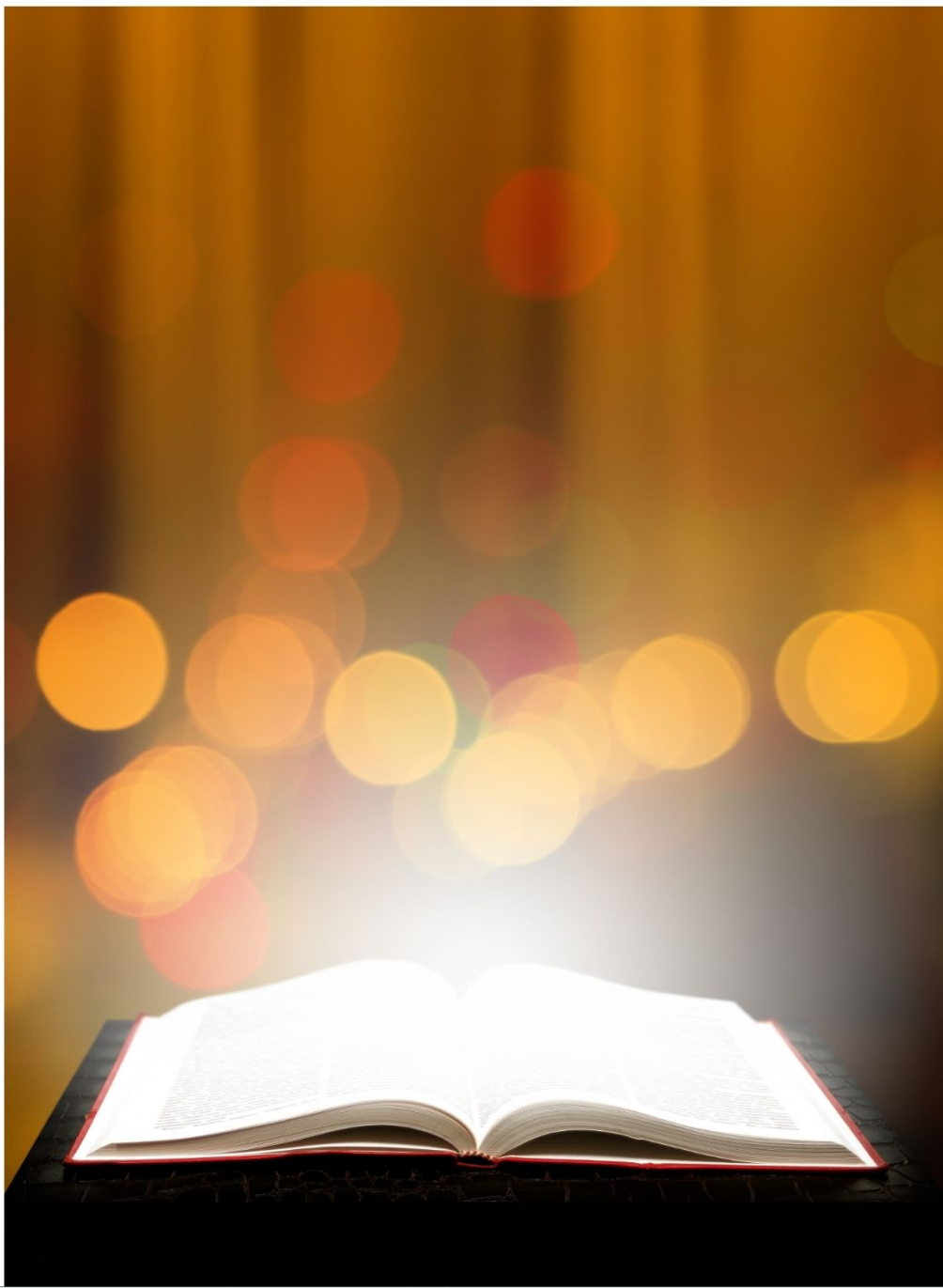






APRESENTAÇÃO

A *Revista GuedesJus*, fundada em 1º de maio de 2023, em Joinville-SC, é uma publicação de periodicidade semestral. Nasceu com o propósito de ser veículo de divulgação científica e acadêmica da ciência jurídica.

Sob a coordenação de Eliézer Guedes de Oliveira Junior, Mestre em Estudos Jurídicos pela Must University (Florida, EUA), a revista é guiada por um compromisso com a qualidade e a seriedade acadêmica. Eliézer 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 GuedesJus* se destina a profissionais, acadêmicos e pesquisadores interessados em aprofundar o estudo no direito.

Desejamos a todos uma leitura enriquecedora!

