

ANAIIS

XX CICLO DE ESTUDOS JURÍDICOS

DIREITO PENAL CONTEMPORÂNEO

Organizadores:
Renata Egert
Daniel Pulcherio Fensterseifer
César Luis Pinheiro



**Universidade Regional Integrada do Alto
Uruguai e das Missões**

Reitor

Luiz Mario Silveira Spinelli

Pró-Reitora de Ensino

Rosane Vontobel Rodrigues

Pró-Reitor de Pesquisa, Extensão e Pós-Graduação

Giovani Palma Bastos

Pró-Reitor de Administração:

Nestor Henrique de Cesaro

Câmpus de Frederico Westphalen

Diretora Geral

Silvia Regina Canan

Diretora Acadêmica

Elisabete Cerutti

Diretor Administrativo

Clóvis Quadros Hempel

Câmpus de Erechim

Diretor Geral

Paulo José Sponchiado

Diretora Acadêmica

Elisabete Maria Zanin

Diretor Administrativo

Paulo Roberto Giollo

Câmpus de Santo Ângelo

Diretor Geral

Gilberto Pacheco

Diretor Acadêmico

Marcelo Paulo Stracke

Diretora Administrativa

Berenice Beatriz Rossner Wbatuba

Câmpus de Santiago

Diretor Geral

Francisco de Assis Górski

Diretora Acadêmica

Michele Noal Beltrão

Diretor Administrativo

Jorge Padilha Santos

Câmpus de São Luiz Gonzaga

Diretora Geral

Sonia Regina Bressan Vieira

Câmpus de Cerro Largo

Diretor Geral

Edson Bolzan



**ANAIS DO XX CICLO DE ESTUDOS
JURÍDICOS**

**26 a 30 de outubro e
04 de novembro de 2015
Frederico Westphalen - RS**

Organização do evento

Universidade Regional Integrada do Alto

Uruguai e das Missões – Câmpus de

Frederico Westphalen

Departamento de Ciências Sociais e Aplicadas

Curso de Direito

Renata Egert

César Riboli

César Luis Pinheiro

Comissão de avaliação

Aline Caeran

Barbara de Cezaro

Cesar Riboli

Cláudia Locatelli – UNOCHAPECÓ

(Chapecó-SC)

Daniel Pulcherio Fensterseifer

Jean Mauro Menuzzi

Karine de Souza – SECAL (Ponta Grossa-PR)

Pablo H Caovilla Kuhnen

Patrícia Stieven

Thiago Luiz Rigon de Araújo

Tiago Galli

Vagner Felipe Kühn

Organização dos Anais

Renata Egert

Daniel Pulcherio Fensterseifer

César Luis Pinheiro

UNIVERSIDADE REGIONAL INTEGRADA DO ALTO URUGUAI E DAS MISSÕES
CÂMPUS DE FREDERICO WESTPHALEN
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E APLICADAS
CURSO DE DIREITO

XX CICLO DE ESTUDOS JURÍDICOS

ANAIS

Organizadores

Renata Egert
Daniel Pulcherio Fensterseifer
César Luis Pinheiro



Frederico Westphalen

2016



Este trabalho está licenciado sob uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-SemDerivados 3.0 Não Adaptada. Para ver uma cópia desta licença, visite <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/>.

Organização: Renata Egert, Daniel Pulcherio Fensterseifer, César Luis Pinheiro

Revisão metodológica: Diego Bonatti

Diagramação: Diego Bonatti

Capa/Arte: Silvana Kliszcz

Revisão Linguística: Wilson Cadoná

O conteúdo de cada resumo bem como sua redação formal são de responsabilidade exclusiva dos (as) autores (as).

Catlogação na Fonte elaborada pela
Biblioteca Central URI/FW

C499a Ciclo de estudos jurídicos (10.: 2016 : Frederico Westphalen, RS)
Anais [do] XX Ciclo de estudos jurídicos [recurso eletrônico] /
Organizadores: Renata Egert, Daniel Pulcherio Fensterseifer, César
Luis Pinheiro. – Frederico Westphalen : URI – Frederico Westph,
2016.

433 p.

Disponível em: <http://www.fw.uri.br/new/aluno/pagina/editora>
ISBN: 978-85-7796-181-8

1. Direito - estudos jurídicos. 2. Universidade Regional Integrada
do Alto Uruguai e das Missões – Curso de Direito. I. Egert, Renata. II.
Fensterseifer, Daniel Pulcherio. III. Pinheiro, Cesar Luis. III. Título.

CDU 34

Bibliotecária: Gabriela de Oliveira Vieira



URI - Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões
Prédio 9

Câmpus de Frederico Westphalen

Rua Assis Brasil, 709 - CEP 98400-000

Tel.: 55 3744 9223 - Fax: 55 3744-9265

E-mail: editorauri@yahoo.com.br, editora@uri.edu.br

Impresso no Brasil
Printed in Brazil

Sumário

APRESENTAÇÃO.....	13
<i>RESUMOS SIMPLES</i>	14
JUSTIÇA TERAPÊUTICA COMO ALTERNATIVA A PENA PRISIONAL	15
Daniel Pulcherio Fensterseifer; Andressa Barbieri	
DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS: RECONHECIMENTO OU CONCESSÃO? 17	
Thiago Luiz Rigon de Araujo; Bruna Medeiros Bolzani	
JUSTIÇA TERAPÊUTICA COMO MEIO ALTERNATIVO AO SISTEMA PRISIONAL CONVENCIONAL.....	18
Marleane Florêncio de Oliveira	
AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E SUA APLICABILIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	20
Alejandro César Rayo Werlang; Erivelton Menegazzo	
FEMINICÍDIO	22
Eduarda Aparecida Cheffer; Raiane Oliveira	
IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.....	23
César Riboli; Andressa Zatti	
PARTO ANÔNIMO E O DIREITO FUNDAMENTAL À IDENTIDADE BIOLÓGICA DA CRIANÇA: UMA REFLEXÃO A LUZ DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA	25
Sinara Cristina Cazarin; Patricia Luzia Stieven	
JUSTIÇA AOS OLHOS DE BOAVENTURA	27
Alana Ciganski; Jean Mauro Menuzzi	
A POLÍTICA DE ATENDIMENTO À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE COMO MECANISMO DE EFETIVAÇÃO DE DIREITOS.....	28
Franciele dos Santos Viana ; Greciane da Silva do Prado	
REGISTRO DE EMPRESAS E SUAS FUNÇÕES.....	30

Lariane Clara pereira; Luciana Borella Camara Ardenghi	
CONCEPÇÃO DE JUSTIÇA EM ARISTÓTELES.....	32
Bruna Sponchiado; Jean Mauro Menuzzi	
JOHN RAWLS: A JUSTIÇA COMO EQUIDADE	33
Gabriel Regis Olesiak Cordenonsi; Jean Mauro Menuzzi	
RESPONSABILIDADE DOS AGENTES PÚBLICOS POR ATOS QUE VIOLEM A LEI DE LICITAÇÕES	35
César Riboli; Dayane Maria Endrigo	
HOMOFOBIA NA PERSPECTIVA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS ESTUDOS SOBRE PRECONCEITO E DISCRIMINAÇÃO	37
Jordana Meira; Lara Magalhães	
OS 23 ANOS DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	39
Cesar Riboli; Carolina Farias Figueiró	
ADOÇÃO E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA: O DIREITO FUNDAMENTAL À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E COMUNITÁRIA.....	41
Laís Figueiró Parnow; Patricia Luzia Stieven	
TEORIA DE JUSTIÇA HANS KELSEN	43
Patrícia Fontana; Jean Mauro Menuzzi	
DA APLICAÇÃO DO CDC PARA RESPONSABILIZAÇÃO DE COMPANHIA AÉREA POR ATRASO DE VOO DOMÉSTICO.....	44
Amanda Maria Razia Del Paulo	
SUSTENTABILIDADE, DIREITO E ÉTICA: DEVER ÉTICO DIFUSO PARA COM AS GERAÇÕES FUTURAS	46
Julia Paulus Covaleski	
ATO INFRAACIONAL: O MENOR EM CONFLITO COM A LEI	47
Paula Cristina Delavi; Tiago Galli	
ARTHUR SHOPENHAUER: QUESTÃO DE INJUSTIÇA/JUSTIÇA.....	49
Fernanda Carolina da Silva; Jean Mauro Menuzzi	
EDUCAÇÃO AMBIENTAL ENQUANTO PRESSUPOSTO ÉTICO PARA UMA ABORDAGEM JURÍDICA.....	50

