. Previsto no inciso XLII do art. 5º, o dispositivo dialoga com o objetivo fundamental da República de construir uma sociedade livre, justa e solidária, norteadada pela promoção do bem de todos, sem preconceitos de

origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, III e IV). Trata-se, em suma, de um direito fundamental a prestações penais positivas de tutela da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

Burilado na Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais, ramo da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher da Assembleia Constituinte, o art. 5º, XLII, visou a assegurar que a Nova República não incorresse nos mesmos equívocos de política criminal das eras constitucionais anteriores, marcadas por vexatórios eventos de impunidade em face dos autores de atos de preconceito e discriminação fundados em elementos fenotípicos, ancestrais e étnicos. Apenas em 1951 o tema passou a interessar ao direito, por meio da Lei nº 1.390, apelidada de Lei Afonso Arinos, que tipificou atos discriminatórios motivados por preconceito de raça ou de cor. Nada obstante, tais condutas eram versadas como meras contravenções penais – opção política que veio a ser reiterada pela Lei nº 7.437/1985.

Vê-se, assim, que a inserção dos comandos de inafiançabilidade, imprescritibilidade e de **sujeição à pena de reclusão** não se deram por obra do acaso: ocupou-se o Constituinte de estatuir instrumentos de proteção dos grupos racialmente marginalizados, a fim de superar a proteção penal deficiente (*Übermassverbot*) até então vigente no ordenamento pátrio. Conformando-se à perspectiva do garantismo positivo de Alessandro Baratta, o inciso XLII do art. 5º é postulado de intervenção (*Schutzgebot*), impondo dever estatal de tutela a partir da premissa de que os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção.

Tal mandado de criminalização veio a ser corroborado pelo dever estatal veiculado no art. 4º da Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, internalizada por meio do Decreto nº 10.932/2022 com *status* de emenda constitucional (art. 5º, §3º, da Constituição).

2. DA SUPERAÇÃO DA EQUIVOCADA DICOTOMIA ONTOLÓGICA ENTRE OS TIPOS PENAIIS DE RACISMO

No ano seguinte à promulgação da Constituição Cidadã, regulamentou-se o mandado do inciso XLII do art. 5º por intermédio da Lei nº 7.716/89, a qual inicialmente tipificou quatorze hipóteses de comportamentos fundados em discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

A Lei Antirracismo prevê condutas de índole discriminatória e segregatória, algumas das quais de subjetividade passiva direta marcadamente individual, como “*recusar ou impedir acesso a estabelecimento comercial, negando-se a servir, atender ou receber cliente ou comprador*” (art. 5º). Sendo assim, não deveria haver razão para celeuma quanto à natureza juridicamente racistas de atos

ofensivos à honra subjetiva, quando animados por intuito discriminatório.

Ocorre que o legislador federal, talvez pelo apressar da sua tramitação, deixou lacunas na redação original Lei nº 7.716/1989. A fim de assegurar a cominação de penas de reclusão, o novel diploma centrou-se em transmutar os preceitos secundários da 7.437/1985, de modo que não houve grande expansão das hipóteses penalmente protegidas.

Olvidou-se de tipificar, por exemplo, a prática ou instigação genérica de atos de racismo nas ocasiões em que não há sujeito passivo individual, lacuna que viria a ser suprida pela Lei nº 8.081/1990, com o advento do tipo penal do art. 20. Ademais, nada se versou quanto à prática de injúria atentatória aos bens jurídicos do inciso LXII do art. 5º da Constituição, de modo que as ofensas à dignidade e ao decoro alheios permaneceram sob a débil tutela do art. 140 do Código Penal, em sua forma simples.

Em 1997, tentou-se reparar tal previsão insuficiente. Ocorre que o legislador incorreu em desatino novamente: em vez de acrescentar a injúria motivada por preconceito racial entre os crimes da Lei nº 7.716/1989, fê-lo como qualificadora de crime contra a honra há muito previsto no Código Penal: *“Art. 140 – Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro: (...) § 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião ou origem: Pena – reclusão de um a três anos e multa”*.

Esse equívoco legislativo foi interpretado pela doutrina e pela jurisprudência como opção deliberada de excluir a injúria racial do âmbito de incidência do mandado de constitucional criminalização de condutas racistas. Consequentemente, os injustos culpáveis fundados no art. 140, §3º, viram-se despidos dos adjetivos da imprescritibilidade, da inafiançabilidade e da sujeição à pena de reclusão.

Pior: a topografia da qualificadora submetia o crime à ação penal privada, em claríssimo prejuízo da proteção do bem jurídico e em descompasso com o dever **estatal** de censurar tais condutas, porquanto tolhida do Ministério Público a *opinio delicti*. Tempos depois, a Lei nº 12.033/09 passou a sujeitar a persecução penal à representação como condição da ação penal pública – reafirmando o descumprimento do mandado de criminalização.

Assim, a jurisprudência fixou distinção entre as condutas discriminatórias motivadas por elemento racial que atentassem contra a honra subjetiva (art. 140, §3º, do Código Penal) e aquelas que atentassem contra o direito da coletividade à igualdade (o crime vago do art. 20 da Lei nº 7.716/89): estas eram racistas; aquelas, não.

Por todos, veja-se precedente da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça:

PENAL. AÇÃO PENAL. ORIGINÁRIA. CRIME DE DISCRIMINAÇÃO RELIGIOSA. INOCORRÊNCIA. INJÚRIA SIMPLES OU QUALIFICADA. QUEIXA OU REPRESENTAÇÃO. DECADÊNCIA. DENÚNCIA REJEITADA. 1. A diferenciação entre o delito de discriminação religiosa e a injúria qualificada reside no elemento volitivo do agente. Se a intenção for ofender número indeterminado de pessoas ou, ainda, traçar perfil depreciativo ou segregador de todos os frequentadores de determinada igreja, o crime será de discriminação religiosa, conforme preceitua o art. 20 da Lei 7.716/89. Contudo, se o objetivo for apenas atacar a honra de alguém, valendo-se para tanto de sua crença religiosa – meio intensificador da ofensa –, caracteriza-se nesse caso o delito de injúria disciplinado no art. 140, § 3º, do Código Penal. 2. Na hipótese, a declaração tida como discriminatória foi emitida em depoimento prestado na Vara dos Crimes contra Criança e Adolescente, nos autos de ação penal instaurada em desfavor do ex-companheiro da noticiante, vizinho e amigo do denunciado, para apurar a prática de atentado violento ao pudor do pai contra os filhos menores. 3. Pelo que se infere do depoimento prestado ao magistrado de primeiro grau, o denunciado apenas narrou os fatos de que tinha conhecimento, embora tenha emitido juízo de valor sobre a personalidade da representante. Não se encontra externado nos autos eventual preconceito íntimo do denunciado à religião eleita pela noticiante. Se o testemunho robustecia a tese da defesa, não menos certo que o denunciado manteve o equilíbrio entre o dever de falar a verdade e o de evitar causar mal à ofendida, já vítima daquela trágica história familiar. Não cabe potencializar os fatos, nem imprimir interpretação extensiva de forma a incutir característica negativa em expressão que não a contém. 4. Não caracterizado o crime tipificado no art. 20 da Lei 7.716/89, com a redação dada pela Lei 9.459/97, a desclassificação para o crime de injúria, simples ou qualificada, esbarra na decadência do direito de queixa ou representação. 5. Denúncia rejeitada. (APn 612/DF, julgado em 17/10/2012)

A distinção jamais encontrou bases sólidas. A uma, porque a injúria qualificada do Código Penal exprimia, objetivamente, discriminação fundada na “utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião ou origem”, materializando perfeitamente a hipótese repudiada pelo inciso XLII do art. 5º da Constituição, de modo que o *discrímen* com o tipo do art. 20 da Lei nº 7.716/89 era ilegítimo (*ubi eadem est ratio, idem jus*). A dois, porque a própria Lei nº 7.716/89 tipifica, desde o seu advento, diversas espécies típicas em que o sujeito passivo é pessoa determinada.

A insubsistência dessa diferenciação, cuja raiz era meramente topológica, foi denunciada pela doutrina sob a liderança de Guilherme de Souza Nucci. Invocando seus argumentos, a Sexta Turma do STJ deu início à virada jurisprudencial em 2015, ao decidir que a injúria racial é “um delito no cenário do racismo, portanto, imprescritível, inafiançável e sujeito à pena de reclusão” (AgRg no AREsp 686.965/DF, Rel. Desembargador convocado do TJ/SP Ericson Maranhão, julgado em 18/08/2015), entendimento reiterado nos anos seguintes (AgRg no AREsp 734.236/DF, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, julgado em 27/02/2018; AgRg no REsp 1849696/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 16/06/2020).

Apenas em 2021 a questão foi pacificada. O Ministro Edson Fachin, após afetar ao julgamento pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, relatou o acórdão em que reconheceu a inserção do crime do art. 140, §3º, do Código Penal, no contexto dos crimes de racismo, a despeito de sua posição externa à Lei nº 7.716/89:

A prática de injúria racial, prevista no art. 140, § 3º, do Código Penal, traz em seu bojo o emprego de elementos associados aos que se definem como raça, cor, etnia, religião ou origem para se ofender ou insultar alguém. Em ambos os casos, há o emprego de elementos discriminatórios baseados na raça para a violação, o ataque, a supressão de direitos fundamentais do ofendido. Sendo assim, não se pode excluir o crime de injúria racial do mandado constitucional de criminalização previsto no art. 5º, XLII, restringindo-lhe indevidamente a aplicabilidade.

STF. Plenário. HC 154248/DF, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 28/10/2021 (Info 1036).

Em 2023, o legislador positivou esse entendimento por meio da Lei nº 14.532/2023, transpondo o tipo para a Lei nº 7.716/1989, na forma do art. 2º-A. Anote-se que apenas foram trasladados parte de seus elementos normativos, remanescendo como qualificadora do art. 140 do Código Penal a

injúria fundada em elementos referentes a religião ou à condição de pessoa idosa ou com deficiência. A idoneidade desse “fatiamento” da antiga qualificado do §3º é tema denso e instigante a ser explorado em artigo próprio.

Diante desse cenário, não há mais dúvidas de que a conduta criminosa de injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro, em razão de raça, cor, etnia ou procedência nacional, se praticada a partir de 11 de janeiro de 2023, subsume fato sujeito ao mandado constitucional de criminalização do art. 5º, XLII, com todas as suas consequências. Ademais, trata-se de crime de ação penal pública incondicionada, porquanto não mais atingido pelas amarras do art. 145 do Código Penal.

