

ORGANIZADORES

Ilton Garcia da Costa
Rogério Cangussu Dantas Cachichi
Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior

COORDENADORES

Jaime Domingues Brito
Vanya Senegalia Morete
Nathan Barros Osipe

PAZ & TEORIAS DA JUSTIÇA

AUTORES PARTICIPANTES

Ana Cleusa Delben
Ana Cristina Lemos Roque
Antonio Renato Gonçalves Pedrosa
Caíque Tomaz Leite da Silva
Carlos Roberto C. de Melo Neto
Carolina Rocha de Oliveira
Gabriele Delsasso Lavorato Manfré
Henrique Hoffmann Monteiro de Castro
Ivana Nobre Bertolazo
João Angelo Barbosa Lima
Mario Furlaneto Neto
Melrian Ferreira da Silva Simões

Nathan Barros Osipe
Nayara Maria Silvério da Costa Dallefi .
Ricardo Augusto Bragiola
Rogério Piccino Braga
Sergio Leandro Carmo Dobarro
Sílvia Helena Schimidt
Valéria Aurelina da Silva Leite
Valter Foletto Santin
Vanessa Rui Fávero
Victor Ferreira da Silva Simões
Walmir Geralde

Instituto Memória

|| COLEÇÃO
DIREITO E PAZ


ITAIPU
BINACIONAL

CARTA DE MARÍLIA PELA PAZ MUNDIAL

Os organizadores e participantes do Congresso Latino-Americano de Paz, reunidos na cidade de Marília, São Paulo, Brasil, de 19 a 22 maio de 2016, no Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM, mantido pela Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, recordando o dever e a alegria de trabalhar para a paz, transformando ameaças e atitudes violentas em diálogo e respeito, espadas em arados e lanças em foices; reconhecendo que a paz está simbolizada na oliveira; acordaram convocar, com firmeza, respeito e afeto fraterno, a todas as autoridades e aos cidadãos do mundo, para a prática diária dos dez mandamentos para lograr a paz e a justiça duradoura:

1. Renovar a fé em que o amor, o respeito, a gratidão e o cumprimento dos mandamentos do Ser Supremo que nos deu a vida são a base da paz, da realização e da felicidade pessoal e social.
2. Recordar que todas as pessoas participam de uma única família humana e, portanto, devemos agir fraternalmente uns em relação aos outros.
3. Proclamar, promover e cumprir, com firme convicção, o princípio de que o respeito à pessoa humana e a defesa de sua dignidade constituem o objetivo supremo de todas as Nações e Estados.
4. Ser conscientes de que a atenção a princípios e valores morais; o respeito pela identidade, cultura e autodeterminação dos povos; e o cumprimento de deveres e direitos humanos produzem os frutos da liberdade, da justiça e da paz.
5. Compreender que não corresponde à inteligência, à bondade e à prudência humana, em tentar construir novos Estados e sociedades mediante métodos de ódio, violência e terror; tampouco combater tais métodos com mais violência, senão apenas com as armas da lei, da razão e da justiça.
6. Reafirmar que o direito e a justiça obrigam-nos a respeitar as autoridades e os cidadãos; comprometendo-nos com a solidariedade em favor daqueles que sofrem com miséria, abandono e discriminação; sem deixar de considerar o respeito aos direitos humanos de todas as pessoas, sem nenhuma exceção.
7. Reafirmar que o respeito à vida, à dignidade, à liberdade, à segurança, ao meio ambiente, à propriedade, à família e a outros direitos humanos fundamentais consagrados na Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH); bem como que os tratados internacionais que defendem os Estados Democráticos de Direito e os regimes democráticos representativos e participativos são a base para a paz e para a justiça.
8. Reconhecer que na família fundamenta-se a formação moral das pessoas; e que a educação deve ter como finalidade principal o livre desenvolvimento da personalidade, a prática das virtudes, o pluralismo, a tolerância, a ciência, o respeito às crenças e o aprendizado da via de solução pacífica dos conflitos.
9. Recordar que todas as pessoas e instituições têm a obrigação moral e legal de viver pacificamente; e que uma das maneiras mais eficazes para o cumprimento de dito propósito é orar todos os dias, acalmar-se, estudar e trabalhar com dedicação, para que reine a justiça e a paz em nossos corações, na família, na sociedade e nos Estados.
10. Convencer-se que é possível o mútuo perdão de erros e dos danos do passado e do presente; e reafirmar a esperança de que se pode alcançar uma conversão e restauração humana, orientada por respeito mútuo, pelo espírito de fraternidade, pela compreensão e pela paz individual e social.

UNIVEM / UENP / UCSS



UCSS
Universidade Católica
Sedes Sapientiae

ORGANIZADORES

Ilton Garcia da Costa
Rogério Cangussu Dantas Cachichi
Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior

COORDENADORES

Jaime Domingues Brito
Vanya Senegalia Morete
Nathan Barros Osipe

PAZ E TEORIAS DA JUSTIÇA

AUTORES PARTICIPANTES

Ana Cleusa Delben
Ana Cristina Lemos Roque
Antonio Renato Gonçalves Pedrosa
Caíque Tomaz Leite da Silva
Carlos Roberto C. de Melo Neto
Carolina Rocha de Oliveira
Gabriele Delsasso Lavorato Manfré
Henrique Hoffmann Monteiro de Castro
Ivana Nobre Bertolazo
João Angelo Barbosa Lima
Mario Furlaneto Neto
Melrian Ferreira da Silva Simões
Nathan Barros Osipe
Nayara Maria Silvério da Costa Dallefi .
Ricardo Augusto Bragiola
Rogério Piccino Braga
Sergio Leandro Carmo Dobarro
Sílvia Helena Schimidt
Valéria Aurelina da Silva Leite
Valter Foletto Santin
Vanessa Rui Fávero
Victor Ferreira da Silva Simões
Walmir Geralde

1ª Edição - Curitiba - 2016

Instituto Memória
15 anos

CENTRO DE ESTUDOS DA CONTEMPORANEIDADE

© Todos os direitos reservados

Instituto Memória Editora & Projetos Culturais
Rua Deputado Mário de Barros, 1700, Cj. 117, Juvevê
CEP 80.530-280 – Curitiba/PR.
Central de atendimento: (41) 3016-9042

www.institutomemoria.com.br



Editor: Anthony Leahy

Projeto Gráfico: Barbara Franco

**Conteúdos, revisão linguística e técnica
de responsabilidade exclusiva dos próprios autores.**

ISBN: 978-85-5523-089-9

CACHICHI, R. C. D.
COSTA, I. G. da
LEÃO JÚNIOR, T. M. de A.

Paz e Teorias da Justiça. Organizadores: Ilton Garcia da Costa, Rogério Cangussu Dantas Cachichi, Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior. Coordenadores: Jaime Domingues Brito, Nathan Barros Osipe, Vanya Senegalia Morete. Curitiba: Instituto Memória. Centro de Estudos da Contemporaneidade, 2016.

222 p.

1. Direito Constitucional 2. Justiça 3. Paz I. Título.
II. Congresso Latino Americano da Paz

CDD: 340

APRESENTAÇÃO

O Congresso Latino-Americano da Paz, realizado nos dias 19 a 22 de maio de 2016 no campus da UNIVEM situado na cidade de Marília/SP, constituiu marco importante na reunião e organização de espaço público de diálogo interdisciplinar; contou com o apoio governamental, acadêmico e institucional de respeitáveis entidades, além de centenas de pesquisadores, estudantes, autoridades e cidadãos em torno do tema da PAZ. Atualmente um tanto esquecida outro tanto incompreendida, a paz é algo que urge debater. Buscar consensos é antes uma obrigação moral de todos, notadamente da academia. Nesse sentido a UNIVEM, a UENP e a UCSS cumpriram esse desiderato com especial distinção e louvor. Mercê de esforço comum, milhares de pessoas tomaram conhecimento dessa iniciativa de multiplicação da cultura da paz, do amor, da compreensão, da tolerância, produzindo já impactos relevantíssimos na comunidade política.

Intensa atividade intelectual, social e artística constou da programação do evento. Conferências, debates, grupos de trabalho, teatro, música e muitas outras manifestações próprias do recôndito humano afloraram em prol da interlocução acadêmica e social direcionada à união da América Latina para fortalecimento da cultura, da justiça e da paz.

A propósito, o leitor tem nas mãos valioso produto resultante desse caminhar obstinado e comprometido. Um ideal pautado e arrimado em torno de virtudes como justiça, fraternidade, coragem e, sobretudo, paz. Cuida-se de obra que congrega trabalhos científicos de profissionais, pesquisadores e estudantes das mais diversas áreas do conhecimento humano que coloriram, a mais não poder, o espaço democrático de discussão durante o Congresso. À evidência, não se poderia esperar um livro exclusivamente jurídico ou filosófico; paz não se resume a nenhuma área específica. Paz sobretudo é assunto humano e, nessa condição, assume também toda a complexidade e vastidão de temas próprios da humanidade, desde o indivíduo em particular até a sustentabilidade global.

Assim, o Congresso não nos legou um, senão vários livros, organizados todos de acordo com as respectivas temáticas, amplas e multifacetadas, dos grupos de trabalho: GT Paz, Constituição e Políticas Públicas; GT Paz e Teorias do Estado; GT Paz e Teorias da Justiça; GT Paz, Educação e Liberdades Religiosas; GT Paz, Direito e Fraternidade; GT Paz, Direito e Política; GT Paz, Iniciativa Privada e Gestão Contábil; GT Paz, Ética Empresarial e Administração; GT Paz, Inovação e Sustentabilidade.

Além dos estudos de doutores, mestres, especialistas, profissionais e estudantes de múltiplos campos, segue-se publicada nesta edição a "*Carta de Marília*", documento que reúne importantes diretrizes para consecução da paz em nosso continente e no mundo.

Por outro lado, imprescindível que é, jamais há de ser esquecida a atuação de líderes da paz como o prof. Dr. Lafayette Pozzoli, prof. Dr. Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior, ambos da UNIVEM, do prof. Dr. Ilton Garcia da Costa da UENP e do prof. Dr. Edgardo Torres López da UCSS. Consigne-se, ainda, por imperativo de gratidão, o apoio dos magníficos reitores da UNIVEM Dr. Luiz Carlos de Macedo Soares, da UENP Dra. Fátima Aparecida da Cruz Padoan e da UCSS Monsenhor Lino Paniza, o Bispo de Carabayllo. Desnecessário dizer ter-se a comunhão de todos entremostrado condição de possibilidade para que tudo isso fosse factível. O mesmo se diga do excepcional trabalho da Editora Instituto Memória; e fica o registro das homenagens ao editor prof. Anthony Leahy.

Com grande satisfação apresentamos portanto ao público em geral o fruto deste belo e árduo trabalho, e fazemos votos de que se multiplique e percuta positivamente em nossa América Latina.

Em nome das entidades de apoio e da Comissão Organizadora do Congresso Latino-Americano da Paz,

Antônio César Bochenek

Presidente da Associação dos Juizes Federais do Brasil - AJUFE

Rogério Cangussu Dantas Cachichi

Membro da Comissão de Organização

PREFÁCIO

Um Congresso pela Paz, organizado por três Universidades da América Latina e realizado no *campus* do Univem - Marília, transformando a cidade na capital latino-americana da Paz. O evento é fruto de discussões entre professores e alunos indignados com uma realidade social que comumente avilta a dignidade humana.

É muito triste saber que a intolerância campeia as mais diversas áreas das relações humanas, assim como é triste tomar conhecimento dos conflitos sociais, das guerras e dos dramáticos atentados terroristas, em que bombas atingem grupos de pessoas inocentes, na maioria das vezes distantes de sectarismos ou de preconceitos que, na visão dos seus algozes autores, justificam a natureza bruta dos seus atos.

Não importa o credo, as crenças, a cor da pele ou os limites territoriais que separam homens e mulheres por raças, países e continentes, estando sob esta ou aquela bandeira de uma nação, mas sim o fato de que somos todos habitantes do grande planeta azul Terra, onde há recursos abundantes para saciar a sede e a fome de todos. Passamos por um momento histórico em que as forças das circunstâncias nos obrigam a tomar uma atitude mais proativa e a abrir os olhos para o que acontece além dos nossos pequenos mundos, em que muitas vezes nos encerramos por comodismo ou por falta de vigilância própria. A condição da consciência individualista, da disputa do poder, da indiferença social, deve, agora, ser substituída pela tomada de consciência coletiva.

Avançamos muito nas questões tecnológicas, não há dúvidas sobre isso. Tomamos conhecimento em segundos de fatos que ocorrem do outro lado do planeta e este imediatismo virtual deveria ser uma grande alavanca dos nossos sentimentos mais profundos, fazendo aflorar mais a nossa afetividade e a solidariedade. É triste ver que ainda temos nações em que os direitos das mulheres não são respeitados, em que as condições básicas de saúde e sanitárias

ainda perecem no tempo, favorecendo a proliferação de doenças que já podiam ter sido extirpadas da nossa sociedade.

Além destes pontos, sabemos que há muitos outros fatores que podem ser trabalhados em conjunto, e por estas e outras razões as três entidades organizadoras do Congresso Latino-Americano da Paz unem esforços para debater questões que afetam a todos os cidadãos do mundo. Temos em comum a promoção da pesquisa como ferramenta da inovação e da transformação social, temos a missão de encaminhar jovens com visão mais humanista, formar profissionais sensíveis aos movimentos constantes das sociedades, mais atentos aos recursos finitos da natureza e com visão da sustentabilidade que abrange o meio ambiente e a condição da dignidade humana em todos os territórios habitados.

Temos um norte comum que é a fé que alimenta os seres humanos de bem e organizamos neste cenário um espaço no formato de Congresso para promover ideias que vão semear novos campos de conhecimento e incentivar que outros façam sempre mais e melhor. A Paz é uma condição que desperta no espírito, na intimidade de cada um, e vai contagiando aos que estão em nosso redor.

Daí a importância de mover forças para despertar a consciência mundial de que não existem países ou pessoas mais ricas ou mais pobres, não há credos ou valores mais importantes ou menos importantes. Na verdade, somos o uno que se reflete no verso e, quando entendermos isto de uma vez por todas, estaremos próximos de alcançar a Paz mundial. Façamos a nossa parte neste momento.

Fátima Aparecida da Cruz Padoan

Reitora da Uenp

Luiz Carlos de Macedo Soares

Reitor do Univem

Edgardo Torres López

Membro da Comissão CONPAZ

SUMÁRIO

1 O PRECEDENTE JUDICIAL – ANÁLISE DA COISA JULGADA EM NOME DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA: A BUSCA DA PAZ ENTRE OS JURISDICIONADOS 11

Nayara Maria Silvério da Costa Dallefi .

Ana Cristina Lemos Roque

2 EM BUSCA DA REINserÇÃO SOCIAL DO ADOLESCENTE INFRATOR: POR UMA EFETIVA JUSTIÇA ESPECIALIZADA E DEMOCRÁTICA AOS ADOLESCENTES 28

Gabriele Delsasso Lavorato Manfré

Vanessa Rui Fávero

3 A PAZ COMO BEM SOCIAL PRIMÁRIO FRUTO DO PROCESSO INTERPRETATIVO DA TEORIA DA JUSTIÇA DE JOHN RAWLS 56

Rogério Piccino Braga

Ricardo Augusto Bragiola

4 REFLEXÕES SOBRE MULTICULTURALISMO, TOLERÂNCIA, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E PRECONCEITO COM BASE NA OBRA UM CONTO CHINÊS 75

Sergio Leandro Carmo Dobarro

Sílvia Helena Schimidt

5 IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: ATUAÇÃO DO JUIZ NA MEDIDA CAUTELAR DE AFASTAMENTO DO AGENTE PÚBLICO 95

Nathan Barros Osipe

- 6 JUSTIÇA RESTAURATIVA: UM NOVO PARADIGMA PARA O ATENDIMENTO AO ADOLESCENTE EM CONFLITO COM A LEI** 114
Carolina Rocha de Oliveira
Carlos Roberto C. de Melo Neto
Antonio Renato Gonçalves Pedrosa
- 7 TERRORISMO E A BUSCA DA PAZ** 131
Henrique Hoffmann Monteiro de Castro
Valter Foletto Santin
- 8 A CONCILIAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE UMA CULTURA DE PAZ** 153
Ana Cleusa Delben
Ivana Nobre Bertolazo
- 9 A TUTELA DOS DIREITOS DAS MULHERES E O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS: UMA INVESTIGAÇÃO TEÓRICA SOBRE OS NOVOS PARADIGMAS SUBSTANCIAIS E SUAS LIGAÇÕES CONCEITUAIS E METODOLÓGICAS COM O CAMPO DO DIREITO INTERNACIONAL** 182
João Angelo Barbosa Lima
Caíque Tomaz Leite da Silva
- 10 O INQUÉRITO POLICIAL SOB A ÓTICA GARANTISTA DA PAZ PELO CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA** 200
Walmir Geralde
Mario Furlaneto Neto
- 11 OFICINA DE PAIS E FILHOS: A HUMANIZAÇÃO DA JUSTIÇA NO ÂMBITO DA CONCILIAÇÃO FAMILIAR** 208
Melrian Ferreira da Silva Simões
Valéria Aurelina da Silva Leite
Victor Ferreira da Silva Simões

O PRECEDENTE JUDICIAL – ANÁLISE DA COISA JULGADA EM NOME DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA: A BUSCA DA PAZ ENTRE OS JURISDICIONADOS

Nayara Maria Silvério da Costa Dallefi¹.

Ana Cristina Lemos Roque²

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo, através da pesquisa bibliográfica-documental, se valendo de doutrinas e jurisprudência, tem por objetivo destacar a diferença entre coisa julgada e precedente obrigatório e a relação entre temas com o princípio da segurança jurídica.

O primeiro instituto é definido pela imutabilidade da decisão proferida, já o segundo caracteriza-se pela previsibilidade de

¹ Mestranda em Direito, no Programa de Estudo Pós Graduação em Direito, do Centro Universitário Eurípedes de Marília – UNIVEM, Pós-graduada na área do Direito pela Universidade Estadual de Londrina-UEL (2012); Bacharel em Direito pelas Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, em Presidente Prudente-SP (2009). Atualmente é advogada militante e professora universitária na UNIESP de Presidente Prudente-SP. Tem experiência na área do Direito, com ênfase em Direito Civil, Direito Previdenciário e Processual Civil. Coordenadora da Comissão da Assistência Judiciária de Presidente Prudente-SP (3º mandato), Membro da Comissão da Mulher Advogada e do Jovem Advogado, também na cidade de Presidente Prudente-SP. E-mail: nayadallefi@hotmail.com / nayaradallefi@adv.oabsp.org.br.

² Ana Cristina Lemos Roque, Mestranda em Teoria Geral do Direito e do Estado no “Centro Universitário Eurípedes de Marília – Univem (2015). Bolsista Capes/Prosup. Especialista na área de concentração Direito Empresarial e Tributário pelo Centro Universitário Rio Preto – Unirp. – Advogada e Professora na Comarca de São José do Rio Preto-SP, atuando nas áreas de Penal e Constitucional. Endereço eletrônico: anacristina-lemos@bol.com.br.

decisões judiciais, como, por exemplo, a estabilidade da ordem jurídica.

Afirma-se, novamente que, no sistema de precedentes a confiança é originada pela orientação jurisprudencial, já na coisa julgada, a confiança determina-se pela prestação da tutela jurisdicional.

A efetividade da tutela jurisdicional e o direito ao contraditório são pressupostos de um processo justo. Isto porque, a jurisdição não se legitima quando casos iguais são interpretados de diversas formas.

Assim, o Poder Judiciário não encontra legitimidade quando há várias concepções interpretativas sobre um mesmo direito fundamental. Neste sentido, há uma ligação da segurança jurídica com a decisão proferida, vez que reflete uma previsibilidade do direito tutelado.

O significado real de um precedente vincula as decisões judiciais, isto configura a técnica da *ratio decidendi* utilizado no *common Law*. A interpretação de diversas normas, em casos semelhantes, acaba gerando uma insegurança da ordem jurídica, sendo necessário utilizar o mesmo entendimento em casos iguais.

É indubitável que a lei infraconstitucional deve ser interpretada conforme a Constituição Federal. Por outro lado, vale destacar que, a compreensão da norma a partir da Constituição da República contribui para o aumento da subjetividade das decisões judiciais, vez que é necessário à utilização de precedentes como técnica processual de uma justa.

Neste enfoque, não deve ser confundido a subordinação como respeito aos precedentes. Uma coisa é a autonomia do juiz de primeiro grau de jurisdição, outra é o dever objetivo imposto a este, pelo qual se deve respeitar as decisões do tribunal superior.

Para tanto, o Poder Judiciário deve ser coerente na interpretação da lei, vez que somente há um Estado de Direito quando o sistema jurídico é equilibrado. Logo, pode gerar uma incoerência quando se trata casos iguais de forma desigual ou mesmo com interpretações diversas em casos iguais.

Acrescente-se, ainda, que a fixação de jurisprudência consolidada materializa a ideia de intangibilidade do sistema judiciário, contribuindo para um direito mais acessível, estável e

aberto para novos pensamentos. Sem sombra de dúvidas, um sistema judicial instituído sob uma estabilidade, reduz os litígios e gastos com multas protelatórias. Isto porque, é fundamental para a ideia de um judiciário justo, a prestação de tutela jurisdicional dentro de um tempo razoável e equilibrado.

Observando que, uma decisão judicial não pode ser prestada em pouco tempo, tornando-se injusta, da mesma forma, é necessário um tempo limite, tendo em vista que, uma decisão proferida em longo prazo pode ser tão injusta quanto uma decisão prolatada em pouco tempo.

A previsibilidade flexibiliza o conflito, fazendo com que as partes repensem o litígio e optem pelo acordo. E, no entanto, afirma-se que seguir os precedentes, talvez, pode despolarizar as decisões judiciais tornando o Poder Judiciário apenas um mero aplicador de decisões.

Quanto à economia processual, o respeito aos precedentes fortalece esta concepção, uma vez que reduz as despesas processuais e a carga de demandas no tribunal, almejando maior segurança jurídica no ordenamento pátrio.

A ideia dos precedentes contribui para um Poder Judiciário mais célere e menos oneroso materializando o princípio da duração razoável do processo, busca incessante do judiciário por um processo mais justo.

Dessa forma pode-se dizer que o precedente direciona o caminho da prestação jurisdicional, advindo de uma decisão que atingiu a denominada coisa julgada. O aspecto da jurisdição, como fundamento jurídico, não obriga que seja necessária a via dos precedentes como único meio justo das decisões judiciais, vez que o juiz pode fazer valer da doutrina como fundamento jurisdicional.

Sob esse contexto, torna-se fundamental um ordenamento jurídico consistente em ensinamentos acadêmicos onde a argumentação terá papel importante na formação do operador do direito. Sendo necessário levar o debate doutrinário às mesas dos tribunais. Se o juiz é investido do poder jurisdicional, ou seja, da prestação jurisdicional, incumbe questionar aos interpretes que a jurisdição deve ser valorizada à nível constitucional, pois se o processo é um garantidor dos valores constitucionais, vale fazer jus à

sua prestação por meio da hermenêutica jurídica, e não somente mediante precedentes de um mesmo tribunal.

Deste modo, talvez o sistema de precedentes, em seu aspecto material, resulta numa violação da prestação jurisdicional, fazendo com que o juiz deixe de investir no aspecto acadêmico do direito, filosófico e hermenêutico, tornando-se um mero ditador de regras e de precedentes anteriores.

Por tudo aqui exposto, podemos concluir que a recepção da teoria dos Precedentes, originário do sistema da *common Law*, pode afrontar o aspecto teórico do direito, vez que mesmo o precedente contribuindo com a segurança jurídica, é necessário a observância quanto aos efeitos de uma decisão fundamentada em precedente, pois da mesma forma a aplicabilidade dos precedentes em casos iguais pode gerar uma injustiça aos jurisdicionados, vez que independentemente do transcurso do tempo os valores e as relações sociais podem modificar com o transcurso do tempo.

Dessa forma, faz-se necessário uma análise detalhada da aplicação do precedentes em nosso ordenamento jurídico adaptando-o ao nosso sistema originário da *civil Law*.

A presente abordagem busca justificar o instituto dos precedentes em nosso ordenamento jurídico, como forma de resolução de conflitos, na busca da paz entre os jurisdicionados. A segurança jurídica através da aplicação dos precedentes, busca efetuar uma restrição estatal, que tem seus limites fixados na própria constituição, de forma a garantir a estabilidade e a paz social.

2 PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

O princípio da segurança jurídica é consagrado e almejado em todos os países ocidentais, estando presente em nosso ordenamento como um valor que nos remete a justiça³. Não só no

³ (...) o mundo do Direito, portanto, não é da Justiça (em seu feito absoluto). É o da segurança. Sem justiça alguma o Direito – é verdade – encontrará dificuldades para manter seu projeto de pacificação social. Sem segurança, porém, o Direito simplesmente não existe. (THEODORO JUNIOR, Humberto. As reformas do Direito Processual Civil e o Princípio Constitucional da Segurança Jurídica. In: O Processo na Constituição – coordenadores Ives Granda da Silva Martins e Eduardo Jobim . São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2008, p. 262).

Brasil, mas em vários países, principalmente europeus, como Portugal, Alemanha e França, verifica-se a presença assídua do presente princípio.⁴

A busca da segurança jurídica proporciona valores positivos para toda sociedade quando analisada no aspecto da coletividade, assim como oferece maior confiança das pessoas no direito.⁵

Sem esgotar sobre o assunto, referido princípio tem relação com o princípio da isonomia na busca da proteção de todas as pessoas que se valer do judiciário para concretizar seus direitos.⁶

A doutrina se posiciona em relação ao conceito do princípio da segurança jurídica voltado a *“juízo de fato a respeito daquilo que se julga no plano da realidade”*, posicionando na condição de norma-princípio.⁷

Na Constituição Federal, referido presente está previsto já no preâmbulo da Constituição, e mesmo não tendo força de lei, serve como um norte a ser seguido. Sem contar que referido princípio está positivado no texto constitucional com a finalidade de para proporcionar segurança no Estado Democrático de Direito, a exemplo do artigo 5º do texto constitucional.⁸

Importante salientar, que o princípio em questão, tem relação com a liberdade e a dignidade da pessoa humana, tendo como fim de proteger seus interesses, principalmente *“o direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, nos quais a segurança jurídica atua, concreta e reflexivamente, relativamente a um sujeito determinado”*.⁹

⁴ Idem, p.246.

⁵ ÁVILA, Humberto. Segurança Jurídica – entre a permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Editora Malheiros, 2011, p.66.

⁶ (...) ambas as partes devem possuir os mesmos poderes, direitos ónus e deveres, isto é, cada uma delas deve situar-se numa posição de igualdade perante a outra e ambas devem ser iguais perante o tribunal. (SOUZA, Miguel Teixeira. Estudos sobre o Novo Processo Civil. 2ªed. Lisboa, Lex, 1997, p.42).

⁷ ÁVILA, Humberto. Segurança Jurídica – entre a permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Editora Malheiros, 2011, p.108-109.

⁸ ÁVILA, Humberto. Segurança Jurídica – entre a permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Editora Malheiros, 2011, p. 202.

⁹ ÁVILA, Humberto. Segurança Jurídica – entre a permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Editora Malheiros, 2011, p. 154.

A dificuldade, contudo, desagua na questão da não existência de definição exata sobre o princípio em tela, mas sendo se suma importância em qualquer ordenamento jurídico.

É necessário agregar ao fator segurança com a confiança e a imutabilidade do direito, presente nas decisões já transitadas em julgado, assunto este relacionado a questão da coisa julgada, seja ela material ou formal.

Analisando a coisa julgada, verifica-se a presença da concretização da segurança jurídica, mas sobre este aspecto abre-se a abertura de outro assunto, muito em voga com o novo Código de Processo Civil de 2015, no que diz respeito aos precedentes.

Isto porque, conforme será estudado mais adiante no presente trabalho, caso não houver uma uniformização da jurisprudência, pode ter a hipótese de coisa julgada sobre assuntos idênticos ter decisões conflitantes e nesse momento, poderá ir contra o princípio em questão, e causando insegurança jurídica ao jurisdicionado.

Portanto, não há que se falar em segurança jurídica, em relação a coisa julgada na atualidade sem não mencionar acerca da uniformidade da jurisprudência, por intermédio dos mecanismos do precedente judicial, para o fim de evitar decisões conflitantes sobre o mesmo assunto, prejudicando aqueles que colocam sua confiança no poder judiciário para fazer *jus* aos seus direitos.

3 DA COISA JULGADA

A partir da segurança jurídica, pode-se analisar sobre os aspectos da coisa julgada no ordenamento jurídico, mas para tanto, a busca pela uniformização da jurisprudência visa aumentar essa segurança, proporcionando um ordenamento mais seguro, previsível, principalmente à luz dos precedentes judiciais, conforme será analisado no item seguinte do presente trabalho.

A presença do princípio da segurança jurídica não deve ficar adstrito somente na tramitação processual, mas após seu resultado final, motivo pelo qual a Carta magna de 1988 dispõe no seu art. 5º, XXXVI *“a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.”*

Considerado uma garantia constitucional, a coisa julgada posiciona-se no sentido de não gerar mais nenhuma ameaça após o trânsito em julgado da decisão, proporcionando a paz, que do contrário estaria prejudicada.¹⁰

A coisa julgada tem origem no direito romano¹¹, na busca da estabilidade das decisões judiciais¹², prosseguindo ainda no direito canônico, no que diz respeito ao denominado caso julgado e a exemplo da presença de outros países europeus que também a defendem, temos no direito francês analisada *“coisa julgada é qualquer coisa a mais que se junta aos efeitos da sentença para conferir estabilidade à decisão judicial”*.¹³

No Brasil, sua previsão inicia-se em 1934, posteriormente no Código de Processo Civil de 1.939¹⁴, assim como no de 1973 e no vindouro Código Processual Civil de 2015.

A coisa julgada é efeito da sentença, mas é imutável, podendo ser formal ou material: *“a formal é a imutabilidade dos efeitos da sentença no próprio processo que foi proferida; e a material, em qualquer outro processo.”*¹⁵

Nessa toada a coisa julgada *“diz-se do caso em que a prestação jurisdicional foi satisfeita, que, dando solução ao litígio, estabeleceu de modo definitivo o direito perseguido por um dos seus demandantes”*.¹⁶

Desta feita a coisa julgada tem relação com segurança jurídica com a finalidade do cumprimento da lei, ganhando mais previsibilidade e segurança jurídica caso analisada com a questão da

¹⁰ GONÇALVES, Marcus Vinicius. Direito Processual Civil Esquemático. 3ªEd. revista e atualizada. Coordenador Pedro Lenza. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 437.

¹¹ SOARES, Carlos Henrique. Coisa Julgada Constitucional: Teoria Tridimensional da Coisa Julgada: Justiça, Segurança Jurídica e Verdade. Coimbra: Edições Almedina, Abril de 2009, p. 24.

¹² SOARES, Carlos Henrique. Coisa Julgada Constitucional: Teoria Tridimensional da Coisa Julgada: Justiça, Segurança Jurídica e Verdade. Coimbra: Edições Almedina, Abril de 2009, p. 34.

¹³ Idem, p. 90 e 105.

¹⁴ Idem, p. 114.

¹⁵ GONÇALVES, Marcus Vinicius. Direito Processual Civil Esquemático. 3ªEd. revista e atualizada. Coordenador Pedro Lenza. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 438.

¹⁶ NASCIMENTO, Carlos Valder. THEODORO JUNIOR, Humberto. FARIA, Juliana Cordeiro. Coisa Julgada Inconstitucional – “A questão da segurança jurídica”. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p.32.

uniformização da jurisprudência, evitando decisões sobre o mesmo assunto conflitantes.¹⁷

Cabe mencionar por fim, sobre a coisa julgada e a questão do falso julgamento de mérito, sendo que neste caso, poderia levar a insegurança jurídica, nas hipóteses voltadas como por exemplo a falta de provas durante a tramitação do processo.¹⁸

Portanto a coisa julgada tem grande relação com o princípio da segurança jurídica, assunto bastante delicado, que merece reflexão, principalmente em relação ao precedente judicial, para o fim de garantir maior previsibilidade, confiança nas decisões transitadas em julgado, principalmente com o vindouro Código e os estudos sobre a uniformização da jurisprudência.

¹⁷ COSTA, Antonio Tito. A propósito de Segurança Jurídica. In: Segurança Jurídica no Brasil – Organizador: Marco Túlio Bottino. São Paulo: RG Editores, 2012, p.42.

¹⁸ (...) Ora, se o ônus da prova dos fatos constitutivos do alegado direito do autor, a ele pertence, cabe ao mesmo diligenciar produção das provas necessárias. Não diligenciando a produção das provas necessárias ao convencimento do juiz, no prazo estipulado, está caracterizado o abandono da causa e o processo deve ser extinto sem julgamento de mérito. Extinguir o processo por falta de prova e dizer que o faz com julgamento de mérito pela improcedência nada mais é que um falso julgamento de mérito, porque o mérito mesmo não foi julgado por ausência ou insuficiência de prova. Mas não é só. Outras hipóteses existem em que o legislador reconhece que a falta de prova não enseja julgamento de mérito, podem ser vistas nas seguintes normas: Lei nº 7.347/85, art. 16 (Ação Civil Pública), na Lei nº 4.717/85, art. 18 (Ação Popular), Lei nº 7.853/99, art. 4º (Lei de apoio ao deficiente) e Lei nº 8.078/90, art. 103, I e II (Código do Consumidor). Nestas normas fica bem clara a disposição de que, sendo a ação julgada improcedente por falta ou insuficiência de Prova, poderá haver a sua repositura, o que evidencia a inexistência de julgamento de mérito, bem como a ausência de coisa julgada material, pois, se julgada material existisse, a ação não mais poderá ser reposita. A tendência moderna é a ampliação da coisa julgada com efeito *erga omnes* quando julgado o verdadeiro mérito com bases sólidas em provas, mas, ao mesmo tempo, também a tendência futurística em reconhecer a inexistência de julgamento de mérito quando ao existir prova ou esta for insuficiente, caso em que será autorizada a repositura da ação, a exemplo das normas acima citadas. (SOUZA, Gelson Amaro de. SOUZA FILHO, Gelson Amaro de. Sentenças que não passam em julgado. In: Revista Jurídica do Centro Universitário de Patos de Minas, ano 13 – número 13. Patos de Minas: Jurisvox, dezembro de 2012, p. 145).

4 O PRECEDENTE JUDICIAL – ANÁLISE DA COISA JULGADA EM NOME DA SEGURANÇA JURÍDICA

A muito se vem buscando maneiras de uniformizar a jurisprudência no Brasil. Quando o Brasil ainda era subordinado a Portugal existiam os assentos da Casa da Suplicação, Atualmente já existem em nosso CPC, vários mecanismos para fortalecimento das decisões judiciais, o que, sem dúvidas, é uma forte demonstração da influência no nosso sistema dos ditames da *Common Law*.

O que se busca com a adoção de novos paradigmas é a estabilidade e a continuidade dinâmicas do direito, características típicas da *common law*, que assim se complementam, impulsionadas pela liberdade e pela criatividade dos juízos e tribunais inferiores.

O Novo Código de Processo Civil, seguindo a evolução doutrinária, busca uniformizar e estabilizar a jurisprudência, prestigiando os primados da segurança jurídica, isonomia, livre convencimento motivado e do contraditório.

O precedente nos oferece uma regra universal que será aplicada em função da identidade com os fatos análogos. O critério de aplicação e escolha do precedente é um critério fático, de modo que a regra será afastada pelo julgador conforme ele considere que prevalece os elementos de identidade ou diferença entre os casos. Nesse contexto, um só precedente é suficiente para fundamentar a decisão de um caso.

A instituição dos precedentes no projeto do Novo Código Civil é sem dúvida a mais importante inovação, com base nos princípios constitucionais da legalidade, da segurança jurídica, da duração razoável do processo e da isonomia, assim, sob esse prisma, o projeto busca trazer ao operador do direito a segurança de decisões estáveis, isso porque o precedente facilita o julgamento de demandas repetitivas e executa de forma concreta o princípio da igualdade formal entre os jurisdicionados, que ao promoverem demandas, passam a contar com respostas uniformes por parte do judiciário.

Sob esse contexto, para que ocorra uma mudança do entendimento que já se encontra sedimentado deve existir uma fundamentação adequada e específica, considerando a estabilidade das relações jurídicas, afigurando-se um dever argumentativo das partes, o exercício do contraditório e da argumentação, oferecendo assim regra universal aplicada em função

da identidade com os fatos dos casos análogos. Sobre isso, Bustamante (2012), considera que:

[...] é pela via das teorias da argumentação jurídica que o Judiciário, mesmo carente da representação democrática característica do Poder Legislativo, pode legitimar as normas jurídicas que ele deixa assentadas em suas decisões. A teoria dos precedentes, a teoria da argumentação jurídica e a teoria do Direito passam a fazer parte de um único tipo de discurso em que cada decisão concreta é considerada como uma norma universalizável que merece passar por um discurso de justificação e, num momento posterior, ser imparcialmente aplicada.

Insta salientar, no entanto, que no projeto do Novo Código de Processo Civil, tudo é jurisprudência, não se distinguindo precedente de jurisprudência, súmula, ou decisão judicial, tampouco, sobre as técnicas de superação e confronto dos precedentes, como *overruling* e *distinguishing*, ou mesmo na diferenciação da *ratio decidendi* e da *obiter dicta*. Tornando-se dessa forma imprescindível o correto manejo dos instrumentos utilizados na aplicação dos precedentes.

A uniformização jurisprudencial tem como fundamento a preservação do princípio da igualdade formal, pois efetiva o dever de atribuir decisões idênticas a situações idênticas.

Os precedentes irão funcionar como elementos de justificação de uma decisão jurídica, e a forma como eles são enunciados pode ser decisiva para determinar sua força nos casos futuros.

O precedente se origina de um caso concreto, e para ser utilizado em outro caso concreto, exige-se a demonstração da semelhança existente entre esse e aquele, devendo assim ser enfrentada a norma jurídica firmada no precedente, assim podemos afirmar que a questão do caso é mais complexa do que a questão jurídica, tornando-se imprescindível ter uma idéia clara dos fatos do caso.

Nessa toada Karl Larenz (1997, p.611):

Os precedentes são resoluções em que a mesma questão jurídica, sobre a qual há que decidir novamente, foi resolvida uma vez por um tribunal noutro caso. Vale como precedente, não a resolução do caso concreto que adquiriu força jurídica, mas só a resposta dada pelo

tribunal, no quadro da fundamentação da sentença, a uma questão jurídica que se põe da mesma maneira no caso a resolver agora.

Assim faz-se importante frisar que a aplicação dos precedentes em nosso ordenamento jurídico irá exigir dos juristas o aperfeiçoamento das práticas forenses e o exercício claro e cuidadoso, do contraditório e da argumentação, tornando-se, essencial que se repense toda a prática forense brasileira.

Podemos dizer então que nesse contexto o papel do juiz ativo será essencial na concretização e efetivação dos direitos fundamentais. Citamos aqui o ensinamento de José Roberto dos Santos Bedaço (2011, p. 113-114) sobre o papel do juiz:

O contraditório efetivo e equilibrado de que fala a doutrina exige que os litigantes combatam com paridade de armas. Mas eventual omissão da parte pode ocorrer exatamente da inexistência de uma paridade real. Não basta, portanto, a mera oferta de oportunidade. É preciso garantir também o aproveitamento delas por todos, independentemente das desigualdades econômicas ou sociais. Visto desse ângulo o problema, irrelevante a natureza da relação jurídica. Indisponível ou não o direito, deve o juiz participar ativamente da instrução, pois somente assim garantirá um contraditório efetivamente equilibrado.

Assim sendo o juiz deixa de ser apenas a boca que pronuncia lei, o direito não será mais visto aos moldes de Montesquieu. A noção de que a lei representava a vontade não sobreviveu à evolução histórica, pois se concluiu que a lei poderia ser criada de modo contrário aos interesses da população e aos princípios da justiça.

Nesse contexto surge a necessidade de se criar instrumentos capazes de permitir sua conformação aos princípios da justiça.

A aplicação dos precedentes no Brasil visa, desse modo, restabelecer a credibilidade do judiciário, garantindo ao litigante previsibilidade na prestação jurisdicional; o ordenamento jurídico brasileiro apresenta-se em nítida mudança, com a convergência entre o *Common Law* e o *Civil Law*, visando não só à reforma dos institutos de lei, mas também à adoção de uma teoria dos precedentes adaptada à nossa realidade, acompanhada de uma mudança de paradigma e da visão na aplicação de julgados, empregando-se coerentemente os precedentes formados.

O problema que se coloca é em torno da possibilidade de aproximação de duas tradições com fundamentos e histórias tão distintas; ou seja: será possível a existência de uma *civil law* permeada dos elementos próprios da *commom law*?

Mais do que isso: um modelo, em que as pessoas estão acostumadas com leis definidas e bem positivadas, conseguirá absorver, adequadamente, a prevalência de cláusulas abertas nas quais predomina a constitucionalidade do sistema independente de legislação infraconstitucional?

E, em consequência, a jurisdição nacional está preparada para trabalhar com precedentes que conservam a *ratio decidendi*, os fundamentos da decisão, ao invés de jurisprudência baseada na repetição e uniformização de dispositivos decisórios?

Por fim, resta questionar o poder legislador do juiz num ordenamento que sempre privilegiou a tripartição dos poderes e defendeu papéis específicos para cada um deles; numa ordem positiva que, perpetuamente, pregou o apego à lei poderá o juiz desempenhar bem seu papel criativo, por meio do ativismo judicial de legislador?

Tais aspectos indicam que as mudanças trazidas pela presença do precedente judicial no ordenamento nacional exigirão transformações na jurisdição, bem como na compreensão política do papel do judiciário.

A esse respeito, conforme Luiz Guilherme Marinoni leciona:

[...] os conceitos de coisa julgada material e de coisa julgada *erga omnes* não são relevantes quando se pretende dar soluções iguais a casos semelhantes. Nem mesmo a eficácia vinculante, caso limitada à parte dispositiva, ali teria alguma importância. De outra parte, falar em coisa julgada *erga omnes* dos fundamentos da decisão seria baralhar os institutos, já que os objetivos perseguidos com a coisa julgada e com a obrigatoriedade de respeito aos fundamentos não só não se confundem como exigem conceitos operacionais e metodologias diversos. (Elaboração dos conceitos de *ratio decidendi* e *obter dictum* presentes no direito brasileiro, cit.p.270).

Um estudo dos precedentes tende a requerer dos juristas, em igual medida, grande aperfeiçoamento da prática forense e o exercício, claro e cuidadoso, do contraditório e da argumentação,

sendo necessário reconsiderar (como um todo) a corrente prática forense brasileira.

Ocorre, portanto, urgente e extremamente necessário, repensar a prática jurisdicional em vigor, aceitando a convergência entre *Common Law* e *Civil Law*, buscando a reforma inevitável dos institutos de lei, assim como a adoção de uma sólida teoria dos precedentes, devidamente adaptada à realidade do nosso ordenamento, acompanhada por uma mudança de paradigma e de visão na aplicação de julgados, de modo que magistrados e advogados possam administrar, coerentemente, os precedentes formados.

Um dos problemas na execução de uma teoria dos precedentes é a falta de habilidade do manejo do *distinguishing* e do *overruling* e do respeito e continuidade às decisões proferidas pelas Cortes.

Desse modo, um dos principais objetivos que se busca no estudo dos precedentes é que se possa, a partir dessa prática, chegar a conclusões próprias sobre a decisão tomada.

Com isso, a descrição cuidadosa dos fatos e a identificação do problema a ser solucionado são apenas os primeiros passos, tornando-se fundamental sistematizar argumentos e opiniões, para que, então, se chegue a uma conclusão opinativa sobre a questão, desde uma explicação crítica acerca das razões que levaram àquela conclusão.

Nessas condições, a escolha de um precedente para ser objeto de análise crítica ou estudo científico depende da relevância que detenha num determinado contexto histórico, político, social ou jurídico.

Assim, o importante a ser considerado para a escolha do caso são as possibilidades que o precedente em questão oferece para um estudo (ou uma crítica) que venha a contribuir para a reflexão jurídica, seja no plano dogmático, seja no plano sócio-jurídico, ou, ainda, no plano filosófico-jurídico.

Uma análise aprofundada da doutrina dos precedentes irá exigir da parte dos juristas e aplicadores do direito, uma mudança de pensamento, pois um dos objetivos a serem alcançados, é que se possa, com tal prática, chegar a conclusões próprias em torno da decisão tomada.

A descrição cuidadosa dos fatos e a detalhada identificação do problema a ser solucionado são apenas alguns obstáculos a serem enfrentados nessa jornada, sendo essencial a sistematização dos argumentos e opiniões, para que, dessa forma, se chegue a uma conclusão opinativa sobre o caso em questão, bem como uma argumentação aceitável sobre as razões envolvidas na decisão, pois efetiva o dever de atribuir decisões idênticas a situações idênticas.

A segurança jurídica é princípio implícito na Constituição Federal, devendo dessa forma ser respeitada por todos os Poderes da União, e principalmente pelo Judiciário durante a tutela jurisdicional.

A segurança jurídica vista como estabilidade e continuidade da ordem jurídica e previsibilidade das conseqüências jurídicas de determinada conduta é indispensável para a conformação em um Estado que pretenda ser “Estado de Direito. (MARINONI, 2011, p.120).

O Poder Judiciário, ao atuar, deve proferir decisões pautadas em todo o sistema jurídico e não baseadas simplesmente em suas convicções pessoais. Cada órgão do Poder faz parte de um todo e em acordo com esse deve atuar.

O juiz deve apenas decidir seguindo sua linha de raciocínio e a dos tribunais superiores. Não há respeito, nem segurança jurídica, nas decisões de um juiz que a cada ato posiciona-se de forma diferente, gerando insegurança ao jurisdicionado, e sem qualquer fundamentação lógica para cada decisão tomada.

O Professor José Eduardo Lourenço dos Santos salienta que como forma de convivência ideal em uma sociedade, espera-se uma convivência harmônica entre direitos fundamentais.

Para ele a paz deve ser entendida como um valor constitucional, merecendo a devida proteção como um direito fundamental, devendo existir formas para solucionar os casos difíceis que envolvam os direitos fundamentais, principalmente quando se quer saber qual direito deve prevalecer.

O caminho para a paz mostra-se uma construção através dos princípios da segurança jurídica, da isonomia e principalmente ao respeito aos direitos fundamentais (SANTOS, 2014).

5 CONCLUSÃO

Dessa forma, podemos concluir que o jurista do *Civil Law* não está preparado para lidar com a jurisprudência, melhor dizendo, com a ciência de interpretação da produção judiciária. Reside neste ponto a necessidade de se buscar os valiosos subsídios aplicados no sistema da *Common Law*.

A aproximação entre os dois sistemas é inegável, já não existindo diferenças suficientes que impeçam o Brasil de adotar uma teoria dos precedentes.

A busca da segurança jurídica é o valor a ser alcançado pelos dois sistemas jurídicos, o constitucionalismo alterou de forma profunda o *Civil Law* aproximando-o do *Common Law*, dessa forma o juiz antes adstrito a estrita aplicação da lei, passou a interpretá-las e a exercer uma função criativa, dando efetividade aos princípios contidos no ordenamento jurídico.

Assim, sob a ótica de tudo que aqui foi exposto a aplicação de precedentes no Brasil visa restabelecer a credibilidade do Judiciário garantindo ao litigante previsibilidade na prestação jurisdicional, nesse contexto podemos observar, que nosso ordenamento jurídico, está em nítida mudança, abandonando um pouco das premissas do sistema da *civil law*, e infundindo premissas da teoria do *common law*.

Nesse sentido tendo-se em vista a expansão da aplicação do precedente judicial no ordenamento jurídico brasileiro, torna-se essencial a busca de instrumentos teóricos que permitam a análise e compreensão do processo de produção e apreensão do sentido das decisões judiciais, pois, por meio da aplicação dos precedentes judiciais, uma decisão pode produzir efeitos em casos posteriores.

Perlustrando sobre o assunto será necessário repensar a prática jurisdicional brasileira, aceitando a convergência entre o *Common Law* e o *Civil Law*, buscando não só a reforma dos institutos de lei, mas também a adoção de uma sólida teoria dos precedentes adaptada á realidade brasileira, acompanhada de uma mudança de paradigma e da visão na aplicação de julgados, aplicando-se coerentemente os precedentes formados.

A força e a autoridade de uma Teoria dos Precedentes estarão vinculadas, aos responsáveis por sua interpretação e aplicação; o manejo incorreto dessa teoria quebra o sistema e faz cair

á pretensão de estabilidade e segurança desejada pelo judiciário, assim os operadores do direito devem estar aptos ao manuseio dos precedentes.

Tornando-se imperioso, o estudo, ainda nos bancos acadêmicos, tanto para estudantes como para juizes, o aprimoramento cultural no que se refere á aplicação dos Direitos Humanos e às demais disciplinas conexas com o caso concreto.

A paz tanto almejada será construída através do respeito aos precedentes e aos princípios norteadores da decisão, da segurança jurídica, da isonomia das decisões e da coisa julgada.

REFERÊNCIAS

AVILA, Humberto. **Segurança Jurídica – entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário**. São Paulo: Editora Malheiros, 07/2011.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Poderes instrutórios do juiz. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. Brasília/Editora Universidade de Brasília. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos, 1999.

_____. Teoria da Norma Jurídica. São Paulo/Editora Edipro. Tradução de Fernando Pavan Batista e Ariana Bueno Sudatti.2008.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. Teoria do Precedente: a Justificação e a Aplicação de Regras Jurisprudenciais. – São Paulo: Noeses, 2012

BUROCRACIA. Disponível em : < <https://pt.wikipedia.org/wiki/Burocracia>> . Acesso em 12 de outubro de 2015.

CIAMPAGLIA, Sílvio. **Segurança jurídica é o princípio fundamental nas democracias**. In: Segurança Jurídica no Brasil. Organizador Marco Túlio Bottino. São Paulo: RG Editores, 2012.

CHALITA, Gabriel. **Princípio da Segurança Jurídica**. In: Segurança Jurídica no Brasil. Organizador: Marco Túlio Bottino. São Paulo: RG Editores, 2012.

COSTA, Antonio Tito. **A propósito de Segurança Jurídica**. In: **Segurança Jurídica no Brasil** – Organizador: Marco Túlio Bottino. São Paulo: RG Editores, 2012.

GONÇALVES, Marcus Vinicius. **Direito Processual Civil Esquemático**. 3ª Ed. revista e atualizada. Coordenador Pedro Lenza. São Paulo: Saraiva, 2013.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3 ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 3ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARTINS, Ives Granda da Silva. **Visão histórica da Segurança Jurídica**. In: Segurança Jurídica no Brasil. Organizador Marco Túlio Bottino. São Paulo: RG Editores, 2012.

NASCIMENTO, Carlos Valder. THEODORO JUNIOR, Humberto. FARIA, Juliana Cordeiro. **Coisa Julgada Inconstitucional – “A questão da segurança jurídica”**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

QUINTELA, Guilherme Camargos. **Segurança Jurídica e Proteção da Confiança – A justiça prospectiva na estabilização das expectativas no direito tributário brasileiro**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013.

SANTOS, José Eduardo Lourenço dos. **A discriminação racial na internet e o direito penal: o preconceito sob a ótica criminal e a legitimidade da incriminação**. Curitiba: Juruá, 2104.

SOARES, Carlos Henrique. **Coisa Julgada Constitucional: Teoria Tridimensional da Coisa Julgada: Justiça, Segurança Jurídica e Verdade**. Coimbra: Edições Almedina, Abril de 2009.

SOUZA, Gelson Amaro de. SOUZA FILHO, Gelson Amaro de. **Sentenças que não passam em julgado**. In: Revista Jurídica do Centro Universitário de Patos de Minas, ano 13 – número 13. Patos de Minas: Jurisvox, dezembro de 2012.

SOUZA, Miguel Teixeira. **Estudos sobre o Novo Processo Civil**. 2ªed. Lisboa, Lex, 1997.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **As reformas do Direito Processual Civil e o Princípio Constitucional da Segurança Jurídica**. In: O Processo na Constituição – coordenadores Ives Granda da Silva Martins e Eduardo Jobim. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2008.

EM BUSCA DA REINserÇÃO SOCIAL DO ADOLESCENTE INFRATOR: POR UMA EFETIVA JUSTIÇA ESPECIALIZADA E DEMOCRÁTICA AOS ADOLESCENTES

Gabriele Delsasso Lavorato Manfré¹⁹

Vanessa Rui Fávero²⁰

1 INTRODUÇÃO

A Doutrina da Proteção Integral, inspiradora do Estatuto da Criança e do Adolescente, foi instituída ante a necessidade de uma legislação de proteção específica, diferenciada e real em favor do público infanto-juvenil que, por anos, viveram no esquecimento humano, como vítimas de diversas atrocidades, discriminação e desrespeito.

O artigo em tela tem como intuito avaliar a viabilidade do sistema de proteção e garantias desprendidas às crianças e adolescentes, bem como, e especialmente, demonstrar as finalidades da medida socioeducativa de internação, enfatizando a sua operacionalidade na reinserção do jovem infrator ao ambiente social e familiar.

¹⁹Advogada do Núcleo de Estudos e Defesa dos Direitos da Infância e Juventude (NEDDIJ). Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP (2013). Integrante do Grupo de Pesquisa Os Reflexos das Opções do Poder Público na Vida das Pessoas. – e-mail: gaby_dl91@hotmail.com

²⁰Mestre em Ciência Jurídica pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. Advogada. Mediadora e Conciliadora pela Escola Paulista da Magistratura - EPM. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP (2013). Integrante dos Grupos de Pesquisa Políticas Públicas e Efetivação dos Direitos Sociais; Democracia e Direitos Fundamentais e Os Reflexos das Opções do Poder Público na Vida das Pessoas. – e-mail: vanessa_vrf@hotmail.com

Neste cenário, assaz importância é o apontamento das deficiências e falhas existentes na aplicação da medida de internação, capaz de prejudicar suas verdadeiras funções, causando no seio comunitário a sensação de impunidade no trato dos adolescentes em conflito com a lei. Para tanto, ressalta-se a situação das unidades de internação dos menores delinquentes, além de outros pontos frequentemente questionados, como as atividades efetuadas nestes locais, a qualificação dos profissionais, o prazo máximo da medida etc.

Desta feita, no trabalho em apreço, empregou-se o método indutivo baseado na pesquisa bibliográfica interdisciplinar, o qual se compõe em três capítulos.

Preliminarmente, o primeiro capítulo tratará da evolução histórica dos direitos da criança e do adolescente, destacando todo o desamparo sofrido por esta classe de pessoas, tendo como sequência o estudo do Código de Menores de 1927 (Código Mello Mattos), Código de menores de 1979 e o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº8.069/90).

No segundo capítulo, destacar-se-á a definição de ato infracional da nova legislação acima citada, bem como as modalidades de medidas socioeducativas previstas no estatuto em seu artigo 112, incisos I a V (da advertência à semiliberdade).

Por derradeiro, o terceiro capítulo abordará considerações gerais sobre a medida socioeducativa de internação, em especial, de sua finalidade reeducativa. Seguirá apontando comentários quanto às situações que autorizam à aplicação da extrema medida, bem como versará sobre os princípios orientadores da reprimenda em comento.

Nesta ótica, elencará as causas influenciadoras a não recuperação dos infratores, demonstrando a ineficácia da medida no que tange ao seu adimplemento, e que por consequência aumenta a violência e a sensação de impunidade na sociedade contemporânea, interferindo em sua qualidade de vida. Assim, o presente artigo tratará da necessidade de colocar em prática a justiça especializada da infância e juventude para construção da PAZ, da prevenção da violência, da preservação da democracia e do desenvolvimento humano.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE

O estudo da evolução histórica dos direitos infanto-juvenis se mostra de suma importância, notadamente neste momento vivenciado pela população brasileira, a qual se vê diante de questionamentos pertinentes a eficácia do corpo normativo voltado a combater a delinquência juvenil e a reinserir o jovem na sociedade, mediante a adoção de medidas específicas que levem em consideração a peculiar situação do adolescente que se encontra em fase de desenvolvimento físico-psicológico.

Neste contexto, em face da preocupação com a delinquência infanto-juvenil, estatuíram-se normas para menores no Brasil, as quais levaram à construção de uma Doutrina do Direito do Menor, calcada no binômio carência/delinquência, delineando-se uma Nova Tutela da Infância-Adolescência.

Assim, nestas diretrizes, “[...] em um inevitável desenrolar dos fatos, em 12 de outubro de 1927, publicava-se o Decreto nº 17.943-A, primeiro Código de Menores no Brasil, mais conhecido como Código Mello Mattos [...]”.²¹

O Código de Menores de 1927 ficou conhecido como Código Mello Mattos por ter como titular o Dr. José Cândido Albuquerque Mello Mattos, o qual também foi o precursor do Juizado dos Menores em 1924.

Depreende-se que este código constituiu a primeira legislação brasileira a voltar sua atenção aos direitos infantis, delineando um tratamento especial à população infanto-juvenil ao prever medidas assistencialistas e protetivas que proporcionassem a esta classe de seres humanos o desenvolvimento físico, moral e psicológico essenciais em seu crescimento básico, tanto esperado ao longo dos anos.

O mencionado diploma legal estabeleceu que crianças e adolescentes, abandonados ou delinquentes, estariam submetidos às disposições nele constantes. Visto isso, na seara infracional, aos menores com até quatorze anos de idade aplicavam-se reprimendas com objetivos educacionais, podendo os jovens entre quatorze e

²¹ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente- Aspectos teóricos e práticos*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p.6

dezoito anos receber punições com responsabilidade atenuada, tornando isento a qualquer processo aquele menor de quatorze anos.

Com efeito, observa-se que o Código Mello Mattos conseguiu incorporar ao ordenamento jurídico da época um mecanismo legal capaz de direcionar uma proteção especial aos menores, modificando concepções e entendimentos sobre discernimento, culpabilidade e responsabilidade tocantes às crianças e aos adolescentes. Todavia, a legislação *in comento* não amparava todos e quaisquer jovens, pelo contrário, destinava-se somente aos ditos “expostos, vadios, delinquentes, abandonados”, posto que era a fase da criminalização da infância pobre.

Houve grande inovação ao disciplinar este código o aspecto educacional das sanções impostas aos jovens infratores, em detrimento do caráter punitivo e de coerção até então predominante.