Eloisa Fernanda Franciscatto; Fernando Battisti; Claudionei Vicente Cassol	
PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA: FUNDAMENTOS ÉTICOS A PARTIR DO DIREITO À EDUCAÇÃO	52
Eloisa Fernanda Franciscatto; Fernando Battisti; Claudionei Vicente Cassol	
AÇÕES AFIRMATIVAS NA CONSTRUÇÃO DA IGUALDADE E DA CIDADANIA.....	54
Diovana Pires Girardello; Jean Mauro Menuzzi	
ANÁLISE DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO	56
Paula Cristina Delavi; Patricia Luzia Stieven	
A TÉCNICA DO “BEBÊ MEDICAMENTO” E A INTERFERÊNCIA AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA	58
Andressa Ellwanger Carlin; Patricia Luzia Stieven	
DELAÇÃO PREMIADA: INCONSTITUCIONALIDADE	59
Debora Tais Pinheiro; Martha Izabel Dalla Nora	
CONCEPÇÃO DE JUSTIÇA NO VIÉS DE SANTO TOMÁS DE AQUINO.....	60
Jacó Ziech; Jean Mauro Menuzzi	
INTERPRETAÇÃO DA LEI DE FORMA DIVERSA E O ALCANCE DA JUSTIÇA NO CASO CONCRETO	61
Julio Arthur Telles; Thiago Luiz Rigon de Araujo	
GRATUIDADE DA JUSTIÇA: APONTAMENTOS SOBRE O BENEFÍCIO INDISPENSÁVEL AO DIREITO CONSTITUCIONAL DO ACESSO À JUSTIÇA	62
Larissa Fritzen; Maurício Zandoná	
O ABORTO DE ANENCÉFALOS E O DIREITO À VIDA.....	64
Jenifer Fernanda do Nascimento; Patricia Luzia Stieven	
LEI MARIA DA PENHA: NOVE ANOS DE LUTA PELA DIGNIDADE DA MULHER..	65
Jance de Souza; Claudionei Vicente Cassol	
<i>RESUMOS ESTENDIDOS</i>	67
TOLERÂNCIA ZERO: PROCESSO PENAL PARA QUEM?	68

Bruna Medeiros Bolzani; Jean Mauro Menuzzi	
A JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO POSSIBILIDADE DE FORTALECIMENTO DOS VÍNCULOS FAMILIARES DE ADOLESCENTES EM VULNERABILIDADE SOCIAL ...	73
José Henrique de Goés; Kriztiaw Marciniszek	
O EMBATE CONSTITUCIONAL QUANTO À SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS NA CONDENAÇÃO CRIMINAL TRANSITADA EM JULGADO	81
Aline Tatiane De Carli; Vagner Felipe Kühn	
TRIBUNAL DO JÚRI E PRERROGATIVA DE FORO PRIVILEGIADO: O CONFLITO APARENTE ENTRE AS NORMAS CONSTITUCIONAIS.....	85
Anderson Carbolin; Jean Mauro Minuzzi	
AS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL	90
Leticia Tres Dal’Puppo; Jean Mauro Menuzzi	
CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO E AS DEMANDAS TRANSNACIONAIS: OS DESAFIOS JURÍDICOS DA INTEGRAÇÃO DAS NAÇÕES SUL-AMERICANAS (UNASUL)	94
Aline Pereira; Cláudia Locateli	
O FALASCIOSO ARGUMENTO DO “CLAMOR SOCIAL PÚBLICO” VINCULADO À “GARANTIA DA ONDEM PÚBLICA” E A INCOSTITUCIONALIDADE DO SEU USO COMO FUNDAMENTO PARA APLICAÇÃO DE PRISÃO CAUTELAR.....	99
Jean Mauro Menuzzi; Paula Marcolan Tosso	
INQUÉRITO POLICIAL.....	105
Anderson Cristian Scheidt; Jean Mauro Menuzzi	
VIOLÊNCIA VIRTUAL NA ESCOLA – O <i>CYBERBULLYING</i> : UMA REFLEXÃO SOBRE AS IMPLICAÇÕES ÉTICAS QUE ENVOLVEM O USO DAS REDES SOCIAIS	109
Keila de Quadros Schermack; Fernando Battisti	
O PROCEDIMENTO DA MEDIAÇÃO JUDICIAL CÍVEL DE ACORDO COM A POLÍTICA DA RESOLUÇÃO 125/2010 DO CNJ	113
Dulce Veridiana Ferreira; Silmara Cristina Barreto	
MEDIAÇÃO JUDICIAL E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	118
Anderson Cristian Scheidt ; Maurício Zandoná	
O ACESSO À JUSTIÇA E OS MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÕES DOS CONFLITOS NA BUSCA PELA EFETIVIDADE DO DIREITO.....	122

Djonatan Zuffo; Mateus da Jornada Fortes	
O DANO MORAL NA ESFERA TRABALHISTA.....	127
Eiglon Antonio Rubert; Tarcísio Vendruscolo	
AMAMENTAÇÃO.....	132
Rafaela de Paula Guancino; Bruna Roberta Zanetti	
DIREITO à INTIMIDADE	137
Paula Suzane Schmoller	
O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO	143
Lucas Kayser Trevisol; Mateus da Jornada Fortes	
INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL <i>POST MORTEM</i> SOB A ÓTICA DO BIODIREITO E DOS DIREITOS HUMANOS	148
Aline Vanin; Patricia Luzia Stieven	
O ASSÉDIO MORAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO.....	151
Eiglon Antonio Rubert; André Rodrigues	
A FOSFOETANOLAMINA, A CURA DO CÂNCER E O DIREITO À VIDA.....	156
Gustavo Sabedot; Patricia Luzia Stieven	
A ORIENTAÇÃO JURÍDICA AO MENOR INFRATOR ACERCA DO ATO INFRACIONAL	160
Andressa de Vargas Barbosa; Tiago Galli	
MEDIAÇÃO FAMILIAR: ESTRATÉGIA INIBITÓRIA DA ALIENAÇÃO PARENTAL..	166
Tânia Letícia Beneti; Cláudia Cinara Locateli	
A DELAÇÃO PREMIADA SOB O ASPECTO DA ÉTICA	170
Bruna Camargo Manfio; Débora Almerinda Silva Espanhol; Renata Egert	
A RESPONSABILIDADE DO ESTADO NO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS	174
Jesica Francieli Fortes Maschner; Cesar Riboli	
CIDADANIA FEMININA E A PRÁTICA DA VIOLÊNCIA NAS DELEGACIAS DE DEFESA DA MULHER	179
Alana Miserski; Ana Alice Brandielli; Isadora de Oliveira Boff; Roselí Teresinha Michaloski Alves	