Mas e quanto aos delitos praticados antes da publicação da Lei nº 14.532/2023? É cediço que ocorreu a continuidade típico-normativa de tais condutas, não havendo falar em *abolitio criminis*. O que dizer sobre a condição de procedibilidade da representação do ofendido, porém? Sua higidez foi afirmada? A busca da resposta exige a revisão de alguns conceitos.

3. A EXTENSÃO DA EQUIPARAÇÃO DA INJÚRIA RACIAL AOS CRIMES DE RACISMO PROCEDIDA PELO STF

Viu-se que a Suprema Corte assentara, em 2021, que a qualificadora racial do crime de injúria inseria-se no gênero de delitos de racismo objeto do mandado de criminalização do art. 5º, XLII, da Constituição – consumando a virada jurisprudencial iniciada pela Sexta Turma do STJ no sentido de abolir a dicotomia de regimes jurídicos. No sentir do Ministro Edson Fachin,

A injúria racial consuma os objetivos concretos da circulação de estereótipos e estigmas raciais ao alcançar destinatário específico, o indivíduo racializado, o que não seria possível sem seu pertencimento a um grupo social também demarcado pela raça. Aqui se afasta o argumento de que o racismo se dirige contra grupo social enquanto que a injúria afeta o indivíduo singularmente. A distinção é uma operação impossível, apenas se concebe um sujeito como vítima da injúria racial se ele se amoldar aos estereótipos e estigmas forjados contra o grupo ao qual pertence. (...) Mostra-se insubsistente, desse modo, a alegação de que há uma distinção ontológica entre as condutas previstas na Lei 7.716/1989 e aquela constante do art. 140, § 3º, do CP. Em ambos os casos, há o emprego de elementos discriminatórios baseados naquilo que sociopoliticamente constitui raça (não genético ou biologicamente), para a violação, o ataque, a supressão de direitos fundamentais do ofendido. Sendo assim, excluir o crime de injúria racial do âmbito do mandado constitucional de criminalização por meras considerações formalistas desprovidas de substância, por uma leitura geográfica apartada da busca da compreensão do sentido e do alcance do mandado constitucional de criminalização é restringir-lhe indevidamente a aplicabilidade, negando-lhe vigência.

Assim, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria, firmou a compreensão de que a injúria racial é imprescritível, pois é espécie do gênero racismo. Se a **imprescritibilidade** foi expressamente reconhecida na ementa do julgado, a **inafiançabilidade** o foi de modo implícito, na medida em que a definição constante do voto condutor do julgamento do HC 82.424/RS – que declarou, em concreto, inafiançável o crime de injúria – foi textualmente invocada pelo STF como razão de decidir.

4. A RETROATIVIDADE DA INTERPRETAÇÃO JURISPRUDENCIAL DA LEI PENAL

Predomina no Brasil o entendimento de que a mudança de interpretação da lei penal não inova o direito – dado que é *interpretação*, e não lei nova. Consequentemente, seus efeitos são aplicáveis até mesmo aos fatos pretéritos, inclusive *in malam partem*. Impertinentes, portanto, as normas constitucionais de irretroatividade dos incisos XXXIX e XL, do art. 5º, da Constituição. O único limite a essa retroatividade repousa nos fatos protegidos pelos efeitos da coisa julgada, em deferência à segurança jurídica (art. 5º, XXXVIII, da Constituição).

Para o STF, “entendimento jurisprudencial é interpretação da lei (...) e, ainda, se a Lei é a mesma, não há que se falar em ultratividade de entendimento jurisprudencial” (ARE 1.103.954/RJ, julgado em 29/05/2018). Nessa ordem de ideias, o STJ compreende que a mudança de orientação pretoriana e a interpretação controvertida a respeito de determinado dispositivo legal não são fundamentos idôneos para a propositura de revisão criminal (AgRg no REsp 1447604/SC, julgado em 19/08/2014).

Tal cognição é irretocável, indo ao encontro das lições do penalista alemão Claus Roxin:

Se o Tribunal interpreta uma norma de modo mais desfavorável para o acusado que como o havia feito a jurisprudência anterior, este tem que suportá-la, pois, conforme o seu sentido, a nova interpretação não é uma punição ou agravamento retroativo, mas a realização de uma vontade da lei, que já existia desde sempre e que somente agora foi corretamente reconhecida.

À luz da evolução jurisprudencial aduzida nos tópicos anteriores, tem-se a **primeira conclusão** deste artigo: as condutas tipificadas como injúria racial perpetradas antes da publicação da Lei nº 14.532/2023 são **imprescritíveis** e **inafiançáveis**, desde que sobre elas não recaia coisa julgada.

5. A OMISSÃO DO STF QUANTO À CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE

Em cotejo ao HC 154.248/DF, afere-se que a Suprema Corte não enfrentou adequadamente a questão atinente à compatibilidade, ou não, da sujeição de um crime de racismo à representação do ofendido como condição de procedibilidade.

No voto condutor, o relator Ministro Edson Fachin chegou a tangenciar a questão:

Observe-se, nesse contexto, que o crime em análise, por ser sujeito à pena de reclusão, não destoa do tratamento dado pela Constituição ao que ali se prevê como crime de racismo.

Acrescento ainda que o legislador, na esteira de aproximar os tipos penais de racismo e injúria, inclusive no que se refere ao prazo para o exercício da pretensão punitiva estatal, aprovou a Lei nº 12.033/09, que alterou a redação do parágrafo único do art. 145 do Código Penal, para tornar pública condicionada, antes privada, a ação penal para o processar

e julgar os crimes de injúria racial.

Assim, o crime de injúria racial, porquanto espécie do gênero racismo, é imprescritível. Por conseguinte, não há como se reconhecer a extinção da punibilidade que pleiteiam a impetração.

Ante o exposto, denego a ordem de habeas corpus.

O excerto é insuficiente para aferir a interpretação do Ministro quanto à constitucionalidade do enquadramento processual penal da injúria racial como crime de ação penal pública condicionada à representação. Ao mencionar a Lei nº 12.033/2009, buscou o relator simplesmente apontar que a semelhança ontológica entre a espécie delitiva e os demais tipos de racismo foi reconhecida pelo próprio legislador. Fê-lo a título de reforço argumentativo, portanto. A constitucionalidade da lei que condiciona a persecução da injúria à representação não foi explicitamente enfrentada porque desnecessária, no caso concreto, porquanto o ofendido representara à autoridade competente a tempo e modo. No *habeas corpus*, ação de natureza subjetiva, não se discutia decadência, mas prescrição.

No âmbito da Sexta Turma, que por três vezes declarou o crime de injúria racial como espécie do gênero racismo, apenas uma vez discutiu-se sobre a condição de procedibilidade. Por honestidade intelectual, registra-se que, na oportunidade, a natureza de ação penal pública condicionada à representação do ofendido foi corroborada (AgRg no AREsp 686.965/DF, julgado em 18/8/2015). Todavia, o contexto processual era análogo ao do *habeas corpus* relatado pelo Ministro Edson Fachin: a vítima havia representado tempestivamente, razão porque se fazia desnecessário perquirir a constitucionalidade dessa condição específica da ação.

6. O VIRTUOSO VOTO IGNORADO DA MINISTRA ROSA WEBER COMO PROPOSTA DE SOLUÇÃO DO CASO

Embora não tenham o STF e o STJ enfrentado a questão com profundidade, a atenta leitura do inteiro teor do acórdão prolatado no HC 154.248/DF nos convida ao rico voto juntado aos autos pela Ministra Rosa Weber.

A par de acompanhar o relator, a magistrada consignou sua convicção de que a condição de procedibilidade em questão seria incompatível com a natureza do crime de injúria racial. Por sua clareza, o trecho exige transcrição:

Ressalto, por fim, ainda que em obter dictum, a existência, a meu juízo, de inconsistência, na legislação penal quanto a este importante tema, ao consagrar a injúria racial como um crime de ação penal pública condicionada a representação. Vale dizer, caso a vítima do crime não represente no prazo de 06 (seis) meses, a contar do dia em que vier a ter conhecimento sobre a autoria do fato, o direito de representação decairá, obstaculizando a propositura da ação penal pelo Ministério Público.

Atenta em especial ao rigor imposto pela Constituição às condutas ensejadoras de discriminação e preconceito, entendo que condicionar a ação penal, no caso de injúria racial, à representação da vítima é incompatível com a proteção constitucional conferida aos grupos vulneráveis.

Lembro, nesse contexto, o caso da Lei Maria da Penha, semelhante à presente hipótese, em que, ao julgar a ADI 4.424/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, este Plenário deu interpretação conforme a dispositivos da Lei 11.340/2006, para assentar que, em crime de lesão corporal no contexto de violência doméstica, a natureza da ação penal é pública incondicionada. Eis a ementa daquele acórdão: “AÇÃO PENAL – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER – LESÃO CORPORAL – NATUREZA. A ação penal relativa a lesão corporal resultante de violência doméstica contra a mulher é pública incondicionada – considerações.”

Concluo que a ratio decidendi daquele caso há de ser aplicada ao presente, razão pela qual reputo necessário dar interpretação conforme a Constituição ao parágrafo único do art. 145 do Código Penal, para assentar, também no caso de injúria qualificada pelo racismo (art. 140, § 3º, CP), a natureza pública incondicionada da ação penal.

A tese nos parece de todo coerente. Tratando-se de conduta sujeita a mandado constitucional de criminalização, não era dado ao legislador criar obstáculos processuais extraordinários à ação estatal sobre essas condutas. E diz-se “extraordinários” porque a ação penal pública incondicionada é a regra do sistema – a exigência de representação do ofendido é a exceção (art. 24, *in fine*, do Código de Processo Penal). Pensar em contrário é negar a força normativa da Constituição, subvertendo o comando do Constituinte de proibição de proteção deficiente.

Foi com esse fundamento, aliás, que a Segunda Turma do STF recentemente entendeu não ser possível a celebração do acordo de não persecução penal em crimes de racismo (HC 222.599/SC, julgado aos 06/02/2023).

Ocorre que a sugestão encartada no voto da Ministra Rosa Weber lamentavelmente não foi objeto de debate pelos demais integrantes da Corte, de modo que a matéria ficou em aberto.