Dispõe a respeito Roberti Júnior:

[...] o avanço se deu no fato de que a punição pela infração cometida deixa de ser vista como sanção-castigo, para assumir um caráter de sanção-educação por meio da assistência e reeducação de comportamento, sendo dever do Estado assistir os menores desvalidos. [...] ²²

Sobre a questão, Maciel aponta considerações:

[...] Foi uma lei que uniu Justiça e Assistência, união necessária para que o Juiz de Menores exercesse toda sua autoridade centralizadora, controladora e protecionista sobre a infância pobre, potencialmente perigosa. Estava construída a categoria Menor, conceito estigmatizante que acompanharia crianças e adolescentes até a Lei nº 8069, de 1990.

²³

²² JÚNIOR, João Paulo Roberti. *Evolução Jurídica do Direito da Criança e do Adolescente no Brasil*. Disponível em: www.unifebe.edu.br/revistaelectronica/20121/artigo025.pdf. Acesso em 04 mar. 2016.

²³ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.), op. cit., p.6.

O ano de 1940 foi marcado pela entrada em vigor do atual Código Penal, fixando a responsabilidade penal do menor de dezoito anos, tornando certa a alteração do Código Mello Mattos.

Nos dizeres de Maciel:

A tutela da infância, nesse momento histórico, caracterizava-se pelo regime de internações com a quebra dos vínculos familiares, substituídos por vínculos institucionais. O objetivo era recuperar o menor, adequando-o ao comportamento ditado pelo Estado, mesmo que o afastasse por completo da família. A preocupação era correccional e não afetiva.²⁴

Desta feita, malgrado a instauração do diploma legal visando a reintegração, reeducação e ressocialização dos menores, tal instrumento restou infrutífero, pois não rompeu com a delinquência juvenil, sendo imprescindível a reforma do Código Mello Mattos.

Em suma, nesta panorâmica, foi aprovado o Código de Menores de 1979, trazendo para a conjectura brasileira a “Doutrina da Situação Irregular”, a qual substituiu a “Doutrina do Direito do Menor”, assim denominado o Código de Menores de 1927.

“Refletindo a tendência geral da América Latina, em 1979 foi aprovado pela Lei 6.679 o novo Código de Menores, que entendia a delinquência como reflexo da situação irregular”.²⁵

Visto isso, a Doutrina da Situação Irregular foi a convicção inspiradora e oficializada pelo Código de Menores de 1979, embora já contida de forma implícita no Código de 1927, com uma mudança de paradigma e terminológica, pois a nova doutrina particularizou as crianças e adolescentes que se englobavam nessa única condição agora denominada “situação irregular”, destinatários desta “proteção e tratamento especiais”.

Nesses termos, a Doutrina da Situação Irregular pode ser definida como sendo aquela e que os menores passam a ser objeto da norma quando se encontrarem em estado e patologia social²⁶,

²⁴ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.), op. cit., p.6.

²⁵ SALIBA, Maurício Gonçalves. op. cit., p.25.

²⁶ SARAIVA, João Batista Costa. *Direito Penal Juvenil. Adolescente e ato infracional: Garantias Processuais e Medidas Socioeducativas*. 2ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p.14.

derivados tanto da conduta social dos jovens, bem como da família ou da própria sociedade.

Dentro desta nova especialização do Direito do Menor, não se pode olvidar a imprescindibilidade de caracterização da “situação irregular”, a qual serviu de fundamento de validade para o Código de 1979. O mencionado diploma legal, em seu artigo 2º, elencou as seis hipóteses especiais às quais autorizavam a atuação e intervenção do Juiz de Menores, explicadas por Nogueira como:

[...] situações de perigo que poderão levar o menor a uma marginalização mais ampla, pois o abandono material ou moral é um passo para a criminalidade. [...] A situação irregular do menor é, em regra, consequências da situação irregular da família, principalmente com a sua desagregação.²⁷

Nesse viés, tem-se que a Doutrina da Situação Irregular não se destinava a prevenção, proteção e amparo à criança e ao adolescente, tampouco lhes assegurava direitos especiais, mas sim era restrita, taxativa e limitava-se a cuidar da população infanto-juvenil que configurasse a situação de irregularidade nos moldes acima descrito.

O Diploma Legal em apreço não passava de um “Código Penal de Menores”, cujas medidas assistencialistas e protetivas, na prática, correspondiam a verdadeiras sanções impostas aos menores, com atuação segregatória, sem que refletisse ou enunciasse qualquer direito; pelo contrário, eram seres privados de seus direitos, aos quais se encaixavam nas situações pré-estabelecidas.

Ratifica, com seu entendimento, Maciel:

Apesar das diversas medidas de assistência e proteção previstas pela lei para regularizar a situação dos menores, a prática era de uma atuação segregatória na qual, normalmente, estes eram levados para internatos ou, no caso de infratores, institutos de detenção mantidos pela FEBEM. Inexistia preocupação em manter vínculos familiares, até porque a família ou a falta dela era considerada a causa da situação irregular.²⁸

²⁷ NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Comentários ao Código de Menores*, 1988, p.13-14.

²⁸ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.), op. cit., p.13.

Prossigue a autora:

Não era uma doutrina garantista, ate porque não enunciava direitos, mas apenas pré-definia situações e determinava uma atuação de resultados. Agia-se apenas na consequência e não na causa do problema, “apagando-se incêndios”. Era um Direito do Menor, ou seja, que agia sobre ele, como objeto de proteção e não como sujeito de direitos. Daí a grande dificuldade de, por exemplo, exigir do poder público construções de escolas, atendimento pré-natal, transporte escolar, direitos fundamentais que, por não se encontrarem previsão no código menorista, não eram passíveis de execução.²⁹

Diante disso, ante a falta de critérios determinantes acerca da aplicação da lei de 1979 à situação irregular, esta não passava de uma ideologia não universal, limitada e restrita a uma específica classe de pessoas, quais sejam, os filhos das famílias empobrecidas, normalmente negros ou pardos, do interior ou das periferias, não abarcando, assim, todo o público infanto-juvenil.

Por fim, em data de 13 de julho de 1990, na esperança de melhor atender aos interesses dos menores e proporcionar-lhes uma proteção especial, diferenciada, ampla, universal e, mormente, integral, foi promulgado o Estatuto da Criança e do Adolescente, pela Lei nº 8.069, o qual rompeu com todo paradigma até então estabelecido, através da “Doutrina de Proteção Integral” em conjunto com os dispositivos legais da Constituição Cidadã.

O Estatuto é considerado uma legislação de vanguarda, justamente, por romper com a doutrina da situação irregular presente no Código de Menores de 1979 e reafirmar a noção de proteção da infância e juventude brasileira, bem como a visão de sujeito de direitos, com novos conceitos e práticas.

“Fundamentalmente enfatiza-se que o Estatuto da Criança e do Adolescente, nasceu a partir da experiência de indignação nacional junto com o apelo de normativas internacionais a favor da criança e do Adolescente”.³⁰

²⁹ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.), op. cit., p.14.

³⁰ JÚNIOR, João Paulo Roberti. *Evolução Jurídica do Direito da Criança e do Adolescente no Brasil*. Disponível em: www.unifebe.edu.br/revistaeletronica/20121/artigo025.pdf. Acesso em 04 mar. 2016.

Diante destas normativas e buscando evitar a construção social que separa os menores de seus direitos fundamentais e da dignidade humana, o instrumento legal em comento trouxe mudanças substanciais no tratamento da população infanto-juvenil, a qual passou a titularizar, pela primeira vez, um Direito da Criança e do Adolescente, abrangente, real, efetivo, palpável e, principalmente, exigível, contrapondo-se ao Direito do Menor até então predominante e imposto.

Paulo Afonso ensina:

O Estatuto da Criança e do Adolescente contrapõe-se à lógica do Direito do Menor, representado pelo antigo Código de Menores, que se baseia na concepção de que crianças e adolescentes são meros **objetos** de intervenção do mundo adulto e da teoria da situação **irregular**, baseado na situação de patologia social, na ausência de rigor procedimental, com desprezo às garantias relacionadas ao princípio do contraditório e o elevado grau de discricionariedade da autoridade judiciária.³¹

Vale dizer que o “novo direito” adotado em benefício dos jovens brasileiros teve como mola precursora a promulgação da Constituição da República, em 05 de outubro de 1988, a qual instituiu no país uma Ordem Constitucional pautada essencialmente no Princípio da Dignidade Humana e no Estado Democrático de Direito, trazendo, desde já, em seu artigo 227 uma proteção especial e diferenciada à infância e juventude. Confira-se:

Artigo 227, caput, CR/88: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.³²

³¹ PAULA, Paulo Afonso Garrido de. op.cit.,p. 29.

³²BRASIL, *VadeMecum*. obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 11ª ed. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 79.

Acerca do tema “direitos fundamentais”, Brega Filho dispõe:

Os direitos fundamentais estão relacionados à pessoa humana, pois, como já dissemos anteriormente, os direitos fundamentais são aqueles necessários para garantir uma vida de acordo com o princípio constitucional da dignidade humana. Não existem, portanto, direitos fundamentais dos animais e das árvores.³³

Observa-se, pois, que a “Constituição Cidadã” consolidou, conforme acima citado, os Direitos Fundamentais à infância, além de determinar como sendo dever da família, do Estado e de toda sociedade zelar pela concretização de tais direitos.

Nessa ótica, reconhece Pereira:

Os Direitos Fundamentais têm sido reconhecidos como manifestações positivas do Direito, produzindo efeitos no plano jurídico, sendo, outrossim, reconhecidos como princípios que orientam a forma sob a qual o Estado deve organizar-se, fixando princípios e linhas gerais para guiar a vida em sociedade com fins de promover o bem-estar individual e coletivo de seus integrantes. Declarados nas Constituições modernas, eles não se confundem com outros direitos assegurados ou protegidos.³⁴

Malgrado o artigo 227 da Carta Maior tenha assegurado direitos fundamentais, de aplicabilidade imediata, e absoluta prioridade às crianças, ficou a cargo do Estatuto da Criança e do Adolescente a estruturação sistêmica da doutrina da proteção integral, ensejando, pois, uma disciplina específica e científica destinada a alicerçar o Direito Infante-Juvenil.

Desta feita, conceitua-se “**proteção integral** como um sistema em que crianças e adolescentes figuram como **titulares** de interesses **subordinantes** frente à família, à sociedade e ao Estado”.³⁵ ”Significa a imposição de obrigações aos mesmos entes,

³³ FILHO, Vladimir Brega. *Direitos Fundamentais na constituição de 1988*: conteúdo jurídico das expressões. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p.71.

³⁴ PEREIRA, Tânia da Silva (coord.). *O Melhor Interesse da Criança*: um debate Interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p.15.

³⁵ ISHIDA, Valter Kenji. *A Infração Administrativa no Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Atlas, 2009, p.7.

colocando a criança e o adolescente como sujeitos ativos das relações jurídicas”.³⁶

Aduz-se que o Estatuto não consiste em simplesmente numa lei garantidora de direitos e prerrogativas à infante-adolescência, mas sim num instrumento normativo em consonância com a Carta Magna, democrática e humanitária, imposto para a resolução dos problemas dos infantes.

Dessa forma, a doutrina da proteção integral desencadeia o entendimento de que não são as crianças ou adolescentes que se encontram em situação irregular; pelo contrário, irregulares são as condições de vida que os mesmos estão submetidos. Assenta-se no princípio de que todos os menores desfrutam dos mesmos direitos e garantias, devendo receber o mesmo amparo, sem discriminação, integrantes das relações jurídicas como sujeitos de direitos, aderindo simultaneamente às obrigações próprias a peculiar condição de desenvolvimento.

Corroborando, no mesmo sentido, Saliba:

[...] Essa condição peculiar coloca aos agentes envolvidos na operacionalização das medidas a eles destinadas a missão de proteger e de garantir o conjunto de direitos e educar, oportunizando a inserção do adolescente na vida social. Sua condição de sujeitos de direitos implica a necessidade de participação nas decisões de qualquer medida a seu respeito. A responsabilidade pelo desenvolvimento integral da criança e do adolescente é da sociedade e do Estado.³⁷

A partir de agora, na qualidade de titulares de interesses juridicamente protegidos, os menores passam a ser amparados com prioridade absoluta, não somente pela família e pelo Estado, consistindo num dever social, de modo a suprir todo o desrespeito e discriminação vivenciados nos anos passados no trato dos direitos infantis.

Traz seu ensinamento Paula:

³⁶ PAULA, Paulo Afonso Garrido de. op. cit., p.23.

³⁷ SALIBA, Maurício Gonçalves. op. cit., p.27.

[...] passaram a ser sujeitos de direitos relacionados ao desenvolvimento saudável e de garantias atinentes à integridade. Esses interesses foram ditos “subordinantes” porque vinculam e obrigam a família, a sociedade e o Estado. Surgem em contraposição ao modelo do Código de Menores, onde havia uma legislação **assistencialista** voltada ao menor infrator ou ao abandonado. (grifo nosso)³⁸

O Estatuto rompeu, definitivamente, com a legislação anterior atrelada ao menor, buscando ultrapassar as políticas repressivas e assistenciais traçadas, com imposições de medidas socioeducativas capazes de recuperar a cidadania dos jovens e superar a condição de “excluídos socialmente”, após a prática de condutas descritas como injustos penais.

Diante disso, acerca das essenciais modificações efetuadas pelo ECA, assevera Jesus:

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) instituiu a doutrina da proteção integral à criança e ao adolescente, considerando criança a pessoa com até doze anos incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos fixando-lhes os direitos e os deveres e prevendo as medidas aplicáveis àqueles que afrontem os seus preceitos legais. O Estatuto substituiu o antigo Código de Menores (Lei 6697/790 e a sua doutrina da situação irregular, mas fundamentalmente foi uma resposta aos movimentos da sociedade que pediam uma nova política de atendimento às crianças e aos adolescentes que não se baseasse no assistencialismo nem na repressão herdada da época da Funabem e ratificada pelo Código de Menores. [...]³⁹

Com efeito, não obstante no campo formal a doutrina da proteção integral esteja pura e perfeitamente delineada, tem-se como maior desafio a real e efetiva concretização e emprego dos direitos aludidos, bem como do Diploma Legal ora em estudo.

Isto posto, considerando o alarmante aumento dos índices de crianças e adolescentes autores de atos infracionais no País, pertinente se faz analisar, em face desta realidade, não apenas os direitos e garantias destes menores, mas também apontar as

³⁸ PAULA, Paulo Afonso Garrido de. op. cit., p.20.

³⁹JESUS, Maurício Neves. *Adolescente em Conflito com a Lei: prevenção e proteção integral*. Campinas: Sevanda, 2006, p.13.

deficiências encontradas na imposição das medidas socioeducativas, fazendo com que reste prejudicada as principais funções deste sistema de prevenção, como se verá adiante.

3 A PRÁTICA DO ATO INFRACIONAL E AS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS CABÍVEIS

O Estatuto da Criança e do Adolescente, ao contrário do que previa a Doutrina da Situação Irregular, insurgiu no Ordenamento Jurídico Pátrio inovações significativas no que concerne aos direitos infanto-juvenis, agora com uma perspectiva mais humana, sob o pilar da proteção integral aos jovens.

O aludido Diploma Legal, constituído por princípios e regras, tutela a criança e o adolescente de forma ampla, desde seu nascimento até a maioridade, momento em que o jovem passa a ser regido pela Justiça Comum.

Neste raciocínio, pode-se dizer que ato infracional consiste na condutadescrita como crime ou contravenção penal perpetrada pela criança ou adolescente, conforme predispõe o artigo 103 da lei 8069/90. Confira-se:

Artigo 103. Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal.⁴⁰

Assim, por envolver pessoas inimputáveis, tecnicamente o injusto cometido por criança ou adolescente denomina-se ato infracional, análogo a crime ou contravenção, diferenciando os menores infratores dos adultos, vez que não se pode dispensar o mesmo trato punitivo as duas distintas classes de sujeitos de direitos.

Cury e Maçura relatam:

Por serem inimputáveis, a criança ou o adolescente jamais cometem crimes ou contravenções, incorrendo tão-só em ato infracional, caso adotem conduta de tipicidade objetivamente idêntica. O cotejo entre o comportamento do menor e aquele descrito como crime ou

⁴⁰ BRASIL, *VadeMecum*. op., cit., p. 951.

contravenção atua apenas como critério para identificar os fatos possíveis de relevância infracional, dentro da sistemática do Estatuto da Criança e do Adolescente.⁴¹

Desse modo, crucial frisar que tanto criança quanto adolescente praticam atos infracionais. Contudo, as crianças, como forma de punição pelo ilícito perpetrado, apenas são aplicadas medidas de proteção (artigo 105 do ECA). Por sua vez, aos adolescentes infratores ocorre à imposição obrigatória de medidas socioeducativas (artigo 112), as quais podem ser cumuladas ou não com medidas de proteção.

Em suma, diz-se que, ao analisar o Estatuto a responsabilização socioeducativa está prevista aos menores com doze anos de idade completos, aos quais receberão medidas corretivas pertinentes à sua condição especial de pessoa em desenvolvimento.

Nos dizeres de Darlan:

O Estatuto da Criança e do Adolescente tem dispositivos que responsabilizam os adolescentes que se apresentam com comportamentos desviantes e praticam atos ilícitos. Trata-se da responsabilidade socioeducativa, através da qual a pessoa em desenvolvimento recebe medidas corretivas correlatas à sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, em formação.⁴²

E continua o autor:

Embora alguns desconheçam, a verdade é que desde os doze anos qualquer cidadão que pratique atos infracionais é responsabilizado por eles e recebe medidas socioeducativas. Estas podem se traduzir em uma advertência ou na privação da liberdade, passando por outras medidas pedagogicamente mais eficazes, como a prestação de serviços à comunidade e a liberdade assistida, responsáveis pela

⁴¹ CURY, Garrido & Maçura. *Estatuto da Criança e do Adolescente anotado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 91.

⁴² DARLAN, Siro. *Da Infância Perdida à Criança Cidadã*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998, p.91.

ressocialização de tantos adolescentes antes infratores, hoje integrados à sociedade.⁴³

Saliba complementa:

É necessário enfatizar que todas as medidas preconizadas pelo ECA têm como princípio básico a educação como forma de possibilitar ao infrator a reinserção social. O Estatuto só pode ser compreendido pelo seu aspecto pedagógico que inclui elementos do modelo educacional.⁴⁴

Sob esse prisma, com base na finalidade reeducativa das medidas socioeducativas, de modo a reintegrar o jovem no ambiente social, caberá ao juiz, analisando caso a caso, impor a reprimenda legal ao adolescente infrator na dosagem do caso concreto, não em vista da conduta em si apenas, porém e principalmente, o perfil sociológico do agente. Por isso, salutar tecer ponderações quanto às modalidades de medidas socioeducativas predispostas no Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como as especificações de cada uma.

Ora, é sabido que, realizado o ato infracional, inicia-se a ação socioeducativa através da representação ofertada pelo Órgão Ministerial. Com o fim de tal procedimento, cabe ao Juiz aplicar aos adolescentes medidas socioeducativas pertinentes. Estas estão disciplinadas em um rol taxativo constante no artigo 112 do Estatuto Infante-Juvenil, possuindo cada qual suas peculiaridades e hipóteses de aplicação que devem ser observadas pelo magistrado no momento de sua imposição, além de outros requisitos presentes no aludido Diploma Legal.

A Doutrina da Proteção Integral, sobrelevando as crianças e adolescentes como sujeitos de direitos, procurou afastar dos juristas quaisquer princípios subjetivos e arbitrários quando da imposição da medida socioeducativa ao adolescente. Ao contrário, fez com que o juiz lançasse mão de regras garantistas e responsabilizantes inculpidas no atual Estatuto, sempre observando a capacidade do adolescente em cumpri-la, as circunstâncias e, por fim, a gravidade do ato praticado.

⁴³ Ibidem, op, cit., p. 91-92.

⁴⁴ SALIBA, Mauricio Gonçalves. op., cit., p.34.

Sob esta perspectiva, preliminarmente a quaisquer considerações acerca de cada medida socioeducativa, salutar se faz esclarecer que as mesmas não são penas. Consistem tão somente em providências jurídicas cuja finalidade é a proteção do adolescente, com a promoção de seu desenvolvimento pleno e sadio, sob o prisma da prevenção especial, voltada para o futuro.

Nesse sentido:

Se o objetivo da lei é a proteção da criança e do adolescente com aplicação de medidas socioeducativas tendentes a permitir a sua remissão dos maus atos e de procedimento irregular que possa impedir seu desenvolvimento e integração na sociedade, o que deve ser analisado é a sua conduta, sob o aspecto da sua adequação social e da sua conformação com os hábitos e costumes tradicionalmente aceitos. Em outras palavras, não se exige que o menor tenha praticado um crime, para, só então, aplicar-lhe medida socioeducativa. Se assim, for, a medida perderá esse caráter de proteção social e educativa, para transmutar-se em verdadeira pena.⁴⁵

Destarte, resta evidente a natureza híbrida das medidas socioeducativas, formada por dois fatores que se conjugam para atingir os propósitos da reeducação e de adimplência social do adolescente, quais sejam, o caráter pedagógico, cujo escopo está na reintegração social e familiar do jovem, e o caráter sancionatório, respondendo à sociedade pela lesão causada em face do ilícito.

Saliba dispõe:

Ao se estruturar em torno das medidas socioeducativas, percebe-se que o Estatuto da Criança e do Adolescente tem um princípio norteador baseado na ação pedagógica. Todas as medidas previstas devem prever a reeducação e a prevenção. Pretendem estabelecer um novo padrão de comportamento e conduta ao infrator, promovendo uma ruptura entre o novo projeto de vida do adolescente e a prática de delitos. Mesmo possuindo, por um lado, um caráter punitivo aos adolescentes infratores- uma sanção, cerceamento de sua liberdade-, por outro, em todas as medidas socioeducativas é enfatizada na execução das medidas o *caráter educativo*.⁴⁶

⁴⁵BRASIL, Tribunal de Justiça de São Paulo - C. Esp.- Ap.24.020-0-Relator: Yussef Cahali- j. 23-3-95.

⁴⁶ SALIBA, Maurício Gonçalves. op., cit., p. 29.

Ainda nesta ótica, Kosen, em suas palavras, demonstra o caráter retributivo das medidas socioeducativas, comparando estas com as penas criminais. Confira-se:

[...] na pena criminal do adulto não se avalia, prevalentemente, a necessidade pedagógica; avalia-se como critério norteador fundamental para a fixação do tamanho da reprimenda, o tamanho da culpa. Para a escolha da medida socioeducativa o critério prevalecente é o da necessidade pedagógica. A finalidade da pena criminal pauta-se, por consequência, por sua proporcional carga retributiva. A finalidade da medida socioeducativa pauta-se pela necessidade pedagógica do adolescente.⁴⁷

Continua:

[...] a substancia é penal e a finalidade é pedagógica. [...] identifica como a responsabilização do adolescente autor de ato infracional, com o significado de evidenciar a inadequação de uma determinada conduta penal e determinada a prevenir a pratica de novas infrações e propiciar a adequada inserção social e familiar, através da adesão voluntária ao fazer incidir de vivencias pedagógicas correspondentes a necessidade do infrator.⁴⁸

A primeira medida passível de aplicação é a advertência. Esta, por sua vez, conforme preleciona do artigo 115 do Estatuto da Criança e do Adolescente, consistirá em uma admoestação verbal, reduzida a termo e assinada, pelo Magistrado da Infância e Juventude, bem como pelo Representante do Ministério Público quando da concessão de remissão.

Trata-se da medida mais branda prevista na legislação, à pratica de atos infracionais leves e condutas infringentes primárias, cujo objetivo é senão levar o acusado à meditação quanto às consequências da infração, bem como fazê-lo prometer a não reiterar comportamentos ilícitos.

⁴⁷ KOSEN, Afonso Armando. *Pertinência Socioeducativa: Reflexões sobre a Natureza Jurídica das Medidas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 76-77.

⁴⁸ *Ibidem*, op., cit., p. 91-92.

Destaca-se que a medida em comento, diferentemente das demais, pode ser aplicada independentemente de um seguro acervo probatório, bastando indícios de autoria e materialidade.

Corroborando nesse sentido, as palavras de Konzen:

A medida de advertência, muitas vezes banalizada por sua aparente simplicidade e singeleza, certamente porque confundida com as práticas disciplinares no âmbito familiar ou escolar, produz efeitos jurídicos na vida do infrator, porque passará a constar do registro dos antecedentes e poderá significar fator decisivo para a eleição da medida na hipótese da prática e nova infração. Não está, no entanto, nos efeitos objetivos a compreensão da natureza dessa medida, mas no seu real sentido valorativo para o destinatário, sujeito passivo da palavra de determinada autoridade pública. A sensação do sujeito certamente não será outra do que a de se recolher à meditação, e, constrangido, aceitar a palavra da autoridade como promessa de não reiterar conduta. Será provavelmente um instante de intensa aflição.⁴⁹

Ato contínuo, a legislação menorista prevê como segunda modalidade de medida socioeducativa a obrigação de reparar o dano. Tal possibilidade encontra-se razão de ser, conforme artigo 116 do Estatuto, quando da ocorrência de ato infracional com reflexos patrimoniais, oportunidade que terá o infrator de restituir coisa, ressarcir o dano ou, por outra forma, compensar o prejuízo causado à vítima.

À colação, os dizeres de Ishida:

A obrigação de reparar o dano, como medida socioeducativa, deve ser suficiente para despertar no adolescente o senso de responsabilidade social e econômica em face do bem alheio. A medida deve buscar a reparação do dano causado à vítima tendo sempre em vista a orientação educativa a que se presta.⁵⁰

Vale dizer que, a imposição da medida ora em análise está intimamente vinculada a existência de recursos financeiros por parte do Acusado. Assim, sendo o adolescente desprovido de condições patrimoniais, impossibilitando o cumprimento integral da medida, o

⁴⁹ KOZEN, Afonso Armando. op., cit., p. 46.

⁵⁰ ISHIDA, Valter Kenji. op., cit., p. 230.

dispositivo em comento, sem seu parágrafo único, faculta ao Magistrado a substituição da reprimenda por outra que julgar mais adequada, sobrelevando a capacidade pessoal do autor infracional.

A medida de prestação de serviços à comunidade é definida no artigo 117 do Estatuto a qual, por sua vez, consiste na realização por parte do jovem em conflito com a lei de tarefas gratuitas de interesses gerais, por período não superior a 06 (seis) meses, junto a entidades assistenciais.

Visa uma conscientização do menor acerca da relevância do labor e do papel desempenhado pelo mesmo no seio comunitário. O escopo é proporcionar ao adolescente a oportunidade de efetivar atividades construtivas, fazer surgir a solidariedade e consciência social.

Ressalta-se que tal modalidade de reprimenda estatal não se confunde com o exercício de trabalhos forçados, visto que estes possuem caráter desumano, desproporcional à capacidade de quem é punido, ao passo que a prestação de serviços à comunidade serve justamente para fazer florar no infrator uma percepção de cidadania, observadas cargas horárias semanais adequadas a sua permanência escolar e em outra atividade profissional que, porventura, venha a desenvolver.

Quanto à função social e pessoal da medida em comento, Pereira dispõe:

A prestação de serviços à comunidade traz em seu bojo vantagens que se alastram sobre três esferas: Estado, Comunidade e Adolescente. Para o Estado surge como uma medida barata que combate com eficiência a questão da delinquência; a comunidade, por sua vez, participa de forma ativa na solução de um problema que a incomoda diretamente e também traz para o meio social um sentimento de responsabilidade na transformação do próximo; e, por fim, o adolescente consegue reconhecer que é possível dar um rumo diferente a sua vida, e que pode contribuir, de alguma forma, na mudança do meio social em que vive.⁵¹

Trata-se, desse modo, a liberdade assistida, disciplinada nos artigos 118 e 119 da Lei 8069/90, em um espécie de medida a qual

⁵¹ PEREIRA, Tânia da Silva. op., cit., p. 1000.

submete o adolescente, após entregue aos seus responsáveis ou liberação de internato, à assistência, acompanhamento, orientação e auxílio, ainda que discreto, com a finalidade de evitar a reincidência do jovem em outras condutas infracionais, bem como promover sua reinserção social e familiar.

Atualmente, a sanção em análise consiste mais rígida dentre as não-privativas de liberdade e, ainda, a que vem obtendo maior sucesso, no que tange à recuperação dos jovens.

Manifesta-se, a “liberdade vigiada”, como uma intervenção na vida do menor, por meio de um comparecimento periódico a um posto determinado, cujo objetivo é o acompanhamento personalizado, sobretudo com garantias de proteção, vínculos familiares, inserção social e profissional, dentre outros.

Digiácomo M. e Digiácomo I. expõem seus ensinamentos:

A liberdade assistida é a medida que melhor traduz o espírito e sentido do sistema socioeducativo estabelecido pela Lei 8069/1990 e, desde que corretamente executada, é sem dúvida a que apresenta melhores condições de surtir os resultados positivos almejados, não apenas em benefício do adolescente, mas também de sua família e, acima de tudo, da sociedade. Não se trata de uma mera “liberdade vigiada”, na qual o adolescente estaria em uma espécie de “período de prova”, mas sim importa em uma intervenção efetiva e positiva na vida do adolescente e, se necessário, em sua dinâmica familiar, por intermédio de uma pessoa capacitada para acompanhar a execução da medida, chamada “orientador, que tem a incumbência de desenvolver uma série de tarefas, expressamente previstas no artigo 119, do ECA.⁵²

Frisa-se que, o prazo mínimo para o adimplemento da medida é de 06 (seis) meses de duração. Contudo, assim como as demais reprimendas legais, a “liberdade vigiada” poderá, a qualquer tempo, ser prorrogada, revogada ou substituída por outra pertinente, uma vez analisado o caso concreto e relatórios enviados pelas entidades assistenciais, ouvidos o orientador, o Ministério Público e o defensor.

Nesse viés, já a medida de semiliberdade, regulamentada pelo artigo 120 da Lei Menorista, consiste num instituto onde o

⁵²DIGIÁCOMO, Murillo José; DIGIÁCOMO, Ildeara de Amorim. *ECA: Estatuto da Criança e do Adolescente anotado e interpretado*. 2ª ed. São Paulo: FTD, 2011, p. 216.

infrator permanecerá internado no período noturno, entretanto, poderá efetuar atividades externas, independentemente de autorização judicial, perfazendo-se indispensável a escolarização e profissionalização do culpado.

Malgrado tal medida prive o adolescente, em parte, de sua liberdade, a mesma não se desvirtua de suas características primordiais, qual seja, finalidade educativa e pedagógica.

Nas palavras de Liberati:

A privação parcial de liberdade do adolescente infrator decorre do objetivo da medida em estudo: sua função é punir o adolescente que praticou um ato infracional. É verdade, porém, que todas as medidas socioeducativas-incluindo a colocação em regime de semiliberdade-têm natureza sancionatória-punitiva, com verdadeiro sintoma de retribuição ao ato praticado, executado com a finalidade pedagógica.⁵³

Atente-se que, sendo uma reprimenda de natureza grave, a medida de semiliberdade somente poderá ser aplicada observando o devido processo legal, bem como os princípios do contraditório e da ampla defesa, englobados pelo princípio da legalidade. Outrossim, possível é sua imposição desde início pelo Julgador ou ainda através da “progressão” do regime de internação para o da semiliberdade.

Nesta sistemática, a aludida medida não comporta prazo determinado de duração. Ademais, é cediço uma reavaliação do jovem em conflito com lei a cada 06 (seis) meses, de modo a elucidar os progressos pessoais do menor quando do cumprimento da medida.

Destarte, verificada a incapacidade do adolescente em dar fiel adimplemento à sanção, o Magistrado dispõe do instrumento da “regressão”, efeito reverso da “progressão” acima mencionada, incidindo-o numa espécie de reprimenda mais gravosa.

Por fim, atinente ao prazo máximo de duração da medida em tela, tem-se que deverá ser, indubitavelmente de 03 (três) anos com fulcro no disposto no artigo 121, §2º do ECA. Ainda em virtude desta previsão legal, lógico concluir que as hipóteses autorizadoras da

⁵³ LIBERATI, Wilson Donizeti. op., cit., p. 116.

imposição da semiliberdade são as mesmas cabíveis para a medida de internação.

4 A MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO E SEUS REFLEXOS SOCIAIS

Diante dessa realidade, a ocorrência da criminalidade juvenil explica-se, diversas vezes, pela rejeição dos valores sociais institucionalizados pelo mundo adulto, na tentativa de se cultivar seus próprios valores e padrões de existência.

Bem assevera Shecaira ao dizer que “[...] a criminologia contemporânea define o comportamento desviante do adolescente como fenômeno social normal, que desaparece com o amadurecimento [...]”⁵⁴. No mesmo raciocínio, o autor considera “[...] a adolescência como um período em que os jovens afrontam a dupla tarefa psicossocial: da separação da família e da formação de um conceito de si, voltado para a idade adulta [...]”⁵⁵

Desse modo, observa-se que muitas das condutas perpetradas pelos adolescentes são partes de um fenômeno normal e geral dessa fase de desenvolvimento do ser humano, seja para ultrapassar limites, seja para testar a eficácia das normas ou simplesmente demonstrar o atributo “coragem” frente ao seu grupo de convivência.

Nas palavras de Maciel “[...] a adolescência é uma fase de erupção. Tudo é tão intenso e contraditoriamente duvidoso no indivíduo. É momento de muitas escolhas e poucas opções. Ímpar como é, a adolescência causa um verdadeiro terremoto interior [...]”⁵⁶

É nesta perspectiva que a legislação em comento apresentou a medida socioeducativa de internação como resposta mais grave aos executores de atos infracionais, a ser aplicada numa ótica multidisciplinar sobre o comportamento do infrator, de modo a aferir suas particularidades que em muito se diferem se comparadas ao adulto.

⁵⁴ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistemas de garantias e o direito penal juvenil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p.101.

⁵⁵ *Ibidem*. op.cit., p.103.

⁵⁶ MACIEL, kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. op.cit., p.797.

A estes sujeitos de direitos procurou o Estado impor a reprimenda legal análoga à prisão, em vista do seu exclusivo direito de punir, mormente, o dever de reeducar o jovem desviante, como forma de reintegrá-lo socialmente, obrigando-os a respeitar as comunitárias a ponto de assumi-las como suas, a partir de comprometimentos éticos e morais.

A medida socioeducativa de internação, objeto de estudo neste trabalho de pesquisa, encontra sua previsão no artigo 121 do Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo definida como medida privativa de liberdade, sujeita aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, os quais serão abordados detalhadamente no item seguinte.

Com efeito, a internação constitui a mais grave medida do sistema de medidas possíveis de aplicação aos adolescentes infratores, reservada a casos extremos e de notória excepcionalidade, devendo ser assim utilizada, tal como ocorre no sistema penal direcionado aos maiores de 18 anos, com a mais estrita parcimônia.

Malgrado a medida em apreço possua natureza segregadora, assim como todas as demais medidas disciplinadas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente não se pode negar o ínsito caráter pedagógico que permeia a medida de internação, sem o qual, certamente, não se justificaria a privação de liberdade num sistema de proteção a menores.

Não basta pura e simplesmente a imposição da medida privativa de liberdade para que se possa afirmar a satisfação dos direitos voltados ao público infante-juvenil. Necessário, pois, um efetivo acompanhamento da evolução da reprimenda legal aplicada em face do adolescente, justamente pelo agudo momento de transformação física e psíquica a que o mesmo está sujeito.

Isto porque o comprometimento do Estado não se deve voltar exclusivamente ao atendimento dos problemas que permeiam a sociedade, ora considerada de forma genérica e abstrata. Evidentemente que o Poder Público deve considerar os problemas que afetam seu cidadão, notadamente o indivíduo infrator, de modo a apresentar-lhe condições satisfatórias, mitigadoras da reincidência criminal.

Assim, tem-se que a atuação estatal não se resume apenas em dirimir os conflitos, amenizando as indignações e clamores sociais pelas ocorrências dos delitos; evidente que seu compromisso vai além do atendimento dos anseios concretos que diuturnamente reclamam uma atenção especial do ente público. No plano de fundo, deve estar presente a busca pelo resgate da cidadania do delinquente, o que somente é possível com a oferta de uma educação de qualidade e formadora de cidadãos consciente de seus deveres cívicos.

Sob esse prisma, consoante já explanado, a internação só se faz pertinente em casos excepcionais, já que afasta temporariamente o adolescente do convívio sociofamiliar, colocando-o em estabelecimento institucional, sob responsabilidade do Estado, constituindo verdadeira restrição ao direito fundamental de liberdade, imprescindível à ressocialização e formação do caráter do recuperando.

Considerando as peculiaridades da medida de internação, muito se discute quanto à efetividade da mesma no tocante a recuperação do infrator. Não é demais lembrar que qualquer medida socioeducativa possui finalidade educativa e curativa, não sendo diferente a medida de internação, seja qual for o caso concreto.

No plano formal, verifica-se que o Estatuto da Criança e do Adolescente contém normas amplas de proteção ao menor, bem como implementadoras de atividades necessárias ao desenvolvimento e regeneração do autor de ato infracional.

Todavia, no plano prático, resta evidente que lei formal não conseguiu alcançar o patamar de aplicação que se almejou ao ser elaborada, vez que são recorrentes as graves violações dos direitos e garantias conferidos aos adolescentes, especialmente aos autores de ato infracional.

Vive-se um período de liquidez, em que o discurso do medo é constantemente explorado pela mídia, fomentando o expansionismo do Direito Penal – que tem também como bandeira a redução da maioria penal. Nesta seara, o Direito Penal surge como vedete para acalmar o clamor social, mas olvida-se que sua utilização imoderada o transforma em um mecanismo de clivagem social, atuando de forma seletiva contra indivíduos pré-selecionados – contribuindo para a criminalização da juventude pobre e negra.

Justificam a necessidade de redução da maioridade penal no fato de que os adolescentes teriam consciência da ilicitude do ato perpetrado. Entretanto, a imputabilidade penal não é composta apenas pela consciência da ilicitude, mas também pela possibilidade de determinar-se de acordo com esta imposição normativa. E é este o ponto-chave.

A adolescência é um momento delicado na vida do ser humano pelo qual passa o jovem na busca de sua inserção social e auto definição, em que acaba sendo frequente atos de rebeldia. Assim, as crianças e os adolescentes não nascem “delinquentes” – elas aprendem tal comportamento com a interação com o mundo do crime, já que não conseguiram ingressar em nenhum grupo de imagem positiva.

Desta feita, verifica-se que a medida socioeducativa de internação perdeu de vista suas diretrizes, pois a administração interna acaba por se omitir na fiscalização das unidades de internação, a ponto de submeter os adolescentes a condições desumanas, deixando a descoberto a efetiva recuperação dos mesmos.

Neste diapasão, a internação acaba por insurgir nos jovens sentimentos de insegurança, agressividade e frustração, considerando que não atende aos princípios e diretrizes estabelecidos pelo ECA, equiparando-se, pois, a verdadeiras penas, sendo um fim em si mesma. Pode-se elencar, dentre outras problemáticas da efetividade da internação, a inexistência de profissionais qualificados para a realização das atividades educacionais, infra-estrutura dos espaços destinados a privação da liberdade, falta de recursos para a manutenção das unidades, superlotação, alimentação, higienização, enfim, prática de atos contrários a dignidade da pessoa humana e prioridade integral e absoluta.

Isto fomenta a insegurança do grupo juvenil e, por via oblíqua, não ressocializa o adolescente, equiparando-se a verdadeiras penas, sendo um fim em si mesmo, ocasionando por consequência insegurança social, aumento dos índices de violência – um prato cheio para os noticiários sensacionalistas, que moldam e inflamam a opinião do público. Liberati explica:

Ela terá eficácia, no entanto, se for um meio para tratar o adolescente, e nunca um fim em si mesma, adotando um critério rígido de triagem, para permitir o tratamento tutelar somente daqueles que dele necessitam. Disso decorre que a internação deve ser cumprida em estabelecimento especializado, de preferência de pequeno porte, e contar com pessoal altamente especializado nas áreas terapêutica e pedagógica e com conhecimentos de Criminologia.⁵⁷

Note-se que no plano real a problemática se agrava, vez que a internação deixa de ser a solução do problema passando a uma agravante tocante ao comportamento do adolescente, que ao ser desinternado acredita que o mundo do crime é o caminho mais adequado para superar suas necessidades e deficiências proporcionadas pela condição omissa do Estado.

O Poder Público deveria pautar sua atuação na aplicação efetiva da medida socioeducativa de internação, tal como prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente e no Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo, sendo medidas menos drásticas e mais eficazes para a contenção da violência urbana, além de contribuir para a redução das desigualdades sociais, tão pungentes em nosso país.

Esta escorreita aplicação, inclusive, é uma alternativa mais branda e efetiva do que aquelas propostas pelos discursos “penais midiáticos”, dentre elas, a redução da maioria penal, que tanto se discute entre os legisladores brasileiros, prevista na Proposta de Emenda à Constituição nº 171, que visa a alterar a redação do art. 228 da Constituição do Brasil, possibilitando a aplicação da legislação penal ordinária aos adolescentes autores de atos infracionais equiparados a crimes hediondos, elencados na aludida proposta.

Deve-se buscar, em verdade, medidas aptas a concretizar a reintegração familiar deste adolescente, tornando-a ambiente seguro e saudável, propiciando adequado desenvolvimento físico e mental a eles, além de capacitação profissional e auxílio estudantil, tudo nos ditames da legislação estatutária.

Assim, resta evidente a necessidade de criar e ampliar políticas públicas, de forma geral, para a proteção integral das crianças e adolescentes nos termos da legislação formal. Isto não

⁵⁷ LIBERATI, Wilson Donizeti. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 115.

implica certamente no fim do problema pelo qual o Brasil enfrenta, mas talvez o começo do fim, tendo em vista que entre uma regular legislação estatutária e a sua inadequada aplicação, não se modifica a norma, pelo contrário, aperfeiçoa-se sua prática.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na celeuma apresentada, verifica-se que a temática da escurreita aplicação da medida socioeducativa de internação ganha cada vez mais relevo entre os pesquisadores interessados na sua dinâmica, assim como a indiscutível responsabilidade e interferência da omissão estatal na não recuperação do jovem, bem como na falta de amparo e acompanhamento do egresso e de sua família, resultando na exclusão destes adolescentes no ambiente “pós-cumprimento” e, por consequência, a disseminação do mito da impunidade dos chamados “menores de 18 anos”.

Por outro lado, a população infanto-juvenil, na qualidade de titulares de interesses juridicamente protegidos pela família e pelo Estado, continuam sendo alvo de desrespeito e discriminação, no que tange a recuperação de sua cidadania quando se refere a aplicação e cumprimento das medidas socioeducativas.

Sabe-se que não basta pura e simplesmente a imposição de medida privativa de liberdade para que se possa afirmar a satisfação dos direitos voltados ao público infanto-juvenil. Necessário, pois, um efetivo acompanhamento da evolução da reprimenda legal aplicada em face do adolescente, justamente pelo agudo momento de transformação física e psíquica a que o mesmo está sujeito. Isto porque o comprometimento do Estado não se deve voltar exclusivamente ao atendimento dos problemas que permeiam a sociedade, ora considerada de forma genérica e abstrata. Evidentemente que o Poder Público deve considerar os problemas que afetam seu cidadão, notadamente o adolescente infrator, de modo a apresentar-lhe condições satisfatórias, mitigadoras da reincidência criminal.

Com efeito, tem-se que a atuação estatal não se resume apenas em dirimir os conflitos, amenizando as indignações e clamores sociais pelas ocorrências dos delitos; evidente que seu compromisso vai além do atendimento dos anseios concretos que diuturnamente reclamam uma atenção especial do ente público. No

plano de fundo, deve estar presente à busca pelo resgate da cidadania do infrator, o que somente é possível com a oferta de uma educação de qualidade e formadora de cidadãos consciente de seus deveres cívicos, pois a capacidade do ser humano de resistir ao meio adverso e sair dele tão logo encontre condições favoráveis, ou seja, sua capacidade resiliente é mais um argumento a favor de que a “má índole” não é apenas a interpretação na natureza daquele que infringiu a lei.

Nesse viés, em relação à proposta acerca da ineficácia da medida de internação, o insucesso estatal toma frente no que se refere a soluções para a efetivação do sistema protecionista, pois para as medidas terem efeito positivo, é necessário apoio de uma equipe multidisciplinar e uma rede que dê suporte e amparo a todo esse processo, já que, ao cometer o ato infracional, o adolescente está desprovido de valores familiares e sociais, falta de limites e importância do em suas atitudes, devido à crença de que, sendo adolescente, o mesmo não sofrerá pelos seus atos.

Logo, fica evidente que a concreta, efetiva e real imposição de direitos e garantias da infância e juventude baseiam-se na aplicação conjunta dos princípios e obrigações estatuidos na Lei Maior e no Estatuto da Criança e do Adolescente, sempre sobrelevando a dignidade humana, a condição peculiar do jovem como pessoa em desenvolvimento e valores sociais fundamentais e não com atuação imediatista e populista do Poder Público, como por exemplo a redução da maioridade penal, visto que, na realidade, está-se longe do ideal considerado socioeducativo, mantendo-se ainda um modelo muito repressivo e pouco educativo, de modo que há muito a ser feito para que as medidas se tornem de fato socioeducativas.

REFERÊNCIAS

BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos Fundamentais na constituição de 1988*: conteúdo jurídico das expressões. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

COMPACTO, *VadeMecum*. obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti-9ª.ed.atual. eampl.-São Paulo: Saraiva, 2014.

CURY, Garrido &Maçura. *Estatuto da Criança e do Adolescente anotado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

DARLAN, Siro. *Da Infância Perdida à Criança Cidadã*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

DIGIÁCOMO, Murillo José. *Breves considerações sobre o art. 122, inciso III da Lei nº 8.069/90*. Disponível em www.crianca.caop.mp.pr.gov.br. Acesso em 02 de abril de 2016.

DIGIÁCOMO, Murillo José; DIGIÁCOMO, Ideara de Amorim. *ECA: Estatuto da Criança e do Adolescente anotado e interpretado*. 2ª ed. São Paulo: FTD, 2011.

ISHIDA, Valter Kenji. *Estatuto da Criança e do Adolescente - Doutrina e Jurisprudência*. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

JÚNIOR, João Paulo Roberti. *Evolução Jurídica do Direito da Criança e do Adolescente no Brasil*. Disponível em: www.unifebe.edu.br/revistaeletronica/20121/artigo025.pdf. Acesso em 03 mar. 2016.

KOSEN, Afonso Armando. *Pertinência Socioeducativa: Reflexões sobre a Natureza Jurídica das Medidas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

LIBERATI, Wilson Donizeti. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 9ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente- Aspectos teóricos e práticos*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

MARÇURA, Jurandir Norberto. In: CURY, Munir (Coord.). *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado- Comentários jurídicos e sociais*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. 4ª ed. rev. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. *Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. In CURY, Munir (Coord.) *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado- Comentários jurídicos e sociais*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

PEREIRA, Tânia da Silva (coord.). *O Melhor Interesse da Criança: um debate Interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. *Direito da Criança e do Adolescente: Uma proposta interdisciplinar*. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SALIBA, Maurício Gonçalves. *O Olho do poder- Análise crítica da proposta educativa do estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Editora UNESP, 2006.

SARAIVA, João Batista Costa. O Adolescente em Conflito com a Lei e sua Responsabilidade: Nem abolicionismo penal, nem direito penal máximo. Disponível em: www.jsaraiva.blog.br/blog/wp-content/uploads/2008/07/adolescente2.pdf . Acesso em 20mar. 2016

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistemas de garantias e o direito penal juvenil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

A PAZ COMO BEM SOCIAL PRIMÁRIO FRUTO DO PROCESSO INTERPRETATIVO DA TEORIA DA JUSTIÇA DE JOHN RAWLS

*Rogério Piccino Braga*⁵⁸

*Ricardo Augusto Bragiola*⁵⁹

1 INTRODUÇÃO

Acostumados ao enfrentamento apenas das situações pós-violatórias aos direitos humanos e poucos atentos à atuação pré-violatória na defesa de tais direitos, tanto os organismos internacionais de proteção como os sistemas internos voltados ao emprego de efetividade aos direitos essenciais do ser humano, olvidam de práticas empreendidas originariamente com o fim de extirpar desigualdades econômicas e sociais, mas que guardam em sua práxis vicissitudes e nuances tão violadoras dos direitos humanos, quanto as atrocidades do passado – ambas as situações supressoras da liberdade do indivíduo.

Admitindo os pressupostos ideais e característicos de um contrato social, uma vez reformulada por John Rawls a versão inicial da entabulação entre o indivíduo e o Estado, vislumbra-se a igualdade racional entre todos os homens, o homem como fim em si

⁵⁸ Mestre e Doutorando em Direito, área de concentração em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pelo Centro Universitário de Bauru – Instituição Toledo de Ensino/ ITE, pós-graduação (especialização) em Direito Administrativo Municipal, Professor universitário, organizador da obra “Estudos da Teoria da Constituição”, autor dos livros “Direito Fundamental à Inimputabilidade” e “Relações de Sujeição Especial no Direito Municipal”, Advogado.

⁵⁹ Mestre e Doutorando em Direito, área de concentração em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pelo Centro Universitário de Bauru – Instituição Toledo de Ensino/ ITE, Professor universitário.

mesmo e não um instrumento, assim como a dignidade humana como caráter social e intrínseco a qualquer ser humano. Dessa forma, portanto, é que se traz à tona a atual perspectiva do contrato social antes objeto de reflexão de Jean-Jacques Rousseau, John Locke e Thomas Hobbes. É nesse cenário que tem início nova discussão, com atuais e reais parâmetros, sobre a ética e a própria teoria da política a pesar sobre referido acordo social. Pelo rompimento de um paradigma, então, é que o conceito de justiça passa a ser mais apropriadamente delineado no contexto doutrinário – além, por isso, de tudo o que se convencionou tratar de justiça apenas diante de princípios morais. Assim, verifica-se que o significado de justiça envolve terrenos mais amplos da atividade humana, coadunando sua efetivação também nas instituições políticas, nas formas de organização social e nos sistemas jurídicos.

Nesse diálogo entre o ser humano e a sociedade e, por assim dizer, na assunção do contrato entre ambos, há de se definir a sociedade como a união das pessoas que aderem, reconhecem e se submetem a um conjunto de regras, pelo Estado consubstanciado como justo. Regras estas que não somente regem a conduta dos indivíduos que compõem a sociedade e as várias comunidades, mas que contribuem para a consecução do bem comum, uma vez visualizada a cooperação necessária entre todos. Pese tal cooperação para o atingimento do bem comum alçada como objetivo social, inevitáveis são os conflitos de interesses, advindos estes da sobreposição de uma pretensão a outra, como fruto, ainda, da diversidade ideológica e da materialização do pensamento de uma sociedade multicultural.

Imprescindível a fixação estabelecimento, por isso, de regras aptas ao enfrentamento de tais conflitos, assim como a adoção de princípios a estabelecerem a forma mais adequada de repartição de benefícios, organizando a sociedade. Por razões tais é que a justiça não se prende à simples função repositora de infringências ou à retribuição aos infratores, mas também se vale de tarefas, da definição e atribuição de direitos, deveres e da distribuição dos já citados benefícios sociais nessa linha de cooperação. Após significativas manifestações de força, alicerçadas por parcela respeitada da filosofia moral e jurídica, as chamadas correntes utilitaristas de maximização da felicidade e suas ponderações encontraram nas teorias libertárias da justiça, oposição que hoje

divide a sociedade, muitas vezes, entre as ideias utilitaristas e liberais acerca da justiça.

Para o pensamento utilitarista, se uma quantidade significativa de riqueza for a causa da produção de mais felicidade do que de infelicidade, não há óbice na retirada dessa riqueza dos ricos, para entrega aos pobres, *ad exemplum*. O pensamento, todavia, não deixa satisfeitos os libertários. Em um primeiro passar de olhos, a ideia propagada pelo utilitarismo parece ser justa se a prática levar ao equilíbrio ou à própria extinção dos níveis de desigualdade social ou econômica. Mas qual o preço e por quem ele será pago, questionam os libertários. Haveria a consideração de valores intrínsecos da igualdade no pensamento utilitarista de busca pela felicidade? A paz, como direito essencial – assim valorizados os direitos fundamentais pelos libertários – seria justamente alcançada por todos em franca cooperação social, com a busca da felicidade a todo e qualquer custo? Estaria o ser humano sendo mero instrumento ou fim em si mesmo?

O que se verá a seguir é se a igualdade na visão utilitarista é boa em sua essência, em si, ou se se é assim considerada apenas porque traz a maior felicidade – tendo o ser humano como instrumento, portanto. O desenvolvimento do trabalho mostrará se a justiça que proporciona a paz como direito fundamental, assim considerada na consecução dos bens sociais primários, é, de fato uma virtude completa.

A oportunidade justa, a riqueza – leia-se a criação dos mecanismos de produção de riqueza - o rendimento, as bases sociais da autoestima – leia-se os talentos naturais – e a liberdade como prioridade sobre referidos bens, compõem o alicerce do pensamento libertário na consecução de uma definição precisa do que é, em síntese, a justiça. Nessa linha de raciocínio – diriam os libertários - proporcionados minimamente os bens sociais e, ainda assim, persistindo as desigualdades sociais e econômicas, seriam estas justificadas.

Alguns problemas ainda a serem resolvidos, porém, que não encontram respostas nem no desenvolvimento de uma definição apropriada de justiça pelos utilitaristas, nem mesmo pelo que desenham os libertários. São eles, não somente os conflitos de interesses, mas também o conflito na concretização desses diversos bens sociais primários.

A depender da forma de distribuição, realizada como fruto de uma base conflituosa, não se logrará uma definição sólida de justiça como propiciadora da paz. Conferindo o Estado, certo **rendimento** a indivíduos desempregados, com baixo nível de escolaridade, não estaria criando determinada desigualdade de **oportunidade** por não proporcionar aos mesmos a conclusão do nível de escolaridade? É o que se ilustra a título de conflito entre bens sociais primários, por assim dizer.

2 A JUSTIÇA E A PAZ COMO ELEMENTOS LEGITIMADORES NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO SOCIAL

John Rawls⁶⁰, no capítulo 1 do seu livro intitulado “Uma teoria da justiça”, afirma que as instituições básicas da sociedade não devem se distinguir apenas por serem organizadas e eficientes: elas devem ser, sobretudo, justas e, aqui, neste ponto, é possível acrescentar que além de justas, elas devem buscar a paz dentro de um Estado Democrático de Direito Social, considerando que o “contrato hipotético” de John Rawls visa certos critérios básicos de justiça a ser aplicados em uma “estrutura básica de sociedade”⁶¹. E, se assim não forem, então deverão ser “reformadas ou abolidas”. Neste sentido, faz-se importante a lição de Paulo Bonavides, ao ensinar sobre a “quinta geração de direitos fundamentais”⁶², a qual versa a respeito do reconhecimento jurídico do direito à paz e sua íntima integração a compreensão de democracia, com destaque para a paz como um direito fundamental de quinta geração que legitima o estabelecimento da ordem, da liberdade e do bem comum na convivência dos povos.

Pois bem. Um Estado Democrático de Direito Social que por meio de suas instituições básicas busque a justiça e a paz como condição a serviço dos interesses comuns a todos os indivíduos é um ponto de partida seguro e legitimador, pelo que obriga o ordenamento

⁶⁰ RAWLS, John. Theory of justice. Cambridge, Harvard University Press, 1971 apud GARGARELLA, Roberto. As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política. Tradução de Alonso Reis Freire. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 1 e seguintes.

⁶¹ GARGARELLA, Roberto. As teorias da justiça depois Rawls: um breve manual de filosofia política. Tradução de Alonso Reis Freire. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 19.

⁶² BONAVIDES, Paulo. A quinta geração de direitos fundamentais. In: Direitos Fundamentais & Justiça, n. 3 – Abril/Junho. 2008.

estatal protetivo para com a emancipação do indivíduo singular, livre, igual, autodeterminado e também para com os objetivos de vida deste. Ou seja, promove-lo é precisamente o motivo de existência do Estado Democrático de Direito Social, como fundamento de legitimação. E, neste contexto, não existe sobreposição entre o papel da justiça e da paz, mas uma cooperação social entre estas justamente para legitimação do Estado Democrático de Direito Social, no sentido que ambas são virtudes primárias das instituições sociais, pois a partir do momento que se impera a injustiça, a paz se transformará em guerra.

Tanto é assim que na *teoria da justiça* idealizada por John Rawls, eis que toda pessoa possui uma inviolabilidade fundada na justiça, na qual nem mesmo o bem-estar da sociedade em sua totalidade pode prevalecer e, por essa razão, a justiça nega que a perda da liberdade para alguém possa ser justificada por maiores benefícios desfrutados por outros e, o direito a paz, fica intrinsecamente concebido imanente à vida, sendo condição imperativa e indispensável ao ser humano, sem permissão para que se tenha sacrifícios impostos a poucos sejam equilibrados por uma maior quantidade de vantagens, desfrutadas por muitos. Neste ponto, tanto a paz quanto a justiça realizam papéis de forças contra majoritárias que são refletivas em cartas constitucionais de muitos países. A imperatividade da paz como um direito intimamente ligado à vida e à justiça tem por base não só transcendental, mas também como norma jurídica universal e como elemento caracterizador das instituições básicas formadoras de uma democracia.

Por conseguinte, numa sociedade justa, presumem-se iguais liberdades de cidadania; os direitos garantidos pela justiça não podem ser objeto nem da contratação política, nem do cálculo dos interesses sociais. Dentre as normas jurídicas universais, podemos citar a Declaração do Direito dos Povos à Paz, contida na Resolução 39, da ONU, de 12 de novembro de 1984. Ademais, na doutrina, no que se refere ao direito à paz, como sendo um direito fundamental, há que se mencionar novamente Paulo Bonavides, com fundamento em outros doutrinadores, eis que ressaltou a necessidade de situar este direito em uma quinta geração dada a sua importância e ao seu esquecimento no bojo da terceira geração. O direito à paz é um direito que se agiganta em uma sociedade multidisciplinar e, principalmente, que está disposta a aceitar as diferenças escolhidas

de cada ser humano⁶³, como proteção aos direitos fundamentais na era de uma sociedade de risco.