GUARDA COMPARTILHADA X GUARDA ALTERNADA.....	195
Amanda Luiza da Luz ; Djonatan Zuffo ; Cátia Venina Sanderson da Jornada Fortes	
CONSUMO SUSTENTÁVEL NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA.....	200
Tainara Troian; Renata Egert	
OS ASPECTOS DIFERENCIADORES DOS CRIMES DE CONTRABANDO E DESCAMINHO.....	203
Thalie Nadine Lanzarin	
A COMPETÊNCIA JURISDICIONAL NO SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO	207
Eliziane De L. S. Oliveira	
A EVOLUÇÃO DA LEGISLAÇÃO CIVIL E CONSTITUCIONAL NO BRASIL ENTRE 1500 E 1891	212
Aléxia Arias; João Vitor Cardoso; Renata Egert	
A FLEXIBILIZAÇÃO TRABALHISTA E O DIREITO DO TRABALHO	218
Caroline Cerutti; André Rodrigues	
A MEDIAÇÃO E A CONCILIAÇÃO NA PERSPECTIVA CONTEMPORÂNEA FRENTE AO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	222
Thaís Sortica Machado; Maurício Zandoná	
A PRÉ-TRANSAÇÃO PENAL COMO A PRIMEIRA HIPÓTESE LEGAL DE APLICAÇÃO DA JUSTIÇA TERAPÊUTICA	227
Kerlin Patricia Greter; Andressa Barbieri; Daniel Pulcherio Fensterseifer	
ACESSIBILIDADE: ARQUITETURA INCLUSIVA NA UNIVERSIDADE.....	232
Jussara Jacomelli; Alessandra Gobbi Santos; Juliana Bonifácio Gewehr	
O AMICUS CURIAE NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	237
Caroline Taffarel Stefanello; Mauricio Zandoná	
CLT: DA PROTEÇÃO DOS DIREITOS INDIVIDUAIS DO TRABALHADOR À CONDIÇÃO DE DIREITO SOCIAL.....	241
Taís Andréa Busatto; Aline Aparecida Gonçalves Ferreira; Camila De Marchi Marcolan; Matheus Perlin; Jussara Jacomelli	
DIREITOS FUNDAMENTAIS E O DESENVOLVIMENTO SOCIAL: A UNIVERSIDADE	247

Jussara Jacomelli; Alessandra Gobbi Santos; Renata Cavalheiro da Silva	
DOMINAÇÃO LEGAL, TRADICIONAL E CARISMÁTICA NA REVOLUÇÃO FARROUPILHA.....	254
Mateus Daniel Vargas da Cost; Claudir Damião; Marcos Aurélio Filipiaki; Thiago Vieira Pontes; Lucas Piovesan; Jussara Jacomelli	
INOVAÇÕES TECNOLÓGICAS E A INTERNET: DESAFIOS À PROTEÇÃO DOS DIREITOS AUTORAIS.....	261
Gabriel Regis Olesiak Cordenonsi; Thiago Luiz Rigon de Araujo	
<i>ARTIGOS CIENTÍFICOS</i>	266
PARTICULARIDADES DAS TUTELAS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL..	267
Paula Cristina Delavi; Alisson Plaziat Cenci; Pablo Henrique Caovilla Kunhen	
A FILOSOFIA DA GLOBALIZAÇÃO DE GIACOMO MARRAMAIO.....	277
Sara Marina Pierine Brizolla; Vagner Felipe Kühn	
AS AUDIÊNCIAS DE CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	286
Emanuele da Silva; Letícia Duarte Sezerotto; Vagner Felipe Kühn	
ANÁLISE SOBRE AS ALTERAÇÕES DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	295
Luciane Izelinda Brun.....	295
SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO E O PROCESSO ELETRÔNICO: INCLUSÃO OU ISOLAMENTO?.....	306
Cristhian Magnus De Marco; Pablo Henrique Caovilla Kuhn	
MEDIAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL COMO FORMA DE MINIMIZAR OS CONFLITOS JUDICIAIS.....	320
Andressa Carlin; Vagner Felipe Kuhn	
PENALIZAÇÃO DO ADOLESCENTE: INVALIDADE PRINCÍPIOLÓGICA DA AMPLIAÇÃO DA INTERNAÇÃO	334
Decio Franco David; José Henrique de Goes	
A MEDIAÇÃO ENQUANTO INSTRUMENTO DE GESTÃO E SOLUÇÃO DE CONFLITOS FAMILIARES.....	339

José Henrique de Goés; Lais Mary Dal Molin Folador	
A DISCUSSÃO DA MAIORIDADE PENAL SOB A ÉGIDE DA DECLARAÇÃO UNIVERSAL SOBRE BIOÉTICA E DIREITOS HUMANOS DA UNESCO.....	350
Caroline Taffarel Stefanello; Patricia Luzia Stieven	
DIREITOS HUMANOS E A HUMANIZAÇÃO DAS PENAS	361
Claudionei Vicente Cassol; Paula Marcolan Toso	
EXPERIÊNCIAS DE UM SURDO NO ENSINO SUPERIOR: A PROBLEMÁTICA DA INCLUSÃO PARA GARANTIAS REAIS DE DIREITOS.	366
Douglas Karnoski; Salete Casali Rocha	
DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO X GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL.....	375
Ana Paula Kereski; Flávio André Lehmann	
VIOLÊNCIA DE GÊNERO NO ÂMBITO FAMILIAR.....	384
Gabriela Scheitt; Salete Casali Rocha	
A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA EMPREGADA DOMÉSTICA NO AMBIENTE DE TRABALHO	393
Valdir Alberto Krieger Junior; Lucas Riboli Ferlin	
O PRINCÍPIO DA ASSERÇÃO COMO CRITÉRIO PARA APLICAÇÃO DA BOA-FÉ OBJETIVA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	402
Aline Regiane da Rocha; Julia Piaia Zanatta; Vagner Felipe Kühn	
ANTECIPAÇÃO DE TUTELA X TUTELA CAUTELAR: AS ALTERAÇÕES DO INSTITUTO NO NOVO CPC.....	412
Vagner Felipe Kuhn; Gustavo Sabedot; Patrícia Binotto Jung	
DIREITO AO CASAMENTO HOMOAFETIVO COMO GARANTIA DE IGUALDADE MATERIAL.....	423
Jacó Ziech; Jean Mauro Menuzzi	

APRESENTAÇÃO

Em outubro de 2015, foi realizada a vigésima edição do evento: Ciclo de Estudos Jurídicos, tradicional curso de extensão voltado a professores e estudantes da área Jurídica e afins. Promovido pelo Curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI de Frederico Westphalen/RS, o curso teve como tema central questões relacionadas ao Direito Penal e ao Tribunal do Júri.

Esta publicação traz os resumos simples, resumos estendidos e artigos científicos apresentados nas sessões de comunicações que é um evento conjunto a estas palestras do Ciclo, oportunizando a pesquisa e oratória do acadêmico e do egresso do Curso, que, juntamente ao seu professor, aborda temas polêmicos e atuais para a disseminação do saber.

Assim, a edição dos Anais leva ao leitor(a), orbitar em torno do mundo jurídico, suas inovações na contemporaneidade, analisado sob dois sub-eixos: Estado Constitucional e Cidadania na Sociedade Contemporânea; e Perspectivas Inovadoras de um Direito Criminal Contemporâneo, linhas de Pesquisa do Grupo de Pesquisa em Direito. Na universidade, compreende-se a Pesquisa enquanto princípio científico e acadêmico, formando matéria prima do conhecimento, considerada atividade fundamental do ensino, da promoção e difusão do conhecimento e das ações e programas de extensão.

A pesquisa, função básica da universidade, objetiva promover o desenvolvimento da ciência e da tecnologia, bem como a criação e difusão da cultura, em perfeito entrosamento com o ensino e a extensão. A pesquisa visa a produção de conhecimento novo, teórico e com relevância social. Com a evolução do pensamento epistemológico a pesquisa como “busca da verdade” foi substituída pela pesquisa como tentativa de aumentar o poder explicativo das teorias. Assim o pesquisador passa a ser um intérprete da realidade pesquisada, capaz de demonstrar a fidedignidade e a relevância teórico-social do conhecimento produzido.