7. CONCLUSÕES

Em arremate a este breve ensaio, sumulam-se as seguintes conclusões a respeito das condutas consistentes em injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro, mediante a utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião ou origem, praticadas anteriormente à publicação da Lei nº 14.532/2023, e não atingidas por sentença revestida pela qualidade da coisa julgada:

(i) subsomem espécie do gênero racismo, em atendimento ao mandado constitucional de criminalização insculpido no art. 5º, XLII, da Constituição Federal;

(ii) a novel legislação consagrou a continuidade normativo-típica entre o art. 140, §3º, do Código Penal, e o art. 2º-A, da Lei nº 7.716/89, não havendo falar em extinção da punibilidade por *abolitio criminis*;

(iii) aplicam-se-lhes ultrativamente o preceito secundário do art. 140, §3º, do Código Penal, por ser mais benéfico (art. 5º, XL, da Constituição Federal). Pela mesma razão, são inaplicáveis as majorantes acrescentadas pela Lei nº 14.532/2023;

(iv) sujeitam-se à **imprescritibilidade** e à **inafiançabilidade**, na forma do art. 5º, XLII, porquanto a Lei nº 14.532/2023 apenas positivou interpretação consagrada pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal;

(v) sujeitam-se a **ação penal pública incondicionada**, porquanto inconstitucional sujeitar-lhe à condição de procedibilidade do art. 145 do Código Penal, tendo em vista a incompatibilidade com os mandados de criminalização e o princípio da proporcionalidade, sob a vertente da proibição da proteção deficiente.

Adere-se, assim, aos percucientes argumentos jurídicos apresentados no voto da Ministra Rosa Weber no HC 154.248/DF, que, embora não tenham chegado a ser apreciados pelos demais integrantes da Corte, representam a única solução consentânea com o direito fundamental à prestação penal positiva consagrada pelo art. 5º, XLII, da Constituição, e pelo art. 4º da Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica ao direito penal*, 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BRASIL. *Código de Processo Penal de 1941*. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988.

BRASIL. Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989.

BRASILEIRO, Renato. *Manual de Processo Penal: Volume Único*, 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. *O caráter retórico do princípio da legalidade*. Porto Alegre: Síntese, 1979.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. de Ana Paula Zomer et al. São Paulo: RT, 2002.

FISHER, Gustavo; PACELLI, Eugênio. *Comentários ao Código de Processo Penal*, 8. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Tradução: Luís Greco. 2ª Ed. Rio de Janeiro, Renovar: 2008.

Os limites da coisa julgada coletiva e a inconstitucionalidade do Artigo 16 da Lei Nº 7.347/1985

Rodney Martins Farias

Bacharel em Direito pela Universidade Paulista – UNIP, Pós-graduado em Ciências Criminais pela Universidade Estácio de Sá e, atualmente, Delegado de Polícia Civil da Polícia Civil do Distrito Federal.

Resumo

Este artigo analisa o conceito de coisa julgada no direito processual brasileiro e sua relação com a segurança jurídica, essencial para estabilizar as relações submetidas ao Judiciário. Ao contextualizar a coisa julgada nos artigos da LINDB e do Novo CPC, a pesquisa revisa as interpretações doutrinárias e examina o impacto da decisão do STF que considerou inconstitucional o art. 16 da Lei de Ação Civil Pública, ao limitar a eficácia territorial das sentenças coletivas. Essa decisão visou assegurar a igualdade e a proteção ampla dos direitos coletivos, considerando o alcance regional ou nacional dos interesses em jogo.

Palavras-Chave: Coisa julgada inconstitucional. Direitos coletivos. Segurança jurídica

Abstract

This article examines the legal concept of res judicata and its connection to the principle of legal certainty, aiming to explore the conditions under which judicial decisions should remain unchangeable. Analyzing legislative and doctrinal perspectives, it discusses the importance of stabilizing legal relations and highlights recent judicial developments that challenge limitations to res judicata, particularly in the context of collective lawsuits. The study focuses on a recent Supreme Court ruling that declared Article 16 of the Public Civil Action Law (Law 7.347/1985) unconstitutional, thereby extending the effectiveness of collective judgments beyond territorial limits. By reinstating the original provisions of the article, the ruling reinforces equal protection, procedural efficiency, and consistent nationwide application of collective judgments.

Keywords: Unconstitutional res judicata. Collective rights. Legal certainty

1. INTRODUÇÃO

Qualquer definição de coisa julgada passa necessariamente pelo conceito de segurança jurídica, uma vez que, dentre outras finalidades, almeja-se com a estabilização das relações jurídicas submetidas ao crivo do Poder Judiciário atingir um dos escopos do processo, qual seja a pacificação social. Para isso, o legislador se desincumbiu de seu ônus e há muito tempo o previu, conforme se extrai do art. 6º, §3º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB):

Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

(...)

§ 3º Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso.

Na mesma direção, o Novo Código de Processo Civil (CPC) destacou capítulo específico para tratar do tema, entre os arts. 502 e 508, definindo-a no primeiro dispositivo:

Art. 502. Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso.

No estudo da doutrina, existem diversas noções para a coisa julgada com enfoques diversos sobre o que se tornaria imutável a partir da sentença judicial. No entanto, como bem observa Daniel Amorim Assumpção Neves, há pontos em comum, sobre os quais se costuma convergir:

Apesar da notória discussão doutrinária, uma análise profunda das três principais correntes doutrinárias expostas é suficiente para se notar que existem mais semelhanças do que diferenças entre os doutrinadores. Todos reconhecem que toda sentença tem um elemento declaratório, consubstanciado na subsunção da norma abstrata ao caso concreto, e considerado pelo aspecto de elemento que compõe o conteúdo da decisão ou que gera efeitos práticos para fora do processo, torna-se imutável e indiscutível. Parecem também concordar que eventos futuros, referentes à vontade das partes, poderão modificar outros efeitos gerados pela sentença, como ocorre no efeito condenatório no caso de pagamento da dívida ou do novo casamento no caso do divórcio.^[1]

Como se denota, a importância do tema para o processo civil é de extrema relevância, ganhando ainda mais força quando se está a tratar dos processos coletivos, os quais, por natureza e como regra geral, são dotados de maior alcance do que as lides individuais.

Nesse cenário, o escopo do presente artigo é analisar o impacto da decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) que reconheceu a inconstitucionalidade do art. 16 da Lei nº 7.347/1985, com redação dada pela Lei nº 9.494/1997, e determinou a consequente aplicação do disposto no art. 93 do Código de Defesa de Consumidor (CDC) no processo coletivo de abrangência nacional ou regional, no intuito de explicitar o alcance subjetivo das referidas decisões judiciais.

2. A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 16 DA LEI DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Delimitar a eficácia subjetiva de uma decisão judicial constitui etapa precedente para se verificar a quem será destinado o comando normativo nela contido. Com efeito, o art. 506 do CPC assevera que a sentença atinge apenas àqueles que participam do processo, sendo vedado causar prejuízo a quem nele não intervenha:

Art. 506. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros.

No processo coletivo, a regra principal encontra-se situada na Lei nº 7.347/1985, a qual disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico outras providências. Trata-se do principal diploma legislativo que disciplina o processo coletivo nacional. O art. 16, em sua redação original, assim regulava a eficácia subjetiva da coisa julgada:

Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, exceto se a ação for julgada improcedente por deficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

Posteriormente, por intermédio da Lei nº 9.494/1997, o legislador federal visou restringir o alcance da sentença coletiva, ao incluir a limitação territorial para aquela do seu órgão prolator:

Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

A inovação legislativa não foi bem recebida pela doutrina, uma vez que poderia acarretar prejuízos à jurisdição, dentre as quais violações à economia processual, à isonomia, à segurança jurídica, à máxima eficiência da tutela coletiva, dentre outras. A título exemplificativo, uma ilicitude poderia ser reconhecida em determinado município de um Estado da Federação, ao passo que na cidade vizinha, pertencente a outra jurisdição, mas separada apenas por uma rua, não se faria contrária ao ordenamento jurídico.

Ademais, Hugo Nigro Mazzilli acentua que a reforma confundiu os conceitos de competência, coisa julgada e eficácia da decisão:

Com efeito, a Lei 9.494/97 confundiu competência com coisa julgada. A imutabilidade erga omnes de uma sentença não tem nada a ver com a competência do juiz que a profere. A competência importa para saber qual órgão da jurisdição vai decidir a ação; mas a imutabilidade do que ele decidiu estende-se a todo o grupo, classe ou categoria de lesados, de acordo com a natureza do interesse defendido, o que muitas vezes significa, necessariamente, ultrapassar os limites territoriais do juízo que proferiu a sentença.^[2]

Nesse caminhar, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) já reconhecia a invalidade da alteração promovida pela Lei nº 9.494/1997, pois, de fato, percebeu-se a confusão entre competência territorial e limites da coisa julgada:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PROCESSUAL CIVIL. ART. 16 DA LEI DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AÇÃO COLETIVA. LIMITAÇÃO APRIORÍSTICA DA EFICÁCIA DA DECISÃO À COMPETÊNCIA TERRITORIAL DO ÓRGÃO JUDICANTE. DESCONFORMIDADE COM O ENTENDIMENTO FIRMADO PELA CORTE ESPECIAL DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM JULGAMENTO DE RECURSO REPETITIVO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (RESP N.º 1.243.887/PR, REL. MIN. LUÍS FELIPE SALOMÃO). DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL DEMONSTRADO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA ACOLHIDOS.

1. No julgamento do recurso especial repetitivo (representativo de controvérsia) n.º 1.243.887/PR, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, ao analisar a regra prevista no art. 16 da Lei n.º 7.347/85, primeira parte, consignou ser indevido limitar, aprioristicamente, a eficácia de decisões proferidas em ações civis públicas coletivas ao território da competência do órgão judicante.

2. Embargos de divergência acolhidos para restabelecer o acórdão de fls. 2.418-2.425 (volume 11), no ponto em que afastou a limitação territorial prevista no art. 16 da Lei n.º 7.347/85.

STJ. Corte Especial. EREsp 1134957. Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 24/10/2016.

Destarte, antes mesmo da manifestação definitiva do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre a matéria, o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) já havia se posicionado por intermédio da Nota Técnica nº 1/2020 – PRESI, na qual concluiu que a controvérsia possuiria

natureza infraconstitucional e, por esse motivo, seria de atribuição do STJ dar a última palavra, que, como delineado, seria pela ilegalidade da limitação proposta:

REPERCUSSÃO GERAL 1.075. ART. 16 DA LEI 7.347/1985. COISA JULGADA COLETIVA. LIMITES TERRITORIAIS. AUSÊNCIA DE QUESTÃO CONSTITUCIONAL. ADEQUAÇÃO DO ENTENDIMENTO FIRMADO NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

1. O Supremo Tribunal Federal já reconheceu, em diversos precedentes, inclusive de natureza vinculante, que a questão da coisa julgada coletiva é de índole infraconstitucional, não devendo, portanto, o Tribunal, modificar o atual pronunciamento do Superior Tribunal de Justiça, que é o constitucionalmente competente para a causa. Referência: Tema 715 da Repercussão Geral: “Limites territoriais da eficácia de decisão prolatada em ação coletiva”.