Assim, diante dos seus titulares, tais como o Estado em si, os povos, os indivíduos e a humanidade, eis que o direito reconhecido à paz deve ser aplicado na vida para que a realidade seja sentida por todos, concretamente, juntamente com a justiça, tudo para ser um incremento no bem-estar individual como possibilidade não mais abstrata e programática de critérios para aferir sobre o que é bom e o que é ruim. A organização do Estado e a regulação da atividade deste deve seguir critérios racionais, onde o Estado deve adotar medidas protetivas para evitar que se concretizem os riscos e ameaças que cercam os cidadãos, reforçando a paz (social) e da justiça (social), pelo que ao Estado responde em primeiro lugar para com o reconhecimento dos direitos básicos da cidadania, tais como as liberdades civis (tais como da proteção da liberdade pessoal, de fé e de consciência, de liberdade de imprensa, liberdade de locomoção e liberdade de contratação e aquisição), a igualdade jurídica e material, com a garantia de propriedade (adquirida), independência dos juízes (segurança na administração da justiça, tribunais de jurados), um governo (constitucional) responsável, o domínio da lei, a existência de uma representação do povo e a sua participação no poder legislativo. A divisão dos poderes constituídos, dentre outros.

Desse modo, a sociedade é bem ordenada quando não apenas tende a promover o bem-estar dos próprios membros, mas também quando é regulada de maneira efetiva por uma concepção pública de paz e justiça. Isso significa que se trata de uma sociedade em que cada um aceita e sabe que os outros aceitam os mesmos princípios de justiça e paz e, por conseguinte, as instituições fundamentais da sociedade costumam satisfazer esses princípios e, em geral, de modo reconhecido, o que legitima a própria democracia do Estado. Em meio a indivíduos com objetivos e finalidades diferentes, uma concepção compartilhada de justiça estabelece vínculos de convivência civil, o que resulta na paz. O desejo geral de justiça limita a busca de outros objetivos, onde o esquema de cooperação social deve ser estável: deve ser mais ou menos regularmente observado, e suas normas fundamentais devem ser seguidas de forma voluntária; e caso ocorram infrações, devem existir

⁶³ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 28ª ed. São Paulo: Malheiros Editora. 2013, p. 598 e seguintes.

forças estabilizadoras que previnam ulteriores violações e tendam a restabelecer a ordem social, ou a própria paz.

Nesta linha, como alertam Sebastiano Maffettone e Salvatore Veca⁶⁴:

Geralmente, não podemos determinar uma concepção da justiça somente com base em seu papel distributivo, ainda que esse papel possa ser útil para identificar o conceito de justiça. Devemos levar em consideração suas implicações mais amplas: pois mesmo que a justiça, sendo a mais importante virtude das instituições, tenha certa prioridade, também é verdade que, em igualdade de condições, uma concepção da justiça é preferível a outra quando suas consequências mais amplas são mais desejáveis.

O Estado Democrático de Direito Social, enquanto guardião da justiça social e da paz, tende não mais a ser visto para um governo formalmente instalado, mas tende a ser cobrado também para com a concretização (da justiça social e da paz) por meio de uma estrutura fundamental perante a sociedade e até mesmo por meio das maiores instituições sociais (tais como constituição política, principais ordens econômicas e sociais, tutela jurídica da liberdade de pensamento e consciência, o mercado concorrencial, a propriedade privada dos meios de produção e a família), distribuindo os deveres e os direitos fundamentais, bem como determinando os benefícios da cooperação social.

Como ensina Ernst Wolfgang Böckenförde⁶⁵, eis que:

Este concepto originario del Estado de Derecho se caracteriza por el hecho de que no se deja reducir a la alternativa de un Estado de Derecho material o formal. Representa un principio unitario que acuña al Estado tanto material como formalmente (y es por eso una nueva especie de Estado). Funda un nuevo espíritu para el Estado, cuya realización relativiza las anteriores forma de Estado a meras formas de Gobierno.

⁶⁴ MAFFETTONE, Sebastiano; VECA, Salvatore. A ideia de justiça de Platão a Rawls. Tradução Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 389.

⁶⁵ BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. Estudios sobre el Estado de Derecho e la democracia. Traducción de Rafael de Agapito Serrano. Editorial Trotta, S.A., 2000, p. 22.

Dentro deste contexto, atravessando a crise das ideologias, tanto a paz como a justiça social devem ser tidas como princípios legitimadores a envolver todo o Direito, de como constitucional e sobreposta a lei, como governo supremo da própria Constituição e, por conseguinte, dos órgãos por onde a soberania se exerce, onde a justiça é superior a legalidade e a paz é superior ao Estado, evitando-se abismos da miséria política e social, bem como ditaduras constitucionais. Entretanto, o movimento histórico que se tem posto em marcha tem conduzido necessariamente não só a desigualdade social baseada na posse, senão que, com a sua estabilização, mas também ao antagonismo da sociedade, e com ele a uma nova falta de liberdade, justiça e paz social, refletindo na base da igualdade jurídica.

Por isso, surge o Estado que intervenha na sociedade, que assume novas funções de procura assistencial e redistribuição; um Estado que opere ativamente contra a desigualdade social, as injustiças, para que a igualdade jurídica e a liberdade individual, incluídas nas garantias do Estado Democrático de Direito Social, não se convertam em uma fórmula vazia para um número de cidadãos cada vez mais amplo.

Como ressalta Paulo Bonavides⁶⁶:

[...] Urge, por conseguinte, expelir das instituições da democracia e da república, da ambiência livre, do pacto federativo, essa forma brutal de fraude e ofensa à Lei Suprema, flagelo nascido de Medidas Provisórias de um Poder que já não tem zelo nem consciência de seus deveres constitucionais. [...] Demais disso, jamais ocorreria ao legislador constituinte que a Lei Maior tivesse a serventia de adjetivar e qualificar por constitucionais ditaduras dissimiladas, sistemas de exceção, deformações da democracia e do Estado de Direito, quais estas que ingressam o vocábulo político debaixo daquela locução. São da mesma família dos golpes de Estado institucionais, a saber, ocultos, oblíquos, sub-reptícios e ardilosos, distintos por igual dos golpes tradicionais, aqueles que derrubam governos, mas poupam instituições. [...] em termos de legitimidade e democracia, jamais há de prosperar em países periféricos, Estado de Direito sem Estado Social. Mas os neoliberais da democracia negativa não têm a esse respeito o mesmo entendimento. Forcejam por passar certidão de óbito à intangibilidade da garantia que protege os direitos sociais na Constituição.

⁶⁶ BONAVIDES, Paulo. A quinta geração de direitos fundamentais. In: Direitos Fundamentais & Justiça, n. 3 – Abril/Junho. 2008, ps. 86 ss.

Assim, necessário mesmo acrescentar na democracia a paz, como direito fundamental dentre todos os outros, primário e indissociável do indivíduo e da sociedade, como fator para concretização e legitimação da justiça para com a democracia e a união do direito com a liberdade, igualdade e fraternidade. A justiça diante da paz passa a ser uma garantia que auxilia sobremaneira a concretização da própria paz através da força e humanização do Direito. Assim, também se faz necessária a integração do Estado Democrático de Direito Social perante o cidadão para concretização de seus direitos individuais e sociais, onde a paz imperará com um caráter de solidariedade, harmonizador de povos, culturas, sistemas, crenças e sobretudo como legitimação do próprio Estado Democrático de Direito Social.

E, em uma última vez, faz-se necessário citar Paulo Bonavides⁶⁷, já partindo para a conclusão, que:

[...] em nosso tempo a alforria espiritual, moral e social dos povos, das civilizações e das culturas se abraça com a ideia de concórdia. Essa ideia cativa a alma contemporânea, porque traz, consoante é mister, do ponto de vista juspolítico, uma ética que tem a probabilidade de governar o futuro, nortear o comportamento da classe dirigente, legitimar-lhe os atos e relações de poder. [...] Estuário de aspirações coletivas de muitos séculos, a paz e o corolário de todas as justificações em que a razão humana, sob o pálio da lei e da justiça, fundamenta o ato de reger a sociedade, de modo a punir o terrorista, julgar o criminoso de guerra, encarcerar o torturador, manter invioláveis as bases do pacto social, estabelecer e conservar por intangíveis as regras, princípios e cláusulas de comunhão política. O direito à paz é o direito natural dos povos.

Portanto, considerando que a paz é atacada pela violência de guerras, revoluções, omissões estatais, corrupção, etc., bem como a violência sem qualquer semelhança com outros embates militares precedentes, mas com o objetivo de intimidação, eis que é urgente a conclusão que ela (a paz) é um direito primário fundamental e universal do ser humano, bem como é mecanismo de legitimação do Estado Democrático de Direito Social e, não só, mas também busca a humanização da própria justiça em si, sem contar que deve(rá) ser um substituto (legal) no cenário político como árbitro final em

⁶⁷ Ibidem, p. 91.

questões internacionais, como pacto a ser positivado em todo o ordenamento jurídico dos países, em especial aqueles que (re)tardam uma modernidade democrática e justiça social.

3 A CONFORMAÇÃO NORMATIVA DOS MECANISMOS DE INCLUSÃO

De meados dos anos 1980 até os dias atuais, passou-se a delinear mais apropriadamente a definição e o conceito de inclusão na realidade brasileira. Agora, a adaptação da sociedade às pessoas e não a adaptação das pessoas à sociedade. A real dimensão da afirmativa veio com a conformação normativa dos próprios anseios sociais, na Carta Constitucional brasileira de 1988. Com isso, a legislação infraconstitucional ganhou corpo por meio da edição de diversos diplomas à consagração dos ideia de rompimento com a desigualdade. Exemplo é a Lei n.º 7.853/1989⁶⁸, por sua vez – a exemplo do texto constitucional – regulamentado anos depois, pelo Decreto n.º 3.298/1999. No ano seguinte, a Lei n.º 10.048/2000⁶⁹ estabeleceu regras a fim de trazer prioridades a pessoas com deficiência.

Não há de se olvidar, por exemplo, o avanço trazido pela legislação nacional com olhos a recuperar os atos praticados por antecessores contra a pessoa negra, como o Decreto n.º 4.886, de 2ª de novembro de 2003, a instituir a “Política Nacional de Promoção da Igualdade Racial - PNPIR”. Ao lado, portanto, do “Plano Nacional de Promoção da Igualdade Racial – PLANAPIR”, assim como da criação do Comitê de Articulação e Monitoramento do referido Plano, por meio do Decreto n.º 6.872, de 4 de julho de 2009. Em continuidade, o Estatuto da Igualdade Racial, materializado este pela Lei n.º 12.888, de 20 de julho de 2010, que modificou, por consequência, as Leis n.ºs 7.716, de 5 de janeiro de 1989, 9.029, de 13 de abril de 1995, 7.347, de 24 de julho de 1985, e 10.778, de 24 de novembro de 2003. Sobre o tema, importante foi o advento do Decreto n.º 8.136, de 5 de

⁶⁸ “Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes”

⁶⁹ Aqui um parêntese na abordagem cronológica do tema, para acrescentar informação acerca do recente ingresso da Lei 13.146, de 13 de julho de 2015 no cenário nacional de tratamento normativo das pessoas com deficiência, instituindo a chamada “Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência).

novembro de 2013, regulamentando o “Regulamento do Sistema Nacional de Promoção da Igualdade Racial – Sinapir”, antes formalmente inserido por meio da Lei n.º 12.888, de 20 de julho de 2010.

De todo modo, respeitando e considerando válido o objetivo por vezes, não há como inferir do cabedal legislativo que ampara os mais diversos seguimentos da sociedade, eficácia social a contento. Encontramos, em análise breve, a existência das três espécies normativas abomináveis pela corrente libertária, a saber as leis paternalista, que protegem o ser humano contra atos por ele mesmo praticados, as leis morais que interferem na síntese principiológica e coral desenvolvida e conquistada pelo ser humano ao logo da experiência de vida e as leis ditas tributárias, mais aptas – a depender da forma como praticada – ao confisco do que à distribuição cooperativa.

É um equívoco imaginar que os programas de transferência de renda desenvolvidos no Brasil caracteriza novidade, cuja “patente ideológica” a ele pertence. É o que se extrai dos dizeres de Roberto Fagnani⁷⁰:

A apologia desmedida que tem sido feita ao Bolsa Família pelas agências internacionais parece ser ação ideológica deliberada para elevar o status do programa brasileiro a um case global de sucesso a ser seguido por outros países pela via do *Basic Social Security Floor*.

Está-se a tratar dos denominados conditional cash transfer programs⁷¹, cujos traços de implantação registram início há cerca de quatro décadas em país como México (Programa Oportunidades), como deixa claro Roberto Fagnani⁷², trazendo as afirmações de Christine Lagarde⁷³, diretora do Fundo Monetário Internacional:

⁷⁰ FAGNANI, Roberto. Brasil: dois projetos em disputa. Le Mond Diplomatique Brasil. Julho, p.5, 2014.

⁷¹ Programas de transferência de renda (tradução livre)

⁷² Op. Cit. p. 4-5

⁷³ LAGARDE, Christine. Revista Época, 25 nov. 2011. Disponível em <http://revistaepoca.globo.com/Negocios-e-carreira/noticia/2011/11/diretora-do-fmi-elogia-brasil-e-chama-bolsa-familia-de-modelo-para-o-mundo.html>. Acesso em 03 mai 2016.

Apenas como ilustração, observe-se que, para a diretora-gerente do FMI, as “melhoras notáveis” dos indicadores de pobreza, desigualdade e desenvolvimento dos países da América Latina devem-se ao papel desempenhado pelos chamados *conditional cash transfer programs* (CCT) – núcleos da estratégia internacional orquestrada há mais de três décadas para os países subdesenvolvidos –, com destaque para os programas Bolsa Família (Brasil) e Oportunidades (México), “que conseguiram interromper a transmissão da pobreza de geração para geração e agora servem como modelo para o resto do mundo”.

A constatação acerca do período em que se instalou os programas de transferência de renda no Brasil, aos moldes do que atualmente se convencionou conformá-los juridicamente, encontra, dentre outros, registro no trabalho de Leonor Maria Pacheco Santos, Romulo Paes-Sousa, Edina Miazagi, Tiago Falcão Silva e Ana Maria Medeiros da Fonseca⁷⁴:

From 2001 to 2003 Brazil created four cash transfer programs; however, they were not articulated, they employed different enrollment criteria, they used databases that could not interface, and two of these had very low coverage. In early 2004 the four programs were merged into the Bolsa Familia program (BFP) and have since largely expanded. The new program combined management and implementation processes and was devised for the purpose of: (i) promoting access to the public services network, particularly in health, education and social protection; (ii) combating hunger and promoting food and nutrition security; (iii) stimulating the sustained empowerment of families living in poverty and extreme poverty; (iv) fighting poverty; and (v) promoting synergistic social action between governmental and nongovernmental sectors. The BFP seeks to invest in human capital by associating cash transfers with educational goals and uptake of health services⁷⁵.

⁷⁴ FONSECA, Ana Maria Medeiros da Fonseca; MIAZAGIL, Edina; SANTOS, Leonor Maria Pacheco; SILVA, Tiago Falcão; SOUSA, Romulo Paes. The Brazilian experience with conditional cash transfers cash transfers: A successful way to reduce successful way to reduce inequity and to improve health inequity and to improve health. In: Conferência Mundial da Saúde. Rio de Janeiro, out 2011. Disponível em: <http://www.who.int/sdhconference/resources/draft_background_paper1_brazil.pdf>. Acesso em: 03 mai 2016.

⁷⁵ De 2001 a 2003 o Brasil criou quatro programas de transferência de renda; no entanto, eles não foram articulados, empregaram diferentes critérios de inclusão, utilizaram bases de dados comparativos e dois destes tiveram coberturas muito baixas. No início de 2004 os quatro programas foram fundidos no programa Bolsa Família (PBF) e, desde então, em grande parte expandido. Os novos processos de gestão e implementação de programas combinados foram criados com a finalidade de: (i) promover o acesso à rede de serviços públicos, particularmente na saúde,

4 A JUSTIÇA SOCIAL E A REDISTRIBUIÇÃO

Na contramão do que guerream os libertários, todavia, Nancy Fraser⁷⁶ enxerga na redistribuição – por outro lado, associada ao reconhecimento – a exigência da justiça de forma geral, quando assevera que “a justiça requer tanto redistribuição quanto reconhecimento” e, ainda, que “somente olhando para as abordagens integrativas que unem redistribuição e reconhecimento podemos encontrar exigências da justiça como um todo”. Isso é tornar efetivo o princípio da igualdade em suas dimensões formal e material. Quando se remete a redistribuição, a igualdade exsurge como arauto a ser perseguido em primeira e em última análise. E dela, bem trata Walter Claudius Rothenburg⁷⁷, citando Roger Raupp Rios⁷⁸, ao ponderar sobre dois momentos de submissão ao princípio, a saber, a confecção do ato normativo e o âmbito de seu conteúdo propriamente:

A igualdade na lei significa, no momento inicial de feitura da norma jurídica (texto, diploma), que ela não pode adotar discriminações injustificadas e desproporcionais. Tem a ver com o conteúdo da norma. Para Rios (2002, p.32), significa que o legislador tem o dever de “considerar as semelhanças e diferenças quando da instituição dos regimes normativos”, com o que se acentua a dimensão material.

educação e proteção social; (ii) combater a fome e promover a segurança alimentar e nutricional; (iii) estimular a emancipação sustentada das famílias que vivem em situação de pobreza e extrema pobreza; (iv) combater a pobreza; e (v) promover a ação social sinérgica entre os setores governamentais e não governamentais. O PBF procura investir em capital humano, associando as transferências de renda com objetivos educacionais e utilização dos serviços de saúde (tradução livre).

⁷⁶ FRASER, Nancy. Redistribuição, reconhecimento e participação: por uma concepção integrada da justiça. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. (Coord.) Igualdade, diferença e direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 166 e ss.

⁷⁷ ROTHENBURG, Walter Claudius. Igualdade material e discriminação positiva: o princípio da isonomia. Revista Novos Estudos Jurídicos. Vol. 12, n. 2, Jul-Dez 2008, p. 87.

⁷⁸ RIOS, Roger Raupp. O princípio da Igualdade e a discriminação por orientação sexual. A homossexualidade no Direito brasileiro e norte-americano. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 32.

De tais aspectos conclui-se que antes se estava a falar da igualdade na lei, ao passo que lucidamente instala também seu conceito sobre a igualdade, agora perante a lei⁷⁹:

A igualdade perante a lei significa, num momento logicamente posterior ao da feitura da norma jurídica (texto, diploma), que ela deve ser aplicada uniformemente, conforme o que preceitua; tem a ver com o modo de aplicação da norma. Assim, se as emissoras de rádio e televisão devem ter uma produção cultural, artística e jornalística regionalizada (Constituição brasileira, art. 221, III), o Poder Público não pode fazer nem manter concessões a empresas que não respeitem essa diretriz. Rios (2002, p. 31-32 e 41), após referir “a igualdade perante a lei como dever do aplicador do direito tratar todos conforme a lei vigente”, acentua a dimensão formal: “o imperativo da igualdade exige igual aplicação da mesma lei a todos endereçada. Disto decorre que a norma jurídica deve tratar de modo igual pessoas e situações diversas, uma vez que os destinatários do comando legal são vistos de modo universalizado e abstrato, despidos de suas diferenças e particularidades”. A rigor, a afirmação de que a norma jurídica deve ser aplicada indistintamente, conforme o que disponha, seria supérflua (como se toda norma jurídica não devesse ser aplicada conforme o que preceitua) não servisse de importante alerta aos diversos aplicadores. De qualquer modo, tanto normas menos quanto mais específicas devem ser aplicadas uniformemente, ou seja, exige-se igualdade perante a lei sempre e de qualquer aplicador.

Dessa forma, há de se perquirir a igualdade formal e substancialmente quando o fim precípua é a consecução da justiça. Não haveria como pressupor – se o contrário se vislumbrasse – a materialização de uma verdadeira experiência jurídica a definir o melhor conceito de direito, englobando sua normatização, seu aspecto fático e axiológico, como ensina Giuseppe Lumia⁸⁰:

Ora, da totalidade da experiência humana um setor importante se distingue, e se destaca, pelo fato de extrair sua significação daquelas regras particulares de conduta que são as normas jurídicas: esse setor constitui propriamente a experiência jurídica. Nela se confluem e se fundem: a) a experiência do entrelaçamento real das relações intersubjetivas disciplinada por certos tipos de regras de comportamentos que são as normas jurídicas; b) essas próprias regras,

⁷⁹ Op. Cit. p. 87.

⁸⁰ LUMIA, Giuseppe. Elementos de Teoria e ideologia do direito. Tradução Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 1-2.

o modo pelo qual são criadas e se organizam em sistemas normativos mais ou menos complexos e estruturados; c) a atitude de aprovação ou de desaprovação que assumimos diante de tais regras, segundo as consideremos ou não conformes à ideia que temos sobre o melhor modo pelo qual essas relações deveriam ser reguladas. No primeiro aspecto, a experiência jurídica se nos apresenta como uma realidade social; no segundo, como um ordenamento normativo; no terceiro, como um sistema de valores. São três as dimensões fundamentais tradicionalmente atribuídas à experiência jurídica pela chamada “teoria tridimensional do direito”. Essa teoria pode ser aceita na medida em que nos fornece um esquema útil de interpretação e de organização conceitual da experiência jurídica, e com a advertência de que não se trata de realidade gnoseologicamente distinguíveis de uma mesma realidade.

No dilema – ainda que sob o enforque das teorias de argumentação, porém, não detido exclusivamente nestas – a pesar sobre o papel do Estado e do Direito como promotores do bem comum, ou sobre a ordem cronológica de surgimento de um ou de outro, a justiça reserva ao indivíduo não somente deveres nessa consecução do que se convencionou definir por igualdade. Na conformação jurídica, a saber, com espeque na edição de uma legislação por vezes paternalista, por outras morais e até mesmo confiscatória de bens sociais primários, olvida-se do fato de que possuímos também deveres no que tange à eficácia horizontal, assim como vertical, conforme traz as lições de Norberto Bobbio⁸¹:

Como uma metáfora usual, pode-se afirmar que o direito e o dever são como duas faces de uma moeda. Mas qual é o verso e qual o reverso? Depende da posição a partir da qual olhamos para a moeda. Na história do pensamento moral e jurídico essa moeda foi observada mais pelo lado dos deveres do que pelo lado dos direitos. Não é difícil entender o porquê. O problema do que se deve fazer ou não fazer é um problema, antes de qualquer coisa, da sociedade em seu todo, mais do que do indivíduo isolado. Os códigos morais e jurídicos foram estabelecidos originariamente para salvaguardar o grupo social em seu conjunto, e não cada um de seus membros. A função originária do preceito de não matar é tanto proteger o indivíduo, mas impedir a desagregação do grupo. Prova disso é que esse preceito, ao qual se atribui um valor universal, costuma valer apenas para o interior do grupo, não vale em relação aos membros de outros grupos. Para que pudesse acontecer a passagem do código dos deveres para o código

⁸¹ BOBBIO, Norberto. Teoria Geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos. Michelangelo Bovero (Org.). Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000, p. 477-478.

dos direitos, foi preciso que a moeda se invertesse: que o problema começasse a ser observado não mais apenas do ponto de vista da sociedade, mas também do ponto de vista do indivíduo. Foi preciso uma verdadeira revolução.

E isso é parte integrante do âmbito de incidência da igualdade, da definição de seu destinatário e das ações que buscar compensar as desigualdades sociais e econômicas, como ressalta Walter Claudius Rothenburg⁸²:

A menção aos beneficiários da igualdade – inclusive daquela que impõe tratamentos diferenciados – não estaria completa se não abarcasse, além dos particularmente beneficiados, todos nós, que temos direito de conviver com nossos semelhantes/diferentes e partilhar das experiências da diversidade, em espírito democrático (participativo) e solidário.

Romper com altos parâmetros de desigualdades sociais e econômicas pode ser considerado, antes de tudo, respeito ao ser humano, como vislumbra Robert Castel⁸³:

Aos olhos dos princípios da igualdade diante da lei, da igualdade de chances, da igualdade ao acesso ao emprego, as discriminações em bases etnoraciais destoam. Sentir-se, por exemplo, privado de um emprego por causa da cor da pele ou pela consonância do nome pode ser vivido não somente como a desgraça de ter que permanecer desempregado, mas também como uma injustiça e como uma ofensa à dignidade que, por direito, todo homem reivindica numa sociedade onde o respeito do indivíduo é instituído como valor supremo.

Pode, por outro lado, guardar traços de injustiça uma vez que as desigualdades sociais e econômicas, traduzidas na mensagem do pensamento libertário como a liberdade de escolha que define o caminho tomado pelo próprio indivíduo.

⁸² ROTHENBURG, Walter Claudius. Igualdade. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). Direitos Fundamentais e estado constitucional. Estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2009, p. 346 ss.

⁸³ CASTEL, Robert. A discriminação negativa: cidadãos ou autóctones? Tradução de Francisco Morás. Petrópolis: Editora Vozes, 2011, p. 60.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

De se concluir que na tradução do pensamento utilitarista da busca pela felicidade e pela paz, não há a consideração de valores intrínsecos da igualdade. A paz, como direito essencial – assim valorizados os direitos fundamentais pelos libertários – pode ser justamente alcançada por todos em franca cooperação social, porém, não a todo e qualquer custo, caso contrário estaria o ser humano figurando como mero instrumento e não um fim em si mesmo. O problema, dentro da temática que propõe o texto, não está na existência dos chamados programas sociais de transferência de renda – existência esta que não rompe com os parâmetros de justiça aos olhos do que se preconizou por uma ou por outra Teoria da Justiça – pelos liberais ou aos olhos dos utilitaristas a exemplo do que traçou Jeremy Bentham (1791). O problema encontra morada em leis paternalistas, morais e de confisco, assim como no modo de desenvolvimento das políticas de justiça social – a se pensar nos programas de transferência, redistributivos, portanto.

Na escala dos bens sociais primários, assim especificados como a renda, a riqueza, a oportunidade justa e a influência das características naturais de cada indivíduo a contribuir com a consecução do bem comum, a liberdade (para os libertários) deve ser observada como prioridade. E todas as vezes que referidas espécies de legislação flexibilizarem-na a tal ponto de romper-se com os níveis aceitáveis da liberdade do indivíduo, a injustiça se instalará. Em um Estado Democrático e Social de Direito, onde ao cidadão é imposta a transferência de seus rendimentos auferidos com esforço de mais da metade do ano fiscal trabalhado, a cumprir as exigências de leis tributárias, cuja receita muitas vezes (por não gravada) é empregada em programas sociais (leia-se justiça social), não há como falar em justiça no desenvolvimento desses programas de redistribuição. Não há como dizer da paz como um direito fundamental efetivado, nessas circunstâncias.

Um programa de redistribuição, de transferência de renda como o denominado “Bolsa Família”, da forma como é implementado gera, veladamente, níveis de desigualdades sociais e econômicas significativos, já que flexibilizam extremamente a liberdade da coletividade que contribui para o pagamento e da mesma forma a liberdade de quem recebe o benefício – já que não lhes é conferido mecanismo de geração de renda além do benefício. Há de se ponderar a partir da concessão dos bens sociais primários em

paralelo aos benefícios da transferência de renda. O Estado redistribui a renda, porém, não leva ao beneficiário meios para auferir renda. Não gera emprego (um bem social primário), não inclui o indivíduo nos mecanismos de produção de riqueza, por não fomentar a instalação de indústrias, por exemplo (riqueza - um bem social primário). Não confere oportunidades justas, por assim dizer (um bem social primário, da mesma forma), impedindo com que os talentos naturais dos indivíduos sejam utilizados em prol da coletividade. E ainda assim, redistribui a renda daqueles que, diante da liberdade de escolha consagrada, obtiveram melhor sorte. Gera, com isso, e por outro lado, a dependência financeira daqueles que recebem os benefícios dos programas de transferência de renda, retirando-lhes a liberdade. Não há justiça nisso, nem mesmo a conquista da paz.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. Teoria Geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos. Michelangelo Bovero (Org.). Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. Estudios sobre el Estado de Derecho e la democracia. Traducción de Rafael de Agapito Serrano. Editorial Trotta, S.A., 2000.

BONAVIDES, Paulo. A quinta geração de direitos fundamentais. In: Direitos Fundamentais & Justiça, n. 3 – Abril/Junho. 2008.

_____. Curso de Direito Constitucional. 28ª ed. São Paulo: Malheiros Editora. 2013.

CASTEL, Robert. A discriminação negativa: cidadãos ou autóctones? Tradução de Francisco Morás. Petrópolis: Editora Vozes, 2011.

FAGNANI, Roberto. Brasil: dois projetos em disputa. Le Mond Diplomatique Brasil. Julho.

FONSECA, Ana Maria Medeiros da Fonseca; MIAZAGIL, Edina; SANTOS, Leonor Maria Pacheco; SILVA, Tiago Falcão; SOUSA, Romulo Paes. The Brazilian experience with conditional cash transfers cash transfers: A successful way to reduce successful way to reduce inequity and to improve health inequity and to improve health. In: Conferência Mundial da Saúde. Rio de Janeiro, out 2011. Disponível em: <http://www.who.int/sdhconference/resources/draft_background_paper1_brazil.pdf>. Acesso em: 03 mai 2016.

GARGARELLA, Roberto. As teorias da justiça depois Rawls: um breve manual de filosofia política. Tradução de Alonso Reis Freire. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

LAGARDE, Christine. Revista Época, 25 nov. 2011. Disponível em <http://revistaepoca.globo.com/Negocios-e-carreira/noticia/2011/11/diretora-do-fmi->

elogia-brasil-e-chama-bolsa-familia-de-modelo-para-o-mundo.html. Acesso em 03 mai 2016.

LUMIA, Giuseppe. Elementos de Teoria e ideologia do direito. Tradução Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MAFFETTONE, Sebastiano; VECA, Salvatore. A ideia de justiça de Platão a Rawls. Tradução Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

RAWLS, John. Theory of justice. Cambridge, Harvard University Press, 1971.

RIOS, Roger Raupp. O princípio da Igualdade e a discriminação por orientação sexual. A homossexualidade no Direito brasileiro e norte-americano. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Igualdade material e discriminação positiva: o princípio da isonomia. Revista Novos Estudos Jurídicos. Vol. 12, n. 2, Jul-Dez 2008.

_____. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). Direitos Fundamentais e estado constitucional. Estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2009.

REFLEXÕES SOBRE MULTICULTURALISMO, TOLERÂNCIA, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E PRECONCEITO COM BASE NA OBRA *UM CONTO CHINÊS*

*Sergio Leandro Carmo Dobarro*⁸⁴

*Sílvia Helena Schimidt*⁸⁵

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo utiliza-se da justaposição entre o cinema e Direito como ferramenta diante a realidade globalizante e mutável da sociedade em geral, como modo de entendimento entre o universo jurídico e o mundo real, algo valioso no intuito de constatar até que momento o fomento à sensibilidade e à concepção desta última, se altera de forma eficaz no arranjo de um raciocínio jurídico e no despertar de consciência humanística.

⁸⁴ Bacharel em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba, possui graduação em Administração e Especialização em Administração de Marketing e Recursos Humanos; Mestre em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM; Pesquisador do Grupo de Pesquisa em Direitos Fundamentais Sociais (DiFuSo) e Reflexões sobre Educação Jurídica Brasileira; Funcionário Público; autor do livro *A desconsideração da personalidade jurídica no código de defesa do consumidor e o reflexo na pessoa física e jurídica*; Email: sergioleandro@itelefonica.com.br; Facebook: <https://www.facebook.com/ProfessorSergioLeandro>; Twitter: @sergioleandro8

⁸⁵ Bacharel em Direito pela Universidade de Ciências Sociais Aplicadas de Sinop - UNIC; Pós graduada em Direito de família e das Sucessões e Direito Imobiliário pela Universidade Anhanguera; Doutoranda em Direito pela Universidad Del Museo Argentino - UMSA. Tabela e Oficiala de Registros no Estado do Maranhão. E-mail: advsilvia1@hotmail.com.

O trabalho é inaugurado com a abordagem sobre a relação do direito e o cinema; e, logo em seguida à análise do tema proposto é feita uma experiência sobre a obra cinematográfica, objetivando com a exposição de o filme *Um Conto Chinês* estimular a reflexão, o pensamento e a apreensão das características próprias. O filme aborda a questão do comportamento de uma pessoa diante outra com uma cultura extremamente diferente da sua. Nesse deslinde, é abordado o multiculturalismo, matéria com extensa multiplicidade de apreciações sob diferentes perspectivas. O multiculturalismo busca a proteção e consequentes reivindicações de grupos excluídos da sociedade, os direitos das minorias, especialmente em função da globalização hegemônica que, através da difusão de uma ideologia capitalista, tende, antes de tudo, a mirar o lucro.

Alicerçado no filme, o cenário da intolerância é colocado em pauta, pela preocupação e relevância social. No mundo globalizado torna-se inadmissível obrigar a instauração de um padrão cultural homogêneo e rejeitar os aspectos históricos que fundamentam culturas. A grande utopia atual é a aceitação e respeito às culturas diferenciadas, favorecendo a convivência pacífica entre os indivíduos.

Com tais propósitos, neste artigo busca-se também contextualizar a dignidade da pessoa humana pela sua preciosa relevância na consolidação do respeito ao valor intrínseco do ser humano e, assim, igualmente, quanto à necessidade da sua constante reflexão, auxiliando, ademais, no combate à intolerância e ao preconceito.

A seguir, é indicada uma abordagem reflexiva a partir do filme argentino *Um Conto Chinês*, propiciando bases para a investigação do problema central de pesquisa, qual seja: fomentar as reflexões sobre o multiculturalismo, a ética da tolerância, o respeito à diversidade cultural e os contrastes humanos, assim como a evolução da essência pluralista e democrática.

Deste modo, adota-se o método hipotético-dedutivo, por meio dos procedimentos técnicos, bibliográfico e documental.

2 ARTE, CINEMA E DIREITO

Ao se tomar uma percepção extensa e inclusiva do mundo, é possível conceber diferentes formas de arte, gerando demarques padronizadas, abrindo um reconhecimento artístico ampliado e a perspectiva de uma cooperação social maior.

Através da Arte é plausível desenvolver a percepção e imaginação, aprender a realidade do meio ambiente, desenvolver a capacidade crítica, permitindo a pessoa analisar a realidade percebida e desenvolver a criatividade de maneira a mudar a realidade, que foi avaliada. (BARBOSA, 2003, p. 23).

Por meio das exteriorizações artísticas que a pessoa reflete, sente, concebe e transforma a sua existência. O objetivo da arte contemporaneamente é de criticar, analisar e ponderar a realidade humana.

A sétima arte proporciona uma produtiva maneira com fins de experiência estética globalizante, conjecturando uma submersão na obra, o que auxilia, em uma primeira ocasião, a interrupção da avaliação tradicional da pessoa, em mercê de uma identificação ou recusa dos interpretes e da situação. Pode-se dizer que seria uma espécie de suspensão de juízo, ou seja, uma circunstância de repouso mental do qual nada garantiu e nada negamos, explorando o quanto não sabemos para melhor alcançarmos a imperturbabilidade, por fim, a trama do filme forma um horizonte sedutor e persuasivo.

A arte possui uma importância que é irrefutável e cujo cooptação de figuras, expressões, harmonia e efeitos sonoros ultrapassam o terreno da mera fruição para abancar-se no campo da Ética. Conflitos morais, experimentos psicológicos intensos, análises políticas, e outros tipos de problemas humanos podem ser conhecidos com uma probabilidade enorme.

No período romântico da cultura europeia, o terceiro conde de Shaftesbury (1671-1713) asseverava a apresentação de um discernimento moral intuitivo em si mesmo que conseguiria ser expandido à estética. Assim ele concretizou de um axioma do pensamento clássico, um mote efetivo de seus esboços estéticos. O deleite estético significaria o elo natural entre ambas, aludindo a virtude como a decorrência dessa lógica. Autor de o Espírito do Consumismo Moderno, Colin Campbell, afirma que Shaftesbury

converteu a ética e a estética equivalentes, compondo a sensibilidade o cabo que envolvia ambas. Segundo Campbell:

A receptividade à beleza se tornou, assim, uma qualidade moral básica, tanto que qualquer deficiência a esse respeito se tornou um deslize moral, enquanto a virtude correspondente se fazia uma qualidade estética, tanto que, por seu turno, qualquer deslize moral era “mau gosto”. (CAMPBELL, 2001, p. 215)

Ressalta-se que a ética e a estética tornaram-se uma extensão de responsabilidade moral da obra de arte, fazendo do artista não mais um artesão sem obrigação ética, mas o autor de uma obra que careceria atender à nova natureza estético-ética da apreciação de anseio.

Comumente, quando se une Direito e Cinema, na ampla maioria das vezes o que vem a memória são os filmes que tratam sobre sessões de julgamentos, crimes misteriosos, etc. Perante esta circunstância, o Direito Comparado, de análoga maneira, termina por obter destaque, especialmente se o filme mostrar cenas perante um Tribunal. Verifica-se que esses aspectos são reverenciáveis, porém se toam limitados.

Assim, a utilização do cinema na atualidade tem como objeto essencial, como ensinar menos, entretanto com mais profundidade, atrelar o que se estuda com o mundo real do estudante [...] traçando um caminho para o que seria o seu ensino no século XXI, onde os docentes devem separar vigorosamente, iluminar e interpretar o material e instigar os alunos a avaliar em fundura (FRANZ, 2003, p. 162).

Professores e estudantes, além de interessados no aprendizado do Direito perdem oportunidades valiosas de observar e entender o Direito sob um ponto de vista mais crítico e abrangente. Acredita-se que o efetivo seria a realização de uma análise jurídico-social a partir de películas que não versem, de início, a respeito de motes ligados ao Direito, pois este ao ordenar princípios para equilibrar o comportamento humano sempre estará presente, direta ou indiretamente, nos vínculos sociais. Deste modo para apreender e dirigir o Direito deve-se, inicialmente, conhecer o ser humano, ou seja, a natureza humana.

O amplo desafio do ensino da arte, presentemente é colaborar para a edificação da realidade através da liberdade pessoal. Carecemos de um ensino de arte por meio do quais as diferenças culturais sejam vistas como recursos que comportem ao indivíduo desenvolver seu próprio potencial humano e criativo, diminuindo o distanciamento existente entre a arte e a vida. (RICHTER, 2003, p. 51).

Compreende-se inicialmente, que o Direito nos cursos de graduação e pós-graduação passa a ter uma atitude humanística, o que vem sendo estudado e demonstrado, e ressalta-se que não tão apenas na literatura jurídica atual, porém debata-se uma maneira de analisar o Direito afora da mera técnica, ou seja, do conhecimento completo e definido. Desta forma, o saber jurídico deve ser considerado através de raciocínios hipotéticos, comparações, ponderações, ou seja, que conjecturem opções diversas para equilibrar de maneira mais sensata, lógica e aceitável o comportamento humano em sociedade que pertence.

Através das manifestações artísticas que a pessoa raciocina, sente, institui e demuda a sua essência. O desígnio da arte atualmente é de considerar, criticar e refletir a realidade humana socialmente. Assim, a arte pode subverter ou transgredir o direito, o que resulta em possibilidades de decompor a previsão das condutas socialmente desejáveis, e, para ajustarem-se às demandas sociais que ao lado da reforma legislativa, é a pedra angular do andar jurídico. Neta conjuntura, educar deixa de ser a “arte de introduzir idéia na cabeça das pessoas, mas de fazer brotar ideias [sic]” (WERNER; BOWER, 1984, p. 1-15).

Neste deslinde, cria-se uma nova forma de estudar o Direito pelas formas da descoberta, ou seja, do deleite da expressão e do entendimento, e não pelos caminhos da coação, recheadas de determinações, de veridicidades pré-moldadas, expostas constantemente sob os adornos do “certo” e do “errado”. Neste cenário mais humanístico, seguramente, acende o refletir e contribui para uma mais inteirada interpretação e execução das normas jurídicas no dia a dia social, no qual está inserido o ser humano.

Não basta ensinar ao homem uma especialidade. Porque se tornará assim uma máquina utilizável, mas não uma personalidade. É necessário que adquira um sentimento, um senso prático daquilo que vale a pena ser empreendido, daquilo que é belo, do que é moralmente

correto. A não ser assim, ele se assemelhará, com seus conhecimentos profissionais, mais a um cão ensinado do que uma criatura harmoniosamente desenvolvida. Deve aprender a compreender as motivações dos homens, suas quimeras e suas angústias para determinar com exatidão seu lugar exato em relação a seus próximos e à comunidade.

[...] Quando aconselho com ardor `As Humanidades', quero recomendar esta cultura viva, e não um saber fossilizado.

[...] Os excessos do sistema de competição e de especialização prematura, sob o falacioso pretexto de eficácia, impossibilitam qualquer vida cultural e chegam a suprimir os progressos nas ciências do futuro (EINSTEIN, 1981, p. 16).

O direito e o cinema acendem entre os discentes e profissionais da área de Direito um momento de amadurecimento, trazendo para as “telas” a vida, tanto individual com social. E ainda, como já citado, o Direito objetiva preceituar princípios para uma coexistência em harmonia e em comedimento, de forma a tornar as convivências interpessoais dotadas de dignidade, permissíveis e factíveis.

De acordo com Lacerda (2007, p. 8-9), não é frequente, nas faculdades de Direito do Brasil, empregar o cinema como técnica didática.

[...] em primeiro lugar é, pois, convidar o aluno a lançar um olhar jurídico sobre o cinema. Tornar o cinema não só um entretenimento, mas também um foco, uma fonte, uma arena, onde seja possível descobrir, discutir, criticar, se satisfazer e se frustrar com temas, situações profissionais e dilemas do direito e de seu exercício. [...] O cinema é direito também, é material de aula, é instrumento didático.

Ressalta-se que baseadas no ensino tradicional, o ensino baseado somente na dogmática, produzirá discentes apáticos, ou seja, impassíveis, que tem como único objetivo o diploma, embrenhando-se ao mercado de trabalho exclusivamente de uma formação técnico jurídica, e não sócio político, o que acarreta em um estado sem significado, já que o direito é uma ciência humana em sua completude.

Certos docentes que abandonam a tarefa de ensinar, “entram no jogo das classes dominantes, pois a esta interessa um professor bem comportado, um missionário de um apostolado, um abnegado;

tudo, menos um profissional que tem como função principal o ensino” (ALMEIDA, 1986, p. 78).

Deste modo, de grande valia seria a instituição de ensino, auxiliar o emprego do cinema como meio didático, na medida em que tem não só dos recursos matérias apropriados, mas também segue uma função emancipadora basilar, proporcionando um capital cultural libertador aos discentes.

Nesse sentido:

O objeto do conhecimento jurídico-dogmático é esta dupla abstração, que o jurista elabora num grau de abstração ainda maior (regras sobre as regras de interpretação das normas). Com isso, o seu estudo paga um preço: o risco de distanciamento progressivo da própria realidade social. (FERRAZ JR., 1994, p. 49)

Por meio da didática a educação jurídica deve expandir uma inteligência geral que saiba discernir a conjuntura, o global, o multidimensional, e o dialogo abstruso dos elementos.

[...] o desenvolvimento de aptidões gerais da mente permite melhor desenvolvimento das competências particulares ou especializadas. Quanto mais poderosa é a inteligência geral, maior é sua faculdade de tratar problemas especiais. A compreensão dos dados particulares também necessita da ativação da inteligência geral, que opera e organiza a mobilização dos conhecimentos de conjunto em cada caso particular. [...] Dessa maneira, há correlação entre a mobilização dos conhecimentos de conjunto e a ativação da inteligência geral. (MORIN, 2000, p. 39)

Neste deslinde, procurando atualizarem-se e aprimorar-se com a prática docente em seu campo de desempenho, muitos docentes universitários vêm concretizando cursos de didática, que são proporcionados em nível de pós-graduação com uma frequência cada vez maior, nas instituições de Ensino Superior pelo país.

Confirmando a citada reflexão, o Relatório Delors (1999, p. 19):

O conceito de educação ao longo de toda a vida aparece, pois, como uma das chaves de acesso ao século XXI. Ultrapassa a distinção tradicional entre educação inicial e educação permanente. Vem dar resposta ao desafio de um mundo em rápida transformação, mas não constitui uma conclusão inovadora, uma vez que já anteriores relatórios sobre educação chamaram a atenção para esta necessidade de um retorno à escola, a fim de se estar preparado para acompanhar a inovação, tanto na vida privada como na vida profissional. É uma exigência que continua válida e que adquiriu, até, mais razão de ser. E só ficará satisfeita quando todos aprendermos a aprender.

Perante este cenário, compreende-se a preocupação real das autoridades educacionais com relação aos docentes de ensino superior, em virtude deste profissional além de conhecimentos adequados em sua área, também deve trabalhar em habilidades pedagógicas ajustadas tendo por desígnio um aprendizado mais dinâmico.

Neste panorama, vislumbra-se que proporcionar os bens culturais que consideram a linguagem e o mundo em certa profissão é algo indispensável.

3 A OBRA CINEMATOGRÁFICA “UM CONTO CHINÊS”

O filme “Um Conto chinês”, coprodução Argentina/Espanha, narra a história do encontro imprevisto e completamente por acaso de Roberto, um vendedor de ferramentas; com Jun, um chinês perdido na Argentina que está à busca de um tio. (UM CONTO CHINÊS, 2011).

Tal obra nos proporciona como o inusitado interfere em nossas vidas. Vislumbra-se neste conto é como muitas vezes algo que vem de maneira estranha em nossas vidas pode trazer uma transformação radical. (UM CONTO CHINÊS, 2011).

Estas reflexões essenciais, comunicadas à jovem geração graças aos contatos vivos com os professores, de forma alguma se encontram escritas nos manuais. É assim que se expressa e se forma de início toda a cultura. Quando aconselho com ardor “As Humanidades”, quero recomendar esta cultura viva, e não um saber fossilizado, sobretudo em história e filosofia (EINSTEIN, 1981, p. 16).

Esta é a confusão vivida por Roberto, um argentino rabugento, metódico, insistentemente solitário e que possui um hobby curioso: reunir manchetes de notícias esquisitas, bizarras ou totalmente surreais. (UM CONTO CHINÊS, 2011).

Em um dia pacato, no qual o protagonista, próximo ao aeroporto de Buenos Aires, relaxava sua mente vendo a passagem de aviões, quando um táxi para próximo a ele e despeja Jun, um chinês que acabara de chegar ao país de forma nada planejada, além de atrapalhada. (UM CONTO CHINÊS, 2011).

Ricardo, diante ao fato inesperado, proporciona ajuda e um teto temporário a este homem. Pelo menos é assim que ele raciocina, até descobrir que Jun, além de não compreender uma palavra de espanhol, emigrou atrás de um tio que não apareceu ao seu encontro, deixando-o completamente só. (UM CONTO CHINÊS, 2011).

A passagem dos dias é marcada pela rotina metódica de Roberto, que acorda cedo; toma uma xícara de café; come um pão francês sem o miolo; vai trabalhar em seu armazém de ferragens; rezinga dos fregueses e fala mal os fornecedores; finaliza o expediente; janta só; e, enfim, vai dormir pontualmente à 23h00. (UM CONTO CHINÊS, 2011).

Roberto por opção se esforça para afastar as pessoas. É um veterano da Guerra das Malvinas que ao voltar para seu país depois da derrota para a Inglaterra, vê que seu pai faleceu às vésperas da sua vinda. (UM CONTO CHINÊS, 2011).

A partir do momento que se vê como anfitrião involuntário do chinês Jun até que esse consiga encontrar seus parentes na argentina, seu perfil metódico principia a cair. Solitário por escolha, Roberto passa a ser compelido a dividir aquele seu universo com outra pessoa que, ironicamente, não consegue compreender uma palavra do que ele fala. (UM CONTO CHINÊS, 2011).

Na China, Jun era um artesão que laborava pintando brinquedos e estava prestes a casar. Contudo, ele perde a noiva, que falece. Após este fato, resolve ir atrás do único membro vivo de sua família, o tio que mora na Argentina, tendo somente um endereço. (UM CONTO CHINÊS, 2011).

Acompanhado de um excelente texto, o personagem de Roberto consegue apresentar a sutil mutação na vida de uma pessoa

que, apesar de metódica e ranzinza, possui um grande coração. (UM CONTO CHINÊS, 2011).

Neste deslinde, “Um Conto Chinês” expõe a poética história de auxílio mútuo entre pessoas estranhas e por vias tortas. Jun e Ricardo vivem o clássico modelo de dualidade, onde um precisa do outro mesmo sem desejar precisar, para juntos tornarem-se pessoas libertas e melhores. (UM CONTO CHINÊS, 2011).

4 CONSIDERAÇÕES SOBRE O MULTICULTURALISMO ABORDADO NA OBRA

O multiculturalismo alude a uma multiplicidade de culturas, sejam elas a diversidade racial e ética, novas identidades culturais e políticas, ilustradas pelos protagonistas do filme “Um Conto Chinês”, que, ao transcorrer do filme tematizam tanto as diferenças como as semelhanças que fazem parte do âmbito social humano, mesmo com as diferenças que compõem os simbolismos de comunicação entre um chinês e um argentino.

A aludida obra cinematográfica expõe a existência de múltiplas culturas e ressalta a representação, a tradição cultural e a identidade de Roberto e Jun, que compartilham em tempos e ambientes sociais distintos a noção de encontro e conflito, ou seja, uma convivência de culturas heterogêneas, que mesmo com as diferenças referentes à comunicação, tem em comum a marca da sociabilidade e da humanidade.

Os desdobramentos que ocorrem na vida dos dois principais personagens, um argentino e um chinês, possibilitam uma séria de reflexões importantes sobre temas fundamentais no mundo contemporâneo, como o multiculturalismo.

A origem do multiculturalismo ocorreu em países em que a diversidade cultural é vista como um empecilho para a edificação da unidade nacional. Em tais países, essa edificação tem sido feita por meio da determinação a todos os componentes da sociedade de uma cultura considerada como superior, por meio de processos autoritários. Deste modo, o multiculturalismo surge como princípio ético na direção da ação dos grupos culturalmente dominados, aos quais foi proibido o direito de conservarem suas peculiaridades culturais.

O multiculturalismo toma força na metade do século XX em território estadunidense, através de movimentos sociais, sobretudo os grupos culturais negros, na batalha contra ao racismo e nas questões relacionadas aos direitos civis.

Nessa perspectiva, as alterações em torno do multiculturalismo seguem os debates sobre o pós-modernismo e sobre as implicações da pós-colonização na cena contemporânea, “o que se verifica de forma mais evidente a partir dos anos 1970, sobretudo nos Estados Unidos” (FLEURY, 2003, p. 79).

As lutas multiculturalistas começaram a avançar a partir dos anos 70, por conta das pressões populares sofridas pelos Estados Unidos, objetivando igualdade de oportunidades e justiça social aos mais diversos grupos culturais.

Já nos anos 80 e 90 o multiculturalismo toma força em virtude do aumento da influência dos estudos sobre as díspares culturas no discurso curricular, que estima o hibridismo, a pluralidade e as diferenças culturais.

Importante observar as palavras de Gonçalves & Silva (2006, p.29) que asseveram:

[...] o multiculturalismo não interessa à sociedade como um todo, e sim a certos grupos sociais que, de uma forma ou de outra, são excluídos dos centros de decisão por questões econômicas e, sobretudo por questões culturais. [...] Tanto no Brasil quanto nos Estados Unidos os primeiros proponentes e os mais antigos defensores do multiculturalismo foram os afrodescendentes. Em ambos os casos, o movimento foi liderado por aqueles que dentro de suas comunidades conseguiram, apesar dos preconceitos, atingir um certo nível de escolaridade.

Deste modo, ao discorrer sobre multiculturalismo é debater o jogo das diferenças, as lutas sociais que determinadas pessoas enfrentam por conta da discriminação e do preconceito dentro da sociedade em que vivem.

Atualmente, o multiculturalismo é observado como uma integração de várias minorias dentro de uma cultura dominante. As citadas minorias referem-se a grupos de pessoas cujas características como nacionalidade de origem, religião, raça, gênero,

incapacidades físicas e motoras e etc., espaçam-se do socialmente idealizado como padrão ou normal.

As sociedades são multiculturais, e contemporaneamente as sociedades políticas, em líquidante superioridade, são culturalmente diversificadas. Will Kymlicka (1995, p. 13) relata avaliações atualizadas, “[...] os 184 Estados independentes do mundo contêm mais de 600 grupos de línguas vivas e 5.000 grupos étnicos”.

Neste deslinde, observa-se que nossos valores, princípios e crenças, não passam de um apontador a mais num mundo caracterizado pelo fato da diversidade.

Assim, não se pode mais recusar o fato do multiculturalismo. É nesta conjuntura multicultural que nascem as minorias étnicas, ou puramente minorias.

As chamadas minorias [...] precisam reconhecer que, no fundo, elas são a maioria. O caminho para assumir-se como maioria está em trabalhar as semelhanças entre si e não só as diferenças e assim, criar a unidade na diversidade, fora da qual não vejo como aperfeiçoar-se e até como construir-se uma democracia substantiva, radical. (FREIRE, 1997, p.154)

O multiculturalismo proporciona a convivência de distintas culturas, contudo, tal convivência não ocorre naturalmente, sendo imprescindível a decisão, mobilização, união e organização de grupos, fortalecendo assim, a batalha pela conquista de direitos e respeito.

Neste diapasão, em uma sociedade multicultural, deve-se ter como apontador a ação para o desenvolvimento e atitudes alicerçadas pela igualdade, justiça, respeito e tolerância.

5 TOLERÂNCIA - RESPEITO ÀS DIFERENÇAS DE CADA INDIVÍDUO

É clara a mensagem do filme sobre a necessidade em lidar com as diferenças, uma pessoa que em um primeiro momento possa parecer tão longínqua em características culturais, conserva uma cercania nas ocorrências da vida que mostram enorme semelhança no que antes era ponderado diferente.

“O Garoto Chinês” beneficia a compreensão de que o diálogo intercultural é imprescindível para que tenha respeito às diferenças de cada pessoa, o que direciona a possibilidade de (re)invenção de novas sociabilidades a partir do assentimento das múltiplas subjetividades.

Assevera como ética da tolerância, Adeodato (2009, p. 13): “[...] já que todos são juridicamente iguais, já que estão todos em um só espaço público e que não têm a mesma visão de mundo, é preciso ser tolerante para com aqueles que pensam diferentemente”.

A intolerância representa o que o ser humana possui de mais desumano em sua visão de sociedade e vida, pois reporta por meio de pensamentos e atos o que os nossos ancestrais já realizavam em forma de atrocidades com aqueles que julgavam diferentes de si mesmos.

Durante as guerras religiosas do século XVI, a necessidade de constituir referências mínimas de convívio entre católicos e protestantes originou a concepção do termo tolerância. Deste modo, com o passar do tempo, a hostilidade da fé principia a abdicar espaço à experiência do viver mais de concerto com os sentidos da palavra. Nos séculos posteriores, aplicando-se a pensar no ponto da intolerância, sempre residual e intimidante, pensadores e filósofos criaram o nome de tolerância, em torno do qual se lançaram teorias.

Ao longo do Iluminismo, o radicalismo anti-religioso alojado entre muitos assinalou um caminho sombrio na história das teorias da tolerância. Para afrontar a intolerância da fé, que se colocava contra ao Iluminismo, a tolerância da razão endurece os desígnios de fazer dissiparem-se todas as formas substanciais de crença, assim, o pensamento da tolerância causou, então, uma condição de “religião da razão”, instituindo um contrassenso na filosofia: a intolerância da tolerância.

Já no século XIX, aparece um novo modo de pensar, em que a a tolerância seria somente uma atitude transitória que deve induzir ao reconhecimento do outro.

No século XX, na Europa, a intolerância ao outro, desta vez distinguida pelo cientificismo da raça, principia a fazer o ruído que terminou emudecendo milhares de seres humanos em campos de extermínio.

Nas palavras do grande historiador britânico J.M. Roberts:

Talvez seja verdade que a Segunda Guerra Mundial afetou todos os membros da raça humana. Excedeu qualquer conflito anterior em horror e destruição. Foram destruídos recursos e forças sem paralelo. Os imensos massacres e a destruição física foram apenas uma fração do seu custo. Contudo, eliminou o que certamente fora a pior ameaça imposta à civilização e à humanidade. Demoraria muitos anos para que toda a história do custo moral da guerra aparecesse, mas um sinal vivo – e do que fora conquistado – se tornou imediatamente visível e aterrorizador quando os exércitos aliados avançaram na Alemanha e na Europa Central. Descobriram-se invadindo campos onde a brutalidade sádica e a negligência desumana foram muito além do que alguém algum dia concebera. Os prisioneiros ali durante anos sofreram tortura, fome e trabalho forçado. Passaram por isso às vezes por serem opositores políticos ao nazismo, às vezes porque eram reféns ou trabalhadores escravos, às vezes simplesmente como prisioneiros de guerra. Mas isto não era o pior. A maioria dos que sofreram eram judeus, condenados a um tratamento desumano e à morte simplesmente por sua raça. Os nazistas fizeram esforços especiais para eliminar os que eles supunham ser genericamente indesejáveis. No caso dos judeus, falavam com desenvoltura em uma “Solução Final” para o “problema judeu”. Corretamente se atribuiu a palavra Holocausto aos que eles fizeram. Os números totais talvez nunca sejam conhecidos com precisão, mas cinco ou talvez seis milhões de judeus pereceram nas câmaras de gás dos campos de extermínio ou em fábricas e pedreiras onde morreram de exaustão e fome, ou no campo, onde eram cercados e fuzilados por destacamentos especiais de extermínio. Derrubar o sistema que fez isto acontecer foi uma conquista grande e nobre, uma vitória da civilização e da decência. Ironicamente, nenhuma potência aliada fora para a guerra conscientemente para conseguir um fim tão moral. O único guerreiro ideológico da luta do início ao fim fora Hitler, e os objetivos que buscara eram moralmente abomináveis (ROBERTS, L.M, 2004, p. 727-728).

A Segunda Guerra Mundial evidencia a perseguição e, em seguida, o tratamento desumano oferecido aos judeus. A intolerância continua havendo em nossa sociedade, ao nosso lado, ou até mesmo fazendo parte da sociedade em que estamos implantados.

A partir da ocasião que o irracional está a serviço da racionalidade, o resultado é o sofrimento, a imoralidade e a morte em amplas escalas. Ao passo que a intolerância quer ser despontada como legal e moral, citando que a repressão da autonomia dos sujeitos é essencial para o bem da coletividade; a razão se faz cínica. Desta forma, é necessário reconhecer que ser racional não é o suficiente para caracterizar o que é “ser humano”, isto é, há necessidade de compreender se ser racional é requisito para ser

ponderado e apto em consolidar empatia para com o nosso semelhante (ZIZEK, 1990, p. 63-64).