Dessa forma a pesquisa na universidade garante o suporte às atividades de ensino e de extensão, consolida grupos e redes, sustenta a pós-graduação e a produção intelectual, realimenta e qualifica a extensão universitária. Nesta publicação o(a) leitor(a) encontra para seu deleite e reflexão ou crítica, as comunicações vinculadas ao Grupos de Pesquisa em Direito. Em nome da Comissão Organizadora, registramos nosso profundo reconhecimento aos pesquisadores que apresentaram conjuntamente com os alunos temáticas de relevância científica e social, contribuindo para a construção dessa proposta de evento que muito enriquece a pesquisa desenvolvida neste Grupo.

A todos uma boa leitura.

Renata Egert

RESUMOS SIMPLES

JUSTIÇA TERAPÊUTICA COMO ALTERNATIVA A PENA PRISIONAL

Daniel Pulcherio Fensterseifer¹

Andressa Barbieri²

A justiça Terapêutica é um caminho alternativo ao processo e à pena, visando diminuir alguns problemas do mundo jurídico de modo multidisciplinar, ou seja, se utilizando de outras áreas de conhecimento para buscar a solução mais adequada ao problema da criminalidade estritamente ligada ao uso de substâncias que alteram o funcionamento de cérebro e causam dependência, pretendendo assim a redução do dano individual e social. Essas novas alternativas ao sistema criminal vigente se mostram extremamente importantes, pois é de notório conhecimento, que o sistema penal vigente não se mostra adequado a nossa realidade social, sendo um mecanismo sem perspectivas. Por isso a importância de novos meios para a pena prisional sob um viés mais perspectivo e humano. O problema das drogas afeta grande parte da população, e cada vez mais tem aumentando o consumo dessas substâncias sejam drogas ilícitas ou lícitas. A droga consiste num problema social muito amplo que, no Brasil, ainda esta em crescimento, o consumo abusivo dessas substâncias apresenta uma íntima ligação com o comportamento criminoso, sendo necessárias mudanças nas políticas públicas na área de saúde e da segurança para que se possa enfrentar esse problema de forma eficaz. A Justiça Terapêutica é um mecanismo judicial que possibilita ao infrator uma oportunidade de tratar seu problema de saúde em vez de submeter ao processo criminal convencional ou a uma pena. Este mecanismo pode ser proposto em crimes como posse de drogas, violência doméstica, delitos de trânsito, lesões corporais, contravenções penais, crimes contra a honra, entre outros, que apresentam a droga como facilitador da perpetração. Trata-se de um benefício processual que deve ser oferecido ao envolvido que se mostre compatível com os propósitos da medida. Entretanto a Justiça terapêutica apresenta alguns pontos controvertidos, entre eles é que o simples usuário de drogas, não seja maculado por um tratamento idêntico ao oferecido ao dependente químico. Outro ponto importante é quanto à natureza do tratamento, discute-se o fato de ser ou não uma pena. A Justiça Terapêutica não é uma unanimidade na doutrina, e para que o programa possa ser desenvolvido adequadamente, se faz de extrema importância localizar um ponto de equilíbrio entre as diversas necessidades que devem ser compatibilizadas. Pelo exposto e frente ao sistema

¹ Doutorando (bolsista CAPES) e Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS, Professor de Direito Penal e Processual Penal da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões / Câmpus de Frederico Westphalen / RS – URI / FW. Líder do grupo de pesquisa “Direito e Cidadania na Sociedade Contemporânea”. E-mail: danielpulcherio@uri.edu.br.

² Acadêmica do Curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões / Câmpus de Frederico Westphalen / RS – URI / FW. E-mail: andressabarbieri1995@hotmail.com.

prisional vigente são necessárias novas alternativas a pena de prisão, e medidas que abordem os conflitos de forma mais humanizada e propiciem uma redução nos índices de criminalidade. O presente resumo adota como metodologia a pesquisa bibliográfica de renomados doutrinadores, bem como outras e *sites* da Rede Internacional de computadores. E também as demais formas de pesquisa se apresentam importantes para o desenvolvimento do trabalho científico.

DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS: RECONHECIMENTO OU CONCESSÃO?

Thiago Luiz Rigon de Araujo¹
Bruna Medeiros Bolzani²

Essa investigação científica tem por objetivo central abordar a questão da demarcação das terras indígenas frente o direito de propriedade e os ditames da Constituição Federal de 1988, que reconhece terra indígena como direito deste povo e não como opção. A problematização deste tema é notoriamente evidenciada no fato da confusão gerada com as terminologias reconhecimento de terras indígenas e concessão destas pelo Estado. A temática proposta justifica-se no fato da interpretação muitas vezes equivocadas da Carta Magna brasileira, que preconiza o reconhecimento da terra indígena como um direito dos índios, cabendo ao Estado Brasileiro promover a efetivação deste direito o que na visão de Boaventura de Sousa Santos e Lino João de Oliveira Neves a evolução deste direito, que antes da Constituição de Federal era reconhecido como histórico e não como um direito constitucional. Para tanto, a Constituição Federal roga também que as demarcações serão feitas sempre com a participação dos índios, reconhecendo o *status* desse direito como um direito coletivo. O conflito que é gerado pela questão da demarcação das terras indígenas também pode ser remontada à época em que os demais imigrantes europeus vieram ao Brasil, tais como os colonizadores alemães, italianos e demais grupos, fazendo com que os territórios que eram ocupados pelos povos indígenas fossem drasticamente reduzidos, o que também ocasionou-se pelo o confronto de dados entre as várias instituições que manipulavam essas informações, que poderiam ao mesmo tempo de respaldar as reivindicações indigenistas como as reivindicações dos colonos já assentados no território nacional. Utilizando-se do método hipotético dedutivo e através do processamento metodológico bibliográfico, a presente investigação chega a conclusão que o conflito existente nas demarcações de terras indígenas está consubstanciado na errônea interpretação da Constituição Federal, que prega o reconhecimento destas e a sua demarcação, ao contrário do que a sociedade brasileira entende como concessão, pois o direito já está previsto na norma fundamental, cabendo ao Estado cumprir essa determinação constitucional.

¹ Mestre e Professor - URI/FW

² Acadêmica do Curso de Direito – URI/FW

JUSTIÇA TERAPÊUTICA COMO MEIO ALTERNATIVO AO SISTEMA PRISIONAL CONVENCIONAL

Marleane Florêncio de Oliveira¹

Estamos enfrentando sérios problemas com a criminalidade, e por conseguinte percebemos que o nosso sistema prisional pode-se dizer que está falido, deixou de atingir sua finalidade que busca prevenir, ressocializar, além de presenciarmos o superlotação dos presídios e um alto índice de reincidência onde na maioria dos crimes percebe-se que por trás há o consumo de algum tipo de drogas podendo ser tanto lícita quanto ilícita e a estes a pena é aplicada sendo o dependente encarcerado. No entanto, ao sair volta a cometer novos crimes retroalimentando o sistema penal. A partir desses problemas de ineficácia do sistema de punição, busca-se então uma alternativa para que se possa diminuir principalmente a prática criminosa decorrente do uso de drogas e um meio alternativo à pena privativa de liberdade, surgindo então a discussão sobre Justiça Terapêutica, um procedimento realizado em conjunto pelos profissionais da saúde, do direito e integrada ao poder judiciário, com o objetivo de reabilitar o infrator que cometeu algum crime em razão do abuso de drogas substituindo a pena ou o processo pelo tratamento, já que a dependência química é considerada como uma doença, pois de acordo com o Centro Brasileiro de Informações sobre Drogas psicotrópicas (CEBRID), o sujeito não consegue controlar o uso, agindo de forma impulsiva, podendo a dependência se apresentar de forma física ou psicológica, gerando ao usuário problemas em diversos aspectos, tanto individuais quanto sociais, e por se tratar de um problema de saúde o Estado tem por dever garantir através de programas sociais o tratamento desses indivíduos, pensa-se então em fazer com que a Justiça Terapêutica passe a ser um meio alternativo ao sistema prisional convencional, porém, deve ser um método opcional, o imputado terá o direito de escolher seguir o processo tradicional ou iniciar o tratamento. Se aceito, o processo ficará suspenso, e não sendo revogado será extinto. Do mesmo modo caso já se tenha manifestado uma pena, esta é que ficará suspensa, sendo extinta após seu cumprimento. O sujeito passará por uma avaliação pelos profissionais de saúde e estes é que decidirão qual método será utilizado, assim como o tempo de permanência, sendo que não poderá ultrapassar 2 anos. Algumas experiências estrangeiras nos mostram que a Justiça Terapêutica não só contribui para que se tenha um menor índice de reincidência, mas também tem se mostrado eficaz no que diz respeito à diminuição de superlotação dos presídios, e, conseqüentemente menos custos ao Estado, uma vez que há um número menor de encaminhamento ao cárcere, além de mostrar resultado satisfatório em relação ao principal