2. Como ressalta a totalidade da doutrina processual coletiva, o alcance da coisa julgada coletiva é definido pelo art. 103 do CDC e depende, como em qualquer caso, individual ou coletivo, das dimensões do direito material litigioso e do perfil do litígio coletivo concretamente verificado, essas dimensões terão a eficácia e validade estabilizadas na decisão que transitará em julgado. As regras de competência territorial são um conjunto de normas destinadas a distribuir processos entre juízes, não a definir o alcance das decisões de cada um deles. Tanto é assim que a distribuição dos municípios nas diferentes comarcas é feita por ato infraregular dos tribunais, não por lei. Isso significa que o art. 16 da LACP, em sede de interpretação exegética, permitiria que os tribunais interferissem no alcance das decisões dos juízes, ferindo, dentre outras, a garantia constitucional do juiz natural.

3. A literalidade do art. 16 prejudica o cidadão integrante da coletividade titular de direitos coletivos, que teria menores oportunidades de acesso à jurisdição, eis que seriam necessárias, para a tutela adequada de seus direitos, tantas ACPs quantas fossem as comarcas e subseções judiciárias do país.

4. Tal caminho interpretativo tampouco interessaria ao agente econômico regular, porque, em vez de ser demandado em uma única ACP, na qual poderia obter uma coisa julgada com eficácia erga omnes de improcedência da pretensão, passará a ser demandado em múltiplas ações, em todo o país.

5. A literalidade do art. 16 da LACP cria oportunidade de concorrência desleal em favor de agentes econômicos que operam nacionalmente em detrimento daqueles que concentram suas atividades localmente. Estes poderão ser demandados em uma única ação, enquanto os primeiros poderão se beneficiar de atos ilícitos que pratiquem, desde que os distribuam em diversas comarcas do país, contando com a inatividade dos legitimados coletivos.

6. Conclusão pelo não reconhecimento de questão constitucional ou, caso reconhecida, pela manutenção do atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

Por derradeiro, o STF corroborou as conclusões dos demais órgãos supracitados e em sede de precedente qualificado estatuiu a inconstitucionalidade da redação atual do dispositivo com fundamento na ampla proteção dos interesses difusos e coletivos e no retrocesso representado pela alteração legislativa, o que vai de encontro à evolução normativa relativa ao tema. Pesaram, ainda, os argumentos atinentes à violação à isonomia e à efetividade da prestação jurisdicional, uma vez que o local de residência do jurisdicionado o colocaria em posição de vantagem ou desvantagem, além de não se razoável a propositura da mesma ação em diversas comarcas do país.

Ementa: CONSTITUCIONAL E PROCESSO CIVIL. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 16 DA LEI 7.347/1985, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI 9.494/1997. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE DE RESTRIÇÃO DOS EFEITOS DA SENTENÇA AOS LIMITES DA COMPETÊNCIA TERRITORIAL DO ÓRGÃO PROLATOR. REPERCUSSÃO GERAL. RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS DESPROVIDOS.

1. A Constituição Federal de 1988 ampliou a proteção aos interesses difusos e coletivos, não somente constitucionalizando-os, mas também prevendo importantes instrumentos para garantir sua pela efetividade.

2. O sistema processual coletivo brasileiro, direcionado à pacificação social no tocante a litígios meta individuais, atingiu status constitucional em 1988, quando houve importante fortalecimento na defesa dos interesses difusos e coletivos, decorrente de uma natural necessidade de efetiva proteção a uma nova gama de direitos resultante do reconhecimento dos denominados direitos humanos de terceira geração ou dimensão, também conhecidos como direitos de solidariedade ou fraternidade.

3. Necessidade de absoluto respeito e observância aos princípios da igualdade, da eficiência, da segurança jurídica e da efetiva tutela jurisdicional.

4. Inconstitucionalidade do artigo 16 da LACP, com a redação da Lei 9.494/1997, cuja finalidade foi ostensivamente restringir os efeitos condenatórios de demandas coletivas, limitando o rol dos beneficiários da decisão por meio de um critério territorial de competência, acarretando grave prejuízo ao necessário tratamento isonômico de todos perante a Justiça, bem como à total incidência do Princípio da Eficiência na prestação da atividade jurisdicional.

5. RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS DESPROVIDOS, com a fixação da seguinte tese de repercussão geral: “I – É inconstitucional a redação do art. 16 da Lei 7.347/1985, alterada pela Lei 9.494/1997, sendo repristinada sua redação original. II – Em se tratando de ação civil pública de efeitos nacionais ou regionais, a competência deve observar o art. 93, II, da Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor). III – Ajuizadas múltiplas ações civis públicas de âmbito nacional ou regional e fixada a competência nos termos do item II, firma-se a prevenção do juízo que primeiro conheceu de uma delas, para o julgamento de todas as demandas conexas”. STF. Plenário. RE 1101937/SP, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 7/4/2021 (Repercussão Geral – Tema 1075) (Info 1012).

Na mesma decisão, a Corte Suprema definiu de quem seria a competência para o julgamento das ações civis públicas, a depender da extensão do dano: tratando-se de reflexo local, aplica-se o art. 2º da Lei nº 7.347/1985 (“as ações previstas nesta Lei serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa”), ao passo que, em se cuidando de ato com impacto regional ou nacional, em conformidade com o disposto no art. 21 da mesma lei e no art. 90 do CDC, que refletem a adoção de um microssistema processual coletivo, deve-se seguir o que aponta o art. 93, II, do Código Consumerista:

Art. 21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor

Art. 90. Aplicam-se às ações previstas neste título as normas do Código de Processo Civil e da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições.

Art. 93. Ressalvada a competência da Justiça Federal, é competente para a causa a justiça local:

(...)

II – no foro da Capital do Estado ou no do Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente.

3. CONCLUSÃO

Com base no exposto, pode-se concluir que a tentativa de limitação imposta pelo legislador federal mediante a alteração promovida pela Lei nº 9.494/1977 no art. 16 da Lei 7.347/1985 esbarrou em fortes argumentos jurídicos, mas também lógicos. Uma situação jurídica decidida em dado território não se modifica se levada a outro. A competência territorial não é sinônima de limites subjetivos de coisa julgada. Trata-se de institutos distintos e com propósitos também díspares. Assim, são outros os fatores que devem ser considerados para se definir aqueles que serão atingidos pela sentença judicial coletiva, como, a título ilustrativo, a abrangência das partes envolvidas, a representatividade adequada, a identidade de situações jurídicas, os interesses individuais não representados, dentre outros.

[1] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil – Volume Único. 12. Ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 864.

[2] MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em Juízo. 30ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 698.

Uma Análise inicial acerca dos diversos conceitos que permeiam o Direito Antidiscriminatório

Sílvia Missano Costa

Graduada pela Universidade Federal de Sergipe (UFS) e pós graduada em Direito Civil e do Consumidor.

Resumo

O direito antidiscriminatório é tema recorrente não só em concursos públicos, mas também no próprio âmbito das decisões dos Tribunais Superiores. Considerando que é temática atual, pertinente e extremamente necessária, o escopo deste estudo é fornecer e elucidar conceitos e termos relacionados à questão, a fim de facilitar a compreensão dos leitores.

Palavras-Chave: direito antidiscriminatório. conceitos.

Abstract

Anti-discrimination law is a recurring theme not only in public tenders, but also within the scope of Superior Court decisions. Considering that it is a current, pertinent and extremely necessary topic, the scope of this study is to provide and elucidate concepts and terms related to the issue, in order to facilitate readers' understanding.

Keywords: Anti-discrimination law. concepts.

1. INTRODUÇÃO

O princípio da igualdade deve ser visualizado sob três aspectos: formal, material, e como reconhecimento.

Sob a luz do critério formal, diz respeito ao tratamento isonômico conferido a todos, devendo ser complementado pelo viés material, a fim de que essa isonomia incida sob os que se encontram em situação semelhante. Ou seja, deve vigorar a máxima de “tratar os iguais igualmente e os desiguais desigualmente, na medida em que se desigualem”.

A igualdade como reconhecimento vai além. Busca conferir o olhar atento e diferenciado a determinados grupos que, ao longo do processo histórico, foram discriminados e esquecidos.

O direito antidiscriminatório vem discutir tentativas de correção dessa situação, utilizando-se do direito como instrumento de luta antirracista.

2. CONCEITOS

2.1. Racismo, preconceito e discriminação

Não há como discutir direito antidiscriminatório sem, antes, conceituar o próprio racismo que, por definição simplista, se trata de forma sistemática de discriminação que tem a raça como fundamento.

Saliente-se que raça, para o âmbito jurídico, não está necessariamente vinculada a aspectos genéticos ou fenotípicos, abordando, também, toda uma perspectiva cultural.

Destaca-se, também, que o racismo se diferencia de preconceito, em que pese sejam constantemente utilizados como sinônimo pela opinião pública. Preconceito é, na verdade, juízo baseado em estereótipos, situando-se, portanto, no âmbito subjetivo, podendo ou não descambar para a discriminação (âmbito objetivo).

A discriminação racial, por sua vez, pode ser direta ou indireta, conceitos que passaremos a abordar.

A primeira, nada mais é do que o preconceito concretizado em atos materiais, ou seja, é um marcador social que se coloca em determinada pessoa.

A segunda, pode ocorrer através de uma omissão de fato (quando se sabe da existência da segregação, mas nada se faz a respeito), ou por ações neutras.

A respeito desta última (discriminação racial indireta por ações neutras), é importante que se faça uma abordagem mais completa, uma vez que deu origem ao que se convencionou chamar de “Teoria do Impacto Desproporcional ou Adverso”.

Referida teoria tem origem norte-americana e está intrinsecamente relacionada com a igualdade material. Tem por objeto a análise dos impactos discriminatórios de atitudes estatais ou particulares que, mesmo inicialmente revestidas de neutralidade, causam efeitos desproporcionais ou adversos aos originalmente previstos. Sua finalidade é, portanto, combater a discriminação indireta.