O mundo é caracterizado pela diversidade, pelo pluralismo de etnias, povos, identidades, subjetividades e representações. O diferente é algo que compõe a condição humana e está conectado à ideia de humanidade. O diverso, logo, é o diferente no grau em que ele também é análogo a mim, enquanto eu sou o diferente do outro.

O problema principal e fundamental é a forma pelo qual lidamos com o diferente, com o outro. Apesar da cultura brasileira, ter edificado historicamente mitos sobre a forma como lidamos com a diferença, esta é abalizada por um sentimento de intolerância em relação ao outro. Frequentemente ouvimos notícias de ataques e mortes que ocorrem com as pessoas mais vulneráveis dessa sociedade, o que desconstrói qualquer percepção mitológica sobre o modo como nos relacionamos com a diferença.

Freud (1976, p. 193) empregou a noção de narcisismo das pequenas diferenças para refletir a respeito do par de opostos tolerância/intolerância, tanto no plano individual como no coletivo:

Toda vez que o homem primitivo tem de estabelecer um tabu, ele teme algum perigo e não se pode contestar que um receio generalizado das mulheres se expressa em todas essas regras de evitar. Talvez este receio se baseie no fato de que a mulher é diferente do homem, eternamente incompreensível e misteriosa, estranha e, portanto, aparentemente hostil. O homem teme ser enfraquecido pela mulher, contaminado por sua feminilidade e, então, mostrar-se ele próprio incapaz [...]. Em tudo isso não há nada obsoleto, nada que não permaneça ainda vivo em nós mesmos. Utilizando expressões que diferem apenas ligeiramente da terminologia habitual da psicanálise, Crawley, [num estudo sobre o homem primitivo], assinala que cada indivíduo se separa dos demais por um “tabu de isolamento pessoal” e que justamente em suas pequenas diferenças, não obstante a semelhança quanto a todo o resto, se fundamentam os sentimentos de estranheza e hostilidade entre eles. Seria tentador desenvolver essa idéia e derivar desse “narcisismo das pequenas diferenças” a hostilidade que, em todos os vínculos humanos, observamos lutar com êxito contra os sentimentos de solidariedade e sobrepujar o mandamento de amar ao seu próximo. A psicanálise acredita que descobriu grande parte do que fundamenta a rejeição narcísica que os homens voltam às mulheres, ao chamar a atenção para o complexo de castração e sua influência sobre a opinião, baseada no desprezo, em que são tidas as mulheres.

O exercício da tolerância deve ser constante, aprender a respeitar as diferenças é a forma de contribuir para as próximas gerações vislumbrarem um mundo melhor.

A partir do momento que o homem despertar para os verdadeiros valores da vida, ele entenderá o significado das diferenças que principiam na família e se multiplicam pelo mundo e pelo universo. Tão-somente, então, dará um tempo ao imediatismo de sua existência para refletir, alcançando assim um fantástico potencial ainda inexplorado.

6 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E PRECONCEITO

A obra cinematografia demonstra que as formatações culturais pelas quais construímos a sociedade e as relações sociais hodiernas são profundamente calcadas no preconceito. Expõe a incapacidade de lidar com a diversidade, o que é um sério problema cultural e social.

A dignidade da pessoa humana é, seguramente, o princípio capital de todos os outros, visto que a reconção da dignidade humana concebe a valoração dos demais princípios, tais como cidadania, pluralismo, soberania.

Sobre a dignidade da pessoa humana, Sarlet (2009, p. 67):

A qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direito e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.

Ainda sobre o tema Kant (1964, p. 23) assevera: “O ser humano, pelo simples fato de ‘ser humano’, merece ser reconhecido como tal, eis que titular de uma dignidade específica: a dignidade humana”.

De suma importância observar que cada pessoa é um ser humano distinto e, a edificação da cidadania só é praticável na diversidade. A composição e a concepção de uma identidade se fazem a partir da existência do outro, do diferente.

O preconceito é uma forma de pensar previamente, erguido a respeito de algo ou alguém sem pelo menos conhecê-lo; é o ajuntamento que se faz a uma pessoa ou a um conjugado de pessoas. O preconceito acompanha na direção a discriminar toda uma coletividade, sendo o insulto e hostilidade chamada de racismo, que, como consequência, acaba por agredir de modo direto a pessoa, por meio de atitudes de caráter negativo sobre outrem.

De acordo com Nucci (2008, p. 268):

[...] preconceito é a opinião formada, a respeito de algo ou alguém, sem cautela, de maneira açodada, portanto, sem maiores detalhes ou dados em torno do objeto da análise invariavelmente injustos, provocadores de aversão a determinadas pessoas ou situações.

Neste deslinde, a aceitação das diferenças não acontece de forma pacífica na atualidade, mesmo o Brasil, um país heterogêneo na sua história, há uma realidade cheia de preconceitos os quais aparecem camuflados, nossa nação ainda vive um protótipo colonial, desrespeitando as minorias ou pessoas com baixo nível socioeconômico.

Valores comuns compartilhados entre maioria e minoria parecem ser um fator crítico para a qualidade da integração de minorias. Numa época anterior, judeus e cristãos conviveram razoavelmente bem com muçulmanos no Oriente Médio, no império abássida, na Espanha, e até em um período mais recente, no Império Otomano. Conseguiram isso sem nenhum conceito de cidadania e numa estrutura política explicitamente desigual e discriminatória aos não-muçulmanos; mas compartilharam certos valores e aspirações- por exemplo, um compromisso amplamente aceito pelos intelectuais com o monoteísmo e com uma sociedade organizada de maneira a facilitar a vida religiosa de todos. As experiências da Índia e da China tradicionais também exemplificaram a importância de valores civilizacionais amplamente disseminados para a integração social. É óbvio que para uma convivência frutífera, nestes valores se inclui, em primeiro lugar, a própria tolerância ou valorização da diferença. (DEMANT, 2007, p. 378)

O princípio da dignidade da pessoa humana demonstra um ambiente de integridade moral a ser asseverado a todas as pessoas por sua só vivência no mundo, um conjunto de valores civilizatórios congregados ao patrimônio da humanidade e cujo conteúdo se integra aos direitos fundamentais. Representa a superação da intolerância, da discriminação, do preconceito, da exclusão social, da violência, da incapacidade de aceitar o outro, o diferente, na plenitude de sua liberdade de ser, criar e pensar.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

“Um Conto Chinês” proporciona um produtivo campo para reflexões, é uma obra de virtudes, mas a sua nobreza está na elaboração da tentativa desesperada de comunicação entre Roberto e Jun e na maneira como o filme entrelaça a temática da igualdade humana em conflito com as suas diferenças.

Com o presente trabalho, buscou-se analisar o multiculturalismo enquanto movimento social, que procura reconhecer os direitos dos grupos minoritários, atribuindo obstáculos à propagação da globalização hegemônica, afrontando à homogeneidade cultural e resguardando a diversidade cultural.

Conclui-se também que, o exercício da tolerância deve começar no ambiente mais apropriado aos aprendizados da criança: a família. Assim sendo, aprender a respeitar as diferenças é um dos máximos legados que os pais ou responsáveis podem deixar aos seus filhos. Atuando desta forma, estarão cooperando para que as próximas gerações da família vislumbrem um mundo melhor para todos.

Quanto mais acostumadas às crianças estiverem a ver modelos das múltiplas formas de cumprir as mesmas atividades, mais simples se volverá de aceitarem a variedade como normal. Aprender a conviver constitui respeito e abertura para as relações humanas, denota habilidade pessoal de deixar a aproximação e não o alheamento do outro, por meio da empatia, do respeito, das formas alternativas de vida, tendo sempre por alicerce o abarcamento com a diferença sem qualquer preconceito.

Finalmente, pode-se asseverar que, enquanto as pessoas não tomarem consciência de sua força democrática para a concretização de diversos movimentos emancipatórios, os grupos

hegemônicos ditarão regulamentos de convivência, seus costumes, suas crenças, ou seja, toda a sua ideologia capitalista volvida à exclusão de grupos que não sejam dominantes, para, por conseguinte, impetrarem uma unidade de identidade cultural.

É preciso uma modificação no sistema, a fim de que seja garantida a todos a tão aspirada dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Guido. **O professor que não ensina**. São Paulo: Summus, 1986.
- BARBOSA, Ana Mae Tavares Bastos. As mutações do conceito e da prática. In: Barbosa, Ana Mae Tavares Bastos (Org.) **Inquietações e mudanças no ensino de arte**. São Paulo: Cortez, 2008. p. 13-25.
- CAMPBELL, Colin. **A Ética Romântica e o Espírito do Consumismo Moderno**. Rio: Rocco, 2001.
- DELORS, Jacques; et. al. **Educação: um tesouro a descobrir - Relatório para a UNESCO da Comissão Internacional sobre Educação para o século XXI**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 1999.
- DEMANT, Peter. **Choque de Universalimos: Estudos Sobre a Interação Ocidente-Islã**. Tese de Livre-Docência. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2007.
- EINSTEIN, Albert. **Como vejo o mundo**. Tradução de H. P. de Andrade. 11. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1981.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão e dominação**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.
- FLEURY, Reinaldo Matias. **O multiculturalismo e suas denominações**. In: FLEURY, R. M. (Org.) **Educação Intercultural: mediações necessárias**. Rio de Janeiro, DP & A, 2003.
- FRANZ, Teresinha. **Educação para uma compreensão crítica da arte**. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 2003.
- FREIRE, P. **Pedagogia do oprimido**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1977.
- FREUD, S. (1918). **Tabú de la virginidad**. Obras completas, v. XI. Buenos Aires: Amorrortu Editores, 1976.
- GONÇALVES, Luiz Alberto O.; SILVA, Petronilha B. G. e. **O jogo das diferenças; o multiculturalismo e seus contextos**. 4. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2006.
- KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. Companhia Editora Nacional, 1964.
- KYMLICKA, Will. Ciudadanía Multicultural. **Una teoría liberal de los derechos de las minorías**. Traducción de Carme Castells Auleda. Cubierta de Víctor Viano. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica S.A., 1996.

KRELL, Andréas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: Os (des)caminhos de um direitos constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Fabris, 2002.

LACERDA, Gabriel. **O direito no cinema**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2007.

MORIN, Edgar. **Os sete saberes necessários à educação do futuro**. São Paulo: Cortez; Brasília:Unesco, 2000.

RICHTER, Ivone Mendes. **Interculturalidade e estética do cotidiano no ensino das artes visuais**. São Paulo: Mercado de Letras, 2003.

ROBERTS, J. M. **O livro de outro da história do mundo: da pré-história à idade contemporânea**. 13. ed. Tradução de Laura Alves e Aurélio Rebello. Rio de Janeiro: Ediouro, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

UM CONTO CHINÊS. Diretor: Sebastián Borensztein. Intérpretes: Ricardo Darín Muriel Santa Ana Ignacio Huang Pablo Seijo Iván Romanelli Vivian El Jaber Suraj Sharma, Irrfan Khan, Ayush Tandon, Gautam Belur, Adil Hussain, Tabu, Ayan Khan, Mohd Abbas Khaleeli, Vibish Sivakumar. Argentina: Pampa Films, 2011. 93 min.

ZIZEK, Slavoj. **Eles não sabem o que fazem: o sublime objeto da ideologia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1990.

WERNER, David; BOWER, Bill. **Aprendendo e ensinando a cuidar da saúde**. 3. ed. São Paulo: Paulinas, 1984.

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: ATUAÇÃO DO JUIZ NA MEDIDA CAUTELAR DE AFASTAMENTO DO AGENTE PÚBLICO

Nathan Barros Osipe⁸⁶

1 INTRODUÇÃO

Não é de hoje que estudos são realizados a respeito da atuação do juiz. Já é antiga a afirmação de que “o juiz não é mais apenas a boca da lei”. Entretanto, vê-se na prática uma dificuldade em se definir qual seria a boa e efetiva atuação do magistrado na condução do processo. Diferentes opiniões são proferidas a respeito do assunto. Há quem diga que a função do Judiciário já foi há muito extrapolada. Por outro lado, muitos exaltam o ativismo judicial, considerando-o a maior arma para o equilíbrio do Estado Democrático de Direito.

A institucionalização do debate, entretanto, afasta o foco da figura do magistrado, considerado em sua singularidade. A sua atuação cotidiana nos fóruns espalhados pelo país muitas vezes é deixada de lado pelos debates. É na atuação do juiz que o presente trabalho foca-se.

Analisando-se a atuação judicial nas ações civis públicas de improbidade administrativa, algumas questões são levantadas: Deve o magistrado atuar de forma aguda, incisiva, promovendo uma caçada incansável dos agentes supostamente corruptos, ou a melhor postura é o cuidado, a parcimônia, que visa evitar injustiças contra os acusados? Especificamente no que diz respeito à medida cautelar de afastamento do agente público, de que forma deve portar-se o magistrado para que a sua atuação processual seja satisfatória?

⁸⁶ Professor da Faculdade do Norte Pioneiro (FANORPI) e Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP).

Valendo-se da revisão bibliográfica como metodologia, colocando-se em foco a atuação do magistrado, isoladamente considerado, será possível verificar que sua atuação dentro do processo será fundamental para fazer deste verdadeiro instrumento de materialização de direitos e conseqüente pacificação social.

2 O PAPEL DO PROCESSO E DO MAGISTRADO COMO ELEMENTOS DE PACIFICAÇÃO SOCIAL

Considerando que o Estado tem funções essenciais perante sua população, constituindo síntese de seus objetivos o bem comum, e como a paz social é inerente ao bem estar, é hoje reconhecida a existência de uma íntima ligação entre o sistema do processo e o modo de vida da sociedade. Nesse quadro é que avulta a grande valia social do processo como elemento de pacificação. O escopo de pacificar pessoas mediante a solução de conflitos com justiça é, em última análise, a razão mais profunda pela qual o processo existe e se legitima na sociedade⁸⁷. Assim, a pacificação social, tão aspirada pelo Estado democrático de Direito, tem no Poder Judiciário poderoso aliado na busca pela sua concretização.

Dentro do contexto atual, possui o Estado o poder-dever de proporcionar meios para a solução dos litígios, aplicando a lei de forma justa aos casos concretos através do Poder Judiciário. É nesse instante que surge a figura dos juízes, como delegados da função do Estado de julgar:

Havendo chamado para si a missão de intervir nos conflitos ocorrentes entre pessoas ou grupos (...) o Estado estrutura órgãos e organismos destinados ao exercício das atividades inerentes a essa função, ou seja, à função jurisdicional. Esses órgãos são compostos pelos juízes de todos os níveis e por seus auxiliares (...) A jurisdição é exercida exclusivamente pelos juízes (...)⁸⁸

O juiz é, portanto, o ente dotado de poder estatal para atuar nos casos concretos. Nos dizeres de Márcio Guimarães, “Juiz é a

⁸⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 5. ed. rev. atual. v. I. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 147.

⁸⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 5. ed. rev. atual. v. II. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 220.

autoridade a que compete, no Estado, o encargo de administrar justiça⁸⁹. Ele é o representante do Estado dentro do processo.

Vê-se, pois, que o ato de *julgar* é ato de poder, e, hodiernamente, quem detém o monopólio do poder de julgar é o Estado e quem julga são os juízes e os tribunais compostos de vários juizes, os quais, conseqüentemente, encontram-se investidos de poder para tanto.⁹⁰

Ora, se é o juiz o representante do Estado dentro do processo, deve ter consigo os mesmos interesses deste, ou seja, solucionar o processo de uma forma efetiva e justa, participando de maneira ativa de seus atos. Neste sentido, José Roberto dos Santos Bedaque diz:

O juiz é o Estado administrando a justiça; não é um registro passivo e mecânico dos fatos, em relação aos quais não o anima nenhum interesse de natureza vital. Não lhe pode ser indiferente o interesse da justiça. Este é o interesse da comunidade, do povo, do Estado, e é no juiz que um tal interesse se representa e personifica.⁹¹

É em nome dos interesses estatais que o juiz exercerá um papel ativo em todo o processo, pois somente assim poderá alcançar os escopos da função judiciária do Estado democrático de Direito. Assim, como é interesse do Estado o combate à corrupção, a atuação do juiz na aplicação da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92) deverá ser efetiva de modo que alcance o referido escopo estatal.

A denominada Lei de Improbidade Administrativa pode ser considerada um diploma de inegável singularidade, inaugurando uma nova instância de responsabilização dos agentes públicos, distinta das tradicionais⁹². Assim, ao atuar em sua aplicação, deverá o

⁸⁹ GUIMARÃES, Márcio. **O Juiz e a Função Jurisdicional**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 33.

⁹⁰ GOMES, Sérgio Alves. **Os Poderes do Juiz na Direção e Instrução do Processo Civil**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 18.

⁹¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes Instrutórios do Juiz**. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 60.

⁹² GARCIA, Emerson. **Repressão à Corrupção no Brasil: Entre Realidade e Utopia**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011, p. 13.

magistrado estar ciente de que está manejando uma ferramenta criada para tornar mais rigorosa a apuração de práticas ímprobas por parte dos agentes públicos.

Entretanto, para que o juiz venha desempenhar esta função estatal com efetividade, ou seja, atendendo aos anseios sociais, é necessário que ele esteja inserido na sociedade em que vive, ciente dos fatos sociais que o cercam. Especificamente no que diz respeito à ação civil pública de improbidade administrativa, não pode o magistrado estar alheio à realidade política que o cerca.

Edgar de Moura Bittencourt⁹³ destaca ainda a importância de o juiz estar atento ao seu meio: “Os fenômenos sociais, diretamente ligados ao pronunciamento jurisdicional de mérito, impõem atualmente ao juiz senão o estudo da Sociologia, ao menos constante observação da realidade sociológica”.

Não pode ser o juiz carente de cultura social, alheio à realidade que o cerca, pois sua responsabilidade de julgar “(...) reclama experiência das coisas e das pessoas”.⁹⁴

Por isso, deve o juiz estar em contato com a cultura, os costumes, e as tradições do local onde exerce a jurisdição. Deverá ainda conhecer os usos e o histórico da administração local para que sua atuação na ação de improbidade não vá de encontro aos anseios sociais. Esta sensibilidade só será alcançada se o juiz estiver em constante diálogo com os fatos e com os valores vigentes na sociedade em que atua. Apenas desta maneira ele será capaz de colocar tais valores em prática dentro do processo, alcançando assim o seu objetivo máximo.

Ao juiz, só será possível proferir um julgamento justo se tiver em mente quais são os anseios e valores das pessoas de sua sociedade, pois, para o ser humano, o direito só se aperfeiçoa pela atuação de alguém dotado de poder, cuja mente também funcione da mesma forma que a dos demais seres humanos.

⁹³ BITTENCOURT, Edgar de Moura. **O Juiz: Carreira Função e Personalidade do Magistrado Contemporâneo**. 2. ed. rev. São Paulo: Editora Universitária de Direito, 1982, p. 88.

⁹⁴ BEMFICA, Francisco Vani. **O Juiz. O Promotor. O Advogado: Seus Poderes e Deveres**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1983, p. 9.

Para Carlos Maximiliano⁹⁵, “os juízes, oriundos do povo, devem ficar ao lado dele, e ter a inteligência e coração atentos aos seus interesses e necessidades”

Mauro Cappelletti, sobre a evolução do processo civil nas sociedades contemporâneas, afirma que “um juiz que seja insensível às exigências sociais ou estranho aos movimentos de evolução econômica, social, política ou cultural pode se constituir em motivo de retrocesso em vez de elemento de justo progresso.”⁹⁶

Não se pode admitir, portanto, a figura do magistrado isolado da sociedade, confortável com a segurança da sua casa e com o luxo de seu gabinete, desatento a todo e qualquer acontecimento sócio-político. Se ele assim agir, não terá meios de exercer um papel ativo no processo ou poderá fazê-lo de forma desastrosa, pois não possuirá os parâmetros sociais necessários para fundamentar sua atividade.

No mesmo sentido é a lição de Edgar de Moura Bittencourt: “O juiz afastado de si e dos outros não consegue ser compreensivo. A vida só entre livros e os processos é como a luz das ribaltas que ofusca os olhos de quem queria enxergar o público.”⁹⁷

Neste momento é necessário destacar a importância da coragem do magistrado nas ações de improbidade administrativa, pois um juiz ciente das necessidades sociais mas receoso de adotar medidas firmes, capazes de inibir a prática de atos de improbidade, também não estará desempenhando o seu papel de forma satisfatória. Afinal, foi a Lei de Improbidade é um “(...) diploma estruturado em medidas severas de combate à improbidade, que somente resultará em efetivo proveito a partir da (...) sensibilidade e coragem do Poder Judiciário.”⁹⁸

Da mesma forma, importante destacar, mormente diante do momento jurídico-político que se passa, que o magistrado não se

⁹⁵ MAXIMILIANO, Carlos. **Da Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 60.

⁹⁶ CAPPELLETTI, Mauro, *apud* MEDEIROS, Luiz Cezar Medeiros. **O Formalismo Processual e a Instrumentalidade**. 2. ed. rev. ampl. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006, p. 117.

⁹⁷ BITTENCOURT, Edgar de Moura. Op. Cit., p. 119

⁹⁸ FRANCO JÚNIOR, Raul de Melo. **Responsabilidade Civil por Ato de Improbidade Administrativa**. UNESP, Campus de Franca. Disponível em: <<http://www.franca.unesp.br/RESPONSABILIDADE%20CIVIL.pdf>>. Acesso em 12 dez. 2011.

deve deixar influenciar por ideologias partidárias, devendo ter em mente sempre a justa aplicação do Direito no caso concreto, independentemente da posição política do agente público réu no caso concreto. Em outras palavras, estar ciente dos anseios da sociedade não significa deixar-se levar pelas paixões que movem a população, especialmente em momentos de crise política.

Uma vez consciente e introduzido na realidade em que vive, poderá o juiz exercer um papel ativo dentro do processo sem que isso traga prejuízo aos litigantes. Pelo contrário, sua atuação efetiva no processo fará com que este seja de fato instrumento de concretização dos direitos fundamentais. Na ação civil pública de improbidade administrativa, sua atuação será fundamental para que o processo consiga cumprir o escopo social de combate à corrupção e de restabelecimento do patrimônio público.

Diante do panorama apresentado, fica clara a importância do papel ativo do juiz no processo. Nos próximos capítulos, serão analisados os poderes e a atuação do magistrado especificamente nas medidas cautelares previstas na lei de improbidade administrativa (Lei nº 8.429/92)

3 A ATUAÇÃO DO JUIZ NAS MEDIDAS CAUTELARES PREVISTAS NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

O sucesso da proposta do papel ativo do juiz depende fundamentalmente deste. O legislador confere-lhe uma gama de poderes, inclusive no que se refere à direção do processo. Deve ele utilizá-los com vistas a dotar o instrumento de utilidade⁹⁹. Exatamente por isso é imperioso que os juízes exerçam ativa e legitimamente os poderes que a lei lhes confere de modo a preservar a instrumentalidade do processo e, com isso, garantir a plena consecução dos reais objetivos deste¹⁰⁰.

⁹⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do Processo e Técnica Processual**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 107.

¹⁰⁰ MEDEIROS, Luiz Cezar Medeiros. **O Formalismo Processual e a Instrumentalidade**. 2. ed. rev. ampl. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006, p. 127.

Cândido Rangel Dinamarco¹⁰¹ afirma que “o juiz é conclamado a sair do plano dos enunciados e da impassível contemplação da realidade, passando a ser participativo e cômico da responsabilidade de produzir resultados práticos na vida das pessoas.”

No tocante às medidas cautelares previstas na Lei nº 8.429/92 (sequestro dos bens – art. 16; bloqueio dos bens – art. 16, §2º; e afastamento do agente – art. 20), sua atuação deverá visar garantir a efetividade da futura prestação jurisdicional definitiva, evitando a dilapidação do patrimônio público e a impunidade dos agentes ímprobos. É, assim, necessário que “(...) tal prestação se amolde, plenamente, aos anseios da sociedade, permitindo que da atuação do Estado-Juiz sejam extraídos todos os resultados possíveis da pacificação social”.¹⁰²

José Roberto dos Santos Bedaque aduz o seguinte:

A garantia constitucional da ação não está limitada às tutelas definitivas e satisfativas. A tutela cautelar de urgência deve ser incluída, portanto, no âmbito de proteção que a Constituição Federal confere ao direito de ação, que, em última análise, é direito de acesso às garantias do devido processo legal ou devido processo constitucional.¹⁰³

Waldo Fazzio Júnior ressalta a importância da medida cautelar especificamente para a ação civil pública de improbidade administrativa:

Para a ação civil de improbidade administrativa, que tem por objetivo a imposição de sanções, como o ressarcimento de danos causados ao erário e, eventualmente, a reversão de bens e valores obtidos ilícitamente, as medidas preventivas e conservativas assumem proporções decisivas. São instrumentos aptos a prevenir o risco de desaparecimento, dissipação ou desvio de bens e valores que devem ser restituídos, senão que devem recompor a situação existente antes da lesão produzida no erário, pela improbidade funcional.¹⁰⁴

¹⁰¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 5. ed. rev. atual. v. I. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 232.

¹⁰² GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2002, p. 616.

¹⁰³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 82-83.

¹⁰⁴ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Atos de Improbidade Administrativa: Doutrina, Legislação e Jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 265.

É bem plausível estimar que a ação civil de improbidade se torne mero procedimento se não alcançar seu objetivo. Para a consecução deste, muitas vezes será a cautelar o instrumento adequado que garantirá a efetividade do processo principal.¹⁰⁵

Uma vez compreendida a importância do papel ativo do juiz e dos poderes a ele conferidos, bem como das medidas cautelares com relação à Lei de Improbidade, torna-se possível afirmar que, apesar do rol de medidas cautelares previstas na Lei nº 8.429/92, não está o magistrado adstrito apenas a esta lista, podendo, no caso concreto, valer-se de outras medidas cautelares:

O combate à improbidade administrativa e o integral ressarcimento do patrimônio público vão encontrar no bom manejo do processo cautelar uma de suas mais importantes ferramentas, não sendo compreensível, por tal motivo, a pouca e assistemática disciplina conferida ao tema pela Lei nº 8.429/92.¹⁰⁶

Além do argumento de que a Lei de Improbidade deixou expressamente poucas medidas cautelares à disposição do magistrado, outra justificativa para a adoção de medidas cautelares não previstas na Lei nº 8.429/92 é o poder geral de cautela dos juízes¹⁰⁷. Nesse sentido é o entendimento de Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves:

Parece claro, dada a avareza legislativa no tratamento de tão relevante tema, que a Lei da Improbidade não esgota as medidas cautelares que podem ser adotadas em busca da efetividade do processo, sendo possível, assim, por exemplo, decretar-se a busca e apreensão de coisas ou documentos, o arrolamento de bens, etc.¹⁰⁸

Arnaldo Rizzardo acrescenta o seguinte:

¹⁰⁵ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Op. cit., p. 265.

¹⁰⁶ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Op. cit., p. 616.

¹⁰⁷ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Op. cit., p. 266-267.

¹⁰⁸ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Op. cit., p. 625.

Não se esgotam as medidas cautelares no rol dos arts. 7º e 16 e do parágrafo único do art. 20. É possível invocar-se o poder geral de cautela em qualquer situação de risco, com a aplicação de outras medidas inominadas, como permite o CPC, dependendo da situação que se oferece no processo. Trata-se do poder cautelar geral que se reconhece ao juiz de intervir e determinar medidas que se exigem para a garantia da ordem, a prevenção de situações que requerem a pronta atuação, e a segurança de que o direito será, ao final, alcançado.¹⁰⁹

No Código de Processo Civil de 2015 o poder geral de cautela do juiz foi ampliado, nos termos do art. 297, *caput*, do referido diploma legal, pois agora o magistrado está legalmente autorizado a adotar as medidas que considerar adequadas à efetivação de qualquer tutela provisória, tenha ela natureza antecipatória ou cautelar, o que legitima ainda mais os argumentos acima expendidos.

Alguns autores afirmam que este excesso de poderes dados ao juiz poderia também transformar o processo em instrumento de iniquidade¹¹⁰. Entretanto, adotando o magistrado a postura descrita no capítulo anterior – inserido na sociedade, ciente dos seus anseios e atuando no processo de modo a garantir-lhe a efetividade – os poderes a ele conferidos poderão ser utilizados de modo sóbrio e consciente, dotando o processo de utilidade. Especificamente com relação às medidas cautelares, sua atuação será fundamental para garantir a efetividade da medida adotada, afinal, “(...) não se pode perder de vista que o objetivo da medida é tornar mais seguro o regresso do bem ao patrimônio da entidade administrativa lesada, em caso de procedência da ação.”¹¹¹

Além disso, ressaltar o papel ativo do juiz na aplicação de medidas cautelares não significa dizer que este deverá deferir indiscriminadamente todas as medidas postuladas. “O poder geral de cautela fica à discrição do juiz, o que não significa que seja o mesmo arbitrário ou ilimitado. (...) o limite do juiz está exatamente em não passar do provisório, do instrumental, (...) sem mutilações ao contraditório”¹¹².

¹⁰⁹ RIZZARDO, Arnaldo. **Ação Civil Pública e Ação de Improbidade Administrativa**. 1. ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009, p. 419.

¹¹⁰ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Op. cit., p. 267.

¹¹¹ DECOMAIN, Pedro Roberto. **Improbidade Administrativa**. São Paulo: Dialética, 2007, p. 272.

¹¹² CALMON, Eliana, *apud* FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Op. cit., p. 267.

Especialmente com relação às medidas que implicam restrição ao patrimônio do agente – que não serão analisadas especificamente neste trabalho, a atuação do magistrado deverá ser cuidadosa para evitar injustos prejuízos:

Certa gravidade e comprovação dos fatos deve os autos trazer. Não se pode olvidar que o bloqueio das contas bancárias e a indisponibilização dos bens de raiz e móveis são medidas de exceção, representando, às vezes, verdadeira morte civil do cidadão (...) Como toda exceção, só pode ser imposta em condições que amplamente a justifiquem, evitando-se o automatismo, sob pena de se estar a violentar a lei e a própria Carta Magna.¹¹³

Ainda, importante ressaltar que há também notícia de inúmeros inquéritos e ações de improbidade totalmente infundadas¹¹⁴. Nesses casos o deferimento da cautelar poderia trazer inúmeros prejuízos ao réu. Por todas essas questões colocadas, a sensibilidade sociopolítica do magistrado será fundamental para o sucesso de sua atuação:

O juiz, como intérprete que o é do direito – direito não apenas aplicável em um espaço físico, real, de uma dada sociedade, mas inserido num determinado momento histórico – obriga-se a ter o social como horizonte, por exigência dessa mesma sociedade, tendo em vista sua realidade.¹¹⁵

Além disso, não se deve esquecer que a medida cautelar é sempre revogável. Assim, uma vez desaparecidos os pressupostos

¹¹³ RIZZARDO, Arnaldo. Op. cit., p. 409.

¹¹⁴ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **Limites à instauração do inquérito civil por parte do órgão do ministério público**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 65, 01/06/2009.

Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6361>.

Acesso em 24/12/2011.

¹¹⁵ NOBRE DA SILVA, Maria Coeli. **O Juiz Social**: Postura Exigida numa Sociedade de Desigualdades. *Universidade Federal da Paraíba – Centro de Ciências Jurídicas – Prim@ Facie*. João Pessoa, ano 4, n. 7, 2005. Disponível em: <<http://periodicos.ufpb.br/ojs2/index.php/primafacie/article/viewFile/4567/3437>>.

Acesso em: 13 jul. 2006, p. 2.

da concessão da liminar, poderá a medida ser imediatamente revogada.¹¹⁶

Já demonstrada a relevância dos poderes do juiz diante das medidas cautelares referentes à Lei nº 8.429/92, resta analisar especificamente a atuação do magistrado com relação ao pedido cautelar de afastamento do agente público, previsto no art. 20, parágrafo único, da Lei de Improbidade Administrativa.

4 O JUIZ E SUA ATUAÇÃO DIANTE DO PEDIDO CAUTELAR DE AFASTAMENTO DO AGENTE PÚBLICO

O *caput* do mencionado art. 20 da Lei nº 8.429/92 dispõe que a perda da função pública dar-se-á apenas com o trânsito em julgado da sentença condenatória. Seu parágrafo único permite, entretanto, que a autoridade judicial ou administrativa competente determine o afastamento do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária para a instrução processual.

Tendo em vista que o presente trabalho visa analisar a atuação judicial, não será abordada a possibilidade de afastamento pela autoridade administrativa, em que pese sua relevância para a instrução do procedimento administrativo¹¹⁷. Importante destacar também que não se pretende analisar os requisitos para a concessão da medida (*fumus boni iuris e periculum in mora*), mas tão somente a postura, os poderes e a atuação processual do magistrado na cautelar de afastamento.

Diante do disposto do parágrafo único do art. 20 da Lei de Improbidade, poderá o magistrado, visando garantir a instrução processual, determinar o afastamento do agente público, desde que a presença deste no cargo prejudique de alguma forma a produção probatória. “Desta sorte, a razão de ser a justificar tal afastamento haverá que residir na possibilidade que o agente tenha, de influir de modo pernicioso na produção da prova.”¹¹⁸

Certamente, se por qualquer maneira o agente público laborar no sentido de prejudicar a instrução probatória, “p. ex., fazendo

¹¹⁶ RIZZARDO, Arnaldo. Op. cit., p. 220.

¹¹⁷ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Op. cit., p. 626.

¹¹⁸ DECOMAIN, Pedro Roberto. Op. cit., p. 289.

desaparecer documentos ou destruindo outras provas, intimidando testemunhas, enfim, transtornando a regular colheita da prova”¹¹⁹, deverá ser afastado pelo magistrado competente. Sobre o assunto, Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves dizem o seguinte:

Por intermédio do afastamento provisório do agente, busca o legislador fornecer ao juiz um importantíssimo instrumento com vistas à busca da verdade real, garantindo a verossimilhança da instrução processual de modo a evitar a dolosa atuação do agente (...). Busca-se, enfim, propiciar um clima de franco e irrestrito acesso ao material probatório, afastando possíveis óbices que a continuidade do agente no exercício do cargo, emprego, função ou mandato eletivo poderia proporcionar.¹²⁰

Como se percebe, trata-se de medida cabível para garantir a instrução processual. Não possui outra finalidade, como p. ex. evitar a prática de novos atos de improbidade. Para isso seria necessária a certeza da prática ímproba, o que ainda não existe no momento do afastamento – que é medida cautelar.

Não se trata de autorização para afastamento do agente (...) com o propósito de evitar que cometesse novos atos de improbidade administrativa. Não se pode, aqui, vislumbrar semelhança entre o afastamento cautelar do cargo, emprego ou função, e a prisão preventiva para a garantia da ordem pública.¹²¹

Uma vez diante do pedido cautelar de afastamento do agente, deverá o magistrado adotar uma postura ativa e equilibrada. De um lado, precisará ter consciência da gravidade da medida, que poderá implicar, em alguns casos, condenação antecipada do acusado, ou trazer prejuízos irreparáveis à sua atuação administrativa¹²². Por outro lado, deve o juiz zelar para que a o processo alcance o fim almejado de pacificação social e, especificamente na ação de improbidade, de proteção ao patrimônio público e à moralidade administrativa. Tais objetivos muitas vezes somente serão atingidos com o afastamento do agente que perturba a instrução processual:

¹¹⁹ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Op. cit., p. 283.

¹²⁰ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Op. cit., p. 625.

¹²¹ DECOMAIN, Pedro Roberto. Op. cit., p. 289.

¹²² FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Op. cit., p. 284.

Indeferir a liminar postulada pode significar o abono à conduta eivada de desonestidade no cumprimento das obrigações, causando descrédito ou perda de confiança à sociedade civil, que é a destinatária da prestação jurisdicional.¹²³

Embora alguns autores defendam a existência de critérios fixos para o deferimento ou não da cautelar de afastamento – p. ex., a prova definitiva de dano à instrução processual¹²⁴, pretende-se demonstrar que o juiz, conhecedor da sociedade em que vive e diante dos elementos trazidos aos autos, poderá sopesar todos os pontos e proferir sua decisão sem a necessidade de critérios rígidos e imutáveis diante da peculiaridade de cada caso.

Nessa linha, embora não possa o afastamento provisório arrimar-se em “meras conjecturas”, não tem sentido exigir a prova cabal, exauriente, de que o agente, mantido no exercício da função, acarretará prejuízo ao descobrimento da verdade. Indícios já serão suficientes à decretação da medida, o que em nada infirma seu caráter excepcional.¹²⁵

Mais uma vez revela-se fundamental a sensibilidade social do magistrado, que, como já afirmado no primeiro capítulo deste trabalho, precisa estar em contato com a sociedade em que atua para que sua decisão atenda aos anseios sociais.

Nesse sentido, Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves complementam o raciocínio:

Segundo pensamos, a análise judicial quanto à presença de “probabilidade séria e razoável” de risco para a instrução processual passa, necessariamente, pelas denominadas “regras de experiência comum” (“máximas de experiência”), “subministradas pela observação do que ordinariamente acontece”¹²⁶

¹²³ RIZZARDO, Arnaldo. Op. cit., p. 418.

¹²⁴ PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de Improbidade Administrativa Comentada: Aspectos Constitucionais, Administrativos, Cíveis, Criminais, Processuais e de Responsabilidade Fiscal; Legislação e Jurisprudência Atualizadas**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 224.

¹²⁵ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Op. cit., p. 626.

¹²⁶ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Op. cit., p. 627.

Exemplificando a citação acima, pode ser que o histórico local de investigações anteriores seja de testemunhas intimidadas, de documentos destruídos. Neste caso, não se pode exigir do magistrado uma postura passiva, ou a mesma que seria adotada em um caso isolado ou primário, carente de elementos mais concretos.

Além dessa liberdade para a apreciação do pedido cautelar, pode o magistrado inclusive, diante de elementos suficientes para tanto, “decretar o afastamento independentemente de requerimento da autoridade administrativa ou do Ministério Público”¹²⁷, pois o que importa é o reconhecimento judicial de que a permanência do agente no cargo, emprego, ou função será prejudicial à produção probatória. Assim, havendo elementos que convençam o magistrado da urgência da medida, poderá ele determinar *ex officio* o afastamento do agente.

Analisando ainda a postura e os poderes do juiz diante da cautelar de afastamento do agente, indaga-se sobre a possibilidade de afastamento do agente titular de mandato político. Sobre o assunto, em que pese o argumento da soberania popular e o fato de que a Lei de Improbidade não contemple expressamente essa possibilidade, diante da importância do papel do juiz na Ação Civil de Improbidade Administrativa, entende-se que este tem poder, sim, para determinar o afastamento do titular de mandato popular, quando necessário.

Evidentemente, trata-se de medida excepcional, que não deverá ser adotada de forma corriqueira¹²⁸. Entretanto, não pode o juiz ficar de mãos atadas diante de um agente público eleito por voto popular que claramente destrói provas valendo-se de seu cargo.

Sobre o entendimento de que a Lei de Improbidade não contempla tal possibilidade, Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves dizem o seguinte.

(...) a adoção de tal raciocínio, que parte de uma interpretação puramente literal, levaria à conclusão de que os exercentes de mandato político (prefeitos, vereadores, governantes, deputados etc.) não poderiam perdê-lo pela prática de improbidade administrativa. Sim, porque o art. 12 da Lei nº 8.429/92, que trata das severas sanções ao

¹²⁷ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Op. cit., p. 285.

¹²⁸ PAZZAGLINI FILHO, Marino. Op. cit., p. 224.

Improbo, não prevê, igualmente, a perda de “mandato eletivo”, somente fazendo alusão à perda de função pública.¹²⁹

Da mesma forma, os argumentos de soberania popular e de que a escolha do povo deve ser respeitada não impressionam, uma vez que os legitimamente escolhidos pela sociedade para exercer o poder de mando estão jungidos, de forma até mais rigorosa, aos princípios da administração pública, cuja violação, por tratar-se de dissintonia entre a vontade popular e o exercício do poder, “(...) deve deflagrar, pronta e eficazmente, a incidência dos preceitos sancionatórios, o que pressupõe, em algumas hipóteses, o manejo de providências cautelares”.¹³⁰

Além disso, embora os magistrados sejam escolhidos pelo, sua atuação, garantindo o contraditório e à luz do princípio da colaboração processual (art. 6º, CPC), confere legitimidade às suas decisões¹³¹.

É certo que, sendo o afastamento cautelar medida excepcional, a sua aplicação em casos de mandato eletivo deverá ser realizada com extrema cautela, dada a temporariedade do cargo e a possível demora na instrução das ações de improbidade, que podem tornar o afastamento definitivo¹³². Assim, é preciso deixar claro que, embora o juiz tenha o poder de afastar o titular de mandato popular, sua atuação deverá ser sempre criteriosa, exigindo do julgador toda a sensibilidade e isenção sociopolítica já referida anteriormente.

Importante deixar claro também que o poder do juiz não é ilimitado dentro da cautelar analisada. Não está ele dispensado de fundamentar a decisão que concede a medida cautelar de afastamento, não sendo suficiente a singela menção “para garantia da instrução processual”. “Fundamentar é declinar os motivos, quer dizer, as razões de fato e de direito que aconselham a adoção da medida”¹³³. Tal dever tornou-se mais evidente com a aparição do art. 10, do Código de Processo Civil de 2015, que materializou e ampliou o já consagrado dever de fundamentação do magistrado.

¹²⁹ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Op. cit., p. 629.

¹³⁰ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Op. cit., p. 630.

¹³¹ MONTESANO, Luigi. **La garanzia costituzionale del contraddittorio e i giudizi civili di "terza via"**. Rivista di Diritto Processuale. Padova: Cedam, 2000, n. 4, p. 33.

¹³² FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Op. cit., p. 286

¹³³ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Op. cit., p. 285.

Além disso, deve o juiz estar ciente de que poderá valer-se de medidas cautelares menos drásticas para garantir a instrução processual, como produção antecipada de provas ou outras cautelares inominadas¹³⁴, devendo deixar o afastamento para aqueles casos em que a presença do agente no cargo efetivamente comprometa a lisura da instrução processual.

Por último, importante destacar, assim como ocorre com todas as cautelares, a revogabilidade da medida. Assim, desaparecidos os requisitos autorizadores da concessão da medida, estará o juiz obrigado a revogá-la. Pedro Roberto Decomain corrobora o entendimento dizendo que o afastamento “(...) deve cessar, tão logo se verifique que já não pode mais haver influência perniciosa do agente sobre a produção da prova.”¹³⁵

Inserido na sociedade em que atua e ciente da sua relevância no combate à improbidade, e ainda, munido das prerrogativas processuais acima mencionadas, poderá o magistrado fazer com que sua atuação na medida cautelar de afastamento do agente público cumpra a expectativa de pacificação social.

5 CONCLUSÃO

Diante do exposto, pode-se afirmar que:

a) O processo constitui importante elemento de pacificação social, e seu bom manuseio é fundamental para que as expectativas sociais com relação ao Poder Judiciário sejam atendidas.

b) O juiz, incumbido da tarefa estatal de conduzir o processo, tem papel essencial para fazer deste verdadeiro instrumento de Justiça. Para tanto, deverá estar em constante diálogo com a sociedade em que atua.

c) Especificamente no que diz respeito à ação civil pública de improbidade administrativa, deve o magistrado estar ciente do anseio social de combate a corrupção e proteção do patrimônio público e dirigir sua atuação no sentido de atendê-lo. Ao mesmo tempo, deve-se manter imune às paixões e oscilações presentes em momentos de crise política.

¹³⁴ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Op. cit., p. 628.

¹³⁵ DECOMAIN, Pedro Roberto. op. cit., p. 291.

d) As medidas cautelares são instrumentos de grande valor para a garantia do provimento judicial definitivo nas ações de improbidade, preservando o erário e impedindo a dilapidação do patrimônio público. Novamente destaca-se a importância dos magistrados, cuja atuação será fundamental para que as medidas cautelares alcancem a finalidade almejada.

e) Pode o juiz valer-se, caso seja necessário, de outras medidas cautelares além daquelas previstas na Lei de Improbidade Administrativa.

f) Especificamente no que diz respeito à medida cautelar de afastamento do agente público, deverá o juiz agir de modo a preservar a instrução processual. Ou seja, caso a presença do agente no cargo, emprego ou função esteja prejudicando a produção probatória, será ele afastado cautelarmente do seu posto, sem prejuízo dos seus vencimentos.

g) O magistrado tem poder para afastar do cargo inclusive o titular de mandato eletivo, uma vez que este também está sujeito aos princípios regentes da administração pública, e o argumento de soberania popular não é suficiente para permitir que os mesmos fiquem impunes.

h) Os poderes do juiz no processo cautelar não são ilimitados. Deverá ele sempre fundamentar suas decisões e lembrar-se de que a medida nunca poderá extrapolar seu caráter cautelar e provisório.

i) Na aplicação da medida cautelar de afastamento, é de extrema importância a sensibilidade social do magistrado, que severa estar ciente de que um afastamento indevido pode trazer incontáveis prejuízos ao acusado. Da mesma forma, precisa zelar pela lisura da instrução processual, não permitindo a atuação perniciosa do acusado.

j) Precisa o juiz estar ciente de que existem outras medidas cautelares menos drásticas capazes de preservar a produção de provas em alguns casos. Assim, deve o julgador apreciar cuidadosamente a necessidade do afastamento.

l) Sendo o afastamento medida cautelar, é revogável, e por isso uma vez desaparecidos os requisitos que ensejaram a concessão da medida, deverá ela ser revogada.

REFERÊNCIAS

- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes Instrutórios do Juiz**. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.
- _____. **Efetividade do Processo e Técnica Processual**. São Paulo: Malheiros, 2006.
- _____. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BEMFICA, Francisco Vani. **O Juiz. O Promotor. O Advogado: Seus Poderes e Deveres**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1983.
- BITTENCOURT, Edgar de Moura. **O Juiz: Carreira Função e Personalidade do Magistrado Contemporâneo**. 2. ed. rev. São Paulo: Editora Universitária de Direito, 1982.
- DECOMAIN, Pedro Roberto. **Improbidade Administrativa**. São Paulo: Dialética, 2007.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 5. ed. rev. atual. v. I. São Paulo: Malheiros, 2005.
- _____. **Instituições de Direito Processual Civil**. 5. ed. rev. atual. v. II. São Paulo: Malheiros, 2005.
- FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Atos de Improbidade Administrativa: Doutrina, Legislação e Jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2007.
- FRANCO JÚNIOR, Raul de Melo. **Responsabilidade Civil por Ato de Improbidade Administrativa**. Portal UNESP, Campus de Franca. Disponível em: <<http://www.franca.unesp.br/RESPONSABILIDADE%20CIVIL.pdf>>. Acesso em 12 dez. 2011.
- GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2002.
- GARCIA, Emerson. **Repressão à Corrupção no Brasil: Entre Realidade e Utopia**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2011.
- GOMES, Sérgio Alves. **Os Poderes do Juiz na Direção e Instrução do Processo Civil**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- GUIMARÃES, Márcio. **O Juiz e a Função Jurisdicional**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.
- MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **Limites à instauração do inquérito civil por parte do órgão do ministério público**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 65, 01/06/2009. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6361>. Acesso em 24 dez. 2011.
- MAXIMILIANO, Carlos. **Da Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- MEDEIROS, Luiz Cezar Medeiros. **O Formalismo Processual e a Instrumentalidade**. 2. ed. rev. ampl. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006.

MONTESANO, Luigi. **La garantia costituzionale del contraddittorio e i giudizi civili di "terza via"**. Rivista di Diritto Processuale. Padova: Cedam, 2000, n. 4, p. 33.

NOBRE DA SILVA, Maria Coeli. **O Juiz Social**: Postura Exigida numa Sociedade de Desigualdades. *Universidade Federal da Paraíba – Centro de Ciências Jurídicas – Prim@Facie*. João Pessoa, ano 4, n. 7, 2005. Disponível em: <<http://periodicos.ufpb.br/ojs2/index.php/primafacie/article/viewFile/4567/3437>>. Acesso em: 13 jul. 2006.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de Improbidade Administrativa Comentada**: Aspectos Constitucionais, Administrativos, Cíveis, Criminais, Processuais e de Responsabilidade Fiscal; Legislação e Jurisprudência Atualizadas. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

RIZZARDO, Arnaldo. **Ação Civil Pública e Ação de Improbidade Administrativa**. 1. ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009.

JUSTIÇA RESTAURATIVA: UM NOVO PARADIGMA PARA O ATENDIMENTO AO ADOLESCENTE EM CONFLITO COM A LEI

*Carolina Rocha de Oliveira*¹³⁶

*Carlos Roberto C. de Melo Neto*¹³⁷

*Antonio Renato Gonçalves Pedrosa*¹³⁸

1 INTRODUÇÃO

A Justiça Restaurativa, apesar de ter raízes em culturas muito antigas, é um fenômeno relativamente novo no universo jurídico moderno. Como novo paradigma de justiça, a Justiça Restaurativa começa a se desenhar entre as décadas de 1970 e 1980, sob a influência da vitimologia e dos movimentos pelos direitos das vítimas, nos Estados Unidos, na Inglaterra, na Alemanha, entre outros países europeus e das inovações nos modelos de responsabilização juvenil no Canadá, Estados Unidos e Nova Zelândia.

Dada a tenra idade desta discussão e a pluralidade de pólos irradiadores, não é de se estranhar que falte, ao tema da Justiça Restaurativa, uma única e consolidada base teórica, capaz de disponibilizar conceitos e princípios universalmente aceitos. No campo teórico, podemos identificar diversos autores que, apesar de não divergirem em essência, desenvolvem suas ideias de forma diferente. No campo da prática, programas com inspirações culturais e teóricas distintas utilizam técnicas diferentes, que às vezes se assemelham a de outras localidades, às vezes diferem completamente. E, entremeios surgem ainda discussões acerca da Justiça Restaurativa para além da prática restaurativa, ou seja, o

¹³⁶ Advogada e Assessora Técnica Terre des hommes

¹³⁷ Advogado e Assessor Técnico Terre des hommes

¹³⁸ Advogado e Diretor Executivo Terre des hommes

repensar de posturas institucionais e individuais a partir de um enfoque restaurativo, e de como isso contribui não só com a desjudicialização dos processos de responsabilização como também previne o próprio ato infracional e fortalece o atendimento socioeducativo.

Em um esforço para estabelecer padrões internacionais, as Nações Unidas, por meio de seu Conselho Econômico e Social, editou a Resolução 2002/12, propondo conceitos mínimos para programas de Justiça Restaurativa ao redor do mundo, bem como recomendando a utilização deste modelo de Justiça pelos países signatários. A diversidade, contudo, persiste, dando ensejo a uma profusa discussão técnica e teórica, na medida em que mais e mais países se apropriam da proposta.

Esse texto se pretende uma contribuição de Terre des hommes para o debate sobre Justiça Restaurativa e o enfoque restaurativo, sobretudo enquanto paradigma da execução de medidas socioeducativas. Para tanto, busca revisitar a história desta, desde suas raízes culturais até a moderna construção prática e teórica; com a posição da Justiça Restaurativa e o atendimento ao adolescente em conflito com a lei.

A exposição ora apresentada teve como base uma leitura prévia de estudos teóricos, mas também a própria experiência de Tdh em seu projeto de Justiça Juvenil, no qual o enfoque restaurativo tem sido uma constante positiva.

2 JUSTIÇA RESTAURATIVA: UM MODELO EM DESENVOLVIMENTO

O que hoje chamamos de “Justiça Restaurativa” começa a tomar forma entre as décadas de 1970 e 1980, desenvolvendo-se, primariamente, na América do Norte e na Oceania. Entretanto, como fenômeno histórico, é possível identificar traços da Justiça Restaurativa na maneira como diversos povos e sociedades, ao longo de toda a história da humanidade, trataram os crimes e os conflitos.

Apoiando-se em diversos pesquisadores, Gravielides (2011) identifica a utilização da reparação do dano mediante negociação facilitada pela comunidade em diversas sociedades primitivas (pré-estatais), desde os *ifugao* das Filipinas (Gravielides apud Barton), que contavam com um mediador – o *monkalun* – até os esquimós

americanos, que, apesar de aceitarem a vingança em caso de crimes de morte, a utilizavam raramente, preferindo a reparação: como a viúva e os órfãos do morto passavam para a responsabilidade do criminoso (Gravielides apud Hoebel).

Maxwell (in Slakmon e Pinto, 2005) afirma que, na Nova Zelândia, como em outros locais do mundo, os nativos (*maori*) possuíam seu próprio modelo de Justiça – de orientação restaurativa – antes deste ser substituído pelo modelo do colonizador europeu. Segundo ela, a justiça tradicional maori era feita pela reunião das famílias (*whanau*) ou pela comunidade (*hapu*), prática que, embora perto de ser extinta, sobreviveu até a década de 1980, quando serviu de inspiração para a reforma da Justiça Juvenil daquele país.

O próprio Código de Hamurabi, primeira lei escrita de que se tem notícia, datada de 2.380 A.C., previa a compensação individual como regra e a punição como exceção, mesmo para crimes graves como o homicídio.

Segundo Gravielides (2011), na Europa, a Justiça coletiva e focada na reparação do dano foi se diluindo durante a Idade Média, dando lugar a uma Justiça centralizada na figura do nobre (ou da Coroa) e de viés mais punitivo. Ainda para este autor (2007), a Justiça Restaurativa moderna começaria a ser (re)construída na década de 1970. Entretanto, seu caminho foi pavimentado por um movimento anterior, o surgimento da **vitimologia**, que, apesar de não falar explicitamente de Justiça Restaurativa, lança as bases para a sua construção.

Gravielides (2007) defende que as raízes da Justiça Restaurativa moderna podem ser traçadas até o surgimento da vitimologia, tendo como primeiras fontes de inspiração pessoas como **Hans von Henting** (1887-1974), criminologista alemão, e **Benjamin Mendelsohn** (1900-1998), advogado penal romeno, dois dos primeiros teóricos a estudar aprofundadamente as vítimas e sua relação com os atos criminosos; ou ainda, de militantes como, **Margery Frie** (1874-1958), que chamou atenção, na Inglaterra, para o fato de que as vítimas eram ignoradas no processo judicial e que um meio de restituição formal deveria ser estabelecido; ou **Stephen Schafer** (1911-?), professor acadêmico húngaro, que alertava para as expectativas das vítimas de serem restituídas dos danos que sofreram dificilmente seriam atendidas em qualquer país do mundo.

Se existe um ano que podemos considerar como fundamental para a construção da Justiça Restaurativa, este ano é 1977. A década de 1970 viu nascer, ao redor do mundo, um forte movimento de crítica às políticas criminais punitivas e retributivas, ao tratamento negligente em relação às vítimas e aos resultados que alcança em relação ao ofensor.

Foi em 1977 que a expressão “Justiça Restaurativa” passou a ser utilizada, depois que **Albert Eglash**, psicólogo americano que atuava junto a presidiários, a colocou em um artigo no qual denunciava a crise do modelo de Justiça vigente. Nesse ínterim, Eglash defendeu a existência de três tipos de Justiça: a retributiva e a distributiva, ambas focadas no ato criminoso, contando com a participação passiva do ofensor e a quase ausência da vítima; e a restaurativa, com foco na restauração dos efeitos negativos do crime, a partir das ações dos envolvidos.

Josh Banett, advogado e professor de direito dos Estados Unidos, ainda em 1977, lança artigo no qual critica o paradigma de Justiça utilizado então, sendo o primeiro autor a falar, publicamente, em “mudança de paradigma” para a Justiça Penal.

Por fim, no ano de 1977, o sociólogo e criminologista norueguês **Nils Christie** criticou os limites entre o público e o privado, no Direito, em trabalho publicado no “*British Journal of Criminology*”. Segundo Christie, o Estado moderno “roubou” o conflito – fenômeno normal e cotidiano, típico da vida em sociedade – das pessoas, tirando delas o poder de lidar com esses problemas, tornando-as dependentes de técnicos e especialistas.

Eglash, Banett e Christie são considerados os precursores teóricos da Justiça Restaurativa, abrindo caminho para que outros autores se debruçassem sobre o tema. Dentre estes, destaca-se **Howard Zehr** (1944-?), cujo trabalho tornou-se fundamento de diversos programas ao redor do mundo, inclusive no Brasil. Lastreado na mesma ideia de mudança de paradigma apresentada por Banett, Zehr publicou, em 1980, uma das obras mais marcantes no processo de construção da Justiça Restaurativa: o livro “Trocando as Lentes” (“*Changing Lenses*” no original).

Fazendo uma analogia com a fotografia – seu hobby e paixão - Howard Zehr compreende a Justiça Restaurativa como um conjunto de lentes novas que permitem pensar o crime e a justiça de uma forma diferente. É o que ele chama de “quadro mental”, o modelo

conforme o qual interpretamos os problemas, selecionamos os fatos relevantes, imaginamos soluções possíveis e adequadas e escolhemos a melhor para o caso em questão (Zher, 2008, p. 167). Segundo Zher, a lente que temos usado para enxergar o crime é a lente retributiva, que não tem produzido resultados positivos e duradouros. Em vista disso, o professor propõe a troca por uma lente restaurativa, que enxerga o conflito sob outro prisma e, portanto, se coloca de maneira diferente em face da realidade.

Sinteticamente, para o autor (Zher, 2008), na ótica retributiva, o crime é uma violação contra a lei e o Estado, marcada pela culpa e para a qual o Estado deve responder provocando, no ofensor, um sofrimento equivalente ao dano causado, de acordo com regras claras e pré-estabelecidas. A ótica restaurativa, por outro lado, enxerga no crime uma violação, primeiramente, das pessoas e das relações entre as pessoas, sendo, portanto, um conflito entre pessoas (ofensor e ofendido) e não entre uma pessoa (o ofensor) e o Estado. Ecoando as ideias de Christie, Zher salienta que o foco de uma Justiça Restaurativa, portanto, não seria a punição (o sofrimento provocado de forma retributiva), mas a restauração dos vínculos entre as pessoas e destas com a comunidade que integram, que se daria por meio da restauração de sentimentos e da reparação de danos.

Mas nem só de teoria se construiu a Justiça Restaurativa. Em paralelo às discussões acadêmicas, experiências que reuniam autores e receptores de atos de violência para discutir formas de reparação eram realizadas em alguns países do mundo, sobretudo no campo da Justiça Juvenil.

No Canadá, ainda em 1974, foi registrada a primeira experiência de mediação vítima/ofensor, em Elmira, Ontário, quando dois adolescentes depredaram 22 propriedades privadas e se reuniram com os donos de tais propriedades. A experiência teve tanto êxito que, rapidamente, programas de mediação vítima/ofensor foram criados no Canadá e nos Estados Unidos, particularmente no Estado de Indiana. Esse modelo, entretanto, ainda era alvo de algumas críticas, sobretudo quanto à atenção às necessidades das vítimas e à forma ainda coercitiva com que os participantes eram conduzidos (Jane e Shaw, 1988).