¹ Acadêmica do curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões- URI.

objetivo que é a qualidade de vida do sujeito, frente estes resultados positivos observados, tem-se uma maior aspiração pela implementação do programa no Brasil e por isso a importância de se debater com maior veemência.

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E SUA APLICABILIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Alejandro César Rayo Werlang¹

Erivelton Menegazzo²

A temática dos direitos humanos ganha força na medida em que a democracia brasileira amadurece. Não obstante as ainda notórias violações aos direitos mais básicos do cidadão (*v.g.* o sistema carcerário brasileiro), visualiza-se uma evolução quando se trata de direitos fundamentais. Ao lado disso, no âmbito internacional, a preocupação com o assunto é crescente, tanto que hoje já se fala em um Direito Constitucional Internacional, dada a preocupação da comunidade mundial com a questão. Nessa rota, verifica-se a edição de diversos tratados internacionais sobre direitos humanos, e o Brasil, assim como a maioria dos países ditos democráticos, vem aderindo a eles, de modo a incorporar em seu ordenamento inúmeras normas atinentes à dignidade da pessoa humana. Esurge, com especial relevo, o chamado Pacto de São José da Costa Rica, que ingresso no nosso arcabouço legislativo no ano de 1992. Essa normativa internacional traz uma série de direitos humanos, muitas deles equivalentes aos dispostos na nossa Carta Magna, em especial no seu art. 5º, e outras que lá não encontram correspondência, como, por exemplo, a audiência de custódia prevista no art. 9.3 do referido Pacto³. Em virtude dessas previsões em tratados internacionais sobre direitos humanos que não possuem equivalentes no ordenamento jurídico brasileiro, surgem discussões sobre a posição hierárquica de tais pactos e sobre a aplicabilidade imediata de suas normas. Em que pesem teses contrárias, mais coerente parece ser a que reconhece que os tratados internacionais sobre direito humanos ratificados pelo Brasil são normas dotadas de status constitucional. Tal conclusão parte premissa de que a Carta Política fez menção expressa no §2º do artigo 5º de que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes de tratados internacionais em que a o Brasil seja parte. Como consequência dessa paridade, todas as normas insculpidas em pactos internacionais acerca de direitos humanos têm aplicação imediata, diante da disposição expressa do §1º do artigo 5º da Lei Fundamental. Em poucas palavras, no momento em que o Brasil ratifica um tratado internacional que traz em seu bojo direitos humanos, tal norma se incorpora automaticamente ao ordenamento jurídico pátrio e passa, desde logo, a ter plena vigência no âmbito internacional e nacional. Assim, a audiência de custódia, prevista no Pacto de São José da Costa Rica, deve ser imediatamente

¹ Juiz de Direito. Mestre em Direito pela Universidade Regional Intregada do Alto Uruguai e das Missões – URI. Especialista em Direito Processual pela UNISUL. Graduado em Direito pela PUC- Porto Alegre.

² Graduando em Direito pela Universidade Regional Intregada do Alto Uruguai e das Missões – URI.

³ *Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais (...).*

aplicada em solo brasileiro de modo que, em casos de prisão em flagrante, o suspeito deve ser, sem demora e pessoalmente, apresentado ao magistrado competente, para que este visualize a legalidade da segregação e analise a necessidade, ou não, de manutenção do agente no cárcere.

FEMINICÍDIO

Eduarda Aparecida Cheffer
Raiane Oliveira

Feminicídio significa a perseguição e morte intencional de pessoas do sexo feminino, pode ser definido como uma qualificadora do crime de homicídio motivada pelo ódio contra as mulheres, é caracterizado por circunstâncias específicas em que ao pertencer ao sexo feminino é o motivo central na prática do delito. Entre tais circunstâncias estão incluídos o menosprezo ou discriminação à condição da mulher, e os assassinatos em contexto de violência doméstica e/ou familiar. Os crimes caracterizados ao feminicídio reportam à destruição da identidade da vítima e a sua condição de mulher. Considera-se agressões físicas e da psique, como o estupro, a escravidão, o espancamento, suplicio, a perseguição sexual, intervenções ginecológicas imotivadas, mutilação genital, impedimento do aborto e da contracepção, esterilização forçada, e outros atos dolosos que geram morte da mulher. Se configura quando é comprovada as causas do assassinato, devendo ser este exclusivamente por questões de gênero, ou seja, quando uma mulher é morta simplesmente por ser mulher. De modo geral, o feminicídio pode ser considerado uma forma de ódio e repulsa às mulheres ou contra tudo que seja ligado ao feminino. Os primeiros registros, foram no século XIX, mas foi no bojo das lutas feministas dos anos 1970 que o termo começou a ganhar maior circulação, com o fim de reconhecer e dar visibilidade à discriminação, opressão, desigualdade e violência contra as mulheres. Para tentar impedir crimes contra as pessoas do sexo feminino, a presidenta do Brasil, Dilma Rousseff, sancionou o Projeto de Lei de nº 8.305/14, em 9 de março de 2015, tal lei altera o código penal, incluindo o feminicídio como uma modalidade de homicídio qualificado, entrando em crimes considerados hediondos, que altera o art. 121 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 no Código Penal, acrescenta no título I contra a pessoa, como o feminicídio na circunstância qualificadora do crime de homicídio. Foi um grande avanço designar o assassinato de mulheres não só como uma agravante, mas sim como um delito independente, servindo para mostrar o quanto importante é proteger e cuidar da vida das mulheres. Procura não julgar sua forma de vida, cuja as múltiplas ofensas que se cometem contra a dignidade, integridade física e liberdade, através de outros atos, acabam em assassinato.