O leading case da teoria abordada foi o caso *Griggs vs Duke Power CO*, quando a companhia utilizou, como critério para promoção de funcionários, testes de conhecimentos gerais o que, no caso concreto, caracterizou ato discriminatório indireto. Em que pese pareça ação isonômica, prejudicou, sobremaneira, os trabalhadores que, historicamente, foram excluídos das políticas públicas educacionais básicas.

Um exemplo a título nacional, seria justamente a previsão de representação do ofendido para os crimes de lesão corporal leve no contexto de violência doméstica, o que, em concreto, evidenciou prejuízo às mulheres.

Há, ainda, a discriminação racial positiva que, já muito discutida no âmbito doutrinário e jurisprudencial, deu origem às ações afirmativas, a exemplo das cotas, que já tiveram sua constitucionalidade expressamente afirmada pelo Supremo Tribunal Federal.

Por fim, discute-se a existência de diversos tipos de racismo, dentre os quais é mister abordar ao menos os principais e mais discutidos.

O racismo enquanto concepção individualista é corrente que nega o problema macro e não concebe a sociedade como racista, mas afirma que há indivíduos racistas e que estes devem ser responsabilizados. É um pensamento confortável que, no entanto, encontra-se equivocado, pois deixa de explicar e de exigir mudanças efetivas.

Limitar o racismo às situações individuais e concretas é o que se chama de crítica que não incomoda, pois não muda as regras do jogo. Em que pese defendam a punição dos atos particulares que tenham teor racista, o status quo permanece inalterado.

O racismo como institucional é possível de ser visualizado tanto na estrutura dos órgãos públicos, considerando a proporção entre cidadãos brancos e pretos em cargos de poder, como também sob a perspectiva social, ao analisarmos as próprias instituições socialmente atribuídas, como, a título de ilustração, o elevador de serviço e a forma como ainda é utilizado em alguns condomínios.

O racismo estrutural, por fim, é mais complexo. Entende que a própria estrutura da sociedade se formou em base racista e que, portanto, certas condutas discriminatórias estão tão enraizadas, que por vezes são vistas como normais. O racismo acaba sendo “normalizado”, pois sua percepção exige esforço e mudanças profundas.

Diversos outros tipos de racismo são mencionados pelos estudiosos e aplicadores do Direito, como racismo ambiental e recreativo, sendo também conceitos importantes e que devem ser pesquisados.

2.2. Interseccionalidade

Por fim, conceito não menos importante diz respeito à interseccionalidade, sendo esta a combinação ou soma de fatores de discriminação.

Em outras palavras, é uma discriminação qualificada ou agravada, uma vez que ocasionada por mais de um critério.

O caso Alyne Pimentel ilustra o conceito.

No referido caso, o Estado brasileiro foi responsabilizado pela CEDAW por não prestar o atendimento médico adequado desde o início das complicações da gravidez de Alyne, mulher negra

e pobre. De acordo com o referido órgão, a ausência na prestação do serviço decorreu de atitude discriminatória.

A urgência da interseccionalidade é recorrente tema das obras de Kimberlé Crenshaw, das quais é possível extrair o seguinte: não há como discutir discriminação sem recorte de raça, gênero e classe social.

3. CONCLUSÃO

É fato que toda discriminação baseada em critério racial é cientificamente falsa, moralmente repudiável e juridicamente punível.

É necessário visualizar o âmbito jurídico sob a perspectiva da teoria crítica da raça, indicando o direito como espaço de disputa e trazendo o elemento da raça para o debate.

Considerando que não é porque existem raças que existe racismo, mas é porque existe racismo que existem raças, não é só recomendável, como é essencial, conforme mencionado, utilizar o direito como instrumento na luta antirracista, conferindo a adequada atenção e importância, também, ao tema da interseccionalidade.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICAS

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

CRENSHAW, Kimberlé. “Documento para o Encontro de Especialistas em Aspectos da Discriminação Racial Relativos ao Gênero”. Revista Estudos Feministas, v. 7, n. 12, p. 171-188, 2002. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/ref/v10n1/11636.pdf> Acesso em 10/06/2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Relatório Alyne da Silva Pimentel Teixeira (deceased) v. Brazil Tradução de Juliana Fontana Moyses. Comitê CEDAW, 2011.

RIOS, Roger Raupp; SILVA, Rodrigo da. Discriminação múltipla e discriminação interseccional: aportes do feminismo negro e do direito da antidiscriminação. Rev. Bras. Ciênc. Polít., 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/0103-335220151602>. Acesso em: 20 out. 2023

SCHIER, Paulo Ricardo. A hermenêutica constitucional: instrumentos para implementação de uma nova dogmática jurídica. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 86, n. 741, p. 38-57, jul. 1997

Concepções sobre a coisa julgada inconstitucional

Angélica Avila Franklin Mendes

Técnica Judiciária do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.

Resumo

Este artigo examina o conceito de coisa julgada e investiga a possibilidade de flexibilizar a res iudicata em casos em que uma sentença consolidada entre em desacordo com os preceitos constitucionais. O estudo explora diferentes perspectivas doutrinárias, com ênfase na visão de Paulo Otero, que diferencia decisões judiciais inexistentes e inconstitucionais para identificar situações em que a desconstituição de uma coisa julgada possa ser necessária. Otero sugere que, embora o princípio da segurança jurídica seja central, é possível – e em alguns casos imprescindível – contestar e invalidar decisões incompatíveis com a Constituição.

Palavras-Chave: Coisa julgada. Controle de constitucionalidade. Coisa julgada inconstitucional

Abstract

This article examines the concept of res judicata and explores the possibility of mitigating its effects in cases where a finalized judgment conflicts with constitutional principles. The study addresses various doctrinal perspectives, with a particular focus on Paulo Otero's view, which distinguishes between nonexistent and unconstitutional judicial decisions to identify cases where the annulment of res judicata may be necessary. Otero suggests that, although the principle of legal certainty is fundamental, it is possible—and in some cases essential—to challenge and nullify judgments that are inconsistent with the Constitution.

Keywords: Res Judicata. Constitutional Review. Unconstitutional Res Judicata

1. INTRODUÇÃO

O objeto de estudo do presente artigo consiste na análise do instituto da coisa julgada a fim de identificar a possibilidade de mitigação da *res iudicata*, quando a mesma acobertar uma sentença que seja incompatível com os preceitos constitucionais.

Para tanto, faz-se necessário analisar as diferentes concepções adotadas pela doutrina especializada, a fim de verificar a compatibilidade da superação da coisa julgada inconstitucional.

2. CONCEPÇÕES A RESPEITO DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

2.1. A concepção de Paulo Otero

O doutrinador português distingue entre decisões judiciais inexistentes e inconstitucionais, distinção essa fundamental para o presente estudo, haja vista que para o mesmo apenas estas serão aptas a formar a coisa julgada inconstitucional. Nesse sentido, afirma Paulo Otero que “Apenas as decisões judiciais com o mínimo de identificabilidade são passíveis de um juízo de inconstitucionalidade” [\[1\]](#)

, isto é, aquelas decisões proferidas por um juiz, no exercício de suas atribuições e, em conformidade com os requisitos formais e processuais mínimos.

Referido autor aponta três modalidades principais de inconstitucionalidade da coisa julgada, quais sejam: decisão judicial que viola, através de seu conteúdo, direta e imediatamente preceito ou princípio constitucional; decisão judicial que aplica uma norma inconstitucional; e, decisão judicial que não aplica determinada norma sob o pretexto de sua inconstitucionalidade^[2].

Diante disso, reconhece o mesmo que embora a inconstitucionalidade dessas decisões, em regra, passe pela aplicação de normas, há casos em que o conteúdo das decisões judiciais ofende direta e imediatamente a Constituição, sem a intermediação de qualquer norma.

Prosseguindo seu raciocínio, Paulo Otero pondera que nada obstante a importância do princípio da segurança jurídica no ordenamento jurídico português há situações em que será possível, senão indispensável, a impugnação e posterior desconstituição do caso julgado em desconformidade com a Constituição.

Nesta senda, sintetiza seu pensamento nos seguintes termos:

“A idéia de defesa da segurança e da certeza da ordem jurídica constituem princípios fundadores de uma solução tendente a limitar ou mesmo excluir a relevância da inconstitucionalidade como factor autónomo de destruição do caso julgado. No entanto, se o princípio da constitucionalidade determina a insusceptibilidade de qualquer acto normativo inconstitucional se consolidar na ordem jurídica, tal facto poderá fundamentar a possibilidade, senão mesmo a exigência, de destruição do caso julgado desconforme com a Constituição” ^[3].

Desta forma, observa-se que para o doutrinador português a imutabilidade da *res iudicata* não é princípio absoluto, havendo casos em que esta, assim como os princípios da certeza e segurança jurídica, deverá ceder ante a importância da ofensa à Constituição verificada no caso.

2.2. A concepção de Cândido Rangel Dinamarco

Para Dinamarco o processo deve desenvolver-se equilibrando adequadamente as exigências de celeridade, o que favorece a certeza das relações jurídicas, e da ponderação, destinada a produção de resultados justos. Diante disso, apresenta que a relação entre referidos valores ocorre nos seguintes termos:

“O processo civil deve ser realizado no menor tempo possível, para definir logo as relações existentes entre os litigantes e assim cumprir sua missão pacificadora; mas em sua realização ele deve também oferecer às partes meios adequados e eficientes para a busca de resultados favoráveis, segundo o direito e a justiça, além de exigir do juiz o integral e empenhado conhecimento dos elementos da causa, sem o que não poderá fazer justiça nem julgará bem. A síntese desse indispensável equilíbrio entre exigências conflitantes é: o processo deve ser realizado e produzir resultados

estáveis tão logo quanto possível, sem que com isso se impeça ou prejudique a justiça dos resultados que ele produzirá” [4].

Nessa perspectiva, ante a necessidade de equilibrar os valores de segurança e justiça, Cândido Dinamarco reconhece a relativização da coisa julgada “como valor inerente à ordem constitucional-processual”, haja vista ser indispensável à harmonização da *res iudicata*, que consagra os valores de certeza e segurança, com outros valores de igual ou maior grandeza que a mesma, por exemplo, a justiça da decisão[5].

Assim, verifica-se que a relativização da coisa julgada ocorre por meio de uma ponderação de valores, momento no qual os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade deverão atuar como condicionantes da imunização dos julgados pela autoridade da coisa julgada material. Ademais, destaca-se que deverá ser observado no momento em que for realizada a mencionada ponderação de valores, o seguinte: a moralidade administrativa; o imperativo constitucional do justo valor das indenizações em desapropriação imobiliária; o zelo pela cidadania e direitos do homem; a fraude e o erro grosseiro; a garantia constitucional do meio ambiente ecologicamente equilibrado; a garantia constitucional do acesso à ordem jurídica justa; bem como, por fim, o caráter excepcional da disposição a flexibilizar a autoridade da coisa julgada[6].