A busca por uma abordagem mais comunitária levou os programas canadenses ao encontro dos **Círculos de Sentença**, uma prática proveniente da tradição das Primeiras Nações (povo nativo do

Canadá), utilizados, oficialmente, no Estado de Yukon, nos anos 1980 para lidar com conflitos que envolviam os povos aborígenes locais. Os Círculos de Sentença, então, passaram a ser utilizados para o tratamento dos atos de violência cometidos por adolescentes. Em 1996, princípios da Justiça Restaurativa, como a atenção à vítima e a reparação foram inseridos no Código Penal canadense.

Na Nova Zelândia, o processo se deu em consequência das reivindicações das comunidades maori (povo nativo do país) quanto à resposta dada pelo Estado à violência juvenil (Maxwell in Slakmon, de Vitto e Pinto, 2005, p.282). Tal resposta promovia o afastamento dos adolescentes de suas famílias e comunidades ao submetê-los à privação de liberdade, o que mobilizou as comunidades maori a exigirem um modelo mais apropriado ao seu modo de vida e suas tradições, que desse condições das próprias famílias cuidarem de seus jovens. A partir daí, - com base, também, na cultura maori – foi editado, em 1989, o “Estatuto das Crianças, Jovens e suas Famílias”, que estabeleceu as **Reuniões Familiares**, como possibilidade de resposta para os atos de violência cometidos por adolescentes.. Dez anos depois, este modelo restaurativo, que deu seus primeiros passos na Justiça Juvenil, se estendeu para outras áreas da Justiça neozelandesa, incluindo casos com adultos nas esferas penal e civil.

Na década de 1990, o movimento da Justiça Restaurativa se fortaleceu na medida em que novos autores somaram importantes contribuições para este processo. Dentre eles, **John Braithwaite**, com sua ideia de “vergonha restaurativa”; **Tony Marshall**, que a partir de práticas empíricas na Inglaterra e em Wales, construiu o conceito de Justiça Restaurativa mais dominante até hoje; **Ezza Fatah**, que alertou para as falsas premissas sobre as quais o modelo punitivo/retributivo está alicerçado; e **Mark Umbreit**, que estudou, empiricamente, vários programas fundamentados na Justiça Restaurativa, ao redor do mundo. Paralelamente, outros países começam a adotar princípios e práticas da Justiça Restaurativa em suas políticas públicas, tais como a Colômbia, os Estados Unidos, a Inglaterra, a Ucrânia e a África do Sul.

Reconhecendo o sucesso destas iniciativas, o Conselho Econômico e Social das Organização das Nações Unidas – ONU, editou, em 2002, a Resolução 2002/12, na qual recomenda aos seus países membros a adoção de um modelo de Justiça com enfoque restaurativo, estabelecendo, ainda, parâmetros mínimos para definir o que seria uma Justiça Restaurativa, bem como definindo os princípios

de seu funcionamento. O Brasil passou a seguir esta orientação em 2005, fruto da parceria entre a Secretaria de Reforma do Judiciário, ligada ao Ministério da Justiça, e o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD. Em vista disso, iniciou-se, em São Caetano do Sul –SP, em Porto Alegre - RS e em Núcleo Bandeirante – DF, três projetos piloto de Justiça Restaurativa.

Em Porto Alegre, a experiência foi desenvolvida na 3ª Vara da Infância e da Juventude, por meio do **“Projeto Justiça para o Século 21”**, junto a adolescentes acusados de praticar atos infracionais, irradiando-se, posteriormente, para outros espaços. Em São Caetano do Sul, a experiência teve, inicialmente, um foco preventivo, sendo realizada em escolas públicas para o tratamento de conflitos, por meio do **“Projeto Justiça, Educação, Comunidade: parcerias para a cidadania”**, sendo, mais tarde, adotado na Vara da Infância e da adolescência, também com adolescentes acusados de cometer atos infracionais. Em 2006, com o sucesso do programa, o projeto foi replicado no bairro de Heliópolis, na capital paulista. Em Brasília, o projeto foi implementado em Juizados Especiais do Núcleo Bandeirantes, onde a Justiça Restaurativa é aplicada em crimes de menor potencial ofensivo praticados por adultos.

Em 2009, a Justiça Restaurativa chega à cidade de São José de Ribamar, no Maranhão, através do projeto **“RestaurAÇÃO”**, fruto da parceria entre a organização não governamental Terre des hommes Lausanne no Brasil, Ministério Público, Defensoria Pública, Secretaria de Assistência Social, Trabalho e Renda, Secretaria Municipal da Juventude e Secretaria Municipal de Educação. O projeto funciona tanto na 2ª Vara de São José de Ribamar, com adolescentes acusados de praticar atos infracionais, quanto nas escolas, de forma preventiva.

No Brasil, os projetos de Justiça Juvenil Restaurativa, vem aglutinando sucessos. Tanto é que, em 2012, quando da edição da lei 12.594, que instituiu o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo - SINASE, regulamentando como deve ser o processo de apuração de responsabilidades e a própria responsabilização dos adolescentes acusados de cometer atos infracionais, adotou, claramente, princípios básicos da Justiça Restaurativa, tais como a prioridade de intervenções extra judiciais, a atenção à vítima e a reparação do dano.

Diante do exposto, é fácil constatar que, apesar de ser um conceito antigo, o resgate da Justiça Restaurativa é um fenômeno ainda muito novo e bastante plural, cujas fronteiras mal começaram a ser exploradas. Compreender a construção da Justiça Restaurativa como um processo ainda vivo e pulsante é essencial para o amadurecimento de seus fundamentos teóricos e o aperfeiçoamento de suas intervenções práticas, mas sobretudo, para a consolidação de um novo modelo de Justiça que, como veremos, não pode ser resumida à técnicas de resolução de conflitos, importando, mais que isso, no repensar das práticas e processos atualmente utilizados pelos Sistemas de Justiça vigentes.

3 SISTEMA SOCIOEDUCATIVO BRASILEIRO: CRISE DE SENTIDO E DISCIPLINA RESTAURATIVA

Ao passo em que outros países, na definição de seus ordenamentos jurídicos, optaram pelo binômio Justiça Penal (adulta)/Justiça Penal Juvenil, no Brasil, em face do claro objetivo do Estatuto da Criança e do Adolescente de desconstruir institutos menoristas e evitar estigmas historicamente estabelecidos em se tratando da infância, a opção escolhida foi pela instituição de um Sistema Socioeducativo, de cunho pedagógico e (re)socializador. Definido pelo próprio Estatuto (arts. 112 a 128) e pelo Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE – regulamentado pela Resolução 119 de 2006 do Conanda, que começou a delinear um padrão nacional de atendimento, e pela lei 12.594 de 2012, que define, mais extensivamente, parâmetros para o conhecimento do ato infracional e a execução das medidas), o Sistema Socioeducativo baseia-se na aplicação de **medidas socioeducativas** que objetivam a responsabilização do adolescente quanto às conseqüências lesivas do ato infracional, sempre que possível incentivando a sua reparação; a sua integração social com garantia de seus direitos individuais e sociais e a desaprovação da conduta infracional, efetivando as disposições da sentença como parâmetro máximo de privação de liberdade ou restrição de direitos, observados os limites previstos em lei (SINASE, art.1º, §2º, I, II e III). Segundo esta lógica, adolescentes não cometem crimes, mas atos infracionais, nem recebem penas, mas medidas socioeducativas, dentre as quais a privação de liberdade (em vez de prisão) deve ser excepcional, priorizando-se o cumprimento de medidas em meio aberto.

Entretanto, atualmente, o aumento da violência urbana, incluindo aí os casos que tem como atores os adolescentes, tem acarretado na população brasileira uma grande sensação de insegurança. Não raro, a abordagem midiática do tema, que espetaculariza o papel do adolescente na produção da violência, gera a falsa idéia de que os adolescentes que praticam atos infracionais são o grande problema da segurança pública nacional. Assim sendo, “no universo dos direitos da criança e do adolescente, poucos temas despertam tantos e tão acalorados debates quanto o da responsabilização dos adolescentes a quem se atribui a prática de atos infracionais” (Terre des Hommes, 2013, p. 4). Conseqüência imediata disso é a apresentação de críticas ao Sistema Socioeducativo – acusado de permissivo e estimulador da impunidade – e de “soluções mágicas” dentre as quais desponta a redução da maioria penal, destarte as inúmeras experiências internacionais que comprovam que, em vez de solução, tal medida agrava o problema.

Se, como dissemos, existe um sistema para responsabilizar adolescentes, de onde vem, então, a sensação de impunidade?

Uma das respostas a essa pergunta pode estar na **crise de sentido** que medidas socioeducativas enfrentam no Brasil, ou seja, na dificuldade que o sistema socioeducativo encontra em fazer com que o adolescente se sinta responsabilizado e em que a sociedade sinta que eles estão sendo responsabilizados. Tal crise – revelada nas falas dos adolescentes quando que identificam a Prestação de Serviços à Comunidade (PSC) como trabalhar de graça, a Liberdade Assistida (LA) como “o assinar” e a Privação de Liberdade (PL) como a engorda – tem suas raízes nas dificuldades conceituais¹³⁹ e materiais¹⁴⁰, mas também na herança menorista e retributiva que a Doutrina da Situação Irregular legou ao Brasil. Ao analisarmos o tradicional formato da jurisdição brasileira e o atendimento ordinariamente dado ao adolescente em conflito com a lei, é facilmente perceptível que o atual modelo, destarte as orientações

¹³⁹ Não esqueçamos o enorme lapso temporal entre a criação das medidas socioeducativas no ECA (1990) e sua regulamentação pela lei do SINASE (2012), o que gerou, no Brasil, a falta de unidade no manuseio de institutos como Remissão, Plano Individual de Atendimento, Orientador Comunitário e Liberdade Assistida.

¹⁴⁰ Segundo o CNJ, por exemplo, existem 1.303 Varas Judiciais que tratam da infância e da adolescência no país, das quais apenas 159 são exclusivas (Fonte : <http://g1.globo.com/politica/noticia/2014/05/so-12-das-varas-da-infancia-no-pais-sao-exclusivas-segundo-cnj.html> -último acesso em 04 de maio de 2016).

legais em contrário, ainda é baseado em uma visão retributiva que, historicamente, ainda prioriza a privação de liberdade, mesmo que tal quadro venha se revertendo nos últimos anos. Tal modelo não tem oferecido respostas positivas diante das necessidades da sociedade. O crescimento dos índices de violência e os alarmantes números de reincidência entre os adolescentes que passam pelo Sistema Socioeducativo trazem a necessidade da busca por novas alternativas de atuação na temática.

Nesta perspectiva, a Justiça Restaurativa surge como um novo olhar frente à percepção retributiva e tutelar capaz de dar resposta a essa crise de sentido, propondo abordagens que possibilitam a promoção do encontro e da integração na busca pelo restabelecimento da paz, provocando a real mudança de pensamento dos adolescentes e não somente sua punição. E o faz, principalmente, através da proposição de uma **disciplina restaurativa**.

Disciplina restaurativa é um conceito trabalhado por Paul McCold e Ted Watchel (McCold e Watchel apud Terre des Hommes, 2013, p.41 e 42), do Instituto Internacional de Práticas Restaurativas, dentro da Teoria das Janelas da Disciplina Social. Segundo tal teoria, o estabelecimento de disciplinas, dentro da sociedade, se estabelece diante de duas forças ou tipos de comportamento: os comportamentos de **controle**, associados à idéia de estabelecimento de limites, de demonstração do erro; e os comportamentos de **apoio**, associados à idéia de cuidado e encorajamento. Dependendo da forma como uma intervenção equilibra controle e apoio, podemos encontrar quatro tipos ou janelas de disciplina social diferentes: a **negligente** (baixo apoio e baixo controle), a **permissiva** (baixo controle e alto apoio), a **punitiva** (alto controle e baixo apoio) e a **restaurativa** (alto apoio e alto controle). Destas, as três primeiras devem ser evitadas, uma vez que elas não contribuem para a efetiva responsabilização e mudança de comportamentos dos sujeitos, quer por não acreditar na mudança (janela negligente), quer por não demonstrar as extensões do erro (janela permissiva), por não oferecer condições para a mudança (janela punitiva). A janela restaurativa, por outro lado, supera tais limitações, facilitando processos de empoderamento e autoresponsabilização, bem como de mudança de comportamento.

Segundo o juiz Leoberto Brancher, um dos pioneiros na inserção da Justiça Restaurativa no Brasil (através do *Projeto Justiça*

para o Século 21, na cidade de Porto Alegre, uma das iniciativas piloto do Ministério da Justiça implementadas em 2005) a disciplina restaurativa é facilmente identificada logo no Art.1º na lei do SINASE, que define, em seu §2º, os seguintes objetivos para as medidas socioeducativas:

- I - a responsabilização do adolescente quanto às consequências lesivas do ato infracional, sempre que possível incentivando a sua reparação;
- II - a integração social do adolescente e a garantia de seus direitos individuais e sociais, por meio do cumprimento de seu plano individual de atendimento; e
- III - a desaprovação da conduta infracional, efetivando as disposições da sentença como parâmetro máximo de privação de liberdade ou restrição de direitos, observados os limites previstos em lei.

Nesse sentido, observa-se que o SINASE, no estabelecimento dos objetivos das medidas, busca o equilíbrio entre apoio (inciso II, integração social e garantia de direitos) e controle (inciso III, desaprovação da conduta infracional) com vistas ao estabelecimento de uma disciplina restaurativa (inciso I, responsabilização e reparação).

4 JUSTIÇA RESTAURATIVA: MAIS QUE PRÁTICA, UM ENFOQUE

Com o advento da lei do SINASE e a conseqüentemente, com a adoção da Justiça Restaurativa no sistema socioeducativo brasileiro, torna-se imperativo pensar como o ato infracional deve ser tratado – desde sua apuração até a execução das medidas restaurativas, passando pelo processo de conhecimento – à luz deste novo modelo de justiça. Para tanto, importa que sejam superadas duas compreensões equivocadas acerca da JJR. Em primeiro lugar, é comum a compreensão de que a adoção de um enfoque restaurativo na Justiça está, necessariamente, associada à resolução extrajudicial de conflitos, tendo por objetivo sempre evitar o desencadeamento de processo penal, ou seja, existe uma confusão entre o que são práticas restaurativas (metodologias de resolução de conflitos fundadas em princípios restaurativos) e o que é a Justiça Restaurativa (conjunto de princípios que define um novo modelo de justiça).

Da mesma maneira, equivocadamente, se pensa que este enfoque só se aplica a conflitos de menor potencial ofensivo, excluindo sua incidência sobre delitos de maior gravidade. Tais equívocos limitam o uso da Justiça Restaurativa à utilização de práticas restaurativas como alternativa ao processo de conhecimento ou à situações de conflito e, pior, apenas nos casos de menor potencial ofensivo quando, na verdade, a Justiça Restaurativa deveria ser um modelo a permear todo o atendimento socioeducativo, desde a escuta do adolescente na delegacia até o momento de sua liberação da medida, seja ela em meio aberto ou fechado. Ou seja, ao longo de todo o processo e em toda a rede de atendimento, importa adotar um **Enfoque Restaurativo** na apuração do ato infracional e na execução das medidas socioeducativas.

Com o fim de superar esse olhar restritivo, faz-se necessário compreender o real significado da Justiça com enfoque restaurativo, quais os seus objetivos e sua ambiência. Para tanto, desconstruir a ideia de que a Justiça Restaurativa é impunidade e despenalização é de extrema importância.

Podemos compreender a Justiça Restaurativa como:

um modelo que valoriza a autonomia da comunidade e o diálogo entre os envolvidos em um conflito, criando oportunidades para que as pessoas possam conversar, identificar suas necessidades e pensar, para cada um, ações capazes de atendê-las (Terre des hommes, 2013.1, p. 21)

A responsabilização, a reparação dos danos e reintegração social são os três aspectos norteadores da Justiça Restaurativa. Fala-se em responsabilização, pois se afastando do conceito de castigo, é possível provocar um processo de reflexão através do qual o autor do ato infracional é capaz de construir elementos de responsabilidade pessoal, que empatize com os danos e com a vítima, chegando à reparação direta ou indireta dos danos por ele causados. Fala-se em reparação de danos, pois aqui o cuidado com a vítima a coloca em posição de protagonismo e abre espaço para que seus interesses sejam expostos e os danos por ela vivenciados possam ser reparados de maneira legítima. Fala-se em reintegração, pois se busca promover o fortalecimento dos vínculos sociais, proporcionando aos envolvidos no conflito sua acolhida no seio de convivência

comunitária sem a estigmatização do autor e a revitimização do receptor.

Não se trata em absoluto de desjudicialização, mas sim de complemento, de inserir na atuação do Sistema de Justiça o foco na restauração das relações, visando interpretar e aplicar a lei sobre este prisma. Sendo assim, no processo de conhecimento, por exemplo, um juiz tanto é restaurativo quando oferece uma remissão condicionada à realização de prática restaurativa (ou suspende o processo para a realização da prática) quanto quando, ao elaborar suas perguntas para a vítima, preocupa-se com suas necessidades legítimas, não apenas com seu papel como testemunha.

Trazendo esta perspectiva para o âmbito da Justiça Juvenil, a compatibilidade das temáticas se torna ainda mais evidente. A legislação brasileira, ao reconhecer os adolescentes como sujeitos de direitos em situação peculiar de desenvolvimento físico, emocional e mental, inaugura um olhar para o seu desenvolvimento enquanto ser humano, demandando do Estado e da sociedade apoio e orientação, tanto para usufruir de seus direitos, como para cumprir com seus deveres. Por isso, no campo da responsabilização diante da infração à lei, o adolescente responde – de forma diferente do que a do adulto – por meio de um sistema socioeducativo, e não do penal/penitenciário.

Se a lei brasileira responsabiliza os adolescentes, “é porque reconhece neles – enquanto sujeitos de direito – a capacidade de fazer escolhas, inclusive a capacidade de decidir por praticar um ato ilícito” (Terre des Hommes, 2013.3, p. 10). Entretanto, é preciso reconhecer que esta fase, marcada pelo imediatismo, pela busca de referências e pela construção de identidade, demanda uma metodologia de responsabilização eminentemente pedagógica, na qual importa muito mais provocar a mudança de comportamento do que punir.

Em paralelo, a Justiça Restaurativa também aborda essa postura, uma vez que tem por núcleo a construção de ações que permitam lidar com os danos provocados pelo ato infracional cometido e restabelecer uma convivência harmônica. A compatibilidade das temáticas é tão evidente que a previsão de atendimento socioeducativo previsto pelo Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, já possui pontos de aproximação com o paradigma da Justiça Restaurativa. Assim sendo:

O próprio mecanismo de Remissão – previsto do art. 126 da referida lei – pode ser considerado restaurativo, na medida em que evita o processo judicial e convida o autor da violência a pensar, dentro dos limites postos, a forma segundo a qual ocorrerá sua responsabilização (Terre de hommes, 2013.3, p.13).

Da mesma maneira, conforme já citado, os preceitos da Justiça Restaurativa já embasam normas internacionais e nacionais, a exemplo do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo - SINASE, que prevê não só a integração de práticas restaurativas no fluxo de atendimentos socioeducativo, mas também a sua oferta antes mesmo da aplicação de uma medida socioeducativa.

O programa socioeducativo, portanto, ao mesmo tempo que responsabiliza, protege, devendo ficar atento às necessidades que o socioeducando apresenta, concernentes, sobretudo, ao seu desenvolvimento. “Ora, um dos preceitos mais fundamentais da Justiça Restaurativa é a responsabilização do autor com atenção às suas necessidades, mostrando, claramente, a afinidade existente entre nosso Sistema Socioeducativo e o paradigma restaurativo de Justiça, tanto no que diz respeito a interpretação e aplicação da lei, quanto na implementação de práticas restaurativas” (Terre de hommes, 2013.1, p.14).

No atendimento direto ao adolescente em conflito com a lei, a aplicação da Justiça Restaurativa não se restringe ao uso de práticas restaurativas. Mas importante que isso, é inserir o enfoque restaurativo na interpretação da lei e na conduta dos profissionais da Justiça Juvenil. Como já foi explicado acima, na fase de conhecimento do ato infracional, o enfoque restaurativo pode ser inserido tanto através da oferta de práticas restaurativas antes de emissão da sentença final, conforme previsão do art. 35, II, SINASE, quanto na própria atuação do juiz e do promotor de justiça.

Entretanto, não é só no processo judicial que podemos visualizar o enfoque restaurativo. Na execução das medidas socioeducativas, sobretudo na PSC, na LA e na PL, podemos identificar duas importantes contribuições deste modelo:

1. Fortalecimento da responsabilização do adolescente através da superação da crise de sentido, por meio do estabelecimento de fluxos, procedimentos e orientações metodológicas em consonância com os princípios restaurativos;

2. O uso de práticas restaurativas para fortalecimento dos vínculos entre o adolescente, sua família e a equipe de atendimento e para a resolução dos novos conflitos que possam surgir durante a execução da , com o cuidado de não se retomar aqui o ato infracional originário, sob pena de incidência em *bis in idem* quanto em processos de revitimização.

Assim, um profissional do CREAS, por exemplo, não é só restaurativo quando promove a resolução de um conflito entre o adolescente e seus responsáveis, por exemplo, mas, sobretudo, quando, na elaboração de um Plano Individual de Atendimento, busca equilibrar medidas de apoio com medidas de controle (buscando uma disciplina restaurativa), estabelece obrigações e medidas de garantia de direitos a serem executadas em instituições dentro da comunidade de origem do adolescente (reconhecendo o papel protagonista da comunidade) e considera as necessidades legítimas da vítima.

Neste último ponto, por exemplo, a escolha do local onde o adolescente vai cumprir a PSC deveria considerar se a vítima tem ou não medo do adolescente, se quer ou não resgatar seus vínculos com ele, ao passo em que a própria escolha do serviço poderia considerar a possibilidade de reparação indireta do dano provocado à vítima. Na Liberdade Assistida, então, as possibilidades (e responsabilidade da equipe) são muito maiores, tendo em vista que, nesta medida, a equipe tem maior liberdade no estabelecimento de condicionalidades para o cumprimento da medida, respeitados os limites estabelecidos em sentença.

A Justiça com enfoque restaurativo, neste contexto, visa superar o paradigma da retribuição, contribuindo para a formação de uma Justiça democrática, ágil e construtora de uma cultura de paz.

5 CONCLUSÃO

Com o que foi apresentado no presente artigo, pode-se resumir que, mesmo surgindo como a forma ideal de justiça entre as décadas de 1970 e 1980, na América do Norte e na Oceania, é possível identificar traços de uma Justiça Restaurativa na maneira como diversos povos e sociedades, ao longo de toda a história da humanidade, trataram os crimes e os conflitos comuns à sua comunidade.

Diante da necessidade de soluções mais justas e apaziguadoras, que fossem de encontro às políticas criminais punitivas e retributivas, nas quais o crime é uma violação contra a lei e o Estado, surge uma ótica restaurativa, que trata o crime como uma violação, primeiramente, das pessoas e das relações entre as pessoas, sendo, portanto, um conflito entre pessoas (ofensor e ofendido) e não entre uma pessoa (o ofensor) e o Estado.

Neste sentido, fica evidente que a aplicação da Justiça Restaurativa traz, de forma coerente com seus objetivos e princípios, a restauração dos vínculos entre as pessoas e destas com a comunidade que integram, por meio da restauração de sentimentos e da reparação de danos.

Outro ponto importante aqui apresentado é o paradigma restaurativo no trato das questões relacionadas ao envolvimento de adolescentes com atos infracionais. Nesta perspectiva, a Justiça Restaurativa surge como um novo olhar frente à percepção retributista e tutelarista, propondo abordagens que possibilitam a promoção do encontro e da integração na busca pelo restabelecimento da paz, provocando a real mudança de pensamento dos adolescentes, e não somente sua punição. Assim sendo, pratica-se uma justiça que atenda às necessidades do adolescente em conflito com a lei, que leva em conta a singularidade e as peculiaridades do ser adolescente.

Conclui-se, ainda, que, em relação ao adolescente, a Justiça Restaurativa mostra-se adequada, pois incentiva sua participação no processo, lhe dá voz para expor seus sentimentos e suas razões para uma determinada conduta e apóia também a vítima. Portanto, ela atende às necessidades da vítima, mas também considera as particularidades do ofensor, na tentativa de oportunizar uma situação diferente do conflito em questão.

Mesmo assim, ainda é comum a compreensão de que a Justiça com enfoque restaurativo está, necessariamente, associada à resolução extrajudicial de conflitos, tendo por objetivo sempre evitar o desencadeamento de processo penal. Da mesma maneira, equivocadamente, se pensa que este enfoque só se aplica a conflitos de menor potencial ofensivo, excluindo sua incidência sobre delitos de maior gravidade. Por esta percepção limitada, a implantação do enfoque restaurativo dentro do Sistema de Justiça encontra alguns entraves, por ser muitas vezes percebido de maneira dogmática, não

permitindo sua adaptação aos recursos da Justiça ordinária e ao Sistema Penal.

REFERÊNCIAS

Conselho Nacional de Justiça; Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Justiça Infantojuvenil: Situação Atual e Critérios de Aprimoramento**. Brasília: CNJ: Ipea, 2012.

GRAVELIDES, Theo. **RESTORATIVE PRACTICES: From Early Societies to the 1970s**. *Internet Journal of Criminology*. ISSN 2045-6743 (Online). 2011.

GRAVELIDES, Theo. **RESTORATIVE PRACTICES THEORY AND PRACTICE: Addressing the Discrepancy**. Helsinki, Finlândia: Academic Bookstore. 2007.

MAXWELL, Catherine; VITTO, Renato C. P. de; PINTO, Renato Gomes de (org). **JUSTIÇA RESTAURATIVA: Coletânea de artigos**. Brasília, DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005.

TERRE DES HOMMES. **Responsabilização com Restauração: práticas restaurativas com adoslecentes em conflito com a lei**. GUIA 1, Fortaleza, 2013.

TERRE DES HOMMES. **Responsabilização com Restauração: práticas restaurativas com adoslecentes em conflito com a lei**. GUIA 3, Fortaleza, 2013.

ZHER, Howard. **Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça**. São Paulo: Palas Athena, 2008.

TERRORISMO E A BUSCA DA PAZ

*Henrique Hoffmann Monteiro de Castro*¹⁴¹

*Valter Foletto Santin*¹⁴²

1 INTRODUÇÃO

Desde a formação dos Estados e o estreitamento dos laços entre as nações, a paz tem sido um dos principais objetivos a serem alcançados entre os povos. Isso porque, manifestada de diversas maneiras no decurso da história, a violência tem sido uma constante no panorama mundial, de modo que persistem os desafios para encontrar mecanismos eficazes de combate à beligerância e garantia da tranquilidade. O Estado tem obrigação de fornecimento do serviço de segurança pública, para manutenção da ordem pública e da incolumidade pessoal e patrimonial (art. 144, caput, da Constituição Federal), considerado como interesse difuso.¹⁴³

¹⁴¹ Professor Coordenador da Pós-Graduação em Ciências Criminais da FACNOPAR e do Curso CEI. Professor Convidado da Escola da Magistratura do Paraná, da Escola do Ministério Público do Paraná, da Escola de Governo de Santa Catarina (Curso de Formação de Defensores Públicos), da Escola Nacional de Polícia Judiciária e da Escola Superior de Polícia Civil do Paraná. Mestrando em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná. Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Gama Filho, e em Segurança Pública pela UNIESP. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Colunista do Conjur. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal e da Associação Internacional de Direito Penal. Delegado de Polícia Civil do Paraná. Assessor Jurídico da Federação Nacional dos Delegados de Polícia Civil.

¹⁴² Professor dos programas de Mestrado e Doutorado da Universidade Estadual do Norte do Paraná (Campus Jacarezinho, Paraná, Brasil). Doutor em Direito (USP - Universidade de São Paulo, Brasil) e pós-doutor pelo programa de Pós-doutoramento em Democracia e Direitos Humanos, no *Ius Gentium Conimbrigae*, Centro de Direitos Humanos, sediado na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal). Líder do Grupo de pesquisa Políticas públicas e efetivação dos direitos sociais (UENP). Promotor de Justiça em São Paulo.

¹⁴³ SANTIN, Valter Foletto. Controle judicial da segurança pública: eficiência na prevenção e repressão ao crime, *passim*.

Nesse contexto, assunto destacado que merece a atenção dos estudiosos e da população em geral é o terrorismo, uma das mais deletérias formas de promoção da guerra. Trata-se de forma de violência organizada, descentralizada e covarde, cujo desiderato é atingir civis inocentes de modo a causar o pânico social.

O terrorismo chama tanta atenção porque envolve a prática do pavor e se volta contra número de vítimas indeterminado, mediante violência generalizada que acarreta enorme sentimento de insegurança na população e dificulta sua capacidade de reação.¹⁴⁴

Nesse contexto, foi editada a Lei de Terrorismo (Lei 13.260/16), por meio da qual o legislador atendeu, com certo atraso, ao mandado de criminalização estampado na Constituição Federal, que estabelece o terrorismo como crime equiparado a hediondo. Superou a discussão sobre a tipificação ou não do terrorismo no art. 20 da Lei 7.170/83 (Lei de Segurança Nacional), que criminaliza a vaga expressão “atos de terrorismo”, e trouxe diversos outros crimes e dispositivos processuais penais, muitos dos quais inovadores e que necessitam de uma leitura constitucional que também passe pelo filtro dos tratados internacionais de direitos humanos.

A novel legislação segue uma tendência mundial de adotar medidas para prevenir, punir e eliminar o terrorismo, obrigação assumida pelo Brasil ao aderir a instrumentos internacionais, a exemplo da Convenção Interamericana contra o Terrorismo.¹⁴⁵

Nada obstante o estudo do terrorismo não ser novidade nas letras jurídicas, debates importantíssimos surgiram da edição da recente Lei 13.260/16, que refletem diretamente na discussão sobre a garantia da paz.

As significativas mudanças ao arcabouço normativo pátrio acarretam com reflexos nas relações do Brasil com os demais países, gerando, não sem razão, grande dose de inquietude na comunidade jurídica.

O estudo do terrorismo se mostra indispensável para entender essa forma deletéria de uso da força e buscar instrumentos de promoção da paz. O exame da questão é premente, eis que cada ato terrorista não coibido enfraquece as possibilidades de obtenção

¹⁴⁴ DOTTI, René Ariel. Terrorismo e devido processo legal. RCEJ, ano VI, Brasília, set. 2002. p. 27-30.

¹⁴⁵ Decreto 5.639/05.

da paz. É preciso investigar de que maneira o combate ao terrorismo pode aproximar os cidadãos do estado de quietude social.

Nessa perspectiva, por meio de pesquisa bibliográfica, calcada na nova legislação e nos documentos internacionais de direitos humanos, buscar-se-á investigar os detalhes que circundam o assunto, para que se possa vislumbrar uma nova perspectiva do binômio terrorismo-paz no espectro do Estado Democrático de Direito. Pretende-se analisar pormenorizadamente a Lei de Terrorismo, enxergando suas possibilidades de aplicação para pensar de que maneira afeta à discussão sobre a paz.

2 COMBATE AO TERRORISMO

Com a edição da Lei de Terrorismo (Lei 13.260/16) o legislador se desincumbiu do dever constitucional estampado no art. 5º, XLIII da Constituição Federal, que impõe a tipificação do terrorismo como crime, inclusive equiparado a hediondo, em cumprimento ao mandado de criminalização e maior atenção para algo tão essencial à proteção da sociedade brasileira.

A preocupação do constituinte originário com a questão é tamanha que a Lei Fundamental proclamou o repúdio ao terrorismo como um dos princípios essenciais que devem reger o Estado brasileiro em suas relações internacionais (art. 4º, VIII da CF).

A Constituição da República, considerados tais vetores interpretativos (art. 4º, VIII, e art. 5º, XLIII), não autoriza que se outorgue às práticas delituosas de caráter terrorista o mesmo tratamento benigno dispensado a outras espécies de criminalidade. Destarte, impede que se venha a estabelecer, em torno do terrorista, um inadmissível círculo de proteção.

Os novos parâmetros consagrados pela vigente Bíblia Política determinam uma pauta de valores a serem protegidos na esfera interna mediante qualificação da prática do terrorismo como delito inafiançável e insuscetível da clemência soberana do Estado. As diretrizes constitucionais estampam indubitavelmente a posição explícita do Estado brasileiro de frontal repúdio ao terrorismo.¹⁴⁶

¹⁴⁶ STF, PPE 730 QO, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 16/12/2014.

A importância do combate ao terrorismo foi muito bem enunciada pela Corte Suprema, que assim vaticinou:

A Assembleia Nacional Constituinte formulou um claro e inequívoco juízo de desvalor em relação a quaisquer atos delituosos revestidos de índole terrorista, a estes não reconhecendo a dignidade de que muitas vezes se acha impregnada a prática da criminalidade política. O terrorismo – que traduz expressão de uma macrodelinquência capaz de afetar a segurança, a integridade e a paz dos cidadãos e das sociedades organizadas – constitui fenômeno criminoso da mais alta gravidade, a que a comunidade internacional não pode permanecer indiferente, eis que o ato terrorista atenta contra as próprias bases em que se apoia o Estado democrático de direito, além de representar ameaça inaceitável às instituições políticas e às liberdades públicas, o que autoriza excluí-lo da benignidade de tratamento que a Constituição do Brasil (art. 5º, LII) reservou aos atos configuradores de criminalidade política.¹⁴⁷

Trata-se de crime equiparado a hediondo, já previsto como tal no 5º, inciso XLIII da CF e no art. 2º da Lei 8.072/90. Todavia, para não haver dúvidas, o legislador estabeleceu no art. 17 que aplicam-se as disposições da Lei de Crimes Hediondos aos crimes de terrorismo.

3 ANTECIPAÇÃO DA TUTELA PENAL

A proteção jurídica ofertada pelo Direito Penal historicamente se vinculou ao momento do efetivo ataque ao bem jurídico da pessoa humana. Na escala do *iter criminis*, a cogitação e a preparação sempre foram irrelevantes penais, de modo que somente a partir da concreta execução da conduta incriminada é que esse severo ramo do Direito era chamado a agir.

Todavia, notou-se que essa forma de proteção se revelava ineficaz para algumas categorias de crimes graves. Em determinadas situações, era preciso que o Direito Penal antecipasse o momento de atuação, reprimindo o criminoso quando ainda praticava atos menos graves, impedindo a violação mais severa dos bens jurídicos tutelados.

¹⁴⁷ STF, Ext 855, Rel. Min. Celso de Mello.

Essa chamada antecipação da tutela penal¹⁴⁸ revela-se na tipificação de crimes obstáculo (punição dos atos preparatórios) e de crimes de perigo (com a chamada espiritualização de bens jurídicos). O legislador faz consumir uma infração penal mais branda, visando a evitar que infrações mais graves venham a ocorrer. Volta os olhos aos momentos anteriores ao dano, com o nítido propósito de evitar danos maiores às pessoas.

Não é estranho ao ordenamento pátrio a possibilidade excepcional de punição de atos preparatórios, quando o legislador, pelas suas regras de experiência social, opta por erigir a preparação à condição de delito autônomo. É o que ocorre, por exemplo, nos crimes de associação criminosa (art. 288 do CP), de petrechos para falsificação de moeda (art. 291 do CP) e tráfico de maquinário (art. 34 da Lei 11.343/06).

A Lei 13.260/16 trouxe mais exemplos dessa técnica jurídica. O art. 2º, §1º, I permite a punição de quem possui explosivos e materiais perigosos capazes de promover destruição em massa, conduta tipicamente preparatória da execução do atentado propriamente dito. O art. 3º antecipa a incriminação para atingir quem constituir organização terrorista, destinada a causar o terror social ou generalizado (art. 1º, §2º, II da Lei 12.850/13). O art. 6º, por sua vez, pune aquele que mantém valores destinados ao planejamento e preparação do terrorismo. Já o art. 5º, §1º criminaliza o recrutamento e treinamento de terroristas. Todos esses são exemplos de crime de perigo.

Em que pese a nobre preocupação, o uso de tal sistemática deve ser feito *cum grano salis*, porquanto promove inequivocamente uma hipertrofia do poder punitivo estatal. Assim, a antecipação desmedida do raio de atuação penal pode culminar, em última instância, em ataque desproporcional às garantias do cidadão, o que acabaria por gerar uma contradição com o propósito do mecanismo (que é justamente ampliar a proteção à pessoa humana).

A audaciosa iniciativa do legislador, ao coibir o crime ainda em sua fase embrionária e promover a liquefação de bens jurídicos, pode ser vista sob distintos prismas. De um lado, alguns entendem como um temerário flerte com o Direito Penal do Inimigo. Lado diverso, outros irão encarar como uma atuação mais rigorosa da lei

¹⁴⁸ ROXIN, Claus. Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. t. I. Madrid: Civitas, 2006. p. 410.

penal em face dessa específica categoria de criminalidade, porquanto crimes tão graves demandam o atendimento à proporcionalidade constitucional (proibindo-se eventuais excessos, mas igualmente vedando-se a insuficiência tuitiva, por obrigação de defesa e proteção, ligada ao garantismo positivo).¹⁴⁹

4 CONCEITO E ELEMENTOS JURÍDICO-PENAI DO TERRORISMO

Terrorismo traduz uma daquelas ideias fáceis de imaginar mas difíceis de descrever tecnicamente. Conceituar terrorismo nunca foi tarefa tranquila. Para se ter ideia da indefinição acerca da conceituação do terrorismo, já foram elaborados, no âmbito da Organização das Nações Unidas, mais de 10 instrumentos internacionais sobre a matéria, sem que se chegasse, contudo, a um consenso universal sobre quais elementos de sua definição típica.

Pois bem. A doutrina e a jurisprudência vinham se engalfinhando acerca da tipificação ou não do terrorismo no art. 20 da Lei 7.170/83 (Lei de Segurança Nacional):

Art. 20 - Devastar, saquear, extorquir, roubar, seqüestrar, manter em cárcere privado, incendiar, depredar, provocar explosão, praticar atentado pessoal ou *atos de terrorismo*, por inconformismo político ou para obtenção de fundos destinados à manutenção de organizações políticas clandestinas ou subversivas.

Pena: reclusão, de 3 a 10 anos.

Parágrafo único - Se do fato resulta lesão corporal grave, a pena aumenta-se até o dobro; se resulta morte, aumenta-se até o triplo.

Prevalecia que o referido tipo penal, ao criminalizar a expressão *atos de terrorismo*, não consistia no crime de terrorismo (e portanto não supria o dever constitucional), pois se tratava de verdadeira cláusula geral, tipo penal aberto inadmissível no âmbito do Direito Penal, que não indicava os elementos definidores do delito. Essa era a posição majoritária tanto na doutrina¹⁵⁰ quando na

¹⁴⁹ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. In: Revista dos Tribunais, ano 91, n. 798, abr. 2002.

¹⁵⁰ WOLOSZYN, Andre Luis. Terrorismo Criminal: Um Novo Fenômeno no Brasil. In: Revista da AJURIS, v. 107/25-26; PRADO Luiz Regis; CARVALHO, Erika Mendes de. Delito Político e Terrorismo: Uma Aproximação Conceitual. In: Revista dos

jurisprudência.¹⁵¹ um conceito legal de terrorismo mais completo do que aquele encontrado O conceito hospedado no art. 1º, §4º da Lei 10.744/03 tampouco era suficiente para fins de criminalização.

Com o advento da Lei 13.260/13, finalmente surge o conceito jurídico-penal de terrorismo:

Art. 2º O terrorismo consiste na prática por um ou mais indivíduos dos atos previstos neste artigo, por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião, quando cometidos com a finalidade de provocar terror social ou generalizado, expondo a perigo pessoa, patrimônio, a paz pública ou a incolumidade pública.

Necessário de faz destrinchar tal conceito.

Inexiste número mínimo de agentes, o que significa dizer que não se trata de crime de concurso necessário (plurissubjetivo). O crime é bicomum, uma vez que não exige condição particular do sujeito ativo ou passivo.

A motivação do criminoso é a xenofobia ou discriminação de raça, cor, etnia ou religião. É dizer, em razão de um preconceito, o agente leva a efeito as condutas especificadas adiante no próprio dispositivo. Diferentemente do crime de racismo (Lei 7.716/89), não foram incluídas as condutas discriminatórias em razão de procedência nacional. Tampouco está incluída a discriminação em razão de gênero ou estado civil (Lei 437/85), gravidez (Lei 9.029/95), ou contra portadores de HIV e doentes de AIDS (Lei 12.984/14), ou pessoas com deficiência (Lei 13.146/15).

Na aferição do elemento subjetivo, exige-se a presença de finalidade especial, consistente em provocar terror social ou generalizado.

Nada obstante o delito poder ser praticado com efetivo dano a outrem, basta a causação de perigo a pessoa, patrimônio, paz pública ou incolumidade pública, na forma dos seguintes atos concretos listados na seqüência:

Tribunais, v. 771/433-436; FRANCO, Alberto Silva. Crimes Hediondos. São Paulo: RT, 2005, p. 116.

¹⁵¹ STF, PPE 730 QO, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 16/12/2014.

§ 1º São atos de terrorismo:

I - usar ou ameaçar usar, transportar, guardar, portar ou trazer consigo explosivos, gases tóxicos, venenos, conteúdos biológicos, químicos, nucleares ou outros meios capazes de causar danos ou promover destruição em massa;

IV - sabotar o funcionamento ou apoderar-se, com violência, grave ameaça a pessoa ou servindo-se de mecanismos cibernéticos, do controle total ou parcial, ainda que de modo temporário, de meio de comunicação ou de transporte, de portos, aeroportos, estações ferroviárias ou rodoviárias, hospitais, casas de saúde, escolas, estádios esportivos, instalações públicas ou locais onde funcionem serviços públicos essenciais, instalações de geração ou transmissão de energia, instalações militares, instalações de exploração, refino e processamento de petróleo e gás e instituições bancárias e sua rede de atendimento;

V - atentar contra a vida ou a integridade física de pessoa:

Tutela-se a vida, a integridade física, a igualdade e o pluralismo da sociedade. Equivocadamente, a nosso sentir, o tipo penal não protegeu a liberdade, ignorando que vários grupos terroristas se valem do sequestro e do cárcere privado como *modus operandi* para incutir terror na população.

A sanção penal, severa, navega dentre o patamar de 12 a 30 anos de reclusão, sem excluir o concurso com os delitos correspondentes a ameaça ou violência.

Andou bem o legislador a estabelecer uma cláusula de exclusão da tipicidade para deixar claro que não devem ser criminalizados como terrorismo os movimentos sociais, sindicais, religiosos ou profissionais que tenham propósitos sociais e reivindicatórios:

§ 2º O disposto neste artigo não se aplica à conduta individual ou coletiva de pessoas em manifestações políticas, movimentos sociais, sindicais, religiosos, de classe ou de categoria profissional, direcionados por propósitos sociais ou reivindicatórios, visando a contestar, criticar, protestar ou apoiar, com o objetivo de defender direitos, garantias e liberdades constitucionais, sem prejuízo da tipificação penal contida em lei.

O Executivo, em seu legítimo controle preventivo de constitucionalidade, vetou 2 incisos do dispositivo, a saber:

II – (VETADO); incendiar, depredar, saquear, destruir ou explodir meios de transporte ou qualquer bem público ou privado;
III - (VETADO); interferir, sabotar ou danificar sistemas de informática ou bancos de dados;

Entendeu o Chefe do Executivo que os dispositivos apresentam definições excessivamente amplas e imprecisas, e ademais as condutas já se encontram abarcadas pelos demais incisos que definem os atos de terrorismo.

Além do terrorismo propriamente dito, objeto deste estudo, a Lei de Terrorismo tipificou outros delitos conexos.

No art. 3º pode-se encontrar o crime de associação para o terrorismo:

Art. 3º Promover, constituir, integrar ou prestar auxílio, pessoalmente ou por interposta pessoa, a organização terrorista:
Pena - reclusão, de cinco a oito anos, e multa.

Vale lembrar que a Lei 12.850/13 passa a prever em seu art. 1º, §2º, II o conceito de organizações terroristas, entendidas como aquelas voltadas para a prática dos atos de terrorismo. Numa leitura conjunta com o art. 1º, §1º da Lei de Organização Criminosa, entende-se por organização criminosa terrorista a associação de 4 ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas (ainda que informalmente), com objetivo de obter (direta ou indiretamente) vantagem de qualquer natureza, mediante a prática do terrorismo.

O crime de apologia ao terrorismo foi vetado, por criminalizar com pena severa (4 a 8 anos) uma conduta ampla e vaga, ferindo a um só tempo os princípios da proporcionalidade e taxatividade:

Art. 4º (VETADO) Fazer, publicamente, apologia de fato tipificado como crime nesta Lei ou de seu autor:
Pena - reclusão, de quatro a oito anos, e multa.
§ 1o Nas mesmas penas incorre quem incitar a prática de fato tipificado como crime nesta Lei.
§ 2o Aumenta-se a pena de um sexto a dois terços se o crime é praticado pela rede mundial de computadores ou por qualquer meio de comunicação social.”

Importante consignar que não se afasta a aplicação do crime genérico de apologia ao crime tipificado no art. 287 do CP, que possui pena bem mais modesta (3 a 6 meses).

O crime de preparação do terrorismo foi tipificado no art. 5º. Enquanto o *caput* alberga a chamada tentativa antecipada, a ser analisada mais adiante, os §§1º e 2º contêm formas de crime obstáculo, prevendo atos preparatórios específicos que passam a configurar início da execução de delito autônomo:

Art. 5º Realizar atos preparatórios de terrorismo com o propósito inequívoco de consumir tal delito:

Pena - a correspondente ao delito consumado, diminuída de um quarto até a metade.

§ 1º Incorre nas mesmas penas o agente que, com o propósito de praticar atos de terrorismo:

I - recrutar, organizar, transportar ou municiar indivíduos que viajem para país distinto daquele de sua residência ou nacionalidade; ou
II - fornecer ou receber treinamento em país distinto daquele de sua residência ou nacionalidade.

§ 2º Nas hipóteses do § 1o, quando a conduta não envolver treinamento ou viagem para país distinto daquele de sua residência ou nacionalidade, a pena será a correspondente ao delito consumado, diminuída de metade a dois terços.

O legislador não se olvidou de coibir um dos principais fatores que permitem o desenvolvimento dos atos de terror, qual seja, o financiamento do terrorismo:

Art. 6º Receber, prover, oferecer, obter, guardar, manter em depósito, solicitar, investir, de qualquer modo, direta ou indiretamente, recursos, ativos, bens, direitos, valores ou serviços de qualquer natureza, para o planejamento, a preparação ou a execução dos crimes previstos nesta Lei:

Pena - reclusão, de quinze a trinta anos.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem oferecer ou receber, obtiver, guardar, mantiver em depósito, solicitar, investir ou de qualquer modo contribuir para a obtenção de ativo, bem ou recurso financeiro, com a finalidade de financiar, total ou parcialmente, pessoa, grupo de pessoas, associação, entidade, organização criminosa que tenha como atividade principal ou secundária, mesmo em caráter eventual, a prática dos crimes previstos nesta Lei.

A preocupação foi tamanha que o patamar de pena (15 a 30 anos) é maior que o do terrorismo propriamente dito (12 a 30 anos). Todavia, lamentavelmente o legislador não cominou adicionalmente a pena de multa, medida que serviria para incrementar o combate às organizações terroristas por meio de sua asfixia financeira.

A circunstância de o terrorismo causar lesão corporal grave ou morte importa em causa de aumento de pena, albergada no art. 7º.

A majorante de dano ambiental que se encontrava no art. 8º, foi vetada, pois além de não guardar relação com o objeto da lei, eventual prejuízo ao meio ambiente pode ser considerado na primeira faz de dosimetria da pena como circunstância judicial desfavorável.

5 TENTATIVA ANTECIPADA

Uma grande novidade trazida pela Lei 13.260/16 é a punibilidade antecipada da tentativa, da desistência voluntária e do arrependimento eficaz, antes mesmo do início da execução. Em outras palavras, a Lei de Terrorismo torna possível a punição da tentativa do crime de terrorismo mesmo antes do começo da prática do verbo nuclear.

É o que se denomina *tentativa, desistência voluntária e arrependimento eficaz antecipados*.

A tentativa, como genericamente se conhece, ocorre quando o autor do fato inicia a execução do crime que quer consumir, mas não consegue alcançar seu objetivo final por motivos alheios à sua vontade. Apesar de já estar em fase avançada no *iter criminis*, o indivíduo é punido com base na pena do crime consumado reduzida de 1/3 a 2/3 (art. 14, II do CP). A punibilidade da tentativa simples, como se sabe, sempre se vinculou ao começo da execução (realização do núcleo do tipo).

Tal paradigma agora foi rompido pela Lei 13.260/16. O art. 5º, *caput*, sentença que “realizar atos preparatórios de terrorismo” sujeita o agente à pena do delito consumado diminuída de um 1/4 a 1/2, possibilitando a tentativa de terrorismo desde a prática de atos preparatórios que orbitem (de maneira próxima) o verbo nuclear. Cuida-se de verdadeira *tentativa antecipada*, com outro parâmetro de diminuição de pena.

A doutrina sempre conferiu muita importância à definição da transição entre os atos de preparação e os de execução, justamente porque representava a possibilidade de o Estado passar a punir as condutas ilícitas, ao menos a título de tentativa, simples ou abandonada. Várias teorias surgiram para tentar dar um pouco mais de certeza ao exato momento em que o crime passaria a ser executado, dentre elas a objetivo-formal, a objetivo-material e a objetivo-individual.

Segundo a teoria objetivo-formal, predileta dos autores clássicos, só há que se falar em começo da execução de um crime se o verbo nuclear do crime começar a ser realizado. Dessa sorte, outros verbos, independentemente de serem condutas tidas como antecedentes lógicos desse verbo principal (elencado no tipo penal), não configurarão sequer a tentativa do crime.

De acordo com autores mais modernos, adeptos da teoria objetivo-material e da teoria objetivo-individual, são considerados para viabilizar a punição do autor do fato, ao menos pela tentativa, não só o começo da prática do núcleo do tipo, mas também os verbos que lhe são considerados imediatamente anteriores, segundo a visão de um homem-médio (teoria objetivo-material) ou o plano do próprio autor do fato (teoria objetivo-individual). Somente os atos preparatórios distantes ficam afastados dos tentáculos do Direito Penal, salvo se tiverem sido tipificados como delito autônomo (crimes obstáculo).

Consideradas essas constatações, percebe-se que o art. 5º, *caput*, da Lei de Terrorismo abandonou o apego demasiado ao verbo nuclear para fins de incidência da lei penal. Vale lembrar que a jurisprudência já adotara esse raciocínio, como por exemplo quando considerou o uso de barra de ferro para ingresso em residência de terceiro, com *animus furandi*, como início de execução.¹⁵² Nesse rumo, a teoria objetivo-formal foi afastada da Lei 13.260/16 em razão da autorização expressa de punição dos preparatórios que gravitam em torno do núcleo do tipo, a título de *tentativa antecipada*.

A interpretação legal deve ser no sentido de *atingir apenas as condutas imediatamente antecedentes* à prática dos verbos nucleares do terrorismo, caso contrário estaria se admitindo a formação de um buraco negro incriminador capaz de atrair praticamente todo e

¹⁵² STJ, REsp 113.603, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ 28/09/1998.

qualquer comportamento humano antecedente à prática do verbo nuclear.

Destarte, a Lei 13.260/16 criou um sistema binário de incriminação da preparação: os atos preparatórios imediatamente anteriores ao núcleo do tipo penal de terrorismo são criminalizados a título de tentativa (art. 5º, *caput*) enquanto os atos preparatórios distantes só podem ser punidos se definidos como crimes-obstáculo (*verbi gratia*, art. 2º, §1º, II, art. 3º, art. 5º, §1º e art. 6º).

Isso posto, a tentativa abandonada (arrependimento eficaz e desistência voluntária) merece algumas observações, aqui residindo também grande inovação da Lei de Terrorismo.

Segundo a lição de Franz von Liszt, existe uma *ponte de ouro* do Direito Penal, que faculta ao agente reingressar à seara da licitude e escapar do *conatus*. Abrange tanto a situação em que o agente abandona o seu dolo antes de esgotar os atos executórios (desistência voluntária) quanto aquela em que esgota os atos executórios, mas consegue impedir o resultado (arrependimento eficaz). Nesses casos, o agente não responde pela tentativa do crime almejado (operando-se a exclusão da tipicidade quanto a ele), mas somente pelos atos até então praticados. Ou seja, responde por eventual crime de menor gravidade já consumado (falando-se nesse caso em tentativa qualificada) ou fica impune caso seus atos pretéritos praticados não configurem delito autônomo.

O detalhe importante é que se exige o início da execução, como prescreve o art. 15 do Código Penal, segundo o qual “o agente que, voluntariamente, *desiste de prosseguir na execução ou impede que o resultado se produza*, só responde pelos atos já praticados”. Essa mesma baliza inicial é a que costumeiramente habilitava o poder punitivo estatal, como se depreende da tentativa simples (art. 14, II do CP) e da participação (art. 31 do CP).

Pois bem. De modo totalmente inovador, o art. 10 da Lei 13.260/16 passou a facultar a incidência da desistência voluntária e do arrependimento eficaz antes dos atos de execução, ainda durante a preparação:

Art. 10. *Mesmo antes de iniciada a execução* do crime de terrorismo, na hipótese do art. 5o desta Lei, aplicam-se as disposições do art. 15 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal.

Trata-se de autêntica *tentativa abandonada antecipada* (*desistência voluntária ou arrependimento eficaz antecipados*). Aqui, na verdade, ocorre um efeito punitivo inverso do que aquele verificado na tentativa. Ora, quando da antecipação do marco inicial da tentativa, garantiu-se uma maior amplitude punitiva pelo *conatus* praticado (desde os atos preparatórios próximos ao verbo nuclear); já no caso da antecipação do marco inicial do arrependimento eficaz e da desistência voluntária, ficou habilitada a *ponte de ouro* a partir dos atos preparatórios, aumentando a incidência do benefício de política criminal e com isso reduzindo o espectro punitivo.

Destarte, vejamos os cenários de *tentativa, desistência voluntária e arrependimento eficaz antecipados* conforme as categorias de atos preparatórios praticados pelo agente.

Caso o agente pratique *atos preparatórios imediatamente anteriores* ao verbo nuclear do terrorismo, e não ocorrer a consumação por circunstâncias alheias à sua vontade, incide a *tentativa antecipada* (art. 5º, *caput* – pena do crime consumado reduzida de 1/4 a 1/2). Já se o indivíduo abandonar voluntariamente a empreitada criminosa, ocorre a *desistência voluntária ou arrependimento eficaz antecipados* (art. 10 – responde pelos atos praticados).

Imagine o exemplo: o agente monta arma de fogo de uso restrito com capacidade de 5 munições (sem potencial de causar destruição em massa, de modo a não incidir no art. 2º, §1º, V) para se tornar acionável por controle remoto, a fim de matar alguém em meio à multidão e causar terror social por discriminação religiosa. Se é impedido de acionar a arma responde pelo crime do art. 2º, §1º, V da Lei 13.260/16 com pena diminuída (c/c art. 5º, *caput*). De outro lado, se desiste de acionar o dispositivo responde pelo delito do art. 16 da Lei 10.826/03 (*desistência voluntária antecipada*), e se aciona a arma mas empurra o alvo, evitando seu atingimento, responde pelos arts. 15 e 16 da Lei 10.826/03¹⁵³ (*arrependimento eficaz antecipado*).

Por fim, caso o agente pratique *atos preparatórios distantes*, e os fatos não forem típicos, o sujeito fica livre da responsabilidade penal. Pense no exemplo: o sujeito aluga um apartamento pensando em, futuramente, criar um centro de treinamento de terroristas.

¹⁵³ Não se falando no princípio da consunção pelo fato de as condutas terem sido destacadas em contextos fáticos distintos.

Já se esses *atos preparatórios remotos* forem incriminados por tipo penal específico, responderá pelo crime-obstáculo correspondente. Visualize o exemplo: o indivíduo mantém em sua casa arma de fogo de uso permitido com o fim de, futuramente, apoderar-se de uma aeronave para provocar terror generalizado em razão de preconceito de cor. Responde pelo crime do art. 12 do Estatuto do Desarmamento.

6 MEDIDAS ASSECURATÓRIAS

No âmbito dos dispositivos processuais penais, a Lei 13.260/16 trouxe entre os arts. 12 e 15 regras atinentes a medidas assecuratórias. Visam garantir a preservação das coisas, a fim de que possam suportar os efeitos genéricos da sentença penal condenatória a que se refere o art. 91 do CP.

Diferentemente da Lei de Lavagem de Capitais (Lei 9.613/98), a remuneração do responsável pela administração dos bens não é obrigatoriamente realizada com o produto desses bens, mas apenas preferencialmente paga com seus frutos. Não parece ser o melhor regramento, já que possibilita que o Estado arque com o custo da administração, quando a solução para o bem que não gera frutos suficientes para sua preservação deveria ser a alienação antecipada por dificuldade de manutenção.

O grande problema é que o art. 12 admite a possibilidade de o magistrado atuar de ofício, não só durante a fase processual, mas também na etapa investigativa:

Art. 12. O juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação do delegado de polícia, ouvido o Ministério Público em vinte e quatro horas, havendo indícios suficientes de crime previsto nesta Lei, poderá decretar, no curso da investigação ou da ação penal, medidas assecuratórias de bens, direitos ou valores do investigado ou acusado, ou existentes em nome de interpostas pessoas, que sejam instrumento, produto ou proveito dos crimes previstos nesta Lei.

§ 1º Proceder-se-á à alienação antecipada para preservação do valor dos bens sempre que estiverem sujeitos a qualquer grau de deterioração ou depreciação, ou quando houver dificuldade para sua manutenção.

§ 2º O juiz determinará a liberação, total ou parcial, dos bens, direitos e valores quando comprovada a licitude de sua origem e destinação, mantendo-se a constrição dos bens, direitos e valores necessários e

suficientes à reparação dos danos e ao pagamento de prestações pecuniárias, multas e custas decorrentes da infração penal.

§ 3o Nenhum pedido de liberação será conhecido sem o comparecimento pessoal do acusado ou de interposta pessoa a que se refere o caput deste artigo, podendo o juiz determinar a prática de atos necessários à conservação de bens, direitos ou valores, sem prejuízo do disposto no § 1o.