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

César Riboli¹
Andressa Zatti²

A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA é um dos temas que além de ser muito discutido está sendo objeto negativo para o desenvolvimento do nosso país, pois é em consequência deste crime que o cidadão brasileiro está perdendo a confiança na administração pública. A expressão improbidade administrativa vem do vocábulo latino *improbis* que significa algo desonesto. A improbidade administrativa é um mal que está em todo território mundial, mas o Brasil pode-se dizer que é muito mais perseguido por esse aspecto negativo, pois estamos vivenciando uma crise de valores, pois podemos entender nos dias de hoje que o desejo de manter-se sobre o próximo tomou conta de todos os indivíduos. O estado foi criado pelo contrato social com o fim de controlar a sociedade e garantir uma vida harmoniosa a cada pessoa, mas infelizmente não é isso que acontece, o estado se tornou uma mina, onde podemos acompanhar através dos noticiários o envolvimento dos nossos representantes em casos de corrupção como meios ilícitos de enriquecimento ou vantagens econômicas, dessa maneira para alguns o estado se tornou um legítimo meio de enriquecer-se, sem pensar no bem e no desenvolvimento da sociedade. Sendo a improbidade administrativa uma espécie de gênero, qualificada pela desonestidade da conduta do agente público, mediante a qual este se enriquece ilícitamente obtém vantagens indevidas para si ou para outrem, ou causa danos ao erário. Em relação às sanções dos atos administrativos, pode-se dizer que a natureza é administrativa, cível, eleitoral previstas na Lei de Improbidade Administrativa, podendo ser também de natureza penal e ainda em outras infrações que estão previstas em estatutos e leis esparsas de administração pública. A Lei da Improbidade Administrativa rege-se pelos princípios constitucionais que estão no artigo 37 os quais são: Legalidade, que significa dizermos que todos os atos administrativos devem estar de acordo com a lei; Impessoalidade, que significa que a administração pública deve ser neutra; Moralidade que todos os atos devem ser certos/honestos; Publicidade, sendo que todos os atos administrativos devem se tornar públicos para que assim a administração tenha transparência e o último princípio que é o da eficiência que todos os atos devem ser eficazes e com a máxima rapidez possível. Dessa maneira podemos ter sempre em mente que se os princípios constitucionais (limpe) fossem seguidos pelos agentes administrativos não teríamos tantos casos

¹Mestre em Direito, professor de Direito Administrativo, Prática Jurídica, Coordenador do Curso de Direito da URI - Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - Câmpus de Frederico Westphalen, RS, Advogado.

² Acadêmica do VI semestre do Curso de Direito da URI – Câmpus de Frederico Westphalen, RS.

de improbidade administrativa em nossa sociedade e sem duvida nenhuma o cidadão teria mais confiança na administração publica.

PARTO ANÔNIMO E O DIREITO FUNDAMENTAL À IDENTIDADE BIOLÓGICA DA CRIANÇA: UMA REFLEXÃO A LUZ DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA

Sinara Cristina Cazarin¹

Patricia Luzia Stieven²

O presente trabalho aborda a temática referente ao parto anônimo, iniciativa proposta através dos Projetos de Lei n. 2.747/2008, 2.834/2008 e 3.220/2008, com o escopo de fornecer à gestante um meio de, querendo, abrir mão do direito à maternidade, resguardando, porém, sua identidade e a segurança da prole. Optou-se pelo tema, em razão de que tais medidas de cuidado e anonimato, não trarão valor algum se violarem a dignidade humana da criança, que, com exceção de casos insólitos, não terá a possibilidade de conhecer sua identidade genética. Nesta pluralidade e observado o princípio fundamental previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, não há como privar a criança desse conhecimento, vez que o ordenamento jurídico, com o advento da Carta Magna de 1988, optou pelo princípio da proteção integral à criança, visando o pleno desenvolvimento de sua personalidade e a garantia de seus direitos básicos, através da prevenção e proteção, devendo para isso, haver a participação ativa da família, da sociedade e do Estado, que não pode coadunar com a violação explícita do direito fundamental da criança. O trabalho será estruturado em três capítulos, iniciando-se pela verificação dos aspectos históricos da evolução do conceito de parto anônimo, surgido da arcaica Roda dos Expostos, com um breve relato sobre as experiências de sua implementação ao longo da história. Apresentar-se-á uma análise dos direitos inerentes à criança e a mãe, quais sejam, o de conhecer sua origem genética e sua liberdade de escolha, respectivamente, que asseguram a dignidade de ambas como pessoa, confrontando tais garantias, a fim de tentar estabelecer qual deve prevalecer quando postas em afronta. Demonstra, através de uma discussão jurídico-social, se as necessidades das crianças abandonadas, frente aos projetos legislativos n. 2.747/2008, 2.834/2008 e 3.220/2008, seriam bem atendidas, cuidando-se os institutos já existentes, Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei de Adoção e princípios jurídico-constitucionais, avaliando, assim, sua operabilidade e constitucionalidade. Assim, para a realização deste trabalho monográfico utiliza-se do método dedutivo, em que parte-se de conceitos e ideias gerais para se chegar a conclusões específicas. A estratégia metodológica é a pesquisa bibliográfica, eis que pautada na leitura, análise, síntese, interpretação e dedução de conceitos, obras e autores, bem como da leitura da

¹ Acadêmica do VIII Semestre do Curso de Direito, URI – Câmpus Frederico Westphalen

² Pesquisadora em Direitos Fundamentais Cíveis e Biodireito. Mestranda em Direitos Fundamentais (Unoesc/Chapecó-SC). Especialista em Função Social do Direito (Unisul/Tubarão-SC). Professora Universitária na URI/FW. Advogada.

legislação brasileira necessárias para a fundamentação do tema em estudo. Pretende-se, assim, demonstrar que os Projetos de Lei que propuseram a instituição do parto anônimo na formação legal brasileira, ao negarem da criança o direito a conhecer sua origem biológica violam, de forma gritante a dignidade humana do infante. Dignidade esta, que é um valor individual intrínseco e alicerçado na valorização da pessoa, pelo simples fato de ser pessoa portadora de direitos.

JUSTIÇA AOS OLHOS DE BOAVENTURA

Alana Ciganski
Jean Mauro Menuzzi

Propõe o trabalho apontar as concepções de acesso à Justiça de Boaventura Souza Santos, filósofo português, tendo como base o livro *“Para uma revolução democrática da justiça”* (2008), livro escrito com o intuito de ser utilizado como contribuição no aprofundamento do estudo do pensamento crítico do direito a partir do reconhecimento de que há diversidade jurídica no mundo e que sejam valorados os movimentos de luta e organizações sociais por direitos justos, acessíveis, simples, com fim de universalizar o acesso. O primeiro tema abordado por Boaventura foram as custas processuais que variam extremamente de um caso a outro, sem que seja aplicado critério racional que possa explicar o porquê de tal disparate. Entendo que o papel das defensorias públicas é de total relevância, por ter a necessidade de que as culturas da consulta jurídica e de assistência sofram com mudanças, para se tornarem acessíveis a todas as classes sociais. Logo após abordando à experiência das Promotoras Populares, que socializa e capacita mulheres nas áreas de direito, justiça e combate à discriminação. Esse experimento já ocorre em Porto Alegre e cidades de São Paulo. Posteriormente o autor trata das Assessorias Jurídicas Universitárias Populares, baseadas na importante utilização na ação de direitos coletivos em associação, que trabalha com movimentos sociais e organizações populares. Tratando também da capacitação jurídica dos líderes a frente das comunidades, tanto em programas governamentais e não governamentais, que trabalham na preparação dos integrantes para que sejam mediadores na solução dos conflitos locais. Após trata da Advocacia Popular, que em suas palavras é *“uma forma de mobilização jurídica nova”*, no Brasil, aponta que a consolidação desta acompanha as mudanças políticas das últimas décadas. Mostra-se familiarizado com a Justiça em âmbito internacional, utilizou muitas vezes o Brasil como referência por ser um país multiculturalista, que o levou a realizar diversas pesquisas em morros inclusive do Rio de Janeiro. Para ele a justiça esta na nossa percepção, que *“as pessoas tem o direito a tratamento igualitário quando a diferença as discrimina, mas tem direito a tratamento diferente onde a igualdade as discrimina”*, mostrando que não é apenas do Estado que deve surgir as mudanças necessárias para se obter justiça, mas também da iniciativa da população.