No que tange aos remédios constitucionais adequados para impugnar a coisa julgada inconstitucional, Dinamarco, seguindo as lições de Pontes de Miranda, propõe a utilização de três meios, quais sejam, a propositura se nova demanda igual à primeira, desconsiderada a coisa julgada; a resistência à execução, por meio de embargos a ela ou mediante alegações incidentes ao próprio processo executivo; e, a alegação *incidenter tantum* em algum outro processo, inclusive, em peças defensivas[7].

2.3. A concepção de Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria

Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria reconhecem em seus estudos que a segurança, como valor inerente a coisa julgada, bem como a sua intangibilidade são dotados de relatividade, uma vez que no âmbito do direito nenhum princípio, inclusive de ordem constitucional pode ser dotado de caráter absoluto.

Nesta ordem de idéias, afirmam que a coisa julgada será intangível apenas quando estiver em conformidade com a Constituição, caso contrário deverá ser reconhecida a coisa julgada inconstitucional.

De acordo com referidos autores a garantia jurídica de que se vale a Constituição Federal decorre de um princípio que é caro ao Estado de Direito, qual seja, o princípio da constitucionalidade ou da

supremacia da Constituição. Princípio este que “é consequência direta da força normativa e vinculativa da Constituição enquanto Lei Fundamental da ordem jurídica e pode ser enunciado a partir do contraposto da inconstitucionalidade (...)” [\[8\]](#).

Afirmam os autores que todos os poderes e órgãos do Estado, em razão desse princípio, estão submetidos às normas e princípios hierarquicamente superiores da Constituição, sob pena de, caso os infringjam, ser o ato declarado inconstitucional e, por conseguinte, ser invalidado.

Nessa perspectiva, destacam que a idéia de que a decisão judicial somente poderia ser submetida ao controle de constitucionalidade por meio da utilização de recursos, ou esgotada sua possibilidade, após o trânsito em julgado da decisão, no prazo de dois anos e se presentes uma das hipóteses aptas a ensejar a propositura da ação rescisória, sobretudo no caso do art. 485, V, do CPC (referência ao CPC de 1973) – violar literal disposição de lei – é equivocada. Isto porque, conforme expõem:

“A coisa julgada não pode suplantiar a lei, em tema de inconstitucionalidade, sob pena de transformá-la em um instituto mais elevado e importante que a lei e a própria Constituição. Se a lei não é imune, qualquer que seja o tempo decorrido desde a sua entrada em vigor, aos efeitos negativos da inconstitucionalidade, por que o seria a coisa julgada?” [\[9\]](#).

Assim, ressaltam, mais uma vez, o caráter relativo da segurança jurídica, que deverá ceder diante da ponderação com valores mais significativos numa sociedade regida pela ordem constitucional democrática de direito. Pois somente diante da declaração de nulidade dos atos contrários a Constituição, mesmo após a formação da coisa julgada, será realmente assegurada a supremacia da Constituição [\[10\]](#).

Explicitando, ainda mais, seu entendimento, afirmam:

“Sob esse aspecto, inegável é que a coisa julgada contrária à Constituição, ou seja, a coisa julgada inconstitucional, autoriza a relativização do princípio da intangibilidade, como instrumento hábil a garantir a integridade e a Supremacia da Constituição Federal e a própria segurança jurídica. Destarte, não apenas por razões de justiça, mas também de segurança jurídica justifica-se um controle de constitucionalidade da coisa julgada e sua relativização na hipótese em que constatado o vício da constitucionalidade” [\[11\]](#).

Admitindo ser a relativização da coisa julgada possível, ainda que excepcional, apontam os autores os instrumentos suficientes para impugnar a coisa julgada dita inconstitucional.

Inicialmente indicam a utilização da ação rescisória quando observados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade estiverem sendo malferidos valores e garantias que igualmente merecem tutela. Ressalvando que, em matéria constitucional tal arguição prescindiria da própria ação rescisória, podendo, nos termos da legislação processual ser veiculada em sede de embargos à execução ou de impugnação ao cumprimento de sentença.

Ressaltando a amplitude em que deve ser alegada, reconhecida e afastada a coisa julgada inconstitucional, Theodoro Jr. e Juliana Cordeiro manifestam que:

“A decisão judicial transitada em julgado desconforme à Constituição padece do vício da inconstitucionalidade que, nos mais diversos ordenamentos jurídicos, lhe impõe a nulidade. Ou seja, a coisa julgada inconstitucional é nula e, como tal, não se sujeita a prazos prescricionais ou decadenciais. Ora no sistema das nulidades, os atos judiciais nulos independem de rescisória para a eliminação do vício respectivo. Destarte, pode ‘a qualquer tempo ser declarada nula, em ação com esse objetivo, ou em embargos à execução’. (...) Os Tribunais, com efeito, não podem se furtar de, até mesmo de ofício, reconhecer a inconstitucionalidade da coisa julgada, o que pode ser dar a qualquer tempo, seja em ação rescisória (não sujeita a prazo), em ação declaratória de nulidade ou em embargos à execução” [\[12\]](#).

Por fim, ponderam que tratando-se de nulidade *ipso iure*, nem a *res iudicata* poderá superá-la de modo que não sendo cabíveis a utilização dos embargos à execução e da impugnação ao cumprimento de sentença, em razão da limitação imposta pela Lei n. 11.232/05, da necessidade de declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal da lei ou ato normativo sobre o qual a sentença se fundamenta, seja em controle difuso ou concentrado, poderá a parte interessada valer-se da ação declaratória de nulidade ou a querella nullitatis, quando não mais for possível ajuizar ação rescisória, em virtude de ter se esgotado o prazo decadencial que o Código de Processo Civil impõe.

2.4. A concepção de José Augusto Delgado

José Augusto Delgado em seus estudos a respeito da coisa julgada, inicialmente ressalta a necessidade de a sentença observar os princípios constitucionais, sobretudo da legalidade e da moralidade, para ser considerada constitucional. Termos em que aduz o que segue:

“O Estado, em sua dimensão ética, não protege a sentença judicial, mesmo transitada em julgado, que bate de frente, com os princípios da moralidade e da legalidade, que espelhe única e exclusivamente vontade pessoal do julgador e que vá de encontro à realidade dos fatos. A moralidade está ínsita em cada regra posta na Constituição e em qualquer mensagem de cunho ordinário ou regulamentar. Ela é comando com força maior e de cunho imperativo, reinando de modo absoluto sobre qualquer outro princípio, até mesmo sobre o da coisa julgada” [\[13\]](#).

Reconhecendo a possibilidade de relativização da coisa julgada, pondera o autor que conquanto a segurança jurídica deva ser imposta, a mesma deverá ceder quando princípios de maior hierarquia forem violados pela sentença já acobertada pela autoridade da coisa julgada, devendo prevalecer diante disso o sentimento do justo e da confiabilidade nas instituições.

Dessa forma, ressalta que a sentença não pode violar as regras impostas na Constituição, sobrepondo-se a esta, nem mesmo ir de encontro “aos caminhos da natureza”, sendo mantida a decisão que determina, por exemplo, que alguém se seja filho de outrem, quando a ciência, por meio do exame de DNA, demonstra de forma indubitosa que não há vínculo de paternidade/filiação entre ambos.

Após expor uma amplíssima lista exemplificativa de casos em que a sentença prolatada caracteriza-se como injusta, ofensiva aos princípios da moralidade e da legalidade e atentatória à Constituição, na qual inclui as sentenças expedidas sem que o demandado tenha sido citado com as garantias legais, aquelas baseadas em fatos falsos depositados durante o curso da lide, entre outras, o autor

afirma que essas sentenças nunca terão força de coisa julgada. Bem como que as mesmas “poderão a qualquer tempo, ser desconstituída, porque praticam agressão ao regime democrático no seu âmago mais consistente que é a garantia da moralidade, da legalidade, do respeito à Constituição e da entrega da justiça” [\[14\]](#).

No mais, no que tange à possibilidade de revisão da coisa julgada inconstitucional, manifesta-se em sentido afirmativo, sustentando a revisão da mesma em qualquer tempo, quando estiver eivada de vícios graves que alterem o estado natural das coisas ou produza prejuízos significativos, não amparado pelo direito, para uma das partes.

Por fim, defende José Augusto Delgado que a segurança jurídica, decorrente da coisa julgada, encontra-se atrelada aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, podendo ser relativizada para garantir princípios constitucionais indispensáveis para a manutenção do regime democrático. Nesse sentido afirma:

“a sentença transitada em julgado pode ser revista, além do prazo para rescisória, quando a injustiça nela contida for de alcance que afronte a estrutura do regime democrático por conter apologia da quebra da imoralidade, da ilegalidade, do respeito à Constituição Federal e às regras da natureza” [\[15\]](#).

2.5. A concepção de Carlos Valder do Nascimento

Inicialmente observa-se que para Carlos Valder do Nascimento, a coisa julgada em sua essência não emerge do direito constitucional, embora este por meio do art. 5º, XXXVI, preserve sua integridade, impedindo que lei superveniente modifique seu conteúdo, é no âmbito infraconstitucional – Código de Processo Civil – que estão traçadas as regras a respeito da *res iudicata*.

Nesta senda, sendo a coisa julgada de índole jurídico-processual sua intangibilidade poderá ser questionada, ainda que excepcionalmente, caso em que segundo o mesmo estar-se-ia operando no campo da nulidade, de modo que “nula é a sentença desconforme com os cânones constitucionais, o que desmistifica a imutabilidade da *res iudicata*” [\[16\]](#).

Carlos Valder, em consonância com Pontes de Miranda, acolhe a tese segundo a qual, não há princípio constitucional que seja absoluto, razão pela qual verifica que o princípio da inafastabilidade da coisa julgada pode ser relativizado diante de outros valores que lhe sejam superiores.

Ressaltando o até aqui exposto, o ilustre doutrinador afirma:

“(…) nula é a sentença que não se adequa ao princípio da constitucionalidade, porquanto impregnada de carga lesiva à ordem jurídica. Impõe-se desse modo, sua eliminação do universo processual com vistas a restabelecer o primado da legalidade. Assim, não havendo possibilidade de sua substituição no mundo dos fatos e das idéias, deve ser decretada sua irremediável nulidade. Os mecanismos de manuseio da revisão criminal e da rescisória, operando em perfeita harmonia com a processualística vigente, demonstram de modo insofismável, o acerto do ponto de vista aqui expendido” [\[17\]](#).