§ 4o Poderão ser decretadas medidas assecuratórias sobre bens, direitos ou valores para reparação do dano decorrente da infração penal antecedente ou da prevista nesta Lei ou para pagamento de prestação pecuniária, multa e custas.

Sabe-se que a Constituição Federal adotou o sistema processual penal acusatório, com a separação das funções de acusar, defender e julgar (arts. 129, 133, 134, e 92 da CF). Com a atribuição das missões a autoridades distintas e a igualdade de condições das partes objetiva-se a preservação da imparcialidade do magistrado, afastando-o da fase investigatória. Esse sistema de divisão de funções no processo penal acusatório tem a mesma finalidade do princípio da separação dos poderes do Estado (art. 2º da CF), qual seja, impedir a concentração de poder e evitar que seu uso se degenere em abuso.¹⁵⁴

Ao ignorar essa sistemática, a Lei de Terrorismo estatui a malfadada figura do juiz inquisidor, repelida de forma veemente pelo o Supremo Tribunal:

Sistema acusatório, que impõe a separação orgânica das funções concernentes à persecução penal, de modo a impedir que o juiz adote qualquer postura inerente à função investigatória. Doutrina. Lei 12.830/2013.¹⁵⁵

Funções de investigador e inquisidor. Atribuições conferidas ao Ministério Público e às Polícias Federal e Civil (CF, artigo 129, I e VIII e § 2o; e 144, § 1o, I e IV, e § 4o). A realização de inquérito é função que a Constituição reserva à polícia. (...)

É uma conquista de muitos séculos de evolução do processo penal, a desvinculação do juiz, não da colheita de provas, mas da investigação criminal.¹⁵⁶

¹⁵⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. Curso de processo penal. Niterói: Impetus, 2013, p. 576-577.

¹⁵⁵ STF, HC 115.015, Rel. Min. Teori Zavaski, DP 27/08/2013.

¹⁵⁶ STF, Tribunal Pleno, ADI 1570, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 22/10/2004.

O que caracteriza a sociedade moderna, permitindo o aparecimento do Estado moderno, é por um lado a divisão do trabalho; por outro a monopolização da tributação e da violência física. Em nenhuma sociedade na qual a desordem tenha sido superada admite-se que todos cumpram as mesmas funções. O combate à criminalidade é missão típica e privativa da Administração (não do Judiciário), através da polícia, como se lê nos incisos do artigo 144 da Constituição, e do Ministério Público, a quem compete, privativamente, promover a ação penal pública (artigo 129, I). (...)

Isso tem sido no entanto ignorado nos dias que correm, de sorte que alguns juízes se envolvem direta e pessoalmente com os agentes da Administração, participando do planejamento de investigações policiais que resultam em ações penais de cuja apreciação e julgamento eles mesmos serão incumbidos, superpondo os sistemas inquisitório e misto, a um tempo só recusando o sistema acusatório.

Ester, contemplado pelo nosso ordenamento jurídico, impõe sejam delimitadas as funções concernentes à persecução penal, cabendo à Polícia investigar, ao Ministério Público acusar e ao Juiz julgar, ao passo que no sistema inquisitório essas funções são acumuladas pelo Juiz. (...)

A independência do juiz criminal impõe sua cabal desvinculação da atividade investigatória e do combate ativo ao crime, na teoria e na prática. (...)

Juízes que se pretendem versados na teoria e prática do combate ao crime, juízes que arrogam a si a responsabilidade por operações policiais transformam a Constituição em um punhado de palavras bonitas e rabiscadas em uma pedaço de papel sem utilidade prática.¹⁵⁷

A doutrina também entende que a concentração de poderes nas mãos de um juiz inquisidor é totalmente incompatível com o Estado Democrático de Direito:

Enquanto ao sistema acusatório de fato convém um juiz espectador, dedicado acima de tudo à valoração objetiva e imparcial dos fatos, e, portanto, mais prudente que sábio, o rito inquisitório exige um juiz ator, representante do interesse punitivo e por isso leguleio, versado nos procedimentos e dotado de capacidade investigativa.¹⁵⁸

A atuação do juiz na fase pré-processual (...) é e deve ser muito limitada. (...) O juiz não orienta a investigação policial e tampouco presencia seus atos, mantendo uma postura totalmente suprapartes e alheia à atividade policial. No sistema brasileiro, o juiz não investiga nada.¹⁵⁹

¹⁵⁷ STF, HC 95.009, Rel. Min. Eros Grau, DJe 18/12/2008.

¹⁵⁸ FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 461.

¹⁵⁹ LOPES JÚNIOR, Aury. Sistemas de investigação preliminar no processo penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 163.

Como consequência do princípio acusatório, com a finalidade de preservar a imparcialidade do juiz e garantir o tratamento isonômico, veda-se ao Poder Judiciário o desempenho de atividade investigatória na fase pré-processual. (...) O magistrado não pode dirigir a atividade investigatória nem dela participar em substituição à autoridade policial.¹⁶⁰

Esse sistema de divisão de funções na persecução penal visa impedir a concentração de poder. Isso não significa que o juiz esteja proibido de agir na fase investigatória, mas essa atuação na etapa pré-processual deve estar condicionada à prévia provocação das partes, afastando-se sua atuação de ofício.

7 COMPETÊNCIA E ATRIBUIÇÃO E DEMAIS DISPOSITIVOS PROCESSUAIS PENAIS

A Lei 13.260/16 definiu a atribuição da Polícia Federal para investigação dos crimes de terrorismo, e a competência da Justiça Federal para julgamento:

Art. 11. Para todos os efeitos legais, considera-se que os crimes previstos nesta Lei são praticados contra o interesse da União, cabendo à Polícia Federal a investigação criminal, em sede de inquérito policial, e à Justiça Federal o seu processamento e julgamento, nos termos do inciso IV do art. 109 da Constituição Federal.

Esse dispositivo é de duvidosa constitucionalidade. Isso porque a Constituição Federal é a norma que fornece os parâmetros básicos para divisão de atribuições e competências.

Ao definir a competência criminal da Justiça Federal e a atribuição da Polícia Federal, o constituinte originário elencou taxativamente os crimes que podem ser processados e investigados nessa esfera:

¹⁶⁰ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. Curso de direito processual penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 587.

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

(...)

IV - os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral;

V - os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente;

V-A as causas relativas a direitos humanos a que se refere o § 5º deste artigo; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

VI - os crimes contra a organização do trabalho e, nos casos determinados por lei, contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira;

(...)

IX - os crimes cometidos a bordo de navios ou aeronaves, ressalvada a competência da Justiça Militar;

X - os crimes de ingresso ou permanência irregular de estrangeiro, a execução de carta rogatória, após o "exequatur", e de sentença estrangeira, após a homologação, as causas referentes à nacionalidade, inclusive a respectiva opção, e à naturalização;

Art. 144. (...)

§ 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a:

I - apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei;

O que a Lei de Terrorismo pretendeu foi encaixar o crime de terrorismo art. 109, IV e art. 144, I da Constituição Federal, criando uma presunção legal absoluta incompatível com a diretriz traçada pelo constituinte originário.

Ora, nem todo ato de terrorismo afeta interesses da União. Basta imaginar o crime praticado pelo terrorista que, movido por discriminação contra uma religião local, praticada apenas num determinado estado-membro, atenta contra a vida de um integrante de tal Igreja.

A Carta Política delimitou o âmbito de atuação da Polícia Federal e da Justiça Federal. Não pode qualquer dispositivo legal se sobrepor ao comando da Lei Fundamental.

Nessa esteira, há que se realizar uma interpretação do comando legal conforme à Constituição, afastando a natureza absoluta da presunção de atingimento de interesse da União. Isso significa que, para se definir a competência da Justiça Federal, e a atribuição da Polícia Federal, é preciso perquirir as circunstâncias do caso concreto. Apenas se a União realmente tiver algum interesse atingido devem a Justiça Federal e a Polícia Federal atuar. Caso contrário, a missão incumbe à Justiça Estadual e à Polícia Civil.

No que toca à investigação do terrorismo, o art. 16 da Lei de Terrorismo admite expressamente o emprego das técnicas especiais de investigação albergadas na Lei de Organização Criminosa (Lei 12.850/13). Isso significa que são perfeitamente aplicáveis medidas cautelares probatórias (meios de obtenção de prova) especiais, a exemplo da ação controlada, infiltração policial e colaboração premiada.

Os condenados a regime fechado de cumprimento de pena não deverão necessariamente serem custodiados em estabelecimento penal de segurança máxima, em razão do veto ao art. 9º da Lei de Terrorismo. Considerou-se que a imposição *ex lege* violaria o princípio da individualização da pena pois, ao determinar o estabelecimento penal de seu cumprimento, impediria que a mesma considerasse as condições pessoais do apenado, como o grau de culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade e os fatores subjetivos concernentes à prática delituosa.

Por fim, quanto à prisão cautelar, a Lei de Prisão Temporária, que trabalha com um rol taxativo de crimes, foi alterada para permitir essa espécie de custódia cautelar também para o crime de terrorismo (art. 1º, III da Lei 7.960/89).

8 CONCLUSÃO

Tendo como premissa o raciocínio delineado, conclui-se que o terrorismo é uma realidade mundial que prejudica decisivamente a obtenção da paz entre os povos. Nenhuma sociedade democrática moderna pode abrir mão da luta contra os atos terroristas. Essa questão se insere na ordem do dia tanto no âmbito nacional quanto no internacional.

Não há como o intérprete negar que o Direito traduz um objeto cultural,¹⁶¹ e esse cenário de combate ao terrorismo e garantia da paz é bastante revelador nesse sentido.

Em qualquer análise de geração de direitos não se pode prescindir da atenção ao direito à segurança pública¹⁶², e a investigação criminal e o processo penal do terrorismo possuem grande importância. Afinal, não há segurança sem direitos humanos e não há direitos humanos sem segurança.¹⁶³

Os mecanismos de combate a essa condenável beligerância, ao gerar uma tensão entre o efetivo combate a essa estirpe de criminalidade e o respeito aos postulados constitucionais e internacionais, devem ser lidos com toda a cautela.

Se parece contraditório se falar em guerra contra o terrorismo na busca da paz, pois a paz é justamente a ausência de guerra (*absentia belli*), o clássico ensinamento de Sun Tzu, segundo o qual o principal objetivo da guerra é a paz,¹⁶⁴ pode afastar a aparente incompatibilidade de ideias.

Essa guerra deve ser travada não pelo uso irracional da força, senão por intermédio do emprego proporcional dos mecanismos investigativos e processuais suficientes para repelir o terror social.

A transcendência internacional dos atos de terror, devido às consequências que podem resultar para as relações entre os Estados, evidencia a necessidade de um combate sistematizado e contínuo aos crimes de pânico na busca da paz.

Nesse sentido, conquanto a Lei 13.260/16 apresente algumas falhas, inequivocamente representa um marco no combate aos atos terroristas, especialmente se aplicada com a utilização do funil constitucional representado pelas normas de direitos fundamentais hospedadas na Constituição Federal.

¹⁶¹ MAIER, Julio B. Derecho procesal penal. t. I. Buenos Aires: Del Puerto, 2004, p. 259.

¹⁶² SANTIN, Valter Foletto. Controle judicial da segurança pública: eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime. São Paulo: Verbatim, 2013, p. 47.

¹⁶³ CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio. (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, 2013, p.174.

¹⁶⁴ TZU, Sun. A arte da guerra. Porto Alegre: L&PM, 2006.

REFERÊNCIAS

- CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio. (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, 2013.
- DOTTI, René Ariel. Terrorismo e devido processo legal. RCEJ, ano VI, Brasília, set. 2002. p. 27-30.
- FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- FRANCO, Alberto Silva. Crimes Hediondos. São Paulo: RT, 2005.
- LIMA, Renato Brasileiro de. Curso de processo penal. Niterói: Impetus, 2013.
- LOPES JÚNIOR, Aury. Sistemas de investigação preliminar no processo penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- MAIER, Julio B. Derecho procesal penal. t. I. Buenos Aires: Del Puerto, 2004.
- PRADO Luiz Regis; CARVALHO, Erika Mendes de. Delito Político e Terrorismo: Uma Aproximação Conceitual. In: Revista dos Tribunais, v. 771/433-436.
- ROXIN, Claus. Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. t. I. Madrid: Civitas, 2006.
- SANTIN, Valter Foletto. Controle judicial da segurança pública: eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime. 2ª ed., São Paulo: Verbatim, 2013.
- SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. In: Revista dos Tribunais, ano 91, n. 798, abr. 2002.
- SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. Curso de direito processual penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- TZU, Sun. A arte da guerra. Porto Alegre: L&PM, 2006.
- WOLOSZYN, Andre Luis. Terrorismo Criminal: Um Novo Fenômeno no Brasil. In: Revista da AJURIS, v. 107/25-26.

A CONCILIAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE UMA CULTURA DE PAZ ¹⁶⁵

Ana Cleusa Delben ¹⁶⁶

Ivana Nobre Bertolazo ¹⁶⁷

1 INTRODUÇÃO

O sistema jurídico brasileiro é formado, organizado e funciona para privilegiar uma cultura litigante. Isso reflete uma sociedade violenta, voltada para o litígio, na qual a cultura da paz ainda tem espaços reduzidos. Essa cultura litigante abarrotou o Judiciário com muitos processos, causa lentidão, tem a previsão de inúmeros recursos que acabam arrastando os processos por muitos anos.

O Estado Democrático de Direito tem como fundamentos, dentre outros, a cidadania e a dignidade da pessoa humana, e como um dos objetivos fundamentais, a construção de uma sociedade livre,

¹⁶⁵ Artigo apresentado ao Congresso Latino-Americano da Paz: Teorias do Estado e da Justiça e Políticas Públicas, que acontecerá entre 19 e 22 de maio de 2016, na Univem - Centro Universitário Eurípides de Marília.

¹⁶⁶ Advogada. Professora e Orientadora de Estágio em Direito de Família da FACNOPAR. Mestre em Ciências Jurídicas pelo Centro de Ensino Superior de Maringá, (CESUMAR). Especialista em Gestão Pública Municipal pela Universidade Aberta do Brasil - Universidade Estadual do Centro-Oeste. Especialista em Direito Empresarial com ênfase em Direito Tributário pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Especialista em Metodologias Inovadoras aplicadas educação pelo Centro Universitário Internacional (UNINTER). Pós-graduanda em Direito Eleitoral pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Bacharel em Direito pela Universidade Norte do Paraná, (UNOPAR).

¹⁶⁷ Advogada. Professora de Metodologia Científica, Direito de Família e Direito Administrativo da FACNOPAR. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Especialista em Filosofia Política e Jurídica pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Especialista em Metodologia da Ação Docente pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL).

justa e solidária. E, porque, não dizer que uma sociedade livre, justa e solidária é aquela que os cidadãos vivem mais em paz?

Assim, percebe-se que diversas foram às tentativas de consolidar o instituto da conciliação como meio eficaz de solução de conflitos. Com o Novo Código de Processo Civil, que entrou em vigor agora no início de 2016, prevê-se um maior espaço para conciliação, numa tentativa de reduzir a judicialização dos conflitos e trabalhar uma cultura que vise a pacificação social.

Assim, a presente pesquisa trata do histórico do instituto da conciliação, e, sua interpretação ao longo do ordenamento jurídico para poder sinalizar como as instituições percorreram um caminho que levou o atual Código a privilegiar a conciliação.

A paz é algo que é buscado por todos, que transcendem as barreiras do Estado, posto que, cada vez mais os noticiários trazem tragédias ocorridas em guerras civis, países inteiros sendo arrasados, famílias sendo divididas, e, mesmo trazendo para o caso particular, brigas de vizinhos indo parar na delegacia, por questões que poderiam simplesmente ser resolvidas em uma composição. Diante disso, ver-se-á a importância da conciliação para se conquistar a paz almeja nos quatro cantos do mundo.

2 BREVE DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DA CONCILIAÇÃO NO MUNDO E NO BRASIL

Há quem garanta que a conciliação vem dos primórdios da sociedade, eis que, é inerente à pessoa humana.¹⁶⁸ Tanto que, já no Livro dos Gênesis no antigo testamento em seu “capítulo 31, versículos 36/44, que narra a discussão entre Jacó e Labão a qual culmina em conciliação, bem como em Êxodo, capítulo 18, versículos 13/26, que descreve os poderes que Moisés tinha para conciliar, julgar e delegar esses poderes a outros homens capazes”¹⁶⁹. Já nos primórdios legislativos da Grécia podemos destacar que:

¹⁶⁸ VAL JUNIOR, Lídio. **A conciliação como forma de pacificação e mudança social**. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Marília, Marília. p. 72. Disponível em: <www.dominiopublico.gov.br> . Acesso em 20 abr. 2016.

¹⁶⁹ Idem.

Nas leis da antiga Esparta, havia alguns tipos de conciliadores: os *Amorsini* (que olhavam sobre os costumes das damas), os *Pedononi* (sobre os jovens) e os *Empelori* (que inspecionavam os mercados). Havia, ainda, os *Dieteti*, espécies de juizes públicos e privados, chamados para dirimir alguns dissídios.

Mais tarde, na Grécia e nas cidades gregas da Itália, apareceram os *Irenoficiali*, que custodiavam a paz entre os cidadãos litigantes, pois *Irene*, em grego, significa aquela paz que não se consegue pela força, pela coação, mas que se estabelece pela razão. Várias passagens de Homero, na *Ilíada*, não deixaram dúvidas de que a conciliação era comumente praticada pelos gregos naquela época.¹⁷⁰

Em Roma, se as partes estivessem acordadas, a causa se encerrava, conforme previa a Lei das XII Tábuas.¹⁷¹ Interessante, é a passagem histórica da conciliação na antiga Roma, eis que existia “a figura da *conciliatrix*, senhoras que se incumbiam de reunir cônjuges separados, bem como os *Foeciali*, sacerdotes inspirados nos *Irenoficiali* dos gregos, incumbidos de misturar-se entre os ofensores para persuadi-las a pensar e agir com retidão.”¹⁷²

Existiu também a “conciliação *intra parietes*” que era extraprocessual, onde as partes eram reunidas em determinado local, que poderia ser na casa de algum dos adversos ou de um jurisconsulto, onde cada parte expunha suas razões e acabavam se conciliando.

Ocorre, porém, que no Império de Calígula à conciliação foi taxado um imposto de 40% sobre o valor da causa¹⁷³, estipulado, por conta de que o Imperador, “não sabendo mais como suprir o erário

¹⁷⁰ VAL JUNIOR, Lídio. **A conciliação como forma de pacificação e mudança social**. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Marília, Marília. p. 72. Disponível em: <www.dominiopublico.gov.br> . Acesso em 20 abr. 2016.

¹⁷¹ LIMA, Domingos Sávio Brandão in FRANÇA, R. Limongi. **Enciclopédia Saraiva de Direito**. 17 v. Coordenação do Prof. R. Limongi França. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 109.

¹⁷² NEIMANAS, Roseli *apud* VAL JUNIOR, Lídio. **A conciliação como forma de pacificação e mudança social**. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Marília, Marília. p. 73. Disponível em: <www.dominiopublico.gov.br> . Acesso em 20 abr. 2016.

¹⁷³ LIMA, Domingos Sávio Brandão in FRANÇA, R. Limongi. **Enciclopédia Saraiva de Direito**. 17 v. Coordenação do Prof. R. Limongi França. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 109.

público, por ele dilapidado em virtude de suas extravagâncias, criou um tributo sobre as demandas”.¹⁷⁴

Este instituto voltou a vigorar, na era do Cristianismo, posto que a “religião que tem por fundamento o amor e por finalidade social a fraternidade, a conciliação voltou a ser praticada intensamente”.¹⁷⁵ Em matéria civil, os bispos eram tratados como conciliadores.¹⁷⁶

Segundo Lídio, citando entendimento de Aloísio Surgik ainda temos que no tocante à origem da conciliação a:

Oidaché, documento que não contém propriamente a pregação evangélica, mas tão-somente responde, com seu conteúdo, às necessidades primordiais de uma comunidade nascente, na espera das obrigações morais, rituais e jurídicas, exerceu grande influência na formação das primeiras gerações cristãs e foi de grande relevância para o estudo do direito, principalmente quanto à origem da conciliação.¹⁷⁷

E continua, esclarecendo que ali há um preceito referente ao domingo, que diz o seguinte:

Reunindo-vos, porém, no dia do Senhor, parti o pão e agradecei, depois de haverdes confessado os vossos delitos, para que o vosso sacrifício seja puro. Mas todo aquele que tem controvérsia com o seu

¹⁷⁴ NEIMANAS, Roseli *apud* VAL JUNIOR, Lídio. **A conciliação como forma de pacificação e mudança social**. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Marília, Marília. p. 74. Disponível em: <www.dominiopublico.gov.br>. Acesso em 20 abr. 2016.

¹⁷⁵ FREGAPANI, Guilherme Silva Barbosa. **Formas alternativas de solução de conflitos e a Lei dos Juizados Especiais Cíveis** in Brasília a. 34 n. 133 jan./mar. 1997. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/Pdf/pdf_133/r133-11.PDF>. Acesso em: 02 mai. 2016.

¹⁷⁶ FREGAPANI, Guilherme Silva Barbosa. **Formas alternativas de solução de conflitos e a Lei dos Juizados Especiais Cíveis** in Brasília a. 34 n. 133 jan./mar. 1997. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/Pdf/pdf_133/r133-11.PDF>. Acesso em: 02 mai. 2016.

¹⁷⁷ SURGIK, Aloísio VAL JUNIOR, Lídio. **A conciliação como forma de pacificação e mudança social**. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Marília, Marília. p. 74. Disponível em: <www.dominiopublico.gov.br> . Acesso em 20 abr. 2016.

amigo, não se junte a vós antes de se ter reconciliado, a fim de que vosso sacrifício não seja profanado.¹⁷⁸

Já na Didascalía, no século III, temos que, era aconselhado que as partes optassem por um acordo do que levar a diante uma contenda.¹⁷⁹

Os magistrados municipais eram encarregados das funções de conciliação, que eram encaradas mais como uma função administrativa do que de jurisdição. Vejamos: “Caso as partes não se conciliassem podiam propor ação perante o Governador.”¹⁸⁰ E ainda:

Modernamente, o primeiro país a instituir a conciliação por meio de órgãos oficiais (juizes conciliadores) foi a Holanda. A Revolução Francesa de 1789 introduziu o instituto da conciliação no direito francês moderno, por meio do Decreto de 16 de agosto de 1790, da Assembléia Constituinte, que criou os chamados “juizes de paz” (*juges de paix*), inspirando-se na legislação holandesa, na qual havia, desde há muitos anos, a figura do “fazedor de paz” (*faiseur de paix*).¹⁸¹

Giglio esclarece que, a conversação que se dava entre patrões e empregados nos idos da Revolução Industrial, deu ensejo a tentativa obrigatória de conciliação quando o Estado, passou a interferir nos litígios trabalhistas¹⁸².

Já na Espanha, são encontradas raízes da conciliação nos ‘*mandadores de paz*’, nos *jueces avenidores das partidas*’, bem como no instituto da ‘*arbitraje*’, a qual consistia na resolução extrajudicial da

¹⁷⁸ Ibidem.

¹⁷⁹ Ibidem. p. 75.

¹⁸⁰ NEIMANAS, Roseli. **Revista dos Juizados Especiais**, n. 36, ano 10, abr/jun, 2005, p. 21. VAL JUNIOR, Lídio. **A conciliação como forma de pacificação e mudança social**. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Marília, Marília. p. 76. Disponível em: <www.dominiopublico.gov.br> . Acesso em 20 abr. 2016.

¹⁸¹ FREGAPANI, Guilherme Silva Barbosa. **Formas alternativas de solução de conflitos e a Lei dos Juizados Especiais Cíveis** in Brasília a. 34 n. 133 jan./mar. 1997. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/web/cegraf/riil/Pdf/pdf_133/r133-11.PDF>. Acesso em: 02 mai. 2016.

¹⁸² SILVA, Marcelo Alves da. **A conciliação como base de resolução de conflitos individuais trabalhistas**. In *Revista Jurídica da Faculdade União*. Ano 1 – n°. 1 – outubro de 2007. p. 84. Disponível em: <www.uniao.edu.br/revistajuridica/pdf/artigo7.pdf> Acesso em: 02 mai. 2016.

querela por um terceiro, em virtude da vontade das partes litigantes. Esse instituto tinha por função impedir o processo, tomando-o desnecessário ou substituindo-o. Na Inglaterra foram criados os juizes de paz, magistrados inferiores, eleitos diretamente pelo povo, que eram investidos na administração da justiça local, os quais se tomaram a primeira influência das relações privadas, bem como os apaziguadores das inimizades e dos equívocos.¹⁸³

Assim, importante também verificar o instituto no direito nacional, a seguir.

2.1 NO BRASIL

Antes da independência do Brasil, o ordenamento jurídico tratava do instituto da conciliação da seguinte forma:

O método da composição nas lides não é novidade em nosso ordenamento jurídico, estando presente desde o período colonial brasileiro (mais precisamente durante o domínio hispânico sobre Portugal nos séculos XVI – XVII) nas vetustas Ordenações Filipinas, que, em seu Livro III, Título XX, § 1º, dispõe *ipsis verbis*: "E no começo da demanda dirá o Juiz à ambas as partes, que antes que façam despesas, e sigam entre elles os ódios e disensões, se devem concordar, e não gastar suas fazendas por seguirem suas vontades, porque o vencimento da causa sempre he duvidoso. E isto, que dissemos de reduzirem as partes à concórdia, não he de necessidade, mas somente de honestidade nos casos, em que o bem poderem fazer. Porém, isto não haverá lugar nos feitos crimes, quando os casos forem taes, que segundo as Ordenações a Justiça haja lugar."¹⁸⁴

Com a independência e o advento da Constituição de 1824, Domingos Sávio Lima a conciliação na Constituição brasileira de 25

¹⁸³ VAL JUNIOR, Lídio. **A conciliação como forma de pacificação e mudança social**. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Marília, Marília. p. 76. Disponível em: <www.dominiopublico.gov.br> . Acesso em 20 abr. 2016.

¹⁸⁴ ALVES, Rafael Oliveira Carvalho. **Conciliação e acesso à justiça**. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/articles/11585/1/conciliacao-e-acesso-a-justica/pagina1.html>> Acesso em: 02 mai. 2016.

de março de 1824 tinha “caráter compulsório”¹⁸⁵ tanto que em seu art. 161 estabelecia: “Art. 161 - Sem se fazer constar que se tenha intentado o meio de reconciliação, não se começará processo algum.”¹⁸⁶ Elencando o artigo seguinte, que era dever do juiz de paz, da seguinte forma: “Art. 162 - Para este fim, haverá juízes de paz, os quais serão eleitos pelo mesmo tempo e à maneira por que se elegem os vereadores das Câmaras. Suas atribuições e distritos serão regulados por lei.”¹⁸⁷

Já em 1827 com o advento da Lei de 15 de outubro, “no seu art. 5º, I, deu ao juiz de paz a atribuição de conciliar as partes que tinham a intenção de litigar, por todos os meios pacíficos ao seu alcance, ordenando depois que se fizesse constar o resultado do acordo em processo verbal.”¹⁸⁸

O Regimento 737, datado de 25 de novembro de 1850 que disciplinava o código comercial, estabelecia a necessidade da conciliação antes do ajuizamento de causa comercial.¹⁸⁹

No tocante ao processo civil, a Consolidação das Leis de Processo Civil do Conselheiro Ribas, art. 185¹⁹⁰, estabelecia que:

¹⁸⁵ LIMA, Domingos Sávio Brandão in FRANÇA, R. Limongi. **Enciclopédia Saraiva de Direito**. 17 v. Coordenação do Prof. R. Limongi França. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 110.

¹⁸⁶ LIMA, Domingos Sávio Brandão in FRANÇA, R. Limongi. **Enciclopédia Saraiva de Direito**. 17 v. Coordenação do Prof. R. Limongi França. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 110.

¹⁸⁷ FREGAPANI. Guilherme Silva Barbosa. **Formas alternativas de solução de conflitos e a Lei dos Juizados Especiais Cíveis** in Brasília a. 34 n. 133 jan./mar. 1997. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/web/cegraf/riil/Pdf/pdf_133/r133-11.PDF>. Acesso em: 02 mai. 2016.

¹⁸⁸ FREGAPANI. Guilherme Silva Barbosa. **Formas alternativas de solução de conflitos e a Lei dos Juizados Especiais Cíveis** in Brasília a. 34 n. 133 jan./mar. 1997. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/web/cegraf/riil/Pdf/pdf_133/r133-11.PDF>. Acesso em: 02 mai. 2016.

¹⁸⁹ BORGES, Marcos Afonso in FRANÇA, R. Limongi. **Enciclopédia Saraiva de Direito**. 17 v. Coordenação do Prof. R. Limongi França. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 116.

¹⁹⁰ FREGAPANI. Guilherme Silva Barbosa. **Formas alternativas de solução de conflitos e a Lei dos Juizados Especiais Cíveis** in Brasília a. 34 n. 133 jan./mar. 1997. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/web/cegraf/riil/Pdf/pdf_133/r133-11.PDF>. Acesso em: 02 mai. 2016.

“[...] nenhum processo poderá começar sem que se faça constar que se tem tentado o meio de conciliação perante o juiz de paz.”¹⁹¹ Assim:

A tentativa prévia de conciliação era feita em processo apartado. Após, sendo frutífera a reconciliação, era lavrada em termo que servia como título hábil; não havendo a reconciliação era também lavrado um termo e expedidas certidões às partes, com a qual o autor instruía o processo contencioso.¹⁹²

Por sua vez, o Decreto nº 359, de 1890 “extinguiu a obrigatoriedade da tentativa conciliatória”¹⁹³ alegando que tal instituto “não se harmonizava com a liberdade de ação dos direitos e interesses particulares, que a experiência havia revelado sua inutilidade, além das despesas, dificuldades e procrastinação dela resultantes, o que teria levado muitos países a modificarem ou a abolirem tal instituto.”¹⁹⁴

Quando da promulgação da Constituição republicana de 24 de fevereiro de 1891, foi abolida “a prática secular do direito processual brasileiro, extinguindo o instituto da conciliação, sempre obrigatório”¹⁹⁵. Porém, como estados tinham competência para

¹⁹¹ LIMA, Domingos Sávio Brandão in FRANÇA, R. Limongi. **Enciclopédia Saraiva de Direito**. 17 v. Coordenação do Prof. R. Limongi França. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 110.

¹⁹² VAL JUNIOR, Lídio. **A conciliação como forma de pacificação e mudança social**. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Marília, Marília. p. 97. Disponível em: <www.dominiopublico.gov.br>. Acesso em 20 abr. 2016.

¹⁹³ CARNEIRO, Athos Gusmão in **A conciliação no Novo Código de Processo Civil**, in Revista dos Tribunais, ano 64, Janeiro 1975, v. 471, São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda., p. 20.

¹⁹⁴ FREGAPANI, Guilherme Silva Barbosa. **Formas alternativas de solução de conflitos e a Lei dos Juizados Especiais Cíveis** in Brasília a. 34 n. 133 jan./mar. 1997. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/Pdf/pdf_133/r133-11.PDF>. Acesso em: 02 mai. 2016.

¹⁹⁵ FREGAPANI, Guilherme Silva Barbosa. **Formas alternativas de solução de conflitos e a Lei dos Juizados Especiais Cíveis** in Brasília a. 34 n. 133 jan./mar. 1997. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/Pdf/pdf_133/r133-11.PDF>. Acesso em: 02 mai. 2016.

legislar sobre matéria processual, alguns continuaram a usar o Reg. n. 737 e adotavam a conciliação, já outros não a utilizavam.¹⁹⁶

Já o Decreto Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939 Instituiu o Código de Processo Civil unitário e por sua vez não tratou desta benesse processual.¹⁹⁷

A Consolidação das Leis do Trabalho ou decreto-lei n. 5452 de 1º de maio de 1943 por sua vez, inovou, tratando da conciliação, nas causas referentes a litígios trabalhistas, que envolviam empregados e empregadores, tanto nos arts. 847 e 862¹⁹⁸

Art. 847. Terminada a defesa, o juiz ou presidente proporá a conciliação.

§ 1º Se houver acordo, lavrar-se-á termo, assinado pelo presidente e pelos litigantes, consignando-se o prazo e demais condições para seu cumprimento.

§ 2º Entre as condições a que se refere o parágrafo anterior poderá ser estabelecida a de ficar a parte que não cumprir o acordo obrigada a satisfazer integralmente o pedido ou pagar uma indenização convencional, sem prejuízo do cumprimento do acordo.¹⁹⁹

Sendo que veremos que, este artifício foi alterado pela Lei nº 9.022, de 5.4.1995, que estabeleceu da seguinte maneira: “Art. 846 - Aberta a audiência, o juiz ou presidente proporá a conciliação.”²⁰⁰

Porém, o artigo 862, estipulando sobre a audiência de instrução e julgamento ainda prevê a fase conciliatória:

¹⁹⁶ LIMA, Domingos Sávio Brandão in FRANÇA, R. Limongi. **Enciclopédia Saraiva de Direito**. 17 v. Coordenação do Prof. R. Limongi França. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 110.

¹⁹⁷ FREGAPANI. Guilherme Silva Barbosa. **Formas alternativas de solução de conflitos e a Lei dos Juizados Especiais Cíveis** in Brasília a. 34 n. 133 jan./mar. 1997. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/web/cegraf/riil/Pdf/pdf_133/r133-11.PDF>. Acesso em: 02 mai. 2016.

¹⁹⁸ BORGES, Marcos Afonso in FRANÇA, R. Limongi. **Enciclopédia Saraiva de Direito**. 17 v. Coordenação do Prof. R. Limongi França. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 116.

¹⁹⁹ SAAD, Eduardo Gabriel; SAAD, Jose Eduardo Duarte; CASTELLO BRANCO, Ana Maria Saad. **CLT – Comentada**. 42 ed. São Paulo: LTr, 2009. p.1130.

²⁰⁰ SAAD, Eduardo Gabriel; SAAD, Jose Eduardo Duarte; CASTELLO BRANCO, Ana Maria Saad. **CLT – Comentada**. 42 ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 1127.

Art. 862 - Na audiência designada, comparecendo ambas as partes ou seus representantes, o Presidente do Tribunal as convidará para se pronunciarem sobre as bases da conciliação. Caso não sejam aceitas as bases propostas, o Presidente submeterá aos interessados a solução que lhe pareça capaz de resolver o dissídio.²⁰¹

A Lei nº 968 de 10 de dezembro de 1949 tratava sobre as ações de desquite litigioso, hoje chamado de separação judicial e ações de alimentos, sendo obrigatória a tentativa de conciliação das partes, a doutrina, de acordo com Nery Jr. ainda reconhece a vigência dos artigos 5º e 6º²⁰², com a seguinte redação:

Art. 5º Conseguida a transação entre as partes, o juiz mandará autuar a petição inicial e documentos, e determinará que seja o acordo reduzido a termo, por elas assinado, ou, a seu rogo, se não souberem ler ou não puderem escrever, a fim de ser por ele homologado, após ouvir o Ministério Público.

Art. 6º Verificada a impossibilidade de solução aplicável, inclusive pela falta de comparecimento de qualquer dos litigantes, o juiz despachará a petição, mandará lavrar termo do ocorrido e determinará a citação do réu para se defender no processo, que seguirá o curso estabelecido na lei.²⁰³

Já a lei n. 5478/68, contemplou a ação de alimentos, não revogando a fase conciliatória²⁰⁴, esclarecendo que a audiência é de conciliação e instrução, de acordo, com o professor Ivan Aparecido Ruiz.

E, como esta fase conciliatória preliminar, não foi revogada pelas leis posteriores, quando da instrução do pedido de separação litigioso, existem uma audiência preliminar, uma de tentativa de conciliação, e uma de instrução e julgamento, não podendo a nem a

²⁰¹ SAAD, Eduardo Gabriel; SAAD, Jose Eduardo Duarte; CASTELLO BRANCO, Ana Maria Saad. **CLT – Comentada**. 42 ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 1161.

²⁰² NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de. **Código Civil Comentado**. 4.ed. rev., atual. e ampl. até 20 de maio de 2006. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 576.

²⁰³ BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.soleis.adv.br/separacaojudicial.htm>. Acesso em: 02 mai 2016.

²⁰⁴ PAULA, Alexandre de. **Código de Processo Civil Anotado**. São Paulo: RT, 1986. v. II. p. 551.

audiência preliminar, nem a de conciliação ser suprimidas, encaram-se as primeiras como duas audiências de conciliação.²⁰⁵

A Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 instituiu o novo Código de Processo Civil antigo, prevendo a conciliação, nos artigos 447 a 449, com as seguintes redações:

Art. 447. Quando o litígio versar sobre direitos patrimoniais de caráter privado, o juiz, de ofício, determinará o comparecimento das partes no início da audiência de instrução e julgamento.

Parágrafo único. Em causas relativas à família, terá lugar igualmente a conciliação, nos casos e para os fins em que a lei consente transação.

Art. 448. Antes de iniciar a instrução, o juiz tentará conciliar as partes, chegando a acordo, o juiz mandará tomá-lo por termo.

Art. 449. O termo de conciliação, assinado pelas partes e homologado pelo juiz, terá valor de sentença.²⁰⁶

Alexandre de Paula estabelece que a conciliação foi mantida no Projeto de Código de Processo Civil posto que, ela “não contravém aos princípios atinentes ao poder-dever do Estado, de prestar a jurisdição [...]”.²⁰⁷

Observe-se ainda, que o inciso IV art. 125 do Código de Processo Civil, que prevê a conciliação a qualquer tempo²⁰⁸, só foi acrescentado ao *codex*, na grande reforma de 1994, vez que já era uma prática reiterada pelos magistrados e nada mais acertado que dar à norma força de lei.

A conciliação também é reconhecida pela lei de arbitragem, no art. 7º, § 2º da Lei nº 9307 de 23 de setembro de 1996.

²⁰⁵ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 44. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2006. v.I. p. 533.

²⁰⁶ FREGAPANI, Guilherme Silva Barbosa. **Formas alternativas de solução de conflitos e a Lei dos Juizados Especiais Cíveis** in Brasília a. 34 n. 133 jan./mar. 1997. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/web/cegraf/rii/Pdf/pdf_133/r133-11.PDF>. Acesso em: 02 mai. 2016.

²⁰⁷ PAULA, Alexandre de. **Código de Processo Civil Anotado**. São Paulo: RT, 1986. v. II. p. 552.

²⁰⁸ BRASIL. **Lei 5.869/1973 (Lei Ordinária) 11/01/1973. Código de Processo Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm. Acesso em: 2 mai. 2016.

3 DO CONCEITO

Um dos meios de solução de conflitos jurídicos junto com a arbitragem, mediação, negociação e transação é a conciliação. Mas, o que seria este instituto?

Segundo Domingos Sávio Brandão Lima o termo é latino derivando de "*conciliatio, onis*, derivado do verbo *concilio, as, avi, atum, are (cum+cilo, is, ere=mover, agitar)*, que se traduz por ajuntar, unir, atrair, diligenciar, conciliar."²⁰⁹

A conciliação é ato processual, ou seja, se dá no curso de um processo, sendo ele capaz de satisfazer o interesse das partes, tendo caráter informal, voluntário, rápido e econômico. Pode ser levada a cabo, por intermédio de um dos litigantes²¹⁰ ou por interveniência do juiz.²¹¹

Com a conciliação ocorrerá "o fim da controvérsia em si mesma através de concessões mútuas; se não houver acordo, a conciliação é considerada fracassada. O conciliador pode sugerir às partes o que fazer, pode opinar sobre o caso [...]"²¹².

A conciliação se presta a evitar "dissabores e despesas, aliviando as pautas de julgamento [...]"²¹³, sendo que "exsurge como

²⁰⁹ LIMA, Domingos Sávio Brandão in FRANÇA, R. Limongi. **Enciclopédia Saraiva de Direito**. 17 v. Coordenação do Prof. R. Limongi França. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 108.

²¹⁰ HESKETH, Maria Avelina Imbiriba. **A conciliação: dever ético do advogado em busca da paz e da justiça**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1205505770174218181901.pdf>> Acesso em: 02 mai. 2016.

²¹¹ BORGES, Marcos Afonso in FRANÇA, R. Limongi. **Enciclopédia Saraiva de Direito**. 17 v. Coordenação do Prof. R. Limongi França. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 114.

²¹² RODRIGUES, Horácio Wanderlei *apud* LIMA, Daniel Henrique Sprotte; SIVIERO, Filipe A. B. e BOUERES, João Flávio da S. A.. **O Acesso à Justiça e as Formas Alternativas de Solução de Conflitos**. Disponível em: <<http://www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direito-constitucional/257-oacessoajustica.html>>. Acesso em: 02 mai. 2016.

²¹³ PAULA, Alexandre de. **Código de Processo Civil Anotado**. São Paulo: RT, 1986. v. II. p. 552.

instrumento processual de vital importância para a obtenção da imprescindível celeridade e efetividade da prestação jurisdicional.”²¹⁴

Os meios de solução de conflitos, embora ainda recebam críticas de estudiosos, que não conseguem afastar do Estado o dever de prestar a justiça, eis que o processo “vai além do interesse das partes. Ao movimentar-se a estrutura do Judiciário, para a solução de uma lide, toda a sociedade vê-se envolvida”²¹⁵, assim àquele compete a garantia da paz social. Porém, segundo Celso Agrícola Barbi são necessários atributos, como a conciliação, para acelerar o final dos processos, posto que, “o aumento de feitos judiciais nem sempre pode ser acompanhado do acréscimo de meios materiais e humanos para enfrentá-los.”²¹⁶ Sendo que, com a conciliação, se pretendeu “restabelecer o procedimento “oral”, prestigiando notadamente os princípios da imediatidade e da concentração.”²¹⁷

A tentativa de conciliação a qualquer tempo, no decorrer do processo é pertinente, sendo o juiz livre para intentá-la²¹⁸, assim podem as partes “se autocomporem, pondo assim termo à lide”.²¹⁹

O juiz deverá estimular “o encerramento do processo através de concessões mútuas na abertura da audiência preliminar, bem assim da audiência de instrução e julgamento,”²²⁰ sendo ela um meio consensual para encerrar um litígio, onde “as decisões cabem aos envolvidos com a ajuda de um terceiro imparcial que atua como um facilitador do acordo, criando um contexto propício para o

²¹⁴ ANDRIGHI, Fátima Nancy. **O instituto da conciliação e as inovações introduzidas no Código de processo civil brasileiro**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 727, maio/1996. p. 30.

²¹⁵ SCHMIDT JUNIOR, Roberto Eurico. **O Novo Processo Civil: Comentários aos artigos alterados pelas Leis 8.950/94, 8.951/94, 8.952/94, 8.953/94**. Curitiba: Juruá, 1995. p. 36.

²¹⁶ BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. I. p. 387.

²¹⁷ ALVIM, J. E. Carreira. **Código de Processo Civil Reformado**. 6. ed. Curitiba: Juruá, 2007. p. 66.

²¹⁸ BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. I. p. 388.

²¹⁹ ALVIM, J. E. Carreira. **Código de Processo Civil Reformado**. 6. ed. Curitiba: Juruá, 2007. p. 66.

²²⁰ MONTENEGRO, FILHO. Misael. **Código de processo civil comentado e interpretado**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 182-183.

entendimento mútuo, à aproximação dos interesses e a harmonização das relações.”²²¹

Para Pontes de Miranda a “desistência da “ação” e a confissão não têm o tratamento da conciliação, mesmo se há transação, pois não se exige mais do que a homologação do termo de homologação.”²²²

A conciliação é de suma relevância dentro do processo, tanto que, é prevista na audiência preliminar, por estipulação do art. 331 Código de Processo Civil, também, há uma tentativa na audiência de instrução e julgamento, de acordo com o art. 448 do mesmo *codex*²²³, ou mesmo “[...] instituiu-se o dever do juiz de tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes, pouco importando a fase em que esteja o processo (no começo, no meio ou no fim), quando pressentir (ou for cientificado que haja clima para a conciliação).”²²⁴

Segundo Isabella Cunha o objetivo da conciliação é a harmonização e ajustamento, de forma consensual de uma “questão controvertida entre duas ou mais pessoas, acerca de um negócio, um contrato ou uma estipulação qualquer”.²²⁵

Com a conciliação ocorrerá “o fim da controvérsia em si mesma através de concessões mútuas; se não houver acordo, a conciliação é considerada fracassada.”²²⁶ Assim o ato de promovê-la, busca com que os litigantes “entrem em acordo, dispensando uma decisão de mérito do juiz, cuja sentença passa a ser meramente

²²¹ VAL JUNIOR, Lídio. **A conciliação como forma de pacificação e mudança social**. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Marília, Marília. p. 80. Disponível em: <www.dominiopublico.gov.br>. Acesso em 20 abr. 2016.

²²² MIRANDA, Pontes. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo V: arts. 444 a 475. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 13.

²²³ ALVIM, J. E. Carreira. **Código de Processo Civil Reformado**. 6. ed. Curitiba: Juruá, 2007. p. 66.

²²⁴ ALVIM, J. E. Carreira. **Código de Processo Civil Reformado**. 6. ed. Curitiba: Juruá, 2007. p. 66.

²²⁵ CUNHA, Isabella Silva Campos Rezende. **Crise Da Justiça E Meios De Solução Extrajudicial De Conflitos**. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/articles/5266/1/crise-da-justica-e-meios-de-solucao-extrajudicial-de-conflitos/pagina1.html>>. Acesso em: 02 mai. 2016.

²²⁶ RODRIGUES, Horácio Wanderlei *apud* LIMA, Daniel Henrique Sprotte; SIVIERO, Filipe A. B. e BOUERES, João Flávio da S. A.. **O Acesso à Justiça e as Formas Alternativas de Solução de Conflitos**. Disponível em: <<http://www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direito-constitucional/257-oacessoajustica.html>>. Acesso em: 02 mai. 2016.

homologatória da vontade das partes, embora com o mesmo valor de uma sentença ordinária.”²²⁷ E ainda:

[...] conciliando-se as partes, o juiz homologará o ato celebrado entres estas, passando ele a ter a mesma eficácia pacificadora de uma sentença que julgasse o mérito, solucionando questões (art. 331, § 1º, e art. 449, Código de Processo Civil de 1973); extingue-se o processo com julgamento de mérito, o que significa que as disposições ajustadas pelas partes e homologadas pelo juiz ficarão imunizadas pela coisa julgada material e em princípio só poderão ser rescindidas pela via da ação rescisória (art. 269, II, III e V, arts. 467-468 e art. 485, CPC).²²⁸

Desta forma, o *decisum* passa a ser um título judicial e poderá ser executado, em caso de descumprimento.

4 NATUREZA JURÍDICA

No tocante à natureza jurídica da conciliação existem várias correntes tratando do assunto, uma delas dizendo que é negócio jurídico, outra dizendo não exerce função jurisdicional e sim, administrativa, e outra ainda dizendo que se trata de natureza híbrida.

4.1 CARÁTER JURISDICIONAL

Para Carreira Alvim é ato jurisdicional sendo atribuição do juiz que não pode delegá-lo ao outrem, ainda que, um serventuário da justiça.²²⁹

Este instituto é um “ato jurisdicional de caráter contencioso quando realizada por órgão jurisdicional, antes ou dentro do

²²⁷ SOIBELMAN, Leib. Enciclopédia Jurídica Eletrônica *apud* VOLPI, Elon Kaleb Ribas. **Conciliação na Justiça Federal. A indisponibilidade do interesse público e a questão da isonomia.** Disponível em: <<http://www.iuspedia.com.br>>. Acesso em: 02 mai. 2016.

²²⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil.** 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 703.

²²⁹ ALVIM, J. E. Carreira. **Código de Processo Civil Reformado.** 6. ed. Curitiba: Juruá, 2007. p. 66.

processo”²³⁰ isto por que é aplicada “após o aperfeiçoamento da relação processual [...]”²³¹

Wilson Batalha estabelece a natureza jurídica da conciliação, mencionando que a Conciliação constitui negócio jurídico que tem efeitos substanciais entre as partes, mas não só entre elas, também entre elas e o órgão judicial. Aplicam-se conciliação os princípios que regem os contratos jurídicos e também os princípios pertinentes à coisa julgada²³².

A conciliação como dito acima tem caráter de negócio jurídico.

4.2 FUNÇÃO ADMINISTRATIVA

Ao contrário defendendo a função meramente administrativa da conciliação temos Theodoro Junior, “que considera a conciliação, juntamente com a transação e a arbitragem. como substitutivos da jurisdição, uma vez que através desses institutos “pode a lide encontrar solução por outros caminhos que não a prestação jurisdicional”²³³.

E dentro daqueles que pregam a natureza jurídica administrativa da conciliação encontra-se aqueles que dizem que tal função é do juiz, efetivada como função administrativa, disciplinadora de interesses privados.²³⁴

Já nesta visão passa a ter a função administrativa aquela do juiz conciliar as partes.

²³⁰ VAL JUNIOR, Lídio. **A conciliação como forma de pacificação e mudança social**. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Marília, Marília. p. 87. Disponível em: <www.dominiopublico.gov.br> . Acesso em 20 abr. 2016.

²³¹ Idem.

²³² BATALHA, Wilson de Souza Campos *apud* SILVA, Marcelo Alves da. **A conciliação como base de resolução de conflitos individuais trabalhistas** in Revista Jurídica da Faculdade União. Ano 1 – nº. 1 – outubro de 2007. Disponível em: <www.uniao.edu.br/revistajuridica/pdf/artigo7.pdf> Acesso em: 02 mai. 2016.

²³³ THEODORO JÚNIOR, Humberto *apud* SILVA, Marcelo Alves da. **A conciliação como base de resolução de conflitos individuais trabalhistas**. In Revista Jurídica da Faculdade União. Ano 1 – nº. 1 – outubro de 2007. Disponível em: <www.uniao.edu.br/revistajuridica/pdf/artigo7.pdf> Acesso em: 02 mai. 2016.

²³⁴ CENEVIVA, Walter *apud* VAL JUNIOR, Lídio. **A conciliação como forma de pacificação e mudança social**. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Marília, Marília. p. 79. Disponível em: <www.dominiopublico.gov.br> . Acesso em 20 abr. 2016.

4.3 NATUREZA HÍBRIDA

Em último caso, temos ainda precursores da natureza híbrida da conciliação, tanto que Lamarca estabelece: "Pelo menos com relação ao nosso direito positivo, parece-nos que a verdade se encontra com Calamandrei: é a conciliação um ato intermediário, híbrido, que participa tanto da natureza do ato administrativo, quanto do ato jurisdicional"²³⁵.

Já para esta corrente doutrinária, é tanto uma função administrativa como jurisdicional a prestação da tutela judicial por ato do juiz.

5 A CLASSIFICAÇÃO DA CONCILIAÇÃO

Com relação à necessidade de haver ou não a conciliação, temos que ela poderá ser classificada como facultativa e obrigatória, quando, a primeira será realizada por interesse e de acordo com a vontade das partes, já a segunda, ocorrerá no curso do processo, e "em todas as questões que têm como objeto direitos disponíveis, e aqui incluímos a sua obrigatoriedade no procedimento do Juizado Especial Cível, vez que em tal procedimento a matéria nele abrangida é de menor complexidade e tem como objeto direitos disponíveis"²³⁶, e a segunda Francisco Gonçalves Neto, a falta dela poderá haver imposição de sanção.²³⁷

Sintetizando a idéia acima, de acordo com Ceneviva podemos dizer que: "Tendo em vista a intervenção do órgão estatal, a conciliação pode ser facultativa ou obrigatória. Na facultativa, a iniciativa é das partes, que o juiz recebe para homologar. Na

²³⁵ GIGLIO, Wagner *apud* SILVA, Marcelo Alves da. **A conciliação como base de resolução de conflitos individuais trabalhistas.** In Revista Jurídica da Faculdade União. Ano 1 – nº. 1 – outubro de 2007. Disponível em: < www.uniao.edu.br/revistajuridica/pdf/artigo7.pdf > Acesso em: 02 mai. 2016.

²³⁶ VAL JUNIOR, Lídio. **A conciliação como forma de pacificação e mudança social.** 2007. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Marília, Marília. p. 81. Disponível em: <www.dominiopublico.gov.br> . Acesso em 20 abr. 2016.

²³⁷ GONÇALVES NETO, Francisco. **Nótulas acerca da negociação, da conciliação e da arbitragem.** Disponível em <http://www.abdir.com.br/doutrina/ver.asp?art_id=&categoria=> Acesso em: 5 mai. 2016.

obrigatória, o juiz tem a obrigação de propor, havendo nulidade do processo se a providência não foi implementada.”²³⁸

Quanto ao momento de sua ocorrência, ela será preventiva, se se der antes do início do processo, e caso seja posterior a este ela é sucessiva ou intraprocessual.²³⁹

Em outras palavras, dá-se a conciliação podemos dizer que ela poderá ser extraprocessual, pré-processual ou informal, sendo a extraprocessual, o acordo para solução da pendência ocorrerá antes mesmo da instauração da lide²⁴⁰, sendo assim, pré-processual, “uma vez que o Estado-Juiz não utilizará dos artifícios jurisdicionais inerentes aos procedimentos judiciais”²⁴¹, ao mesmo tempo é encarada como informal, porque, as partes, buscarão decidir a questão com o auxílio de “agentes específicos (juízes leigos e conciliadores, por exemplo)”²⁴², e por ser uma atuação facultativa, as partes desde que não tenham conseguido sucesso na conciliação poderão ingressar judicialmente para conseguir a solução do litígio.²⁴³

Já a conciliação endoprocessual é aquela que se dá no curso de um processo judicial, sendo ela “uma modalidade de procedimento inerente à jurisdição, qualificando-se como autêntica atividade jurisdicional.”²⁴⁴

²³⁸ CENEVIVA, Walter *apud* VAL JUNIOR, Lídio. **A conciliação como forma de pacificação e mudança social**. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Marília, Marília. p. 79. Disponível em: <www.dominiopublico.gov.br> . Acesso em 20 abr. 2016.

²³⁹ VAL JUNIOR, Lídio. **A conciliação como forma de pacificação e mudança social**. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Marília, Marília. p. 88. Disponível em: <www.dominiopublico.gov.br> . Acesso em 20 abr. 2016.

²⁴⁰ VAL JUNIOR, Lídio. **A conciliação como forma de pacificação e mudança social**. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Marília, Marília. p. 101. Disponível em: <www.dominiopublico.gov.br> . Acesso em 20 abr. 2016.

²⁴¹ ALVES, Rafael Oliveira Carvalho. **Conciliação e acesso à justiça**. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/articles/11585/1/conciliacao-e-acesso-a-justica/pagina1.html>> Acesso em: 02 mai. 2016.

²⁴² ALVES, Rafael Oliveira Carvalho. **Conciliação e acesso à justiça**. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/articles/11585/1/conciliacao-e-acesso-a-justica/pagina1.html>> Acesso em: 02 mai. 2016.

²⁴³ VAL JUNIOR, Lídio. **A conciliação como forma de pacificação e mudança social**. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Marília, Marília. p. 81. Disponível em: <www.dominiopublico.gov.br> . Acesso em 20 abr. 2016.

²⁴⁴ ALVES, Rafael Oliveira Carvalho. **Conciliação e acesso à justiça**. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/articles/11585/1/conciliacao-e-acesso-a-justica/pagina1.html>> Acesso em: 02 mai. 2016.

Assim, passa-se a visão das modalidades de composição abaixo.

5.1 MODALIDADES DE COMPOSIÇÃO

Existem duas maneiras de solução pacífica dos conflitos, no âmbito da conciliação, sejam elas: pela autocomposição e pela heterocomposição.

A conciliação judicial é um encontro entre a autocomposição e a heterocomposição da lide, sendo a primeira, um meio de que as partes “tutelam seus interesses, fixando livremente o conteúdo do ato que irá compor o litígio [...]”,²⁴⁵ e na segunda há necessidade de uma pessoa estranha à relação que irá apenas auxiliar, orientar ou sugerir soluções, mas não decide o litígio, marca fundamental da heterocomposição.²⁴⁶

A autocomposição é aquela onde as partes solucionam a controvérsia através da desistência do autor, ou no fato do demandado reconhecer o pedido ou no caso de transação²⁴⁷, que é segundo o art. 840 do Código Civil, quando os interessados previnem ou terminam o litígio mediante concessões mútuas.²⁴⁸ É autocomposição porque são as partes que tutelam e ajustam seus interesses.²⁴⁹

²⁴⁵ CARNEIRO, Athos Gusmão. **A conciliação no Novo Código de Processo Civil**, in Revista dos Tribunais, ano 64, Janeiro 1975, v. 471, São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda.. p. 21.

²⁴⁶ VAL JUNIOR, Lídio. **A conciliação como forma de pacificação e mudança social**. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Marília, Marília. p. 87. Disponível em: <www.dominiopublico.gov.br>. Acesso em 20 abr. 2016.

²⁴⁷ LIMA, Domingos Sávio Brandão. **Conciliação** in FRANÇA, R. Limongi. Enciclopédia Saraiva de Direito. 17 v. Coordenação do Prof. R. Limongi França. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 108 *apud* HESKETH, Maria Avelina Imbiriba. A conciliação: dever ético do advogado em busca da paz e da justiça. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1205505770174218181901.pdf>> Acesso em: 02 mai. 2016.

²⁴⁸ BRASIL. **Lei 10.406/2002 (Lei Ordinária) 10/01/2002. Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 20 mai. 2016.

²⁴⁹ LIMA, Domingos Sávio Brandão in FRANÇA, R. Limongi. **Enciclopédia Saraiva de Direito**. 17 v. Coordenação do Prof. R. Limongi França. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 108 *apud* HESKETH, Maria Avelina Imbiriba. **A conciliação: dever ético do**

Já a heterocomposição ocorre no âmbito da justiça comum ou da arbitral, no exercício da jurisdição, representando o Estado de Direito e por meio de um processo, sendo a decisão sobre o caso imposta por um terceiro imparcial, que buscará solução através de juízo da equidade entre as partes²⁵⁰.

6 PRESSUPOSTOS DA CONCILIAÇÃO

De acordo com Mário Aguiar Moura, são dois objetivo e subjetivo²⁵¹: Desta maneira temos que:

Caráter objetivo – a que se atentar ao objeto sobre o que versa o pedido, bem como se ele é válido, se tem seu desenvolvimento assegurado, não sendo, por exemplo, causa de julgamento antecipado, indeferimento do pedido. Poderá ocorrer mesmo, que não tenham provas a ser produzidas, quer por que as partes não requereram, quer porque o juiz não as ordenou de ofício.