A POLÍTICA DE ATENDIMENTO À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE COMO MECANISMO DE EFETIVAÇÃO DE DIREITOS

Franciele dos Santos Viana ¹

Greciane da Silva do Prado ²

As crianças e os adolescentes- infantes- são sujeitos de direito em condição peculiar de desenvolvimento. Por isso, há três princípios para garantia de seus direitos: prioridade absoluta, melhor interesse e proteção integral. Este trabalho visa à aproximação da política de atendimento como instrumento de garantia. A pesquisa é bibliográfica e documental e parte dos estudos para artigo científico. Como objetivo geral da pesquisa se tem a análise da rede de atendimento aos infantes e suas possibilidades à proteção da violência familiar. Para o presente, recortou-se à análise da lei 13.010/2014, que alterou o Estatuto da Criança e do Adolescente-ECA a fim de instituir que humilhação, ameaça grave e ridicularização e o castigo físico ou lesão devem ter como consequência o encaminhamento a programa oficial ou comunitário ou comunitário de proteção à família, a tratamento psicológico, programa de orientação, tratamento especializado e advertência (meios já possíveis de emprego com fundamento no artigo 101, IV, do ECA), e serão aplicadas pelo Conselheiro Tutelar- CT. Tem-se, portanto, que, até mesmo quando há intervenção do Estado para especificar como a família deve proteger o direito à integridade dos menores há dependência da rede para garanti-lo. O CT, assim como a família, o Juiz da Infância e Juventude, a escola, os Centros de Referência de Assistência Social e todos os outros órgãos representativos das áreas em que são divididas ações de atendimento, é parte da rede, cujos princípios de ação ainda pendem de conhecimento e efetivação, como a interdependência, intersetorialidade. As pesquisadoras realizaram pesquisa ainda não finalizada com três CT's, um por conselho tutelar existente em Ponta Grossa, obtendo três respostas diferentes acerca do procedimento para caso de violência. Conclui-se que a garantia dos direitos depende da eficiência da rede. Sendo a política da Criança e do Adolescente democrática, em razão de que os Conselhos Municipais de Direitos da Criança e do Adolescente são responsáveis por executar a política desenhada no Plano Decenal, o qual contém diretrizes decorrentes das demandas

¹ Especialista em Direito Público pela Escola Superior da Magistratura Federal – ESMAF/Unibrasil. Mediador Judicial junto ao Centro Judiciário de Solução de Conflitos – CEJUSC – Ponta Grossa – PR. Membro do Projeto ‘Fortalecimento do Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente’ do Núcleo de Ensino, Pesquisa, Extensão e Assessoria sobre Infância e Adolescência – NEPIA da Universidade Estadual De Ponta Grossa – UEPG. Professor do Curso de Direito das Faculdades SECAL de Ponta Grossa – PR. Email: henriquedeagoes@hotmail.com

² Acadêmico do 3º semestre do Curso de Direito das Faculdades SECAL de Ponta Grossa – PR. Membro do Grupo de Pesquisa “Política Pública de Acesso à Justiça: práticas de mediação, conciliação e justiça restaurativa”. Email: kriztiawmarciniszek@gmail.com

levantadas pela população, que tem direito a voz, nas Conferências destinadas a confeccionar os Planos, necessário que haja participação popular efetiva.

REGISTRO DE EMPRESAS E SUAS FUNÇÕES

Lariane Clara pereira¹

Luciana Borella Camara Ardenghi²

Este resumo tem por objetivo o estudo sobre o registro de empresas, bem como seus órgãos, alguns atos e entre outras funções. Além disso, pretende-se ressaltar que o registro de empresa é procedimento pelo qual o empresário deve passar a fazer antes de iniciar sua atividade comercial, sendo um dos procedimentos mais importantes a ser feito, que esta até mesmo posto no art. 967 do Código Civil. O mesmo deve ser feito para que o indivíduo possa explorar de forma legal suas atividades, além disso, o Registro de Empresa encontrar-se regulamentado também na Lei nº 8.934/94 (LRE), que dispõe de sobre o registro público de empresas mercantis e atividades afins. O registro de empresa esta a cargo de órgãos de dois níveis diferentes de governo: no âmbito federal, o Departamento Nacional do Registro de Comercio (DNRC), que é o órgão máximo do sistema, com funções de supervisionar, coordenar, orientar e fiscalizar, em todo o território nacional, as autoridades e órgãos públicos, incumbidos pelo Registro de Empresas. E no âmbito estadual, a Junta Comercial, este órgão tem sede nas capitais dos Estados e são órgãos da administração estadual que desempenham funções de natureza federal, ou seja, subordinam-se aos respectivos governos e tecnicamente aos órgãos e autoridades do Ministério da Indústria e do Comércio. Em seu texto, a Lei nº 8.934/94 dispõe de três atos de registro de uma empresa que são: a matrícula, o arquivamento e a autenticação. A Matrícula é o ato de inscrição dos profissionais que exercem atividades paracomerciais. O Arquivamento é o ato pelo qual qualquer constituição, modificação ou dissolução de empresa deve ser levada a arquivamento. A Autenticação é uma condição de regularidade de documento, que deve ser feita perante as Juntas Comercias, ou seja, refere-se aos livros comerciais. A ausência de registro pode trazer consequências e uma delas é a atividade irregular, pois não poderá usufruir dos benefícios que o direito comercial libera em seu favor, sendo assim o mesmo não poderá ter legitimidade ativa para fazer o pedido de falência, não pode requer o benefício do pedido de recuperação judicial, impede também a autenticação dos livros comerciais entre outras. Pode-se concluir que este tema, expõe muitas discussões, procurando-se debates e explicações. Mas o principal objetivo deste assunto é apresentar de forma breve e clara algumas explicações perante o registro de empresas sendo a

¹ Acadêmica de direito V semestre da Universidade Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI

² Mestre em Direitos Humanos da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUÍ e professora da Universidade Regional Integral do Alto Uruguai e das Missões. E-mail: camara@uri.edu.br

mesma essencial para o empresário que pretende começar sua atividade comercial, com isso, tomando cuidado para que não haja irregularidades.

CONCEPÇÃO DE JUSTIÇA EM ARISTÓTELES

Bruna Sponchiado¹
Jean Mauro Menuzzi²

Este trabalho analisa as concepções de Justiça segundo Aristóteles, apresentadas em sua obra *Ética a Nicômaco*, Livro V. Aristóteles foi um filósofo grego, natural de Estagira, na Trácia, aluno de Platão e professor de Alexandre. É considerado o criador da lógica. No que se refere ao presente resumo será usado o método dedutivo que se baseia em argumentos gerais para se buscar pensamentos específicos. Aristóteles propõe que o homem justo deve respeitar a lei, praticar atos que sejam legítimos, que não contrariem a própria lei nem a ordem pública. Para o autor, a justiça é uma virtude completa, podendo ser considerada a maior das virtudes. Aquele que dela possui pode exercê-la não apenas sobre si, mas também sobre os outros. Segundo Aristóteles o injusto foi dividido em ilegítimo e ímprobo e o justo em legítimo e probó. A injustiça seria um vício completo, já que a lei nos instrui a praticar somente atos que sejam legítimos, que sejam virtudes, e nos proíbe de praticar atos que contrariem o ordenamento jurídico, considerados como vícios. O justo, portanto, é uma espécie proporcional e o injusto aquele que viola esta proporção. Quando a injustiça se torna uma desigualdade às pessoas recorrem ao juiz que procura igualá-las. A justiça deve ser intermediária a perda e o ganho, ou seja, um matou e outro foi morto, o juiz aplica uma pena como meio de compensação. O magistrado deve prezar pela justiça e também pela igualdade, agindo como um intermediário ao caso, em alguns países chamado de mediador, pois conduz como uma terceira pessoa imparcial ao conflito, que irá solucionar-lo de maneira em que ambas as partes estejam num patamar de igualdade. Justo é o homem que percebe a situação das pessoas e distribui seus bens para além de si, ajudando os outros, de maneira a não dar mais do que lhe convém, mas na proporção exata, trata-se da justiça distributiva. A justiça corretiva já tratada anteriormente entende que o juiz como uma figura intermediária ao caso, deve saber de qual lado está à justiça, aplicando a lei a cada caso concreto. Portanto, conclui-se que para Aristóteles a justiça é a maior das virtudes e todo indivíduo deveria buscá-la, pois ela esta no mediano, ou seja, no termo médio de dois extremos. Porém o termo médio é relativo e varia de acordo com o caráter de cada pessoa, o que é bom para mim pode não ser bom para o outro.