Ademais, salienta o ilustre autor que há simetria entre segurança e justiça, de modo que o conflito comumente apontado entre tais valores é tão somente aparente, sendo, diante disso, inadmissível fundamentar a impossibilidade de impugnação da coisa julgada inconstitucional com base na preservação da segurança jurídica. Isto porque a manutenção da mesma pode, por vezes, trazer maior insegurança, ao tornar imutável conteúdo (decisão) que vai de encontro a princípios basilares do nosso ordenamento jurídico, princípios estes que fundamentam a preservação do Estado Democrático de Direito, ao invés de proporcionar segurança propriamente dita para as relações.

Diante disso, defende a possibilidade, ainda que excepcional, de relativização da coisa julgada, quando esta recair sobre sentença inconstitucional

Nessa perspectiva, Carlos Valder do Nascimento destaca que:

“Transparece dissonante, nessa linha invocar-se a segurança jurídica para acolher a tese de que a coisa julgada faz do preto branco, ao se querer impingir-lhe o caráter de absolutividade de que não é revestida. Os princípios da moralidade, da justiça e da equidade devem ser realçados como apanágio de uma sociedade civilizada, de modo a realçar seu degrau de superioridade em confronto com os demais que povoam o ordenamento jurídico” [\[18\]](#).

Após reconhecer que a coisa julgada pode ser desconstituída quando a sentença não atentar para os comandos imperativos constitucionais, haja a vista a necessidade de adequá-la ao plano do justo, aponta o autor os instrumentos processuais aptos a realizar o controle da decisão inconstitucional após a formação da coisa julgada. Ressaltando, desde logo o autor que, os prazos prescricionais e decadenciais devem ser afastados na persecução desconstitutiva da coisa julgada inconstitucional.

Tratando dos mecanismos pertinentes para impugnar a coisa julgada inconstitucional, salienta o autor que a utilização da ação rescisória apesar de possível, não parece ser a melhor alternativa, visto que a mesma encontra limitação material, uma vez que somente poderá ser ajuizada dentro do prazo legal de dois anos após o trânsito em julgado da decisão, de modo que esgotado referido prazo, a mesma não será mais uma alternativa viável [\[19\]](#).

Ademais, em outra passagem de sua obra, de forma conclusiva, pondera o autor que em razão de ser a sentença inconstitucional nula, conforme doutrina majoritária no Brasil, “contra ela não cabe ação rescisória, por incabível lançar-se mão nos recursos previstos na legislação processual” [\[20\]](#).

Ante a inadequação da utilização da ação rescisória ou de sua impossibilidade (findo o prazo de dois anos), sugere que a sentença inconstitucional sobre a qual recai a autoridade da coisa julgada seja impugnada, independente do lapso temporal transcorrido, pela ação declaratória de nulidade da sentença (*querela nulitatis*), tendo em vista que a sentença inconstitucional “não perfaz a relação processual, em face do grave vício que a contaminou, inviabilizando, assim, seu trânsito em julgado”. Objetivando-se, assim, por meio da *querela nulitatis* a anulação da sentença de mérito que

fez coisa julgada inconstitucional.

A respeito aduz:

“A querela nulitatis foi concebida com o escopo de atacar a imutabilidade da sentença convertida em res iudicata, sob o fundamento, consoante Moacyr Amaral Santos, de achar-se contaminada de vício que a inquinasse de nulidade, visando a um iudicium rescindens. Este, uma vez obtido, ficava o querelante na situação de poder colher uma nova decisão sobre o mérito da causa. A decisão judicial impugnada de injustiça, desse modo, posta contra expressa disposição constitucional, não pode prevalecer. Nesse caso, configurando o julgado nulo de pleno direito, tem cabimento a ação própria no sentido de promover sua modificação, com vistas a restaurar o direito ofendido. Contradiz a lógica do ordenamento jurídico a sentença que indo de encontro à Constituição, prejudica uma das partes da relação jurídico-processual.” [\[21\]](#)

Acrescenta como instrumento apto para desconstituir o título sentencial eivado de nulidade os embargos à execução, por meio do qual a parte interessada poderá opor resistência ao processo executório, isso “independente de pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, quer em sede de juízo concentrado ou difuso” [\[22\]](#), reconhecendo que não há vínculo entre a decisão do Supremo e a sentença definitiva.

Por fim, conquanto menos indicado, o autor não descarta a utilização da exceção de pré-executividade para impugnar a coisa julgada inconstitucional, sobretudo nos casos em que houver a impossibilidade de segurar o juízo.

2.6. A concepção de Ivo Dantas

Para Ivo Dantas, a coisa julgada encontra respaldo constitucional, sendo que os conceitos legais que a constituem são encontrados na Lei de Introdução ao Código Civil.

De acordo com este autor a coisa julgada inconstitucional não existe, isso porque declarada a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo este seria inexistente, e a coisa julgada não poderia se formar a partir de algo inexistente.

Afirmando as razões de seu posicionamento no sentido da necessidade de declaração de inexistência da sentença inconstitucional, justamente para consagrar a segurança jurídica de todos em face do Estado, aduz:

“A nós não convence o fato de que o elemento Tempo (...) seja suficiente para que permaneça intocável uma sentença inconstitucional, como se aquele tivesse o condão de corrigir a inexistência desta, razão pela qual entendemos que a sua correção (via novo pronunciamento judicial) em nada prejudicará o instituto da Segurança Jurídica, pois esta só poderá ser homenageada quando calcada na Constituição que, na condição de Lei Maior, torna impréstável toda Lei ou Ato (...) desconformes com seu ditame” [\[23\]](#).

Nessa perspectiva, observa que diante da coisa julgada inconstitucional – expressão utilizada, segundo o autor, em sentido mais retórico que teórico, ante a contradição que a mesma representa – não há que se falar em relativização ou flexibilização da mesma. Assim, os meios processuais utilizados para sua impugnação terão por fim apenas reconhecer, “através de novo pronunciamento, que a decisão rescindenda, juridicamente, nunca existiu, por estar calcada em

Inconstitucionalidade” [\[24\]](#).

Pondera o autor, então, que o ordenamento jurídico brasileiro aponta três caminhos para a correção da coisa julgada inconstitucional. São eles: ação rescisória, mandado de segurança e a ação declaratória de nulidade absoluta da sentença.

Ivo Dantas defende o cabimento da ação rescisória nas hipóteses em lei ou ato normativo violar preceito constitucional, e haja decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal a respeito da inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, em sede de controle concentrado ou difuso.

Entretanto, nesses casos a ação rescisória não teria que se submeter ao prazo decadencial de dois anos fixado no CPC, justamente porque, nas palavras do autor, “(...) em se tratando de coisa julgada inconstitucional, o atentado à Constituição poderá ser invocado a qualquer momento e em qualquer instância ou Tribunal, pois se trata de decisão inexistente, por estar calcada em lei inconstitucional” [\[25\]](#).

Ademais, propõe o autor a ampliação das hipóteses de cabimento da ação rescisória, que não deveria limitar-se a aspectos formais do processo, devendo, na verdade valorizar a Constituição e a posição que esta ocupa em nosso ordenamento jurídico de norma suprema.

Como segundo mecanismo para atacar a coisa julgada inconstitucional indica o mandado de segurança, afirmando que enquanto não reconhecida a inexistência da sentença ou do acórdão em razão da inconstitucionalidade, ambos continuam figurando como ato ou decisão judicial [\[26\]](#).

Salienta o autor, na defesa da utilização do mandado de segurança para afastar a coisa julgada inconstitucional, já que as limitações constantes no inciso II, do art. 5º, da Lei n. 1.533/51, não foram recepcionadas pela Constituição de 1988. Isso porque, o princípio da universalidade da jurisdição, consagrado no inciso XXXV, art. 5º, da CF/88, não impõe nenhuma restrição à busca de um pronunciamento judicial, o mesmo ocorrendo nas regras constitucionais do *mandamus*. Ademais, verifica-se que quando a Constituição pretendeu estabelecer limites ou exceções aos direitos e garantias listados em seu art. 5º, o fez de forma explícita, não cabendo ao legislador ordinário prever quaisquer limitações, sob pena de serem inconstitucionais.

Por fim, no que tange, ao cabimento do mandado de segurança, o autor considera que o prazo fixado pela Lei n. 1.533/51 para a interposição do mesmo (120 dias) não foi recepcionado pela Constituição vigente, estado, por isso, automaticamente revogado.

Nos casos em que a parte encontrar óbices na utilização da ação rescisória e do mandado de segurança, poderá a mesma, se valer, ainda, da ação declaratória de nulidade absoluta da sentença.

Observa o autor que por vezes a doutrina e os tribunais limitam-se a admitir o uso da ação declaratória de nulidade absoluta da sentença quando se trata de matéria infraconstitucional, excluindo sua aplicação para impugnar a coisa julgada inconstitucional. O que para Ivo Dantas é um disparate.

Diante disso, tece as seguintes considerações:

“O que não entendemos, não aceitamos, é que se admita todo o desmoronamento do sistema jurídico, como consequência do descumprimento da Constituição, após este ter sido reconhecido, por decisão definitiva em controle concentrado ou difuso, pelo órgão maior encarregado da Guarda da Constituição Federal, ou seja, o Supremo Tribunal Federal. (...) a relação jurídica ou decisão judicial fundamentada em norma inconstitucional, assim reconhecida por decisão posterior do STF, é relação jurídica ou decisão judicial inexistente, que não se curva ou se modifica nem mesmo frente à coisa julgada, a qual não traz em si o condão de sanar sua inexistência”
[\[27\]](#).

No que tange a alteração introduzida no art. 741, parágrafo único, ainda no CPC de 1973, pela Medida Provisória nº 2.180-35/01, que traz a possibilidade de impugnar a coisa julgada inconstitucional por meio dos embargos à execução, Ivo Dantas, entende que embora consagrando o entendimento por ele defendido no sentido de as decisões das instâncias inferiores guardarem compatibilidade com as decisões do Supremo para, assim, resguardar os preceitos constitucionais, a MP em questão merece críticas por tratar-se de uma legislação casuística, isto é, criada para um caso em especial.

2.7. A concepção de Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina

De acordo com Teresa Arruda Alvim e José Miguel Garcia a ausência das condições da ação torna a sentença inexistente, de modo que sendo inexistente a ação, não será possível afirmar que as partes interessadas exerceram seu direito de ação, na verdade terá havido mero exercício do direito de petição, assegurado nos incisos XXXIV e XXXV da Constituição Federal.