Caráter subjetivo – direitos disponíveis e de caráter patrimonial. Posto que, “os direitos não patrimoniais como os personalíssimos são irrenunciáveis, incessíveis e assim também insuscetíveis de conciliação no processo, por via de consequência.”²⁵²

7 CONCILIAÇÃO E NATUREZA DO DIREITO: DIREITO DISPONÍVEL E DIREITO INDISPONÍVEL

Roberto Eurico Schmidt Junior diz que só se é possível a conciliação quando se estiver em curso direito disponível, e segundo ele “de nada adianta tentar conciliar as partes – que, em síntese, significa buscar acordo, tratando-se na lide de direito indisponível,

advogado em busca da paz e da justiça. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1205505770174218181901.pdf>>

Acesso em: 02 mai. 2016.

²⁵⁰ CARNEIRO, Athos Gusmão. **Conciliação** in FRANÇA, R. Limongi. Enciclopédia Saraiva de Direito. 17 v. Coordenação do Prof. R. Limongi França. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 123.

²⁵¹ MOURA, Mário Aguiar. **A tentativa de Conciliação no Processo Civil**, in Revista dos Tribunais, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 66, junho 1977, v. 500. p. 373.

²⁵² MOURA, Mário Aguiar. **A tentativa de Conciliação no Processo Civil**, in Revista dos Tribunais, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 66, junho 1977, v. 500. p. 374

como *v.g.*, o direito a alimentos.²⁵³ Esclarece ainda, como exemplo que, é renunciável a prestação de alimentos, podendo ser acordado o valor da pensão, sendo irrenunciável o direito aos alimentos²⁵⁴.

Desta maneira, “não faria sentido se designar audiência de conciliação, em se tratando de direito indisponível, pois as partes não poderiam transigir.²⁵⁵ Um exemplo, seria uma “ação de nulidade ou anulação de casamento, a absoluta indisponibilidade do objeto da lide (validade do vínculo) afasta a possibilidade de solução negociada”²⁵⁶.

Athos Gusmão Carneiro sobre este aspecto leciona que “a conciliação será possível nos limites da disponibilidade dos direitos (não patrimoniais) vinculados ao “status familiae”.²⁵⁷

Ocorre, porém, que deverá sim, ser marcada, pois embora não possam ser renunciados tais direitos, tampouco transigidos, poderão com a anuência do representante do Ministério Público, ser resolvidos os conflitos, desta natureza, isto com supedâneo na Lei n. 10.444/02, que ampliou o rol dos direitos que admitem conciliação²⁵⁸, estabelecendo que tais audiências, versaram sobre direitos que

²⁵³ SCHMIDT JUNIOR, Roberto Eurico. **O Novo Processo Civil**: Comentários aos artigos alterados pelas Leis 8.950/94, 8.951/94, 8.952/94, 8.953/94. Curitiba: Juruá, 1995. p. 37.

²⁵⁴ SCHMIDT JUNIOR, Roberto Eurico. **O Novo Processo Civil**: Comentários aos artigos alterados pelas Leis 8.950/94, 8.951/94, 8.952/94, 8.953/94. Curitiba: Juruá, 1995. p. 37.

²⁵⁵ SCHMIDT JUNIOR, Roberto Eurico. **O Novo Processo Civil**: Comentários aos artigos alterados pelas Leis 8.950/94, 8.951/94, 8.952/94, 8.953/94. Curitiba: Juruá, 1995. p. 63.

²⁵⁶ CARNEIRO, Athos Gusmão *In Proposição sobre a conciliação em audiência, seus requisitos e as conseqüências da falta de conciliação*, in Revista dos Tribunais, ano 64, Novembro 1975, v. 481, São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda.. p. 250.

²⁵⁷ CARNEIRO, Athos Gusmão, *In Proposição sobre a conciliação em audiência, seus requisitos e as conseqüências da falta de conciliação*, in Revista dos Tribunais, ano 64, Novembro 1975, v. 481, São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda.. p. 250.

²⁵⁸ VAL JUNIOR, Lídio. **A conciliação como forma de pacificação e mudança social**. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Marília, Marília. p. 106. Disponível em: <www.dominiopublico.gov.br> . Acesso em 20 abr. 2016.

admitem a transação²⁵⁹, ainda mais, se tais causas girarem “em torno de aspectos puramente quantitativos.”²⁶⁰

Tanto que, Nery Jr estabelece que “a transação pode ocorrer quer quando se trate de direitos disponíveis (transação *plena*), quer quando a causa verse sobre direitos indisponíveis (transação *parcial*)²⁶¹”, ainda mais porque, “ninguém mais indicado do que o próprio litigante para definir seu direito, quando está de boa-fé e age com o reto propósito de encontrar uma solução justa para a controvérsia que se estabeleceu entre ele e a outra parte.”²⁶²

Aplicando este entendimento ao direito de família e ao direito da personalidade, podemos citar que, a investigação de paternidade, garante o menor o direito de família, do reconhecimento da filiação e o direito da personalidade ao nome, assim, embora sejam irrenunciáveis, podem ser objeto de conciliação. Outro exemplo, seria, o direito à vida privada, vez que se pode quantificar o dano sofrido e tal acordo, será homologado por sentença.

7.1 ETAPAS DA CONCILIAÇÃO

Embora não haja necessidade de se seguir este elenco a risco, temos que a conciliação se desenvolve em quatro etapas:

[...] (a) na primeira delas, o conciliador esclarece às partes acerca do procedimento e as implicações legais do alcance do acordo; (b) na segunda, as partes manifestam suas posições e o conciliador, ouvindo-as e questionando-as sobre os fatos, deverá identificar os pontos convergentes e divergentes da controvérsia, criando atalhos para a terceira etapa; (c) na terceira, são criadas as opções para a solução da pendenga, inclusive, se for o caso, com informações técnicas ou sugestões de terceiros, visando o consenso ou o fechamento do

²⁵⁹ WAMBIER, Luiz Roberto et al. **Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo de conhecimento**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 480.

²⁶⁰ WAMBIER, Luiz Roberto et al. **Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo de conhecimento**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 479.

²⁶¹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de. **Código Civil Comentado**. 4.ed. rev., atual. e ampl. até 20 de maio de 2006. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 525.

²⁶² THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 44. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2006. v.I. p. 532.

acordo; (d) na quarta e última, a redação do acordo/transação e sua assinatura.²⁶³

Em simples palavras seria a conciliação uma forma de demonstrar o que seria o acordo, a demonstração das intenções das partes, bem como uma demonstração do que pode vir a ocorrer atingida a mesma e, com o consenso, passa-se a elaboração do termo a ser firmado pelas partes.

8 A NECESSIDADE DE DESIGNAÇÃO DA CONCILIAÇÃO

Esclarece Nery Jr. que a falta de tentativa de conciliação não gerará nulidade, citando “VI ENTA 43: Não se deve decretar a nulidade por omissão da tentativa de conciliação nas causas de natureza patrimonial.”²⁶⁴

Ao contrário para Athos Gusmão o juiz percebendo a ausência da audiência de conciliação, antes da sentença, poderá designar data para tal²⁶⁵, eis que se trata de “nulidade, sanável pela prática do ato omitido, sem necessidade de renovação do processo.”²⁶⁶

Ao contrário, Theotônio Negrão, cita jurisprudência nos seguintes termos: “[...] considerando a omissão da designação de

²⁶³ BRAGA NETO, Adolfo *apud* GONÇALVES NETO, Francisco. **Nótulas acerca da negociação, da conciliação e da arbitragem.** Disponível em <http://www.abdir.com.br/doutrina/ver.asp?art_id=&categoria=> Acesso em: 5 de maio de 2016.

²⁶⁴ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de. **Código Civil Comentado.** 4.ed. rev., atual. e ampl. até 20 de maio de 2006. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 576.

²⁶⁵ CARNEIRO, Athos Gusmão. In **Proposição sobre a conciliação em audiência, seus requisitos e as conseqüências da falta de conciliação**, in Revista dos Tribunais, ano 64, Novembro 1975, v. 481, São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda.. p. 248.

²⁶⁶ CARNEIRO, Athos Gusmão. In **Proposição sobre a conciliação em audiência, seus requisitos e as conseqüências da falta de conciliação**, in Revista dos Tribunais, ano 64, Novembro 1975, v. 481, São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda.. p. 250.

audiência de conciliação nulidade absoluta do processo: LEX-JTA 162/298.²⁶⁷

De outra sorte, se for após a homologação do acordo por sentença, será proposto em segunda instância um pedido para que anule todo o feito.²⁶⁸

A busca pela paz nos litígios deve ser tentada pela conciliação, tanto é que a ausência de audiência para tal, pode ser considerado nulo o feito.

9 DIFERENÇA ENTRE CONCILIAÇÃO E OS OUTROS MÉTODOS DE SOLUÇÃO ALTERNATIVO DE CONFLITOS

As formas alternativas para solução de conflitos de modo alternativo, são mediação, negociação, arbitragem e a conciliação, utilizados para evitar o ingresso de uma ação judicial.²⁶⁹

Segundo o Desembargador Vítor Lenza a conciliação é uma espécie de mediação, sendo que diferem no fato de que a mediação se dá com a interferência de um terceiro alheio às partes, com ou sem com terem as partes terem chegado a um consenso.²⁷⁰

Na conciliação judicial, de acordo com Carnelutti, objetiva-se uma “composição justa do litígio [...]”²⁷¹ sendo ela, mais célere que a mediação. Na conciliação, as partes “têm um acordo pré-concebido e buscam o conciliador para que este possa, intervindo no mérito da

²⁶⁷ NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto F.. **BRASIL. Código de Processo Civil e legislação processual em vigor**. 41 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 486.

²⁶⁸ CARNEIRO, Athos Gusmão. In **Proposição sobre a conciliação em audiência, seus requisitos e as conseqüências da falta de conciliação**, in Revista dos Tribunais, ano 64, Novembro 1975, v. 481, São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda.. p. 250.

²⁶⁹ ANDRIGHI, Fátima Nancy. **O instituto da conciliação e as inovações introduzidas no Código de processo civil brasileiro**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 727, maio/1996. p. 31

²⁷⁰ CUNHA, Isabella Silva Campos Rezende. **Crise Da Justiça E Meios De Solução Extrajudicial De Conflitos**. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/articles/5266/1/crise-da-justica-e-meios-de-solucao-extrajudicial-de-conflitos/pagina1.html>>. Acesso em: 02 mai. 2016.

²⁷¹ CARNELUTTI *apud* CARNEIRO, Athos Gusmão. in **A conciliação no Novo Código de Processo Civil**, in Revista dos Tribunais, ano 64, Janeiro 1975, v. 471, São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda. p. 21.

questão”²⁷² “[...] adequar os interesses das partes, de modo a garantir um acordo mais próximo de suas pretensões”.²⁷³

Outra diferença é no tocante ao papel do conciliador e do mediador, o conciliador pode opinar sobre o caso já o mediador não ele só poderá facilitar o diálogo entre as partes²⁷⁴, para que transacionem entre si buscando uma solução eficaz e razoável para estas.

A conciliação e a transação diferem-se porque a transação é ato privativo das partes, e a conciliação como é ato processual, depende de provocação judicial.²⁷⁵

A conciliação e a arbitragem são institutos diferentes. A Lei 9.307 de 23 de setembro de 1996 institui a arbitragem no direito nacional, sendo que neste método as partes indicam um árbitro através de uma cláusula compromissória previamente pactuada dentro de um contrato para solucionar a questão conflituosa que possa vir a ocorrer, aqui diferentemente da conciliação a decisão do escolhido é que prevalece e não a vontade das partes.²⁷⁶

²⁷² VIEIRA, Eugênio de Castro. **Os meios alternativos de solução de conflitos como instrumento de pacificação social e acesso à justiça**. In Pensar, Fortaleza, v. 9, n. 9, p. 50-53, fev. 2004 Disponível em: <<http://www.unifor.br/notitia/file/1677.pdf>> Acesso em: 02 mai. 2016.

²⁷³ VIEIRA, Eugênio de Castro. **Os meios alternativos de solução de conflitos como instrumento de pacificação social e acesso à justiça**. In Pensar, Fortaleza, v. 9, n. 9, p. 50-53, fev. 2004 Disponível em: < <http://www.unifor.br/notitia/file/1677.pdf>> Acesso em: 02 mai. 2016.

²⁷⁴ RODRIGUES, Horácio Wandertei *apud* LIMA, Daniel Henrique Sprotte; SIVIERO, Filipe A. B. e BOUERES, João Flávio da S. A.. O Acesso à Justiça e as Formas Alternativas de Solução de Conflitos. Disponível em: <<http://www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direito-constitucional/257-oacessoajustica.html>>. Acesso em: 02 mai. 2016.

²⁷⁵ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 44. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2006. v.I. p. 533.

²⁷⁶ **Direito & Defesa do Consumidor**. Disponível em: <http://www.portalbrasil.net/2006/colunas/direito/fevereiro_01.htm> Acesso em: 9 mai. 2016.

10 CONCLUSÃO

Assim, percebe-se ao longo da história que a conciliação é vantajosa, sendo mais célere e econômica, trazendo um resultado mais satisfatório, e, como uma forma de desafogar o Poder Judiciário. A agilidade conquistada pelos processos eletrônicos foi deveras importante à nossa sociedade, mas, a facilidade deste também trouxe inúmeros processos repetitivos, em razão disso, há sim que se reforçar a utilização dos métodos pacíficos de solução de conflitos, posto que a conciliação não inibe o acesso à justiça e sim fortalece, ainda mais para aqueles que realmente, precisam demandar e, tem seus feitos julgados com maior rapidez.

O acesso a uma audiência de conciliação é importante, posto que, muitas vezes o diálogo só acontece sob as vistas do juiz, que para ajudar na resolução da lide, coloca para os litigantes os prós e contras da solução amigável do conflito.

No Brasil, tal instituto quase sempre reinou no sistema judiciário, quer na época do império, com as ordenações filipinas, quer com a edição do Código de Processo Civil, que reforça a ideia de que a conciliação será proposta a qualquer tempo, a critério do juiz e em casos onde se admitam transação.

Frise-se não está sendo impedido, o acesso a justiça, pois a obrigatoriedade seria de tentar a conciliação e não de impô-la, assim, se não satisfeita a pretensão e/ou necessidade das partes, o processo continuará até final decisão do magistrado.

Assim, a conciliação é uma forma de mudança de paradigmas, não só dentro do Judiciário, mas também de mudanças de paradigmas sociais. A cultura do litígio está esgotada, e devem ser implementadas novas formas de solução de conflitos na sociedade, principalmente priorizando a pacificação social. Ou seja, é necessária uma política judiciária voltada para a paz,

Desta forma, verifica-se a necessidade da busca da conciliação, para que possa ser reafirmada a paz entre os povos.

REFERÊNCIAS

ALVES, Rafael Oliveira Carvalho. **Conciliação e acesso à justiça**. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/articles/11585/1/conciliacao-e-acesso-a-justica/pagina1.html>> Acesso em: 02 mai. 2016.

ALVIM, J. E. Carreira. **Código de Processo Civil Reformado**. 6. ed. Curitiba: Juruá, 2007. p. 66.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. **O instituto da conciliação e as inovações introduzidas no Código de processo civil brasileiro**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 727, maio/1996. p. 30.

BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. I. p. 387.

BORGES, Marcos Afonso *in* FRANÇA, R. Limongi. **Enciclopédia Saraiva de Direito**. 17 v. Coordenação do Prof. R. Limongi França. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 116.

BRAGA NETO, Adolfo *apud* GONÇALVES NETO, Francisco. **Nótulas acerca da negociação, da conciliação e da arbitragem**. Disponível em <http://www.abdir.com.br/doutrina/ver.asp?art_id=&categoria=> Acesso em: 5 de maio de 2016.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.soleis.adv.br/separacaojudicial.htm>. Acesso em: 02 mai 2016.

_____. **Lei 10.406/2002 (Lei Ordinária) 10/01/2002. Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 20 mai. 2016.

_____. **Lei 5.869/1973 (Lei Ordinária) 11/01/1973. Código de Processo Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm. Acesso em: 22 mai. 2016.

CARNEIRO, Athos Gusmão *in* FRANÇA, R. Limongi. **Enciclopédia Saraiva de Direito**. 17 v. Coordenação do Prof. R. Limongi França. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 127.

_____. **A conciliação no Novo Código de Processo Civil**, *in* Revista dos Tribunais, ano 64, Janeiro 1975, v. 471, São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda., p. 20.

CARNEIRO, Athos Gusmão *In* **Proposição sobre a conciliação em audiência, seus requisitos e as conseqüências da falta de conciliação**, *in* Revista dos Tribunais, ano 64, Novembro 1975, v. 481, São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda. p. 250.

CARVALHO NETO, Inacio de. **Separação e divórcio: teoria e prática**. 5. ed. 2.tir. Curitiba: Juruá, 2004, p. 123-124.

COMITÊ Paulista para a Década da Cultura da Paz. Um Programa da Unesco. 2001 a 2010. **A UNESCO e a Cultura da Paz**. Disponível em: http://www.comitepaz.org.br/a_unesco_e_a_c.htm. Acesso em: 02 maio 2016.

CUNHA, Isabella Silva Campos Rezende. **Crise Da Justiça E Meios De Solução Extrajudicial De Conflitos**. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/articles/5266/1/crise-da-justica-e-meios-de-solucao-extrajudicial-de-conflitos/pagina1.html>>. Acesso em: 02 mai. 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 703.

DIREITO & Defesa do Consumidor. Disponível em: <http://www.portalbrasil.net/2006/colunas/direito/fevereiro_01.htm> Acesso em: 6 mai. 2016.

DUPRET, Leila. Cultura de paz e ações sócio-educativas: desafios para a escola contemporânea. **Psicol. Esc. Educ. (Impr.)**, Campinas, v. 6, n. 1, p. 91-96, June 2002. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-85572002000100013&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 06 maio 2016. <http://dx.doi.org/10.1590/S1413-85572002000100013>.

FERNANDES, Fernando Faia. **Conciliação - Uma Alternativa Eficaz Para A Solução De Conflitos**. Disponível em: <http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/2855/CONCILIACAO_-_UMA_ALTERNATIVA_EFICAZ_PARA_A_SOLUCAO_DE_CONFLITOS> Acesso em: 02 mai. 2016.

FREGAPANI, Guilherme Silva Barbosa. **Formas alternativas de solução de conflitos e a Lei dos Juizados Especiais Cíveis** in Brasília a. 34 n. 133 jan./mar. 1997. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/web/cegraf/rii/Pdf/pdf_133/r133-11.PDF>. Acesso em: 02 mai. 2016.

GONÇALVES NETO, Francisco. **Nótlulas acerca da negociação, da conciliação e da arbitragem**. Disponível em <http://www.abdir.com.br/doutrina/ver.asp?art_id=&categoria=> Acesso em: 5 mai. 2016.

HESKETH, Maria Avelina Imbiriba. **A conciliação: dever ético do advogado em busca da paz e da justiça**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1205505770174218181901.pdf>> Acesso em: 02 mai. 2016.

LIMA, Daniel Henrique Sprotte; SIVIERO, Filipe A. B. e BOUERES, João Flávio da S. A.. **O Acesso à Justiça e as Formas Alternativas de Solução de Conflitos**. Disponível em: <<http://www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direito-constitucional/257-oacessoajustica.html>>. Acesso em: 02 mai. 2016.

LIMA, Domingos Sávio Brandão in FRANÇA, R. Limongi. **Enciclopédia Saraiva de Direito**. 17 v. Coordenação do Prof. R. Limongi França. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 109.

_____. in FRANÇA, R. Limongi. **Enciclopédia Saraiva de Direito**. 17 v. Coordenação do Prof. R. Limongi França. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 108 *apud* HESKETH, Maria Avelina Imbiriba. **A conciliação: dever ético do advogado em busca da paz e da justiça**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1205505770174218181901.pdf>> Acesso em: 02 mai. 2016.

LÔBO, Paulo. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 134.

MIRANDA, Pontes. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo V: arts. 444 a 475. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 13.

MONTENEGRO, FILHO. Misael. **Código de processo civil comentado e interpretado**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 182-183.

MOURA, Mário Aguiar. **A tentativa de Conciliação no Processo Civil**, in Revista dos Tribunais, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 66, junho 1977, v. 500. p. 373.

MUNIZ, Tânia Lobo. **Mediação - um instrumento de pacificação social: educar para a paz**. SCIENTIA IURIS, Londrina, v. 10, p. 243-270, 2006.

- NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto F.. **BRASIL. Código de Processo Civil e legislação processual em vigor**. 41 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 486.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de. **Código Civil Comentado**. 4.ed. rev., atual. e ampl. até 20 de maio de 2006. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 525.
- _____. **Código Civil Comentado**. 4.ed. rev., atual. e ampl. até 20 de maio de 2006. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 576.
- PAULA, Alexandre de. **Código de Processo Civil Anotado**. São Paulo: RT, 1986. v. II. p. 551.
- PINTO, Fernando in FRANÇA, R. Limongi. **Enciclopédia Saraiva de Direito**. 17 v. Coordenação do Prof. R. Limongi França. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 133.
- SAAD, Eduardo Gabriel; SAAD, Jose Eduardo Duarte; CASTELLO BRANCO, Ana Maria Saad. **CLT – Comentada**. 42 ed. São Paulo: LTr, 2009. p.1130.
- SCHMIDT JUNIOR, Roberto Eurico. **O Novo Processo Civil: Comentários aos artigos alterados pelas Leis 8.950/94, 8.951/94, 8.952/94, 8.953/94**. Curitiba: Juruá, 1995. p. 36.
- SILVA, Marcelo Alves da. **A conciliação como base de resolução de conflitos individuais trabalhistas** in Revista Jurídica da Faculdade União. Ano 1 – nº. 1 – outubro de 2007. Disponível em: < www.uniao.edu.br/revistajuridica/pdf/artigo7.pdf > Acesso em: 02 mai. 2016.
- THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 40. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2006. v.II. p. 514.
- _____. **Curso de direito processual civil**. 44. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2006. v.I. p. 533.
- VAL JUNIOR, Lídio. **A conciliação como forma de pacificação e mudança social**. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Marília, Marília. p. 79. Disponível em: <www.dominiopublico.gov.br> . Acesso em 20 abr. 2016.
- VIEIRA, Eugênio de Castro. **Os meios alternativos de solução de conflitos como instrumento de pacificação social e acesso à justiça**. In Pensar, Fortaleza, v. 9, n. 9, p. 50-53, fev. 2004 Disponível em: < <http://www.unifor.br/notitia/file/1677.pdf> > Acesso em: 02 mai. 2016.
- VITAGLIANO, José Arnaldo. **Coisa julgada e ação anulatória**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4206&p=2>>. Acesso em: 6 mai. 2016.
- VOLPI, Elon Kaleb Ribas. **Conciliação na Justiça Federal. A indisponibilidade do interesse público e a questão da isonomia**. Disponível em: <<http://www.iuspedia.com.br>>. Acesso em: 02 mai. 2016.
- WAMBIER, Luiz Roberto et al. **Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo de conhecimento**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 480.

A TUTELA DOS DIREITOS DAS MULHERES E O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS:

UMA INVESTIGAÇÃO TEÓRICA SOBRE OS NOVOS
PARADIGMAS SUBSTANCIAIS E SUAS LIGAÇÕES
CONCEITUAIS E METODOLÓGICAS COM O CAMPO
DO DIREITO INTERNACIONAL

*João Angelo Barbosa LIMA*²⁷⁷

*Caíque Tomaz Leite da SILVA*²⁷⁸

1 CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

As questões a que se pretendem examinar, sob foco da temática de novas tendências dos direitos humanos das mulheres – e conseqüentemente, sobre uma *transversalización de la perspectiva*

²⁷⁷ Discente do 9º Termo do Centro Universitário Toledo de Presidente Prudente/SP. Aluno-monitor de Teoria Geral do Estado e Ciências Políticas. Membro do Grupo de Estudos “Processo e Sistema Interamericano de Direitos Humanos” e “Estado Democrático de Direito: Aspectos políticos, jurídicos e filosóficos”, ambos vinculados ao Centro Universitário Toledo de Presidente Prudente/SP. Representante na 21ª Competição Anual de Direitos Humanos da American University College of Law (Washington, EUA). E-mail: joaoangelobarbosalima@gmail.com

²⁷⁸ Doutorando em Direito Público e pós-graduado em Direitos Humanos pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Portugal. Banca examinadora da American University (Washington-USA). Investigador do Instituto de Direito Penal Económico Europeu (IDPEE). Bolsista do curso de Direito Internacional Humanitário (IGC). Membro do grupo de trabalho encarregado da elaboração do Manual de direitos humanos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Professor convidado da pós-graduação em Direitos Humanos da Universidade de Coimbra. E-mail: caique.thomaz@hotmail.com

de género (*gender mainstreaming*)²⁷⁹ - a fim de se perquirir sobre uma revisão crítica da tutela das mulheres vítimas de violência na sociedade civil, bem como de situações análogas pertinentes como a das mulheres indígenas, migrantes, daquelas que procuram estabelecer e viver de acordo com uma orientação sexual ou ainda sobre outras condições que indiquem ao direito da mulher, devida e efetiva tutela jurisdicional efetiva²⁸⁰.

Por meio da Declaração Universal dos Direitos Humanos, a qual se estabeleceu o tratamento igualitário de gênero e que determinou todo um sistema evolutivo - axiológico de diversos tratados internacionais sobre os direitos das mulheres, chegou-se, assim, a toda extensão do ideário defendido por Norberto Bobbio em sua obra *A era dos direitos*²⁸¹.

Com efeito, as questões iniciais que fazem referência ao respeito e garantia dos direitos humanos das mulheres, fixam premissas pertinentes ao respeito da sistematização de pensamentos que levam a um contexto intercultural de direitos, mas que, inevitavelmente, se complementam.

Detida atenção para as questões teóricas e de praxis processuais da Corte Interamericana, a fim de se organizar toda uma ligação com as premissas iniciais, forneceram um espeque seguro

²⁷⁹ Na concepção da autora (...) '*Transversalizar la perspectiva de género es el proceso de evaluar las implicancias para mujeres y hombres de cualquier acción planificada, incluyendo legislación, políticas y programas, en todas las áreas y en todos los niveles. Es una estrategia para hacer que las preocupaciones y experiencias de las mujeres así como también de los hombres constituyan una dimensión integral del diseño, implementación, monitoreo y evaluación de políticas y programas en todas las esferas políticas, económicas y sociales de modo que las mujeres y los hombres se beneficien por igual y la desigualdad no sea perpetuada. El fin último es alcanzar la igualdad de los géneros*' (A/52/3). Esta definición es apropiada para describir lo que los órganos de supervisión internacional deberían hacer en el campo de los derechos humanos. (MEDINA, Cecilia. *Derechos Humanos de la Mujer ¿Dónde estamos ahora en las Américas?* Chile: Universidad de Chile, ?? p. 01)

²⁸⁰ Ver mais: MEDINA, C. *The Inter-American Commission on Human Rights and Women, with Particular Reference to Violence*, em M. Castermans, F. van Hoof y J. Smith (eds.) *The role of the Nation-State in the 21st Century. Human Rights, International Organizations and Foreign Policy. Essays in Honour of Peter Baehr*, Kluwer Law International, La Haya, 1998, pp. 117 – 134.

²⁸¹ (...) a história humana, embora velha de milênios, quando comparada às enormes tarefas que estão diante de nós, talvez esteja apenas começando". (BOBBIO, Norberto. *A era de direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 46).

para, em momento próprio, expor todos argumentos considerados como o ponto mais alto e profundo do trabalho.

A problemática, contudo, não se restringiu – como na maioria dos trabalhos a respeito e até da própria doutrina – a somente análise crítica a respeito da violação dos direitos das mulheres na sociedade civil, mas também, a situação das mulheres indígenas mediante uma transição paradigmática cultural, bem como sobre o tratamento desigual às mulheres afrodescendentes, migrantes e violações da liberdade sexual da mulher. Em verdade, parte da análise de toda celeuma muito se atentou as argumentações de *Hannah Arendt*²⁸² ao desdizer que as fundamentações dos direitos humanos não se atrelam a natureza humana, mas sim as *resoluções políticas*. Tal postura metodológica de examinar os casos temáticos de violações de direitos humanos não é destituída de relevância filosófica, visto que mais interessa para os rumos desta pesquisa a valoração de novas tendências dos direitos das mulheres.

Enfim, é sob estímulo da provocante passagem de *Cançado Trindade*²⁸³, em seu voto proferido no *Caso Ximenes Lopes versus Brasil*, onde afirma-se que a luta pela salvaguarda dos direitos humanos nos planos a um tempo nacional e internacional não tem fim, como no perene recomeçar, imortalizado pelo Mito de Sísifo. Bastou-se dizer: *A matéria de direitos humanos é ainda obra inacabada*.

2 RESPEITO E GARANTIA AOS DIREITOS HUMANOS DAS MULHERES: *PREMISSAS*

Aceita a premissa de que a arquitetura protetiva dos direitos humanos contribui eficazmente para o avanço de determinadas reflexões²⁸⁴ a respeito dos direitos das mulheres, levando-se em conta certas particularidades históricas²⁸⁵ e influencias domésticas de alguns países, idealizou-se que o respeito e garantia à estes

²⁸² DUARTE, André. *O pensamento à sombra da Ruptura, política e filosofia em Hannah Arendt*. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2000, p.43.

²⁸³ Corte IDH. *Voto separado no Caso Ximenes Lopes versus Brasil*. Sentença de 04.07.2006. Juiz Antônio Augusto Cançado Trindade.

²⁸⁴ LOCHAK, Daniele. *Les Droits de l'Homme. nouv edit*. Paris: La Découverte, 2005, p. 116.

²⁸⁵ Ver mais: TONG, Rosemaire Putnam. *Feminist Thought – a more comprehensive introduction*. Oxford: Westview press, 1998.

direitos²⁸⁶ concebia verdadeira chave conceitual para todo o sistema de investigativo.

Embora não seja objeto específico do trabalho, menciona-se que o processo de internacionalização dos direitos humanos²⁸⁷ muito cooperou para o fortalecimento da proteção e respeito dos direitos e redução do domínio reservado do Estado²⁸⁸, onde tanto nos termos propostos de Andrew Hurrel²⁸⁹ como nos de Lindgren Alves²⁹⁰, proporcionou-se uma *mentalidade avançada a respeito da proteção e difusão de certos direitos*.

Nesse contexto, a própria justificação do respeito e garantia dos direitos humanos levou a setorização da tutela dos direitos das mulheres. Contudo, não se limitando somente às perspectivas domésticas, mas bem como as dos Sistemas regionais – *como a maioria da doutrina se reporta* – revelou-se verdadeiro propósito do trabalho e em verdadeira tarefa de se analisar um novo paradigma da tutela dos direitos das mulheres na sociedade internacional, seja por meio da análise dos casos contenciosos da Corte IDH, seja por seleções temáticas de violações dos direitos das mulheres, como: Tutela dos direitos da mulher indígena; Mulheres na condição de migrantes, ou ainda sobre o direito à orientação sexual e direitos reprodutivos. Bastou-se, dizer: Embora cada aspecto mereça detida reflexão e trabalho apartado, são elementos constitutivos do que

²⁸⁶ CARVALHO RAMOS, André de. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 118-119; PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 7. ed., 2006, p. 282

²⁸⁷ Por todos: PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 2 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 92.

²⁸⁸ CASSESE, Antônio. *International Law*. New York. Oxford University Press, 2001, p. 350; LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 156; DUNSHE DE ABRANGES, C.A. *Proteção Internacional dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1964, p.149; SIMMA, Bruno. *International Human Rights and General International Law: a comparative analysis*. Collected Courses of the academy of European Law, v. IV, book 02, Netherlands: Kluwer Law International, 1995, p. 166.

²⁸⁹ POWER, Andrew Hurrel. *Principles and prudence: protecting human rights in a deeply divided world*. In: Tim Dunne and Nicholas J. Wheeler. *Human Rights in Global Politics*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999, p. 277.

²⁹⁰ ALVES, J.A. Lindgren. A declaração dos direitos humanos na pós modernidade. In: BOCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; ARAUJO, Nadia de (Org). *Os direitos humanos e o direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.164

então se denomina de um novo paradigma da tutela dos direitos humanos das mulheres.

Sob efeito, numa perspectiva trazida por Norberto Bobbio²⁹¹, onde o reconhecimento dos direitos é pressuposto para que se atinja a efetiva tutela e respeito aos direitos humanos – *que lhe rende boas críticas doutrinárias*²⁹² – mas que marcou o surgimento de uma estrutura normativa de proteção aos direitos das mulheres²⁹³. A partir das noções de igualdade de tratamento na Declaração Universal – *graças, em verdade, aos esforços de Eleanor Roosevelt* – é que evidenciou ampla evolução dos tratados internacionais a favor da mulher, sendo a Convenção da Guatemala (1979), o documento internacional que trouxe um progresso mais expressivo.

De todo modo, a estrutura normativa internacional trouxe o que é denominado por Rawls²⁹⁴ de *regras de ordem que são essenciais a um sistema de liberdades fundamentais*, remetendo, inclusive, ao tema de *constitucionalização do direito internacional*²⁹⁵. Afora toda longevidade que se possa alcançar com determinadas reflexões e premissas, certo é que a pessoa humana é valor que o direito deve proteger²⁹⁶, tanto em sede de legislação interna, quanto

²⁹¹ Partimos do pressuposto de que os direitos humanos são coisas desejáveis, isto é, que merecem ser perseguidos, e de que, apesar de sua desejabilidade, não foram ainda todos eles (por toda a parte) reconhecidos; e estamos convencidos de que lhes encontrar um fundamento, ou seja, aduzir motivos para justificar a escolha que fizemos e que gostaríamos fosse feita também pelos outros, é um meio adequado para obter para eles um mais amplo reconhecimento. (BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 9 ed. Rio de Janeiro: Campus, 2004, p. 09)

²⁹² LORENZETTI, Ricardo Luís. *Teoria da Decisão Judicial: Fundamentos do direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 265 – 267. Ver também: REICH, Norbert. *Postmodernismo em la teoria jurídica*. Derecho y economia em el estado social. Madrid: Tecnos, 1988, p. 113; TEUBNER, G. *After legal instrumentalism? Strategic model of postregulatory law*. Dilemas of law in the welfare state. New York: Teubner, 1986.

²⁹³ Embora não haja, no âmbito interamericano, um ponto fixo para se iniciar toda linha do tempo, podemos citar a criação da Comissão Interamericana das Mulheres (CIM) em 1928, Havana (Cuba), cujo propósito era se estabelecer um centro de estudos sobre a condição legal da mulher nas Américas.

²⁹⁴ RAWLS, John. *Las libertades fundamentales y su prioridad Libertad, igualdad, y derecho*. Barcelona: Ariel, 1988, p. 16.

²⁹⁵ Para mais estudos acerca do tema, conferir: LEITE DA SILVA, Caíque. *Do realismo à constitucionalização do direito internacional*. Londrina: Revista de Direito Público, v.9, n.01 jan/abr. 2014, p. 135 – 162.

²⁹⁶ LEDESMA, Héctor Faúndez. *El sistema interamericano de proteccion de los derechos humanos, aspectos institucionales y procesales*. 3 ed. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004, p. 25; Ver mais: CARVALHO RAMOS,

no âmbito internacional, principalmente quando se está diante de novos paradigmas dos direitos humanos das mulheres.

3 A CORTE INTERAMERICANA E A IMPLEMENTAÇÃO DE SENTENÇAS: ASPECTOS TEÓRICOS E A PRÁXIS PROCESSUAL

Como se sabe, após a condenação de um Estado perante a Corte IDH, surge-se toda uma questão relevante acerca do cumprimento da sentença, bem como de sua implementação. Por outro lado, a determinação do teor da obrigação de executar as sentenças decorre pelo não cumprimento primário da responsabilidade assumida pelo Estado²⁹⁷.

A vista de todo um panorama, crítica inicial que merece destaque é a formulada por Carvalho Ramos²⁹⁸, onde aborda problemática logística de uma Corte para 550 milhões de pessoas, fazendo pensar a respeito da real efetividade do sistema procedimental bifásico do Sistema Interamericano²⁹⁹. A esta observação, Cançado Trindade³⁰⁰ propõe *alternativamente* o acesso

André de. *Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

²⁹⁷ ECHR. *Papamichalopoulos and others v. Greece* (Article 50), 31 October 1995, Series A no. 330-B, §34; *Scozzari and Giunta v. Italy*, 13 July 2000, §249. Mais recentemente: *Scordino v. Italy* [GC], 29 March 2006, §233; Fourth Section, *Johansson v. Finland*, 6 September 2007, §64; *Manoussakis and others v. Greece*, 26 September 1996, §45.

²⁹⁸ CARVALHO RAMOS, André de. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 262.

²⁹⁹ Afora a questão entre efetividade e segurança do Sistema Interamericano, Christine Cerna (2001, p. 77) relata que alto são os gastos com poucos casos da Corte, prevalecendo, portanto, certa crítica doutrinária a respeito das práticas processuais internacionais. (The Inter-american system for the protection of human rights. In 95 *American Society of International Law Proceedings*. 2001, p. 75-79).

³⁰⁰ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *O Direito Internacional em um mundo em transformação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 686; *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos* (1948 – 1995): evolución, estado actual y perspectivas, in BARDONNET, Daniel e CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto (orgs.). *Derecho Internacional y Derechos Humanos/ Droit International et Droits de l'Homme*, La Haye, 1996, p. 47 – 95; CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. The consolation of the procedural capacity of individuals in the evolution of the international protection of human rights: present state and perspectives at the turn of the century, in 30 *Columbia Human Rights Law Review* (1998), n. 01, p. 01 – 27.

direto a Corte, impedindo, assim, uma filtragem excessiva que prejudica a prestação de uma *tutela judicial efetiva*³⁰¹.

O assunto, verdadeiramente, tem implicação sobre a operabilidade prática da tutela interamericana, onde, apesar de serem extensas as condenações temáticas (desaparecimento forçado³⁰², massacres³⁰³, tortura³⁰⁴, e demais) evidente se demonstrou certa problemática latente ao se constatar a não executividade das sentenças da Corte³⁰⁵. A isto, recorre-se a dispositivos auxiliares, como as figuras de monitoramento das sentenças, intituladas de *Compliance*³⁰⁶ e *Treaty Bodies*³⁰⁷. Deste modo, aponta-se, segundo o

³⁰¹ BOLFERR, Sabrina Ribas. Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: PIOVESAN, Flávia (coord.). *Derechos Humanos*. Curitiba: Juruá, 2006. vol.I. p. 636.

³⁰² Corte IDH. *Caso Ticona Estrada y otros Vs. Bolivia*. Sentencia del 27 de noviembre de 2008. Fondo, Reparaciones y Costas, Série C, nº 191; *Caso Anzualdo Castro vs. Peru*. Sentencia de 22 del septiembre de 2009. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Série C, nº 202; *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Sentencia del 23 de noviembre de 2009. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Série C, nº 209.

³⁰³ Corte IDH. *Caso Massacre Plán de Sánchez vs Guatemala*. Sentencia del 29 de abril de 2004. Fondo. Série C, nº 105; *Caso de lo Masacre de Paripán vs Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Fondo, Reparaciones y Costas. Série C, nº 134; *Caso de la Massacre del Pueblo Bello vs Colombia*. Sentencia de 31 de enero de 2006. Fondo, Reparaciones y Costas. Série C, nº 140; *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*. Sentencia del 01 de julio de 2006. Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Série C, nº 148; *Caso de la Masacre de la Rochela vs Colombia*. Sentencia del 11 de mayo de 2007. Fondo, Reparaciones y Costas. Série C, nº 163; *Caso de la Masacre de las Dos Erres vs Guatemala*. Sentencia del 24 de noviembre de 2009. Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Série C, nº 211.

³⁰⁴ Corte IDH. *Caso Loyaza Tamayo vs. Peru*. Sentencia del 17 de septiembre de 1997. Fondo. Série C, nº33; *Caso de la " Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros) vs Guatemala*. Sentencia del 08 de marzo de 1998. Fondo. Série C, nº 37; *Caso Cesti Hurtado vs. Peru*. Sentencia del 29 de septiembre de 1999. Fondo. Série C, nº56; *Caso Cantoral Bonavides vs. Peru*. Sentencia del 18 de agosto de 2000. Fondo. Série C, nº 69; *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Peru*. Sentencia del 08 de julio de 2004. Fondo, Reparaciones y Costas. Série C, nº 110; *Caso Tibi vs. Ecuador*. Sentencia del 07 de septiembre de 2004. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Série C, nº 114.

³⁰⁵ ANDRADE, Isabela Piacentini. *A execução das sentenças da Corte Interamericana*. Revista Brasileira de Direitos Internacional. Curitiba, v.3, n.3, jan./jul. 2006.

³⁰⁶ Ver mais: RAMAZINI, Isabela Gerbelli Garbin. *O prometido é devido: compliance no sistema interamericano de direitos humanos*, 2014. Tese (Doutorado em Relações Internacionais) – Instituto de Relações Internacionais, Universidade de São Paulo: São Paulo, 2014.

³⁰⁷ RAMOS, André Carvalho de. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 316.

proposto de *André de Carvalho Ramos*, para uma *crise de efetividade*³⁰⁸.

Tais soluções à problemática, demonstram-se insuficientes por não assegurarem uma segurança jurídica às vítimas de violações de direitos humanos e da possibilidade dos Estados-réus de continuarem a assumir uma postura pretérita. Enquanto no âmbito doméstico brasileiro se debatia sobre a dispensa de homologação da sentença internacional e concessão do *exequatur* à carta rogatória³⁰⁹, o caso *Loyaza Tamayo versus Peru*³¹⁰, em decisão inovadora, trouxe a sistemática de que, embora se tenha obrigatoriedade não se tem executividade da sentença, o Estado possui liberdade para disciplinar leis próprias que versem sobre a forma de cumprimento da sentença³¹¹. Em contrapartida, a doutrina alemã a despeito da Corte Européia (*Europäischer Menschenrechtskonvention*), traz o entendimento de que deve-se admitir uma postura recursal quase que supranacional, ou seja, deve-se haver a obrigatoriedade do

³⁰⁸ RAMOS, André Carvalho de. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 262.

³⁰⁹ HITTERS, Juan Carlos. *Efectos de las sentencias y de los laudos arbitrales extranjeros*. Revista del Colegio de Abogados de La Plata. La Plata, año XXXV, n. 56, 1995, p. 292; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. pp. 736 e 737

³¹⁰ Ver mais: Corte IDH. *Case of Loayza-Tamayo vs. Peru*. Monitoring Compliance with Judgment. Order of the Inter-American Court of Human Rights of September 22, 2006.

³¹¹ Prenota-se, ainda, questão controvertida a respeito: Embora seja pacífico na doutrina internacional a mera dispensabilidade da homologação da sentença internacional pelo STJ, quais, efetivamente, são os reflexos do pronunciamento da Corte a respeito da liberdade do Estado-réu em cumprir a sentença, sendo que na maioria dos casos, as Constituições são omissas a respeito? – A respeito, Flávia Piovesan anota: “ (...) ao consagrar o primado do respeito a estes direitos como paradigma propugnado para a ordem internacional, este princípio invoca, por assim dizer, a abertura das ordens jurídicas nacionais ao sistema internacional de proteção aos direitos humanos. Por isso, ao processo de institucionalização do Direito Internacional conjoinde-se o processo de internacionalização do direito Constitucional, mediante a adoção de cláusulas constitucionais abertas, que permitem a integração entre a ordem constitucional e a ordem internacional, especialmente no campo dos direitos humanos (PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o direito constitucional internacional*. 4 ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 08).

cumprimento das sentenças internacionais³¹² e que garanta a devida indenização às vítimas³¹³.

Por todo exposto, as considerações interpostas nos direcionam a questões axiológicas acerca da efetividade do respeito e garantias dos direitos humanos das mulheres.

4 ANÁLISE CRÍTICA SOBRE OS NOVOS PARADIGMAS DOS DIREITOS HUMANOS DAS MULHERES

Os pensamentos e detidas reflexões anteriormente estabelecidas, mesmo que de forma não tão sistematizada, serviram de balizas para se atingir o ápice de todo o trabalho: Uma análise crítica a respeito das novas tendências dos direitos humanos das mulheres no âmbito regional interamericano.

A tutela internacional em busca da *igualdade de gêneros*³¹⁴, enquanto parâmetro inicial da análise, reflete na obrigação estatal de

³¹² MURRAY, Peter L.; STÜNER, Rolf. *German Civil Justice*. Durham: Carolina Academic Press, 2004.

³¹³ A Corte no caso Aloeboetoe vs. Suriname, determinou a criação de uma fundação a fim de melhor garantir o cumprimento da indenização pecuniária à vítima, bem como no caso Comunidade Moiwana, onde adotou-se o Fundo de Desenvolvimento. (RAMÍREZ, Sergio García. La jurisprudencia de la Corte interamericana de derechos humanos en materia de reparaciones. In: *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un Cuarto de Siglo: 1979-2004*. San José, C.R.: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005, p. 44; AYALA CORAO, Carlos M. La ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: *Estudios Constitucionales*. Año 5, n. 1. Chile: Universidad de Talca, 2007, p. 174). A despeito, Cançado Trindade (1999, p. 184) alerta que é de se esperar que todos os Estados-partes busquem equipar-se para assegurar a fiel execução das Sentenças da Corte Interamericana. (...) As vítimas de violações de direitos humanos, em cujo favor tenha a Corte Interamericana declarado um direito – quanto ao mérito do caso, ou reparações lato sensu, - ainda não têm inteira e legalmente assegurada a execução das sentenças respectivas no âmbito do direito interno dos Estados demandados. Cumpre remediar prontamente esta situação. (*Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Fabris, 1999, v. II, p. 184.)

³¹⁴ A respeito, a Corte destacou a Opinião Consultiva 4/84, onde estipulava: ‘‘ a noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo conprivilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza’’ (Corte IDH. *Propuesta de*

não se descriminar a mulher enquanto gênero, mediante sua condição cultural ou liberdade de orientação sexual e direitos reprodutivos³¹⁵, atingindo uma posição de combate às práticas discriminatórias.³¹⁶

Caso paradigmático *Maria da Penha*, enquanto situação de violência doméstica onde o Estado não age com a devida diligência mediante repetidas denúncias, demonstra a mais típica violação aos direitos da mulher³¹⁷. Contudo, em situações de violência sexual e ineficiência do acesso à justiça, que este conceito estava intimamente interligado ao de tortura³¹⁸, uma vez que tal ato infligia sofrimentos físicos e mentais na vítima³¹⁹. Como facilmente se percebe, o encaminhamento desta temática, pressupõe, necessariamente, que novos modelos temáticos de violações aos direitos das mulheres não estarão atrelados unicamente a sua condição sexual, mas também às condições culturais, afetivas e sociais.

Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, párr. 55.)

³¹⁵ A respeito dos direitos humanos das mulheres enquanto ao aborto no Sistema Europeu, conferir: Corte EDH. *Case of A, B and C v. Ireland*, Fondo, sentencia de fecha 16 de diciembre de 2010.

³¹⁶ Corte IDH. *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párr. 141 y Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, Serie A No. 18, párr. 88, citados en Corte IDH, *Caso López Álvarez vs. Honduras*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, párr. 170; véase también *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 44; y *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización*. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, párr. 54, citados en Corte IDH, *Caso Yatama Vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párr. 185.

³¹⁷ A comissão estabeleceu que a ineficiência judicial facilita a perpetuação de um ambiente de violência doméstica, uma vez que a involuntariedade do Estado acarreta a ausência de sanção destes atos. (CIDH. *Informe de fondo* nº 54/01, Caso 12.051, *Maria da Penha Fernandes* (Brasil), 16 de Abril de 2001, párr. 56).

³¹⁸ CIDH, Informe de Fondo Nº 5/96, Caso 10.970, Raquel Martín de Mejía (Perú) del 1º de marzo de 1996; Informe de Fondo Nº 53/01, Caso 11.565, Ana, Beatriz, y Cecilia González Pérez (México), 2 de abril de 2001.

³¹⁹ CIDH, Informe de Fondo Nº 5/96, Caso 10.970, Raquel Martín de Mejía (Perú) del 1º de marzo de 1996. Sección V. Consideraciones Generales, B. Consideraciones sobre el fondo del asunto.

Num emblemático caso de violação aos direitos das mulheres indígenas³²⁰, registrou-se que por haver uma transição cultural paradigmática, deve-se ampliar o acesso à justiça e também a averiguação de violações de direitos humanos, por se tratar de categoria hipossuficiente que merece uma tutela especial em relação aos seus direitos³²¹. Essa concepção – que se vê como uma *primeira nova tendência dos direitos humanos das mulheres*, traz insita a ideia de que a vulnerabilidade da vítima se afere de acordo com seu grau cultural de interação social, ocasionando efeitos muito mais intensos decorrentes das violações, visto que a soma da característica sexual feminina com a condição cultural indígena, pode afetar o acesso à justiça.

Em busca de novas tendências, os aspectos sobre as condições políticas de um Estado também refletem na tutela dos direitos humanos, tanto o é que a situação dos direitos das mulheres em um contexto de conflito armado amplia as violações e destruições da dignidade da mulher a nível cultural, social, familiar e individual, a fim de que tal prática do Estado seja melhor avaliada em sede de Justiça de transição. É nisso que se explica no caso *Plán de Sanchez vs. Guatemala* e *Massacre de las dos Erres vs. Guatemala*³²². Daí se pode inferir que, ao se discutir sobre as novas tendências dos direitos humanos das mulheres, adentramos em outros campos materiais que fazem parte da problemática.

Basta imaginar – *para confirmação do argumento* – a situação de desaparecimento de mulheres indígenas durante suposta ditadura militar, onde estão sendo apurados mediante condenação pela Corte Interamericana em temática de Justiça de transição.

Em razão do entendimento da Corte Interamericana, nos casos *Atala Riffo versus Chile* e *Artavia (fertilização in vitro) versus Guatemala*, considera-se que o Estado tem de respeitar a orientação sexual da mulher e o seu direito à fertilização in vitro a fins de

³²⁰Corte IDH, *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216, párr.295, párr. 185

³²¹ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214, párrs. 233-234.

³²²Corte IDH. *Caso de la Masacre de Las Dos Erres Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211, párr. 139.

otimização de tratamento médico, destacando-se uma *primeira tendência dos direitos das mulheres*.

Contudo, aspecto assaz era sobre a violência das mulheres em âmbito doméstico, o qual rendeu vários reflexos normativos. No entanto, um segundo novo paradigma surgiu com o caso *María Franco versus Guatemala*, quando a Corte decidiu que não o Estado não devia tão somente averiguar os casos de violência às mulheres e sua devida omissão, como se havia refletido no *Caso Maria da Penha versus Brasil*, mas também em casos de feminicídio, falta de acesso à justiça e certas políticas públicas a respeito. A exemplo, o ordenamento jurídico italiano³²³ que trata do tema com afinco, reconhece que a mentalidade interamericana, é muito mais desenvolvida por conta do real enfrentamento das problemáticas³²⁴.

Todos os questionamentos estabelecidos, geram reflexos na própria tutela da dignidade da pessoa humana³²⁵, enquanto confrontação sobre a valorização preestabelecida nos ordenamentos jurídicos³²⁶ e que, de certa maneira, possuem determinada relevância para uma análise crítica.

Sendo assim, de forma não tão sistematizada enquanto se pretendia, mas apenas rascunhos que direcionem uma análise crítica a respeito, foi o que se procurou nos argumentos. Atendendo-se até certas orientações à uma teoria crítica dos direitos humanos³²⁷, cujo reforço dos direitos e garantias formais de grupos desfavorecidos em

³²³ Ver mais: MOLLER OKIN, S. *Diritti delle donne e multiculturalismo*. Roma: Raffaello Cortina Editore, 2007.

³²⁴ SPINELLI, Barbara. *Femicidio: dati e riflessioni intorno ai delitti per violenza di gener*. Regione Emilia Romagna – Assessorato Promozione Politiche Sociali, A cura di C. Karadole e A. Pramstrahler, 2011, pp.125-142.

³²⁵ JACKSON, Vicki C. *Constitutional dialogue and human dignity: States and transnational constitutional discourse*. Montana Law Review, n.65, 2004, p. 15; NEUMAN, Gerald L. *Human dignity in United States constitutional law*. In: SIMON, Dieter; WEISS, Manfred (Ed.). *Zur autonomie des Individuums*, 2000, p. 250; WHITMAN, V. James Q. *The two western cultures of privacy: Dignity versus Liberty*. Yale Law journal, n. 113, 2004, p. 1151; MCCRUDEN, Christopher. *Human dignity and judicial interpretation of human rights*. European Journal of International Law, n.19, 2008, p. 155; GIRARD, Charlotte; HENNETTE-VAUCHEZ. *La dignité de la personne humaine: recherche sur un processus de juridicisation*, 2005, p. 24.

³²⁶ GRIMM, V. Dieter. Die Würde des Menschen ist unantastbar. In: *24 Kleine Reihe*. Stuttgart: Stiftung Bundespräsident-Theodor-Heuss-Haus, 2010, p. 05.

³²⁷ FLORES, Joaquin Herrera. Introducción General. In MOURA, Marcelo Oliveira de. *Irrompendo no Real: Escritos de Teoria Crítica dos Direitos Humanos*. Pelotas: Educat, 2005, p. 27.

alguns ordenamentos jurídicos, traduz todo o empenho de uma análise crítica das novas tendências dos direitos humanos das mulheres, reluziu em uma nova perspectiva científica.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Consoante a toda síntese do trabalho, algumas premissas básicas foram traçadas a fim de seguramente adentrar a problemática da efetivação das novas tendências dos direitos humanos das mulheres no âmbito interamericano. Em momento próprio, cuidou-se de trabalhar sob um panorama diferenciado com a qual a doutrina vem se debruçando. Então, algumas considerações finais são postas:

Primeira consideração final: Apesar de se iniciar com uma rápida lembrança sobre internacionalização dos direitos humanos, o foco realmente trabalhado foi do respeito e garantia dos direitos humanos das mulheres, onde, buscou-se recursos na doutrina estrangeira a fim de se perquirir premissas básicas seguras.

Segunda consideração final: Noutro viés, relevante importância sobre a sistemática de execução e monitoramento das sentenças da Corte tenha se demonstrado oportuna, pois justamente, embora se aja uma contradição lógica entre as premissas e a práxis processual, meios alternativos se revelam como parte da solução à problemática.

Terceira consideração final: Mediante a constatação de novas tendências dos direitos das mulheres no sistema interamericano, particularidades fundamentais foram de suma importância científica para a comprovação temática. De outro modo, busca-se determinado enfoque que cede uma característica científica as investigações, procurando-se prestar efetiva contribuição a comunidade internacional dos direitos humanos.

Acredita-se que as noções até aqui debatidas sejam úteis para o desenvolvimento do tema proposto, na medida em que se transplanta um tema esgotado para o campo da complexidade objetiva e subjetiva, a fim de reinventar teses já exaustivamente confrontadas.

REFERÊNCIAS

- ALVES, J.A. Lindgren. A declaração dos direitos humanos na pós modernidade. In: BOCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; ARAUJO, Nadia de (Org). **Os direitos humanos e o direito internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- ANDRADE, Isabela Piacentini. **A execução das sentenças da Corte Interamericana**. Revista Brasileira de Direitos Internacional. Curitiba, v.3, n.3, jan./jul. 2006.
- AYALA CORAO, Carlos M. La ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: **Estudios Constitucionales**. Año 5, n. 1. Chile: Universidad de Talca, 2007.
- BOBBIO, Norberto. **A era de direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BOLFER, Sabrina Ribas. Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: PIOVESAN, Flávia (coord.). **Direitos Humanos**. Curitiba: Juruá, 2006. vol.I.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **O Direito Internacional em um mundo em transformação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- _____. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Fabris, 1999, v. II.
- _____. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. 2ed., rev. e atual. Porto Alegre: Fabris, 2003.
- _____. El sistema interamericano de protección de los derechos humanos (1948 – 1995): evolución, estado actual y perspectivas, in BARDONNET, Daniel e CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto (orgs.). **Derecho Internacional y Derechos Humanos/ Droit International et Droits de l'Homme**, La Haye, 1996.
- _____. **The consolation od the procedural capacity of individuals in the evolution of the international protection of human rights**: preent state and perspectives at the turn of the century, in 30 Columbia Human Rights Law Review (1998), n. 01.
- CARVALHO RAMOS, André de. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014.
- _____. **Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- _____. **Processo Internacional de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- _____. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- CASSESE, Antonio. **International Law**. New York. Oxford University Press, 2001.
- CERNE, Christine M. The Inter-american system for the protection of human rights. In **95 American Society of International Law Proceedings**. 2001.
- Corte EDH. **Papamichalopoulos and others v. Greece** (Article 50), 31 October 1995, Series A no. 330-B, §34.
- _____. **Scozzari and Giunta v. Italy**, 13 July 2000, §249.
- _____. **Scordino v. Italy** [GC], 29 March 2006, §233.

_____. **Case of A, B and C v. Ireland**, Fondo, sentencia de fecha 16 de diciembre de 2010.

_____. **Johansson v. Finland**, 06 of September 2007, §64

_____. **Manoussakis and others v. Greece**, 26 of September 1996, §45.

Corte IDH. **Voto separado no Caso Ximenes Lopes versus Brasil**. Sentença de 04.07.2006. Juiz Antonio Augusto Cançado Trindade.

_____. **Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización**. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4.

_____. **Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño**. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17.

_____. **Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados**. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, Serie A No. 18.

_____. **Case of Loayza-Tamayo vs. Peru**. Monitoring Compliance with Judgment. Order of the Inter-American Court of Human Rights of September 22, 2006.

_____. **Caso Ticona Estrada y otros vs. Bolivia**. Sentencia de 27 del noviembre de 2008. Fondo, Reparaciones y Costas, Série C, n° 191.

_____. **Caso Anzualdo Castro vs. Peru**. Sentencia del 22 de septiembre de 2009. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Série C.

_____. **Caso López Álvarez vs. Honduras**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141.

_____. **Caso Yatama vs. Nicaragua**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127.

_____. **Caso Radilla Pacheco vs. México**. Sentencia del 23 del noviembre de 2009. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Série C, n° 209.

_____. **Caso Masacre Plán de Sánchez vs Guatemala**. Sentencia del 29 de abril de 2004. Fondo. Série C, n° 105.

_____. **Caso de lo Masacre de Paripán vs Colombia**. Sentencia del 15 de septiembre de 2005. Fondo, Reparaciones y Costas. Série C, n° 134.

_____. **Caso de lo Massacre del Pueblo Bello vs Colombia**. Sentencia del 31 de enero de 2006. Fondo, Reparaciones y Costas. Série C, n° 140.