Thais Tayane Carvalho Guedes
Editora Chefe

Revista GuedesJus

Responsável: 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

Conselho Editorial
Abimael Francisco de Carvalho Silva, Carlos Renê Magalhães
Mascarenhas, Eliézer Guedes de Oliveira Junior, Kaiann
Barentin, Mariana Mostagi Aranda e Thais Tayane Carvalho Guedes.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Santa Catarina. Revista GuedesJus.
Revista GuedesJus, Vol. 1 n. 1 - Joinville-SC, 2024.

Bibliografia.
Vários colaboradores.

1. Publicações em série. Periódicos. I. Título.
CDU-05.

ÍNDICE

ARTIGO 1 5

CONCEPÇÕES SOBRE A COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL
[Angélica Avila Franklin Mendes](#)

ARTIGO 2 23

UMA ANÁLISE INICIAL ACERCA DOS DIVERSOS CONCEITOS QUE
PERMEIAM O DIREITO ANTIDISCRIMINATÓRIO
[Sílvia Missano Costa](#)

ARTIGO 3 30

OS LIMITES DA COISA JULGADA COLETIVA E A
INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 16 DA LEI Nº 7.347/1985
[Rodney Martins Farias](#)

ARTIGO 4 39

O PAPEL CONTRAMAJORITÁRIO DO PODER JUDICIÁRIO EM
ASSEGURAR DIREITOS FUNDAMENTAIS AOS POVOS INDÍGENAS
[Daniel de Jesus Santana](#)

ARTIGO 5 49

A EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO E A
CONSAGRAÇÃO DA TEORIA DA DUPLA GARANTIA NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO
[Thyara Kahena Sotero Alves Passos](#)

ARTIGO 6 60

O LIBERALISMO POLÍTICO E O DIREITO FUNDAMENTAL À IGUALDADE
[Sara Coelho da Silva](#)

A FALÊNCIA DO MODELO TRADICIONAL DE JUSTIÇA E A DIFUSÃO
GLOBAL DO PARADIGMA RESTAURATIVO

Isabella Bastos Emmerick

Revista GuedesJus, ISSN (a emitir). Edição 1. Ano: 2024.

Submissão em: 15/01/2024

Aprovação em: 25/01/2024

Publicado em: 25/01/2024

Disponível em: <https://revista.guedesjus.com.br/artigo/125/>

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 iudicata 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 iudicata 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 fundamentadores 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 infrinjam, 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 contitucionalidade 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 suplantar 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 trânta 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 imprestável 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, ressalvando 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.

Revista GuedesJus, ISSN (a emitir). Edição 1. Ano: 2024.

Submissão em: 15/01/2024

Aprovação em: 25/01/2024

Publicado em: 25/01/2024

Disponível em: <https://revista.guedesjus.com.br/artigo/126/>

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 Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/ref/v10n1/11636.pdf> Acesso em 10/06/2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Relatório Alynne 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. Cie?nc. 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

Revista GuedesJus, ISSN (a emitir). Edição 1. Ano: 2024.

Submissão em: 15/01/2024

Aprovação em: 25/01/2024

Publicado em: 25/01/2024

Disponível em: <https://revista.guedesjus.com.br/artigo/128/>

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 infralegal 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 de 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 ripristinada 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.

Revista GuedesJus, ISSN (a emitir). Edição 1. Ano: 2024.

Submissão em: 15/01/2024

Aprovação em: 25/01/2024

Publicado em: 25/01/2024

Disponível em: <https://revista.guedesjus.com.br/artigo/129/>

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 tratando 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.

Revista GuedesJus, ISSN (a emitir). Edição 1. Ano: 2024.

Submissão em: 15/01/2024

Aprovação em: 25/01/2024

Publicado em: 25/01/2024

Disponível em: <https://revista.guedesjus.com.br/artigo/130/>

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 nexa, 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

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.

Revista GuedesJus, ISSN (a emitir). Edição 1. Ano: 2024.

Submissão em: 15/01/2024

Aprovação em: 25/01/2024

Publicado em: 25/01/2024

Disponível em: <https://revista.guedesjus.com.br/artigo/131/>

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 afirme 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 pressupostos 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

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, me que de 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 aprez, 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.

Revista GuedesJus, ISSN (a emitir). Edição 1. Ano: 2024.

Submissão em: 15/01/2024

Aprovação em: 25/01/2024

Publicado em: 25/01/2024

Disponível em: <https://revista.guedesjus.com.br/artigo/132/>

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 (BUIIONI, 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 do 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 percursores 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 pra 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 da noções de perdão e anistia, reconhecimento e restauração. No país, tem força o modelo

Zwelethemba 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 seu 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 européias 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.

BITTONI, 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, nº 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. *Maapeamento 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.