Sendo assim, haveria que se falar em sentença existente se presentes as condições da ação, ou estando ao menos uma delas ausentes, fosse pronunciada tal ausência. Casos estes em que haveria, inclusive, formação da coisa julgada a impedir a repropositura da mesma demanda, sendo esta autorizada apenas se e quando fossem suficientemente sanados os vícios existentes[\[28\]](#).

Nessa perspectiva, afirmam que as sentenças inconstitucionais são sentenças que não transitam em julgado, justamente, porque as mesmas foram proferidas em processos instaurados por meio de mero exercício de direito de petição, não havendo que se falar em direito de ação ante a falta de possibilidade jurídica do pedido. E, por conseguinte, não transitando em julgado não há que recair sobre as sentenças inexistentes a autoridade da coisa julgada.

Tratando-se de sentença inexistente não haveria que se falar em desconstituição da mesma, contexto em que afirmam:

“Assim, de fato, o manejo da ação rescisória, neste caso, apesar da letra da lei é prescindível. Na verdade, já que se trata de sentença juridicamente inexistente, que não tem aptidão para transitar em julgado, nada há de desconstituir-se. Há, isto sim, única e exclusivamente uma situação de inexistência jurídica a declarar-se, por meio de ação que não fica sujeita a um lapso temporal pré-definido para ser movida” [\[29\]](#).

Observa-se assim, que na concepção desses autores a declaração de inconstitucionalidade proferida em ação direta declara a inexistência da lei ou ato normativo como se o mesmo jamais tivesse integrado o sistema jurídico positivo brasileiro, concepção esta minoritária em nosso ordenamento, haja vista que prevalece que a lei declarada inconstitucional é nula de pleno direito, tendo eficácia retroativa, em regra [\[30\]](#).

Assim, diante de lei inexistente, como já colacionado, apontam ser dispensável a utilização da ação rescisória, posto que não há o que ser rescindido, já que a própria sentença inexistente. Dessa forma, propõem que a parte interessada, sem a necessidade de se submeter ao prazo de dois anos previsto no CPC, intente ação de natureza declaratória, para obter maior segurança jurídica em sua situação, ressaltando que há interesse de agir da parte, uma vez que tal declaração lhe será útil, ao tornar o assunto indiscutível, recaindo sobre o mesmo a autoridade da coisa julgada [\[31\]](#).

No que tange aos embargos à execução, veiculado ainda no CPC de 1973, que considera inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal, registram os autores que ante a inexistência da sentença, não haverá que se falar em rescindibilidade da mesma. Diante disso, o intuito dos embargos à execução será a declaração de nulidade ou a desconstituição do ato ao qual a norma atribuiu eficácia de título executivo.

Nesse sentido, esclarecem:

“Não se trata, segundo o que nos parece, de atribuir aos embargos à execução função ‘rescindente’, já que, rigorosamente, em casos assim, nada haverá a rescindir-se, pois decisão que se baseia em ‘lei que não era lei’ (porque incompatível com a Constituição Federal) não terá transitado em julgado porque, em princípio, terá faltado à ação uma de suas condições: a possibilidade jurídica do pedido. (...) Os embargos à execução, assim, nada mais são que ação movida pelo executado contra o exequente, via de regra com o objetivo de declarar a nulidade ou desconstituir o ato ao qual a norma atribuiu eficácia de título executivo” [\[32\]](#).

Por fim, registram que, ante a ausência de título executivo, o juiz deveria se pronunciar de ofício, indeferindo a petição inicial. E, não tendo sido indeferida a inicial espontaneamente pelo magistrado, poderia a parte interessada provocar o mesmo a tanto, através do manejo da exceção de pré-executividade.

3. CONCLUSÃO

A partir do exame dos diferentes posicionamentos doutrinários acerca da matéria, denota-se que a doutrina especializada, como regra, confere notável importância à coisa julgada e à segurança jurídica dela decorrente, contudo, vislumbra a possibilidade de desconstituição da coisa julgada em hipóteses excepcionais.

Tais hipóteses, cujo exame pormenorizado ultrapassa os limites propostos ao presente artigo, relacionam-se à declaração de inconstitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal, da norma que ensejou a prolação da sentença acobertada pela coisa julgada.

Assim, conclui-se que, inobstante a alta carga axiológica do valor segurança jurídica, é viável a mitigação da *res iudicata*, quando a mesma acobertar uma sentença que seja incompatível com os preceitos constitucionais.

BIBLIOGRAFIA

DANTAS, Ivo. Coisa julgada inconstitucional: declaração judicial de inexistência. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (Org.). *Coisa Julgada Inconstitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

DELGADO, José Augusto. *Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais*. Revista Virtual da AGU. Ano II, nº 06, de janeiro de 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Relativizar a Coisa Julgada Material*. In: Revista virtual da AGU, Ano II, nº 07, de fevereiro de 2001. p. 1. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=104463&ordenacao=1&id_site=1115>. Acesso em: 20 out. 2011.

NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Por uma teoria da coisa julgada inconstitucional*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (Org.). *Coisa julgada inconstitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

OTERO, Paulo. Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional. Lisboa: Lex 1993.

SIQUEIRA, Pedro Eduardo Pinheiro Antunes de. *A coisa Julgada Inconstitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 98.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. Reflexões sobre o princípio da intangibilidade da coisa julgada e sua relativização. In:

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada. Hipóteses de relativização*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2003.

[1] OTERO, Paulo. Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional. Lisboa: Lex 1993, p. 64. (*apud* NASCIMENTO, Carlos Valder do; THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. *Coisa Julgada Inconstitucional: a questão da segurança jurídica*. Belo Horizonte: Fórum, 2001. p. 42).

[2] SIQUEIRA, Pedro Eduardo Pinheiro Antunes de. *A coisa Julgada Inconstitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 98.

[3] OTERO, Paulo. Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional. Lisboa: Lex 1993, p. 93. *Apud* NASCIMENTO, Carlos Valder do; THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. *Coisa Julgada Inconstitucional: a questão da segurança jurídica*. Belo Horizonte: Fórum, 2001. p. 43.

[4] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Relativizar a Coisa Julgada Material*. In: Revista virtual da AGU, Ano II, nº 07, de fevereiro de 2001. p. 1. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=104463&ordenacao=1&id_site=1115>. Acesso em: 20 out. 2011.

[5] *Ibid.* p. 10.

[6] *Ibid.* p. 11.

[7] *Ibid.* p. 19-20.

[8] THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. Reflexões sobre o princípio da intangibilidade da coisa julgada e sua relativização. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (Org.). *Coisa julgada inconstitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 178.

[9] THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. Reflexões sobre o princípio da intangibilidade da coisa julgada e sua relativização. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (Org.). *Coisa julgada inconstitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 179-180.

[10] Em outras palavras salientam: “O princípio da Supremacia da Constituição se sobrepõe a todos os demais, razão pela qual a qualquer tempo possível será retirar a validade de um ato a ela contrário, ainda que se trate de decisão judicial sob o manto da *res iudicata*” (*Ibid.* p. 185).

[11] *Ibid.* p. 181.

[12] THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. Reflexões sobre o princípio da intangibilidade da coisa julgada e sua relativização. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (Org.). *Coisa julgada inconstitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 188-189.

[13] DELGADO, José Augusto. *Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais*. Revista Virtual da AGU. Ano II, nº 06, de janeiro de 2001. p. 3. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=104464&id_site=1115&ordenacao=1>. Acesso em: 21 out. 2011.

[14] DELGADO, José Augusto. *Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais*. Revista Virtual da AGU. Ano II, nº 06, de janeiro de 2001. p. 3. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=104464&id_site=1115&ordenacao=1>. Acesso em: 21 out. 2011. p. 16.

[15] *Ibid.* p. 22.

[16] NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Por uma teoria da coisa julgada inconstitucional*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. p. 52.

[17] *Ibid.* p. 53.

[18] NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Por uma teoria da coisa julgada inconstitucional*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. p. 120.

[19] “O manejo da rescisória, com vistas ao enfrentamento da coisa julgada inconstitucional, não transparece ser a melhor solução para o caso. Uma, porque seu alcance não permite colher o efeito desejado, diante das hipóteses possíveis de sua utilização. Duas, porque encontraria obstáculo intransponível no plano do direito material, pelo fenômeno da preclusão ou, como na terminologia do processo, da decadência. Ultrapassada a possibilidade de recorrer-se à rescisória ou determinadas situações, tem-se por exequível lançar-se mão do ajuizamento de uma ação autônoma, tendo como causa de pedir a desconstituição da coisa julgada inconstitucional. Razoável supor que a postulação devesse ser instruída, tendo como parâmetros princípios aplicáveis a espécie, como, por exemplo, o da razoabilidade e de proporcionalidade”. (*Ibid.* p. 10).

[20] NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Por uma teoria da coisa julgada inconstitucional*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. p. 166.

[21] *Ibid.* p. 171.

[22] NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Por uma teoria da coisa julgada inconstitucional*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. p. 193.

[23] DANTAS, Ivo. Coisa julgada inconstitucional: declaração judicial de inexistência. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (Org.). *Coisa Julgada Inconstitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 262.

[24] DANTAS, Ivo. Coisa julgada inconstitucional: declaração judicial de inexistência. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (Org.). *Coisa Julgada Inconstitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 285.

[25] *Ibid.* p. 267.

[26] DANTAS, Ivo. Coisa julgada inconstitucional: declaração judicial de inexistência. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (Org.). *Coisa Julgada Inconstitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 268.

[27] DANTAS, Ivo. Coisa julgada inconstitucional: declaração judicial de inexistência. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (Org.). *Coisa Julgada Inconstitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 278.

[28] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada. Hipóteses de relativização*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2003. p. 31-32.

[29] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada. Hipóteses de relativização*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2003. p. 39.

[30] Num dos trechos em que explicitam seu posicionamento, afirmam: “Não nos parece que à norma declarada inconstitucional por Ação declaratória de inconstitucionalidade deva tentar qualificar-se como sendo ‘nula’ ou ‘anulável’. Declarada inconstitucional a norma jurídica, e tendo a decisão efeitos *ex tunc*, pensamos dever-se considerar como se a lei nunca tivesse existido. Na verdade, o ordenamento jurídico brasileiro ‘só aceita’ normas ompatíveis com a Constituição Federal” (*Ibid.* p. 46).

[31] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada. Hipóteses de relativização*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2003. p. 43.

[32] *Ibid.* p. 73.