_____. **Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia**. Sentencia del 01 de julio de 2006. Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Série C, n° 148.

_____. **Caso de la Masacre de la Rochela vs Colombia**. Sentencia del 11 de mayo de 2007. Fondo, Reparaciones y Costas. Série C, n° 163.

_____. **Caso de la Masacre de las Dos Erres vs Guatemala**. Sentencia del 24 de noviembre de 2009. Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Série C, n° 211.

_____. **Caso Loyaza Tamayo vs. Peru.** Sentencia del 17 de septiembre de 1997. Fondo. Série C, nº33.

_____. **Caso de la “ Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) vs Guatemala.** Sentencia del 08 de marzo de 1998. Fondo. Série C, nº 37.

_____. **Caso Cesti Hurtado vs. Peru.** Sentencia del 29 de septiembre de 1999. Fondo. Série C, nº56.

_____. **Caso Cantoral Bonavides vs. Peru.** Sentencia del 18 de agosto de 2000. Fondo. Série C, nº 69.

_____. **Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Peru.** Sentencia del 08 de julio de 2004. Fondo, Reparaciones y Costas. Série C, nº 110.

_____. **Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana.** Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130.

_____. **Caso Tibi vs. Ecuador.** Sentencia del 07 de septiembre de 2004. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Série C, nº 114.

_____. **Caso Fernández Ortega y otros Vs. México.** Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010 Serie C No. 215.

_____. **Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay.** Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214.

_____. **Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México.** Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010 Serie C No. 216.

DUARTE, André. **O pensamento à sombra da Ruptura, política e filosofia em Hannah Arendt.** São Paulo: Editora Paz e Terra, 2000.

DUNSHE DE ABRANGES, C.A. **Proteção Internacional dos Direitos Humanos.** Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1964.

FLORES, Joaquin Herrera. Introducción General. In MOURA, Marcelo Oliveira de. **Irrompendo no Real: Escritos de Teoria Crítica dos Direitos Humanos.** Pelotas: Educat, 2005.

GIRARD, Charlotte; HENNETTE-VAUCHEZ. **La dignité de la personne humaine: recherche sur un processus de juridicisation.** PARIS: Presses Universitaires de France – PUF, 2005.

GRIMM, V. Dieter. Die Würde des Menschen ist unantastbar. In: **24 Kleine Reihe.** Stuttgart: Stiftung Bundespräsident-Theodor-Heuss-Haus, 2010, p. 05.

HITTERS, Juan Carlos. **Efectos de las sentencias y de los laudos arbitrales extranjeros.** Revista del Colegio de Abogados de La Plata. La Plata, año XXXV, n. 56, 1995.

JACKSON, Vicki C. **Constitutional dialogue and human dignity: States and transnational constitutional discourse.** Montana Law Review, n.65, 2004.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt.** São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LEDESMA, Héctor Faúndez. *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos, aspectos institucionales y procesales*. 3 ed. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004.

LOCHAK, Daniele. *Les Droits de l'Homme*. *nouv edit.* Paris: La Découverte, 2005.

LORENZETTI, Ricardo Luís. *Teoria da Decisão Judicial: Fundamentos do direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

LEITE DA SILVA, Caíque. *Do realismo à constitucionalização do direito internacional*. Londrina: Revista de Direito Público, v.9, n.01 jan/abr. 2014.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MCCRUDEN, Christopher. *Human dignity and judicial interpretation of human rights*. *European Journal of International Law*, n.19, 2008.

MEDINA, Cecilia. *Derechos Humanos de la Mujer ¿Dónde estamos ahora en las Américas?* Chile: Universidad de Chile, ano ??

_____. *The Inter-American Commission on Human Rights and Women, with Particular Reference to Violence*, en M. Castermans, F. van Hoof y J. Smith (eds.) *The role of the Nation-State in the 21st Century*. Human Rights, International Organizations and Foreign Policy. *Essays in Honour of Peter Baehr*, Kluwer Law International, La Haya, 1998.

MOLLER OKIN, S. *Diritti delle donne e multiculturalismo*. Roma: RaffaelloCortina Editore, 2007.

MURRAY, Peter L; STÜNER, Rolf. *German Civil Justice*. Durham: Carolina Academic Press, 2004.

NEUMAN, Gerald L. *Human dignity in United States constitutional law*. In: SIMON, Dieter; WEISS, Manfred (Ed.). *Zur autonomie des Individuums*, 2000.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o direito constitucional internacional*. 4 ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

_____. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 7. ed., 2006.

_____. *Temas de direitos humanos*. 2 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Max Limonad, 2003.

RAMAZINI, Isabela Gerbelli Garbin. *O prometido é devido: compliance no sistema interamericano de direitos humanos*, 2014. Tese (Doutorado em Relações Internacionais) – Instituto de Relações Internacionais, Universidade de São Paulo: São Paulo, 2014.

RAMÍREZ, Sergio García. *La jurisprudencia de la Corte interamericana de derechos humanos en materia de reparaciones*. In: *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un Cuarto de Siglo: 1979-2004*. San José, C.R.: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005.

RAWLS, John. *Las libertades fundamentales y su prioridad. Libertad, igualdad, y derecho*. Barcelona: Ariel, 1988.

REICH, Norbert. Postmodernismo em la teoria jurídica. In: ***Derecho y economía em el estado social***. Madrid: Tecnos, 1988.

SIMMA, Bruno. ***International Human Rights and General International Law: a comparative analysis***. Collected Courses of the academy of European Law, v. IV, book 02, Netherlands: Kluwer Law International, 1995.

SPINELLI, Barbara. ***Femicidio: dati e riflessioni intorno ai delitti per violenza di gener***. Regione Emilia Romagna – Assessorato Promozione Politiche Sociali, A cura di C. Karadole e A. Pramstrahler, 2011.

TEUBNER, G. ***After legal instrumentalism? Strategic model of postregulatory law***. Dilemas of law in the walfare state. New York: Teubner, 1986.

TONG, Rosemaire Putnam. ***Feminist Thought – a more comprehensive introduction***. Oxford: Westview press, 1998.

WHITMAN, V. James Q. ***The two western cultures of privacy: Dignity versus Liberty***. Yale Law jornal, n. 113, 2004.

O INQUÉRITO POLICIAL SOB A ÓTICA GARANTISTA DA PAZ PELO CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA

*Walmir Geralde*³²⁸

*Mario Furlaneto Neto*³²⁹

1 INTRODUÇÃO

Respeitar as garantias do investigado, autor de uma conduta contrária ao ordenamento, é um desafio aos operadores do Direito, embora a sintonia com a mais nobre das doutrinas humanistas na busca da paz, conforme discurso do Papa João Paulo II em 01.01.1999, ao reconhecer que “[...] quando a promoção da dignidade da pessoa é o princípio orientador que nos inspira, quando a busca do bem comum constitui o empenho predominante, estão a ser colocados alicerces sólidos e duradouros para a edificação da paz.”

A base que se questiona encontra respaldo na expressão “...aos acusados em geral...” contida no parágrafo LV da CF/88, que lhes assegura o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Este aspecto garantidor, trazido pela nossa Constituição, categorizou direitos individuais e imantou o ordenamento jurídico com seus princípios fundamentais. Deste modo, pensar o inquérito policial com as mesmas bases legais e constitucionais do passado, ignorando toda a evolução do sistema persecutório, tecnológicas e legais, e abstraindo de sua ordem os direitos das pessoas

³²⁸ Mestrando na UNIVEM. Rua Dário Machado de Campos, nº 285, Vila Formosa, Presidente Prudente/SP, CEP: 19013-590. Telefone: (18) 3901-3450 - E-mail: wgeralde@gmail.com.

³²⁹ Professor, UNIVEM, Avenida Hygino Muzzi Filho, 529 - Cep 17525-901 - Fone (14) 2105-0800, Marília/SP - E-mail: mariofur@univem.edu.br;

investigadas, por simples interpretação restritiva dos termos utilizados pelo legislador constituinte é ignorar as mais elementares regras hermenêuticas do Direito, além de subestimar a busca da verdade real, objetivo principal perseguido.

Porém, alguns processualistas persistem em negar a aplicação das garantias constitucionais aos investigados sob a justificativa de que o inquérito policial é um procedimento escrito e não um processo, incabível o acusado posto não haver acusação, sendo o indiciado um objeto da investigação e não sujeito de direitos, inexistindo o contraditório (TOURINHO FILHO, 2007, p. 201, MIRABETE, 1991, p. 52 e FREDERICO MARQUES, 1980, p. 89).

Outros, como LOPES JUNIOR (2006, p. 351-352), abraçam a tese de que o legado constitucional "não pode ser objeto de leitura restritiva" lastreada puramente na confusão terminológica. Salienta que o contexto objetivado pelo legislador constituinte indica exatamente o aspecto garantista dos termos "acusados em geral" e "procedimentos administrativos e judiciais". Em termos de direitos individuais não pode o intérprete restringir favorecendo o Estado em detrimento do destinatário da norma.

E para justificar-se, cita que o legislador cometeu erros similares ao tratar do tema "processo comum" e "processo sumário", objetivando referir-se a procedimento, concluindo pela pobreza interpretativa o impedimento da inaplicabilidade do contraditório e da ampla defesa na fase preliminar pela diferença entre acusado e indiciado, não utilizada no texto.

A presente pesquisa bibliográfica, através do método dedutivo, pretende demonstrar a sintonia entre o legislador constituinte, ao instituir garantias aos investigados, e o sistema persecutório penal lastreado pelos princípios do contraditório e ampla defesa. Para tanto, analisar o inquérito policial como instrumento apto a instruir a prova da materialidade e autoria das infrações penais sem desprender-se, no que for possível e sem as amarras da forma processual, dos mecanismos garantistas que o torna apêndice instrutório no juízo de valor do exercício jurisdicional.

Destarte, abordar os aspectos das garantias durante a fase pré-processual, com a finalidade de demonstrar a dignidade do ser humano como um fim em si mesmo, ainda que esteja submetido a sujeito de obrigações pelo descumprimento das normas.

2 DESENVOLVIMENTO

A metodologia para o reconhecimento do investigado como sujeito de direitos baseia-se no desenvolvimento da importância dos princípios constitucionais como norteadores e garantidores da dignidade do ser humano.

Análises e pesquisas bibliográficas, através do método dedutivo, demonstram a ideia garantista do legislador constituinte, instituindo aos investigados os princípios do contraditório e ampla defesa.

O Estado, na tarefa de defender e garantir os direitos e as liberdades fundamentais dos cidadãos realiza a atividade policial; ela se fundamenta como um corpo organizado representado num plano de liberdade, justiça e segurança, garantindo a qualidade de vida e bem estar social. Assim, semeia a paz nas relações de poder com os governados.

Mas para tanto, a polícia passou a carregar o estigma da norma dotada de imperatividade e coercibilidade. Porém, ainda que ela funcione como garantidora da atividade de defesa da liberdade e da segurança interna do Estado, ela não pode ser vista apenas sociologicamente ou politicamente. Os seus procedimentos necessitam se adequar ao dinamismo da própria sociedade.

Desta forma, a observação de postulados constitucionais garantidores na fase policial dá eficácia aos trabalhos policiais e não causa qualquer lesão à tarefa fundamental do Estado de garantir a defesa dos direitos dos cidadãos.

Em um recorte histórico, a busca da nomenclatura inquérito policial remete ao Decreto n.º 4.824, de 28 de novembro de 1871, regulamentando a Lei n.º 2.033 do mesmo exercício. O artigo 42 do ato regulamentador determinava que o inquérito policial fosse um instrumento escrito, contendo as diligências deflagradas para a elucidação dos fatos criminosos, as circunstâncias de tais fatos e os seus autores. Não houve no seu desenvolvimento um rigor ritualístico, apenas providências que deveriam ser seguidas, a exemplo de comparecer ao local dos fatos, mantê-lo preservado etc.

Para Sérgio Pitombo (1987, p. 192) o inquérito policial produz efeitos judiciais pois, a polícia, "enquanto judiciária e o inquérito, que ela faz, exsurtem administrativos, por sua atuação e forma, mas judiciários, nos seus fins". E, no mesmo sentido, existir em "função da

formação da culpa, isto é, da atividade de se coligirem elementos de convicção suscetíveis de constituírem base à acusação criminal”(1987, p. 20).

Na avaliação de NUCCI (2013, p. 71) materializa a garantia contra precipitados juízos, protegendo o futuro acusado contra decisões apressadas. Só por isso justifica o desenvolvimento imantado sob a égide constitucional.

Já Michel Foucault (1996, p. 78), refere o inquérito policial como uma forma de poder que “por meio da instituição judiciária, veio a ser uma maneira, na cultura ocidental, de autenticar a verdade, de adquirir coisas que vão ser consideradas como verdadeiras e de as transmitir. O inquérito é uma forma de saber-poder”.

A outro turno, o que busca o inquérito policial é a produção da prova. E deste modo visa reconstruir um fato com todas as suas peculiaridades para que no processo penal, tais elementos possam ter a função de convencimento. É uma batalha para a persuasão daquele que irá decidir. Assim, aquilo que foi colhido durante o curso da investigação, que foi experimentado, demonstrado, será novamente discutido em Juízo e deste modo, deliberado a respeito do seu convencimento para que ocorra a prestação jurisdicional.

É fato que dentre os contornos do inquérito policial verifica-se a ausência de contraditório na fase inicial da persecução penal, situação evidenciada por sua natureza inquisitiva. Mas também é certo que fundamentar a não admissão do contraditório por ser ele inquisitivo, é uma falsa premissa. Inquisitivo não é antônimo de contraditório. A existência do contraditório na segunda fase da persecução penal é sinônimo da tripartição das funções estatais e em especial também pelo princípio da inércia e da iniciativa das partes.

A essência do inquérito policial é inquisitiva, mas isto não cerceia nele o princípio do contraditório. Inclusive o próprio texto da Constituição Federal preconiza a sua possibilidade e necessidade, consoante artigo 5º, incisos LV e LXIII. Ela colocou o cidadão em posição de destaque, tratando primeiramente dos seus direitos e garantias individuais e coletivos, para depois tratar da organização do próprio Estado. Não é uma mudança meramente topográfica, mas sim de demonstração da forma que o constituinte passaria a adotar o Estado não como o fim, mas o meio para buscar a promoção do bem estar de todos com amparo nos fundamentos da dignidade da pessoa

humana. A nossa Constituição é garantista, voltada à tutela do cidadão, daí ser Constituição Cidadã.

Choukr (2006, p. 11) destaca a relevância da inserção de garantias constitucionais já na fase da investigação criminal, sendo possível e adequado ser um avanço para a construção de um processo penal garantidor. E mais, ressalta como uma postura ética do Estado no tratamento daquele que é submetido à constrição da liberdade.

Júlio Fabbrini Mirabete (1991, p. 77), pontua que o inquérito policial é integrado por provas periciais com maior dose de veracidade que, mesmo que realizadas sem a participação do investigado "[...] oferecem campos para uma apreciação objetiva e segura de suas conclusões. Nessas circunstâncias têm elas valor idêntico aos das provas colhidas em juízo". E conclui que, neste sentido, o juiz pode apoiar-se para a formação do seu livre convencimento.

Neste mesmo sentido Rogério Tucci (2004, pp 357-360) apregoa que "a contraditoriedade da investigação criminal consiste num direito fundamental do imputado [...] que não pode ser transformado, em nenhuma hipótese, em mero requisito formal".

Assim, é certo que o inquérito policial, na qualidade de instrumento de coleta de informações, reuni dados sobre os fatos e as suas circunstâncias, produzindo elementos de prova que certamente irão influenciar no livre convencimento magistral.

A este respeito Baldan (2007, pp. 271-272) assevera ser vantajoso aplicar o contraditório e a ampla defesa na fase pré-processual, pois permite à defesa ajustar-se à tese adotada, [...] seja porque contribui a garantir o direito à prova em qualquer estado e grau do procedimento, seja, enfim, porque volta-se a realizar cabalmente o princípio da paridade que, como dito, é a base do devido processo legal.

Nesse sentido a Lei 13.245/2016 alterou o artigo 7º do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei 8.906/94). Em síntese, modificou o inciso XIV e acrescentou os incisos XXI, §§ 10, 11 e 12. Foram alterações substanciais com influxo na relação jurídica do inquérito policial, entre as quais assistir os investigados nos interrogatórios, depoimentos ou quaisquer outros atos que participarem, inclusive apresentando razões e quesitos, sob pena de

nulidade. E, ainda que tenha sido vetada a possibilidade do advogado requisitar diligências, com fundamento no artigo 5.º, inciso XXXIV, letra a, da CF e no artigo 14, do CPP, poderá requerê-las.

Essas mudanças não alcançam apenas o âmbito das prerrogativas. Demonstram a evidência dos princípios da ampla defesa e do contraditório no curso de qualquer investigação. Assim, tudo que é coletado no seu bojo constitui elementos válidos para a formação do provimento final, e ao fazê-lo sem a observação da devida simetria de paridade poderá afrontar a teoria do processo constitucional, consoante os artigos 5º, incisos LIV e LV, da CF/88, e 14 do Código Processual Penal.

O próprio STF, em acórdão do relator Gilmar Mendes assegura esse direito no trâmite do Inquérito Policial, garantindo o exercício do contraditório no direito constitucional “[...] de defesa do investigado ou indiciado e a regular apuração de fatos e documentos que sejam, motivadamente, imprescindíveis para o desenvolvimento das ações persecutórias do Estado”.

Logo, não se trata apenas de uma garantia ao investigado, mas uma segurança ao magistrado, pois poderá analisar um procedimento edificado com bases garantistas.

Na lição de Rogério Tucci (2004, p 357) a indispensabilidade, ainda que mitigada, da contraditoriedade da investigação criminal como direito fundamental do imputado é uma conquista do Direito Processual Penal Constitucional. Com igual argumento cabe a justificativa da aplicação da ampla defesa no inquérito policial. Ela estaria incutida em conjunto com o próprio contraditório, com o mesmo significado e importância.

Sérgio de Moraes Pitombo (apud Higor Vinícius Nogueira Jorge, 2004), defendeu que “[...] reunidos os elementos informativos tidos como suficientes, a autoridade policial cientificará o investigado, atribuindo-lhe, fundamentadamente, a situação jurídica de indiciado, com as garantias dela decorrentes”. Ademais, em acórdão Pitombo asseverou a inafastabilidade do contraditório no inquérito policial: “[...] mas a exigência de uma de suas peças, a saber: o exercício do direito de defesa, sempre que ocorra uma imputação qualquer”.

Inegável que vários doutrinadores refutam a sua possibilidade ou mesmo viabilidade. Porém, há também aqueles que a defendem, como já anteriormente exposto. Mas a controversa e polêmica adoção

do contraditório para a investigação seria uma forma de fortalecer o procedimento, evitando com isso a repetição de atos em juízo e estaria fulcrada no artigo 5.º, inciso LV, da CF.

3 CONCLUSÃO

A atual ordem constitucional é fruto da adoção de medidas garantistas, herança dos pactos internacionais, visando limitar a relação do Estado e seus jurisdicionados. Impedir qualquer retrocesso que fortaleça o Estado em detrimento do particular, especialmente os infratores da lei penal.

O primeiro contato do infrator é com as autoridades policiais. Assegurar-lhe os direitos e garantias individuais e a possibilidade da ampla defesa e do contraditório durante o inquérito policial, ainda que de forma mitigada, representa um avanço no caminho da dignidade humana como principal escopo da relação estatal.

Desta forma, no atual Estado Democrático de Direito os procedimentos desenvolvidos pelo Estado devem ser adequados a esse modelo, com o contraditório e a ampla defesa, viabilizando a produção de provas na fase pré-processual.

É possível adequar o inquérito policial a um modelo de processo constitucionalizado que garanta os direitos fundamentais do investigado, em especial viabilizando-lhe a possibilidade de produzir provas, contribuindo para a construção da decisão final. Isto não importa em conceder ao investigado poder para investigar, ou até para tumultuar o procedimento, mas apenas possibilitar a sua participação na construção da prova, a qual, ao final, irá lhe atingir.

Destarte, o Estado deve contribuir para o fomento de mecanismos que promovam o bem comum em equilíbrio ao exercer o poder e garantir a preservação de direitos; só assim estará semeando a paz na promoção da Justiça.

REFERÊNCIAS

BALDAN, Édson Luís. **Investigação defensiva: o direito de defender-se provando**. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 15, n. 64, p. 271-272, jan./fev. 2007.

BRASIL. STF, Habeas Corpus nº. 92.599, Relator Min. Gilmar Mendes. <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/753684/habeas-corpus-hc-92599-ba>. Acesso em 02.mai.2016

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias Constitucionais na investigação criminal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: Nau Editora, 1999.

PAULO II, Papa João. **Mensagem de Sua Santidade para a Celebração do XXXII Dia Mundial da Paz**, em 01.01.1999. Disponível em <http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/messages/peace/documents/hf_jp-ii_mes_14121998_xxxii-world-day-for-peace.html>. Acesso em 03.mai.2016.

JORGE, Higor Vinicius Nogueira. **A processualização do inquérito policial**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 471, 21 out. 2004. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/5840>>. Acesso em: 12 abr. 2016.

LOPES JUNIOR, Aury. **Sistemas de Investigação preliminar no Processo Penal**, 4ª edição. Rio de Janeiro: Lumen, 2006.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo penal**, São Paulo: Editora Atlas, 1991.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 10ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013.

PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. **Inquérito policial: novas tendências**. Belém: Cejup, 1987.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Prática de Processo Penal**. 28ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 2.ed. São Paulo: RT, 2004.

OFICINA DE PAIS E FILHOS: A HUMANIZAÇÃO DA JUSTIÇA NO ÂMBITO DA CONCILIAÇÃO FAMILIAR

*Melrian Ferreira da Silva Simões*³³⁰

*Valéria Aurelina da Silva Leite*³³¹

*Victor Ferreira da Silva Simões*³³²

1 INTRODUÇÃO

A família sempre esteve no centro dos mais diversos estudos e análises, que partem desde sua visão enquanto núcleo de importância social até sua influência na formação do indivíduo sob a ótica da psicanálise. O grande espectro de disciplinas e ciências que se propõem ao exame da família a fim de extrair de suas pesquisas um elo de ligação entre aquela e a realidade contemporânea, induzem à conclusão de que sua importância não foi alterada, mesmo que seus modelos e arranjos sejam muitos e diversos daqueles que tínhamos há trinta ou quarenta anos atrás.

³³⁰ Mestre em Teoria do Direito e do Estado no “Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM” (2014), sendo bolsista CAPES. Especialista em Direito Civil. Especialista em Direito Processual Civil pelo “Centro Universitário Eurípides de Marília – Univem”, Participante do Grupo de Pesquisa em Ética do Afeto (GPEA) e do Grupo de Estudos, Pesquisas, Integração e Práticas Integrativas (GEP) e do Grupo de Pesquisa Constitucionalização do Direito Processual (CODIP) todos da instituição “Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM”. Membro do IBDFam. Advogada. Endereço eletrônico: melriansimoes@gmail.com.

³³¹ Mestre em Teoria do Direito e do Estado no “Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM” (2014). Bacharel em Direito e em Administração pela Faculdade de Ciências Gerais de Dracena; especialista em Liderança pela Faculdade de Ciências Gerenciais de Dracena. Participante do Grupo de Pesquisa em Ética do Afeto (GPEA). Estado no “Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM”.

³³² Graduando do 5.º termo de Direito do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM.

A família brasileira, também sofreu mudanças mas as mais sensíveis foram verificadas a partir da Lei n.º 6515 de 26 de Dezembro de 1977 que regulamentou a separação judicial, a Emenda Constitucional n.º66 de 2010 que modificou as normas atinentes ao divórcio e, a mais importante, iniciada a partir da Constituição de 1988 que entre outras reconheceu a união estável e a família monoparental como entidades familiares.

A Carta Magna também conferiu aos filhos a igualdade, independente de sua origem e tomou providências para resguardar não apenas a família, mas as crianças e adolescentes e aos idosos ao trazer além de normas protetivas um viés mais humanista ao tratamento deferido ao indivíduo.

Neste contexto, o Direito de Família também sofreu alterações; a família matrimonial passa a co-existir com outras famílias, tais como a monoparental, a anaparental, a recomposta ou mosaico, a homoafetiva, a formada através da união estável e para alguns com a família poliafetiva.

Os novos arranjos esteiam-se na realidade vivenciada por muitas pessoas e, a partir da admissão do afeto como elemento inerente à formação da família esta nova geografia familiar torna-se presente também na doutrina e no cotidiano dos tribunais.

As demandas de família, independente de seu formato, visam a questões como ruptura da vida em comum, a guarda e alimentos, visitas; mas, de tempos em tempos surgem outros problemas que reclamam solução: como a alienação parental, abandono afetivo a guarda compartilhada.

O Direito nem sempre acompanha estas novas realidades, o que dizer do Judiciário tão asoberbado de pretensões judiciais, não conseguindo gerir a contento a situação. Quando aportam nos tribunais as ações de família, em um primeiro momento poder-se-á acreditar que em não havendo um acordo o melhor será sentenciar e encerrar a contenda dentro dos ditames da lei, mas, por vezes, a decisão não alcança a verdadeira dimensão do problema levado à Juízo e, o que a princípio parece solucionado pode em verdade alimentar novas e intermináveis desavenças familiares.

Um exemplo desta corriqueira realidade é o número de ações de execução de alimentos que diariamente são distribuídas nos Juízos de Família; após a fixação dos alimentos, aquele que deveria

prestá-los deixa de fazê-lo e inicia-se um novo conflito entre pessoas que em princípio, deveriam entender-se.

As ações de família trazem em seu interior não apenas o dissenso; são demandas em que os sentimentos falam mais alto, estendendo-se sobre as necessidades primárias como os são os alimentos, estendendo-se sobre as reais necessidades da criança ou adolescente como o é a guarda, estendendo-se sobre questões mais complexas como o abandono afetivo e a alienação parental.

O Magistrado poderá através do ato decisório por fim aquela demanda de direito, contudo isto não lhe garante encerrar a demanda dos sentimentos, dos afetos envolvidos na situação exposta em juízo. Esta dualidade, dicotomia presente nas ações de família têm chamado a atenção de doutrinadores e do próprio Judiciário para que medidas mais eficazes possam ser tomadas na tratativa destas ações.

Uma das propostas, que tem alcançado êxito é a utilização da mediação e conciliação junto às ações de família, pois propicia o diálogo e a aproximação dos que se encontram litigando, desarmando-os e favorecendo a composição amigável. O fator diálogo abre uma porta para concessões recíprocas pois faz perceber que, no caso em julgamento, não há perdedores ou ganhadores, mas indivíduos que já compartilharam a mesma vivência familiar.

Outra proposta incentivada pelo Conselho Nacional de Justiça, em sua Recomendação n.º 50 é a Oficina de Pais e Filhos; é uma inovação no campo do Direito e da Justiça, ao adentrar o conflito familiar sob uma perspectiva interdisciplinar e proporcionar um contato diferenciado entre os envolvidos no litígio. A Oficina de Pais e Filhos, aprimorada pela Juíza Vanessa Aufiero Rocha, titular da 2.ª Vara de Família e Sucessões da Comarca de São Vicente/SP, tem como objetivo segundo a magistrada:

[...] Oficina é um programa educacional interdisciplinar, apoiado na literatura sobre os efeitos do divórcio e a importância de os pais e demais membros da família buscarem maneiras saudáveis de enfrentar o término do casamento. "Pesquisas revelam que, embora comum, o divórcio é o evento que mais causa impacto na vida de uma pessoa, perdendo apenas para a morte", frisou a magistrada. Segundo ela, os casais que conseguem lidar de forma positiva com a separação

garantem aos filhos um ambiente acolhedor e favorecem não apenas sua sobrevivência, mas um amadurecimento positivo após o divórcio.³³³

Em tempos onde o número de separações de fato e divórcio é crescente, auxiliar o núcleo familiar durante a ruptura dos laços é providência bem vinda dentro do sistema Judiciário e principalmente para a família, em especial, para os filhos que se posicionam no pólo mais frágil desta relação judicializada. Em casos extremos, onde não há a possibilidade de diálogo, a Oficina de Pais pode ser uma alternativa mais produtiva que um decreto judicial. Mas como funcionam estas Oficinas e como atuam com as famílias? Estas são algumas das perguntas mais comuns quando o assunto é saber como a Oficina de Pais e Filhos pode atuar na resolução pacífica de conflitos familiares.

2 A DINÂMICA DA OFICINA DE PAIS E FILHOS

As estruturas familiares, na atualidade, agregam outros viveres em família; onde antes viviam pai, mãe e filhos podemos ter um arranjo apenas com um dos pais e seus filhos ou, uma família com duas mães e seus filhos, ou aquela formada apenas por irmãos. O fato é que mudada a geografia familiar, outros são os anseios destes novos núcleos e conseqüentemente outro setores da sociedade terão de se adequar a esta outra face da família contemporânea.

Com o Judiciário não foi diferente; o magistrado que atua na seara de família não pode ser insensível à realidade que o cerca, sendo forçoso que independente de suas convicções pessoais ou religiosas, compreenda que seus semelhantes podem optar por formarem uma família que seja diversa da sua. Isto não significa que naquela família, não exista amor ou que aqueles que a integram não mereçam o mesmo respeito e tratamento deferido às famílias matrimoniais.

Um casal homoafetivo, que tenha filhos, pode vir a se separar sendo necessário que o Estado na figura do Juiz, decida questões

³³³ Magistrados e Servidores Aprendem Novas Formas de Prevenção de Conflito de Família. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/61129-magistrados-e-servidores-aprendem-novas-formas-de-prevencao-de-conflitos-de-famili>. Acesso em: 26/04/2016.

relativas a partilha de bens, alimentos de filhos menores, guarda compartilhada ou visitas. Não cabe ao magistrado, serventuário da justiça, membro do Ministério Público ou da Defensoria Pública que atuarem numa ação como esta, emitirem qualquer juízo de valor ou atuarem apartados de seus deveres funcionais, princípios constitucionais e norteadores do Direito de Família e principalmente longe da viés humanístico que as ações de família exigem.

Esta colocação vem ao encontro com o fato de que as Oficinas de Pais e Filhos visam ao atendimento de todo e qualquer núcleo familiar, independente de seu formato, onde seus membros estejam demandando em Juízo e seja possível envolve-los nesta proposta inovadora que anda lado a lado com a mediação e conciliação.

Mas como funciona a Oficina de Pais e Filhos? A explicação é feita pelo próprio CNJ:

Existe um tipo de oficina para cada um dos seguintes públicos: pais, filhos crianças e filhos adolescentes. A atividade é planejada para ter aproximadamente quatro horas. Segundo a juíza Vanessa da Rocha, marido e mulher participam de oficinas separadas, e essa estratégia busca lhes dar maior liberdade para expressarem seus sentimentos e angústias.

As oficinas incluem também um lanche-convívio ao final, de cerca de meia hora. Nesse momento, pais e filhos se reencontram e assistem a um vídeo divertido, que retrata, de forma leve e descontraída, as agruras enfrentadas por um filho de pais divorciados. A projeção também transmite uma mensagem positiva e otimista para mostrar que, com orientação, a despeito do divórcio, todos podem ser felizes.³³⁴

A dinâmica é agendada para que todos possam estar presentes e participar. Pais e mães ficam em salas separadas e os filhos em uma terceira; durante estas quatro horas são desenvolvidas palestras, interação com material áudio-visual, integração entre os pais e na sala das mães o mesmo trabalho é desenvolvido. Os filhos, separados entre crianças e adolescentes, também participam de atividades que atendem a sua faixa etária; esta atividade é desenvolvida por profissionais de diversas áreas capacitados pelo Tribunal ou pelo Conselho Nacional de Justiça.

³³⁴ Idem.

A Oficina disponibiliza um material intitulado: Cartilha do Divórcio par os Pais, onde são abordados o divórcio, suas consequências e como os pais devem enfrentar este momento junto aos filhos, com todo o cuidado e atenção necessários; a alienação parental, os direitos dos filhos e dos pais não conviventes também são abordados.

A preocupação principal da Oficina é dar ao tema uma abordagem conciliatória, no sentido de que a família não se desfaz ela apenas muda; os filhos permanecerão filhos de seus pais e estes não o deixarão de o ser, mas se antes todos conviviam sob o mesmo teto, agora os filhos terão duas casas em que ficar. O casal deve aprender a trabalhar o luto da separação com urbanidade e principalmente com dignidade, a preservar a pessoa dos filhos.

O outro material dirige-se aos filhos: Cartilha do Divórcio para os filhos Adolescentes, que busca interagir com o que está acontecendo com a família, o porquê da separação, a ausência de culpa dos filhos na decisão dos pais, a possibilidade de uma convivência fraterna com ambos os genitores com o mesmo amor e afeto que sempre existiram na relação paterno ou materno-filial.

O filho, a parte mai frágil dentro deste processo de ruptura da estrutura familiar, vê-se envolto em um turbilhão de sentimentos; se para dois adultos uma separação não é algo de tratativa fácil, como exigir de ma criança ou adolescente que ele compreenda, simplesmente, que o que antes era certo para ele modificou-se. E as incertezas quanto ao futuro? Quanto ao amor dos pais?

Uma das peculiaridades da Oficina de Pais e Filhos é este olhar mais próximo daqueles que se encontram em um momento delicado das relações familiares, onde o desamor parece ser a única resposta para todo o contexto, mas que com a ajuda de profissionais capacitados e uma nova abordagem de todo o quadro apresentado, pode reverter-se em uma nova forma de viver em família, com afeto e respeito.

Um exemplo da efetividade das Oficinas está no relato de um casal que passou pela experiência:

Dantas e Keisly são exemplos da transformação que a oficina pode fazer nas famílias. Em 2001, eles se casaram no civil e tiveram dois filhos. Mas, com a convivência, começaram as divergências de opinião e, conseqüentemente, as brigas.

Após uma separação sofrida, tumultuada e muitas disputas judiciais, o casal passou pela mediação judicial e participou da primeira edição da oficina, em julho do ano passado. A metodologia utilizada ajudou eles a restabelecerem um relacionamento pacífico como casal parental. Diante disso, a reaproximação foi inevitável e o amor entre eles, adormecido pela intensidade dos conflitos antes existentes, desabrochou e os levou a novo casamento. A cerimônia foi realizada em 24 de novembro de 2014, desta vez, mais conscientes para conduzir a relação e a criação dos filhos.

“A oficina foi essencial para que eu e a Keisly conseguíssemos reatar a nossa relação. Hoje somos muito felizes, sempre colocando em prática o que aprendemos lá”, comemora Dantas.³³⁵

Outra iniciativa que merece menção é a atuação das Oficinas de Pais e Filhos na prevenção da alienação parental, como a que se realizou em Porto Velho; em Rondônia houve a preocupação de realizar a preparação de todos os agentes que atuam nestas oficinas sobre alienação parental:

Para desenvolver o programa em Rondônia, houve investimento na formação de juizes, psicólogos, assistentes sociais, conciliadores dos Centros Judiciários de Resolução de Conflitos e Cidadania (Cejusc) de Porto Velho, psicólogos da rede estadual de educação, promotores de justiça e defensores públicos ligados às Varas de Famílias e Sucessões. Por meio da Escola da Magistratura de Rondônia, foi realizada uma formação de instrutores da Oficina de Parentalidade e Divórcio, ocorrida em novembro de 2015.

Alienação é uma prática em que um dos genitores (mãe, pai e até avós) deliberadamente afasta os filhos do outro genitor, deturpando a imagem ou a figura deste diante dos filhos. Considerada uma forma de abuso psicológico, pode trazer consequências desastrosas para o desenvolvimento emocional da criança, como baixa autoestima, baixo rendimento escolar, irritabilidade, agressividade, depressão, dificuldades de adaptação, dependências químicas e até suicídio.³³⁶

A atuação das Oficinas de Pais e Filhos, como deixa transparecer os depoimentos e reportagens, não se limita apenas a abordagem da separação ou divórcio do casal, mas vai além,

³³⁵ Oficina Promove Método Inovador na Solução de Conflitos Familiares. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/80173-oficina-promove-metodo-inovador-na-solucao-de-conflitos-familiares>. Acesso em: 26/04/2016.

³³⁶ Oficina Previne contra Alienação Parental no Fórum de Porto Velho. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/82117-oficina-faz-prevencao-contra-alienacao-parental-em-forum-de-porto-velho>. Acesso em: 24/04/2016.

podendo inclusive cuidar da alienação parental e seus efeitos bem como abrir a possibilidade de uma reconciliação. Importa nestas oficinas, que a família que ali participa percebe que a forma como conduzem o fim da conjugalidade, as relações filiais, a manutenção da convivência harmoniosa com a prole e com outro, pode determinar o futuro da nova forma de viver em família.

3 CONCLUSÃO

A família, tradicional e matrimonial, já não caminha sozinha, mas é acompanhada de perto por outros desenhos e formatos familiares. A sociedade mudou, as relações se tornaram mais fluidas segundo Bauman³³⁷, e o indivíduo em essência ainda procura a felicidade. A família também quer ser feliz e, nesta busca nem sempre é possível que as uniões seladas um dia permaneçam irretocáveis, pois em algumas situações a manutenção daquela relação que já foi de amor e transformou-se em atrito e mal querer precisa encerrar-se a bem de todos.

E quando é imperativo encerrar a relação, o ideal é que se faça sem agressões, físicas ou verbais, preservando-se a pessoa dos cônjuges e principalmente os filhos do casal. Quando durante a separação ou divórcio, o casal entre em confronto com a idéia de que neste litígio deve haver ganhadores e perdedores, quando usam os filhos como moeda de troca ferindo-os em sua individualidade, há que se atentar para as funestas consequências destes atos.

Quando ao Judiciário cabe intervir, parece promissora e oportuna abrir mão da conciliação e da mediação a fim de favorecer o encontro e afastar os desencontros daquele casal, daquela família. A relação do par pode não ser retomada, o divórcio pode ser inafastável, mas os filhos têm de ser preservados. A Oficina de Pais e Filhos vai além, ao dialogar com todos: pais e filhos são ouvidos e ao mesmo tempo ouvem outros casais e outros filhos que partilham da mesma realidade de quebra, ruptura e separação, o que o aproxima e humaniza a dinâmica proposta pelo Judiciário.

Nas audiências de instrução e julgamento o magistrado e toda máquina judiciária mantém distância das partes e do problema; a sentença é o fim e com ele nada mais cabe a ser dito. Nas Oficinas

³³⁷ BAUMAN, Zigmunt. *Amor Líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. 1.^a ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora. 2004.

de Pais e Filhos o Judiciário se faz presente, não na presença física do magistrado, mas de todo o corpo de profissionais que atuam nesta “conversa”, se aproximam, tentam mostrar outros pontos da problemática familiar, apontam caminhos menos dolorosos para a resolução do impasse instalado.

Parece pouco, mas quando o assunto é família tudo deve ser examinado com sensibilidade. É esta uma das propostas da Oficina de Pais e Filhos, tratar com sensibilidade, de forma humanizada um momento delicado da vida de pessoas que só querem uma coisa: ser feliz.

REFERÊNCIAS

- BAUMAN, Zigmunt. *Amor Líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. 1.^a ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora. 2004.
- BRASIL, Código Civil Brasileiro. Lei n.º 6.515 de 26 de dezembro de 1977.
- BRASIL, Novo Código de Processo Civil, Lei n.º 13.105 de 16 de Março de 2015.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 5.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009.
- DIAS, Paulo Cezar. Método de Resolução de Conflitos Aplicados nas Ações de Família em Observância ao Direito Constitucional Fraternal. Dissertação de Mestrado. Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Eurípides de Marília- UNIVEM. 2014.
- JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. I. 50.^a ed. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2009.
- Magistrados e Servidores Aprendem Novas Formas de Prevenção de Conflito de Família. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/61129-magistrados-e-servidores-aprendem-novas-formas-de-prevencao-de-conflitos-de-familia>. Acesso em: 26/04/2016.
- Oficina Previne contra Alienação Parental no Fórum de Porto Velho. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/82117-oficina-faz-prevencao-contr-aalienacao-parental-em-forum-de-porto-velho>. Acesso em: 24/04/2016.
- Oficina Promove Método Inovador na Solução de Conflitos Familiares. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/80173-oficina-promove-metodo-inovador-na-solucao-de-conflitos-familiares>. Acesso em: 26/04/2016.



Instituto Memória

Centro de Estudos da Contemporaneidade

www.institutomemoria.com.br

CONSELHO CIENTÍFICO-EDITORIAL

PROF. DR. CARLOS ROBERTO ANTUNES DOS SANTOS (In Memoriam – Presidente de Honra). Pós-Doutorado em História da América Latina pela Universidade de Paris III, França. Doutor em História pela Universidade de Paris X - Nanterre, França, Mestre em História do Brasil pela UFPR - Universidade Federal do Paraná, Professor da UFPR - Universidade Federal do Paraná. Reitor da UFPR - Universidade Federal do Paraná, (1998/2002). Membro do Conselho Nacional de Educação (2003/2004) e do Conselho Superior da CAPES (2003/2004).

PROFA. DRA. ALICE FÁTIMA MARTINS.

Doutorado em Sociologia pela Universidade de Brasília (2004). Mestrado em Educação - área de Magistério: Formação e Trabalho Pedagógico, pela Universidade de Brasília (1997). Licenciatura em Educação Artística, habilitação em Artes Visuais, pela Universidade de Brasília (1983). Atualmente é Professor Adjunto II na Faculdade de Artes Visuais da Universidade Federal de Goiás, onde coordena o Curso de Pós-Graduação em Cultura Visual.

PROF. DR. DOMINGO CÉSAR MANUEL IGHINA.

Doutorado em Letras Modernas pela Universidade Nacional de Córdoba (UNC-Argentina). Diretor da Escola de Letras da Faculdade de Filosofia e Humanidades da Universidade Nacional de Córdoba. Professor da cátedra de Pensamento latino-americano da Escola de Letras da Universidade Nacional de Córdoba. Membro do Conselho Editorial da Revista Silabário.

PROF. DR. DEMETRIUS NICHELE MACEI.

Pós-doutor pelo Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da USP (2015), Doutor em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2012), Mestre em Direito Econômico e Social (2004) e Especialista em Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2000), Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1994). Professor de Direito Tributário da graduação, especialização e mestrado da Faculdade de Direito Curitiba (UNICURITIBA). Professor convidado no *Curso de Pós-graduação em Derecho Tributario na Universidad Austral de Buenos Aires/Argentina* e ex-professor da Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (2006-2007) e da PUC/PR (2000-2006/2011-2013). Ocupou os cargos de Diretor e Gerente Jurídico em empresas de grande porte na área de Auditoria e Indústria alimentícia no Brasil e no Exterior. Realizou Curso de Extensão em Direito Norte-Americano pela *Fordham University*, em Nova Iorque/EUA (2010). Publicou os livros "Tributação do Ato Cooperativo" e "A Verdade Material no Direito Tributário". Participa do Conselho Temático de Assuntos Tributários da Federação das Indústrias do Paraná (FIEP), é associado do Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC), é membro efetivo do Conselho Fiscal de Três Companhias listadas na BOVESPA e ainda é membro titular do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) do Ministério da Fazenda.

PROF. DR. EDUARDO BIACCHI GOMES.

Pós-Doutor em estudos culturais pela Universidade Federal do Rio de Janeiro, com estudos realizados na Universidade Barcelona, Faculdade de Dret. Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Professor-pesquisador em Direito da Integração e Direito Internacional da UniBrasil, Graduação e Pós-Graduação (Especialização e Mestrado). Membro do Grupo Pátrias, UniBrasil, vinculado ao Cnpq. Professor de Direito Internacional da PUCPR, Consultor do MERCOSUL para a livre Circulação de Trabalhadores (2005/2006). Foi Editor Chefe da Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, vinculado ao Programa de Mestrado em Direito das Faculdades Integradas do Brasil, Qualis B1, desde a sua fundação e atualmente exerce as funções de Editor Adjunto.

PROFA. DRA. ELAINE RODRIGUES.

Doutorado em História e Sociedade pela Universidade Estadual Paulista - Júlio de Mesquita Filho (2002). Mestre em Educação pela Universidade Estadual de Maringá (1994). Graduada em Pedagogia pela Universidade Estadual de Maringá (1987). Atualmente é professora Adjunta do departamento de Fundamentos da Educação e do Programa de Pós-Graduação em Educação da Universidade Estadual de Maringá.

PROF. DR. FERNANDO ARAUJO.

Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Doutor (em 1998) em Ciências Jurídico-Econômicas, Mestre (em 1990) em Ciências Histórico-Jurídicas, Licenciado em Direito (em 1982). É atualmente docente no Curso de Licenciatura e no Curso de Mestrado e Doutorado.

PROF. DR. FERNANDO KNOERR.

Doutor, Mestre em Direito do Estado e Bacharel pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). É Professor do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA, Professor de Direito Administrativo da Escola da Magistratura do Paraná e da Fundação Escola do Ministério Público do Paraná. Foi Professor da Universidade Federal do Paraná, Coordenador do Escritório de Prática Jurídica do Curso de Direito e Vice-Procurador-Geral da mesma Universidade. É Membro do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo, do Instituto Paranaense de Direito Administrativo, do Instituto Catarinense de Estudos Jurídicos, do Instituto Paranaense de Direito Eleitoral e do Instituto dos Advogados do Paraná. É Professor Benemérito da Faculdade de Direito UNIFOZ e Patrono Acadêmico do Instituto Brasileiro de Direito Político.

PROFA. DRA. GISELA MARIA BESTER.

Possui graduação em Direito pela Universidade de Ijuí (1991), Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1996), na Linha de Pesquisa Instituições Jurídico-Políticas, e Doutorado em Direito (2002) pela Universidade Federal de Santa Catarina - Área de Concentração Direito, Estado e Sociedade, na Linha de Pesquisa Constituição, Cidadania e Direitos Humanos -, com um ano de pesquisas desenvolvidas na Universidad Complutense de Madrid e na Università degli Studi di Roma La Sapienza (modalidade Doutorado Sanduíche, 1999). É pós-doutoranda em Direito Público na Universidade de Lisboa. Membro da Associação Brasileira de Direito Processual Constitucional. É associada ao CONPEDI - Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito e avaliadora de artigos científicos para seus eventos. Ex-pesquisadora do CNPq e Conselheira Titular do Ministério da Justiça (2008-2012), no CNPCP - Conselho Nacional de Política

Criminal e Penitenciária. Associada ao NELB - Núcleo de Estudantes Luso-Brasileiros da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

PROF. DR. GUIDO RODRÍGUEZ ALCALÁ.

Doutorado em Filosofia, na Diusburg Universität (1983), com bolsa da Konrad Adenauer Stiftung. Mestre em Literatura, na Ohio University e The University of New México, com bolsa de estudos da Fulbright-Hays Scholarship. Graduado em Direito pela Universidade Católica de Assunção (Paraguai). Autor de numerosos livros de poesia, narrativa e ensaio, tendo já sido publicado no Brasil a novela Caballero (tché!, 1994) e o ensaio Ideologia Autoritária (Funag, 2005).

PROF. DR. ILTON GARCIA DA COSTA.

Possui doutorado em Direito pela PUC-SP Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2010), Pós-Doutorado em Direito pela Universidade de Coimbra - Portugal (em andamento) mestrado em Direito pela PUC-SP (2002), mestrado em Administração pelo Centro Universitário Ibero Americano UNIBERO (2001) graduação em Direito pela Universidade Paulista UNIP (1996), graduação em Matemática pela Universidade Guarulhos UNG (1981), Especialização em Administração Financeira pela Alvores Penteado, Especialização em Mercados Futuros pela BMF - USP, Especialização em Formação Profissional na Alemanha. Avaliador de curso e institucional pelo INEP MEC. Atualmente é advogado responsável - Segpraxis Advocacia, professor da Universidade Estadual do Norte do Paraná UENP no mestrado e graduação. Foi Diretor Superintendente de Planejamento e Controles do Banco Antonio de Queiroz e Banco Crefisul, Membro do Conselho Fiscal e Diretor do Curso de Direito da Universidade Ibirapuera UNIB, Coordenador do Curso de Direito da Faculdade Anchieta de SBC. Atualmente é Vice Presidente da Comissão de Ensino Jurídico, Vice Presidente da Comissão de Estágio (triênio 2013 a 2015) e membro efetivo da Comissão de Direito e Liberdade Religiosa da OAB-SP todas estaduais. Tem experiência na área de Direito atuando principalmente nos seguintes temas: direito, educação, ensino, direito Constitucional, direito Administrativo, direito do Trabalho, direito Empresarial, administração, finanças, seguros, gestão e avaliação.

PROFA. DRA. JALUSA PRESTES ABAIDE.

Pós-Doutorado na Université de Saint Esprit de Kaslik, Líbano (2006). Doutora em Direito pela Universidade de Barcelona, Espanha (2000). Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1990). Graduada em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (1985). É professora adjunta da Universidade Federal de Santa Maria. Integra o Conselho Editorial da Revista Brasileira de Direito Ambiental.

PROF. DR. LAFAYETTE POZZOLI.

Professor. Advogado. Professor no UNIVEM e Professor na PUC/SP. Chefe de Gabinete na PUC/SP. Coordenador do Mestrado em Direito no UNIVEM. Possui graduação (1986), Mestrado (1994) e Doutorado (1999) em Filosofia do Direito pela PUC/SP. Pós-Doutorado pela Universidade "La Sapienza", Roma (2002). Membro do Conselho Editorial da Revista EM TEMPO (UNIVEM) e da Revista de Direito Brasileira - RDBras, do CONPEDI. Membro da Comissão de Ensino Jurídico da OAB/SP. Sócio fundador da AJUCASP. Avaliador para cursos de direito ? INEP/MEC. Foi membro do Tribunal de Ética - TED-1 e da Comissão da Pessoa com Deficiência da OAB/SP. Sócio efetivo do IASP - Instituto dos Advogados de São Paulo.

PROF. DR. LUC CAPDEVILA.

Pós-Doutorado, Professor Titular da Universidade de Rennes 2 (França), em História Contemporânea e História da América Latina e Diretor do Mestrado de História das Relações Internacionais. Membro do Conselho Científico da Universidade de Rennes 2 e do Conselho Editorial de várias revistas científicas (CLIO Histoire, Femmes, Sociétés; Nuevo Mundo Mundos Nuevos; Diálogos; Takwa). Especialista em História Cultural sobre conflitos sociais contemporâneos, dirige atualmente um programa de investigação multidisciplinar sobre a Guerra do Chaco.

PROF. DR. LUIZ EDUARDO GUNTHER.

Professor do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Graduado em História pela Universidade Federal do Paraná. Leciona em cursos da Graduação do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Desembargador Federal do Trabalho no Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, TRT-PR, Brasil.

PROF. DR. LUIZ FELIPE VIEL MOREIRA.

Pós-Doutorado pela Universidade Nacional de Córdoba, U.N.C., Argentina. Doutor em História Social pela Universidade de São Paulo, USP, Brasil. Mestre em História pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, UFRGS, Brasil. Professor Associado do Departamento de História e do Programa de Pós-graduação em História da Universidade Estadual de Maringá, UEM, Brasil, com pesquisas em História da América Latina.

PROF. DR. MATEUS BERTONCINI.

Pós-Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Doutor e Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Professor do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA). Leciona Direito Administrativo e Processo Administrativo em cursos de graduação e pós-graduação na Faculdade de Direito de Curitiba e na Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná. É autor de obras e artigos jurídicos. É líder do grupo de pesquisa Ética, Direitos Fundamentais e Responsabilidade Social. Atualmente, vem desenvolvendo pesquisa nas áreas de Direitos Fundamentais, Princípios Constitucionais da Ordem Econômica e Responsabilidade Social Empresarial. Procurador de Justiça no Paraná.

PROF. DR. MARCO ANTÔNIO CÉSAR VILLATORE.

Possui mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1998) e doutorado em Diritto del Lavoro, Sindacale e della Previdenza Sociale - Università degli Studi di Roma, La Sapienza (2001), revalidado pela UFSC e é Pós-Doutor na Università degli Studi di Roma II, Tor Vergata. É coordenador - Curso de Espec. em Dir. do Trabalho da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Presidente do INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS (IBCJS). Vice-Presidente do INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO SOCIAL CESARINO JÚNIOR. Ex-Presidente da Associação dos Advogados Trabalhistas do Paraná, Membro de Comissões da Ordem dos Advogados do Brasil - Paraná, Professor Adjunto da Universidade Federal de Santa Catarina, Membro do Centro de Letras do Paraná, Professor do UNINTER. Diretor do Departamento de Direito do Trabalho do Instituto dos Advogados do Paraná. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito, atuando principalmente nos seguintes temas: Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Direito Internacional.

PROF. DR. OCTAVIO CAMPOS FISCHER.

Graduado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1993). Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (Desde julho de 2013) Mestre em Direito Tributário pela Universidade Federal do Paraná (1999) Doutor em Direito Tributário pela Universidade Federal do Paraná (2002). É professor de Direito Tributário do Mestrado, da Especialização e da Graduação nas Faculdades Integradas do Brasil (Unibrasil). Foi professor colaborador do programa de mestrado em direito do Instituto Brasileiro de Direito Público (IDP/DF) em 2012 e 2013. Foi Vice-Coordenador do Programa de Mestrado em Direito da UniBrasil (2010-2011). Foi Conselheiro Titular da 7ª Câmara do 1º Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda, atual Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - Carf (2003-2005). Foi Conselheiro Estadual da OAB/PR. Foi Presidente do Instituto de Direito Tributário do Paraná/PR até junho de 2013.

PROF. DR. PAULO ROBERTO CIMÓ QUEIROZ.

Doutorado em História Econômica pela Universidade de São Paulo, USP, Brasil. Mestre em História pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, UNESP, Brasil. Professor da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, UFMS, Brasil.

PROF. DR. PAULO OPUSZKA.

É Bacharel em Direito (2000) pelo Centro Universitário Curitiba. Mestre em Direito (2006) e Doutor em Direito (2010) pela Universidade Federal do Paraná. É Professor de Direito e Processo do Trabalho da Universidade Federal de Santa Maria. É Professor Convidado do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba. Foi Professor de Direito Econômico na Escola da Magistratura Federal do Paraná. Professor convidado da Especialização em Direito do Trabalho, Processo e Mercado do Centro de Estudos Jurídicos do Paraná. É professor licenciado de Direito do Trabalho e Processo do Trabalho na Faculdade Campo Real de Guarapuava/PR. Superintendente do Instituto Municipal de Administração Pública do Município de Curitiba de 2013-2015

PROF. DR. RENÉ ARIEL DOTTI.

Doutor em Direito pela UFPR. Professor titular de Direito Penal da UFPR. Professor de Direito Processual Penal no curso de pós-graduação da Universidade Federal do Paraná. Vice-Presidente do Comitê Científico da Associação Internacional de Direito Penal. Presidente Honorário do Grupo Brasileiro da Associação Internacional de Direito Penal (AIDP – Brasil). Presidente da Comissão Nacional de Defesa da República e da Democracia do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Presidente de Honra para o Brasil do Instituto Panamericano de Política Criminal – IPAN. Membro da Sociedade Mexicana de Criminologia. Co-autor do anteprojeto de reforma da Parte Geral do Código Penal (Lei n.º 7.209, de 11.07.1984). Co-autor do anteprojeto da Lei de Execução Penal do Brasil (Lei n.º 7.210, de 11.07.1984). Relator do anteprojeto de nova lei de imprensa (Comissão da Ordem dos Advogados do Brasil. Publicado no Diário do Congresso Nacional, n.º 103, seção II, de 14.08.1991). Membro da Comissão de Reforma da Parte Especial do Código Penal (Portaria n.º 581, de 10.12.1992, do Ministro da Justiça). Membro da Comissão instituída pela Escola Nacional da Magistratura para a reforma do Código de Processo Penal. Membro da Comissão instituída pelo Ministro da Justiça para promover estudos e propor soluções com vista à simplificação da Lei de Execução Penal. Ex-membro do Conselho Diretor do Instituto Latino-americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delincente. Ex-

Presidente do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Ex-Magistrado do Tribunal Regional Eleitoral do Paraná. Ex-Secretário de Estado da Cultura.

PROF. DR. SERGIO ODILON NADALIN.

Possui graduação em História (Licenciatura) pela Universidade Federal do Paraná (1966), mestrado em História pela Universidade Federal do Paraná (1975) e doutorado em História e Geografia das Populações - Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales (1978). Professor do Programa de Pós-Graduação em História da Universidade Federal do Paraná, membro da Associação Paranaense de História, da Associação Nacional de História, da Asociación Latinoamericana de Población, da Associação Brasileira de Estudos Populacionais, da Societe de Demographie Historique e da Union Internationale pour Etude Scientifique de la Population. Pesquisador cadastrado no Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) desde 1979 e membro fundador do Centro de Documentação e Pesquisa dos Domínios Portugueses (CEDOPE), do Departamento de História da UFPR; Lidera um grupo de pesquisa junto ao CNPq intitulado "Demografia & História".

PROF. DR. TEÓFILO MARCELO DE ARÉA LEÃO JÚNIOR.

Vice-coordenador do Mestrado (2013), Professor do Mestrado (2012), Professor da Graduação (1999) e Graduado (1996) no UNIVEM (Centro Universitário "Eurípedes Soares da Rocha" de Marília-SP), mestre pela PUC (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo em 2001) e doutor pela ITE (Instituição Toledo de Ensino de Bauru em 2012). Advoga desde 1996.

PROFA. DRA. VIVIANE COELHO DE SÉLLOS KNOERR.

Doutora em Direito do Estado e Mestre em Direito das Relações Sociais pela PUC-SP. Especialista em Direito Processual Civil pela PUCAMP. Coordenadora e Professora do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA.

PROF. DR. WAGNER MENEZES.

Professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP - no programa de graduação e pós-graduação em Direito. Mestre (PUCPR), Doutor (USP), Pós-doutor (UNIVERSIDADE DE PÁDOVA -ITALIA) e Livre-Docente (USP). Realizou pesquisa e estágio junto ao Tribunal Internacional Sobre Direito do Mar - Hamburgo, Alemanha - ITLOS (2007). Atualmente é árbitro do Tribunal do Mercosul (Protocolo de Olivos) - Presidente da ABDI - Academia Brasileira de Direito internacional; Coordenador do Congresso Brasileiro de Direito Internacional; Membro da Sociedade Brasileira de Direito Internacional - Diretor executivo da Sociedade Latino Americana de Direito Internacional (SLADI). Editor-Chefe do Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional (Revista jurídica fundada em 1915) e dirige junto a Universidade de São Paulo o Núcleo de Estudos em Tribunais Internacionais - NETI.

ISBN 978-85-5523-089-9



9 788555 230899 >