¹ Acadêmica do IV semestre do Curso de Direito da URI – Câmpus de Frederico Westphalen, RS.

² Mestre em Direito, Funcionário Público Estadual e professor universitário - URI/FW, possui licenciatura em Filosofia, Psicologia e História, área em que é especialista. Contato pelo e-mail: menuzzi@uri.edu.br.

JOHN RAWLS: A JUSTIÇA COMO EQUIDADE

Gabriel Regis Olesiak Cordenonsi¹

Jean Mauro Menuzzi²

O presente trabalho tem por escopo abordar a Teoria da Justiça formulada pelo filósofo norte-americano John Rawls, trazendo à baila seus principais aspectos e, em especial, a compreensão da justiça como equidade, questionando, por fim, a efetividade da aplicação dessa teoria na sociedade. Diante das inúmeras questões políticas e dos problemas socioeconômicos presentes atualmente, fica clarividente a necessidade de questionar a aplicabilidade da referida teoria, a fim de aferir se esta representa uma efetiva solução aos problemas relativos à desigualdade social. A realização da presente pesquisa foi calcada no método dedutivo, partindo de conceitos e ideias gerais sobre a Teoria da Justiça de John Rawls, chegando a conclusões específicas, sob a égide do procedimento de pesquisa bibliográfica, consubstanciada na análise e interpretação da obra *Uma Teoria da Justiça*, em que Rawls estabelece a ideia de justiça como equidade, na qual surge através de um contrato social realizado entre os indivíduos, aos quais decidem sobre os princípios da justiça por meio de um ajuste equitativo, ou seja, os indivíduos se colocam em condição de plena igualdade, sem que sejam levadas em conta as diferenças sociais existentes entre eles, chegando, assim, a um consenso que, em tese, não os prejudica, caracterizando, portanto, um sistema equitativo de cooperação. Posteriormente, Rawls atribuiu a esse sistema dois princípios que devem ser respeitados por todos, quais sejam, liberdade igual e diferença. O princípio da liberdade igual garante um sistema com liberdade e direitos iguais a todos os indivíduos, enquanto que o princípio da diferença assegura que uma eventual desigualdade econômica somente será aceita se for para beneficiar aquele em maior desvantagem. Desse modo, verifica-se que Rawls defende que para construir uma sociedade mais justa deve ser assegurada uma igualdade de oportunidades a todos os indivíduos em posição de plena equidade, devendo os benefícios resultantes desta serem destinados aos menos favorecidos da sociedade, de forma a promover uma efetiva justiça social. Portanto, o resultado que pode ser apontado é de que a Teoria da Justiça elaborada John Rawls se preocupa com a efetividade da justiça perante a sociedade, não prezando por um igualitarismo de oportunidades, mas sim de resultados, possibilitando, dessa maneira, que as pessoas menos privilegiadas possam, através dos benefícios

¹ Acadêmico do Curso de Direito da URI - Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, Câmpus de Frederico Westphalen, RS. Contato pelo e-mail: gabrielcordenonsi@gmail.com.

² Mestre em Direito, Funcionário Público Estadual e professor universitário - URI/FW. Possui licenciatura em Filosofia, Psicologia e História, área em que é especialista. Contato pelo e-mail: menuzzi@uri.edu.br.

alcançados pelos indivíduos em condição de plena equidade, serem amparadas, havendo a correção das desigualdades sociais de forma efetiva.

RESPONSABILIDADE DOS AGENTES PÚBLICOS POR ATOS QUE VIOLEM A LEI DE LICITAÇÕES

César Riboli¹
Dayane Maria Endrigo²

O presente texto aborda a temática da responsabilidade dos Agentes públicos por violação à legislação que disciplina as Licitações. Optou-se pelo tema, pois o procedimento licitatório é um instrumento destinado a realização das finalidades públicas, exigido sempre que houver a necessidade de contratar com particulares. Para Celso de Mello (2015:538), licitação é o procedimento administrativo pelo qual uma pessoa governamental, pretende alienar, adquirir ou locar bens, realizar obras ou serviços, outorgar concessões, permissões de obra, serviço ou de uso exclusivo de bem público, segundo condições por ela estipuladas previamente, convoca interessados na apresentação de propostas, a fim de selecionar a que se revele mais conveniente em função de parâmetros antecipadamente estabelecidos e divulgados. A obrigatoriedade de licitar vem prevista no art. 37, XXI da Constituição Federal, por outro lado, a competência para legislar em matéria de licitações, foi reservada pelo constituinte a União, nos termos do art. 22, XXVII. Em consonância com as disposições constitucionais, principalmente em relação a seus princípios aplicáveis a Administração pública (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência), foi regulamentada a matéria no que diz respeito aos procedimentos de licitações pela Lei nº 8.666/93. Há ainda outras disposições legais que tratam do procedimento licitatório, o art. 175 da Constituição prevê que as concessões e permissões de serviços e obras públicas devam ser sempre precedidas de licitação. A Lei nº 10.520/02, institui a modalidade de licitação denominada pregão. A lei Complementar 123/06, que dispõe sobre o Estatuto da Micro e Pequena Empresa, estabelece critérios próprios para essas entidades participarem de procedimento licitatório. A lei nº 12.232/10, estabelece normas para contratação de publicidade e propaganda de agências de publicidade. A Lei nº 12.462/11, que institui o Regime diferenciado de contratações públicas – RDC. A obrigatoriedade de observância da legislação de licitações aplica-se a todos os Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. A licitação tem por finalidade garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos (próprios) da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da

¹ Mestre em Direito, Professor e Coordenador do Curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões URI, Câmpus de Frederico Westphalen, RS.

² Acadêmica do Curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões URI, Câmpus de Frederico Westphalen, RS.

vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos (art. 3º da LL). Como decorrência, exige a legislação além da obrigatoriedade de observância do procedimento licitatório, que a atuação do Agente público seja impessoal, não favorecendo, nem prejudicando ninguém, que tenha como único propósito atender para a finalidade pública em suas ações. Qualquer ato que não observe as prescrições legais além de macular todo o certame, implicará como consequência a responsabilização pessoal do Agente público responsável. A própria Lei de Licitações, em seus arts. 89 a 99, tipificou condutas consideradas crimes por violação a seus dispositivos, destacando-se: dispensar ou inexigir licitação sem previsão legal; frustrar ou fraudar; patrocinar qualquer tipo de vantagem indevida; devassar o sigilo de propostas; entre outros. Há também os crimes contra a Administração pública, previstos no Código Penal, arts. 312 a 327, como são os casos de: peculato; concussão; corrupção passiva; prevaricação; entre outros. Aplica-se também aos Agentes públicos a Improbidade Administrativa, prevista na Lei nº 8.429/92, punindo condutas dos Agentes, quais sejam: atos que importem em enriquecimento ilícito; que causam prejuízo ao erário e que atentam contra os princípios da Administração Pública. Essa Lei prevê seções de natureza cível, que podem ser cumuláveis, como: perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio; ressarcimento integral do dano; perda da função pública; suspensão dos direitos políticos; pagamento de multa civil; proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios. Conforme demonstrado, o Agente público que violar o dever de observar a legislação de licitações estará sujeito a sanções graves, como são os casos de: perder o cargo; a liberdade; bens e valores; elegibilidade; direito de receber benefícios e contratar com entes públicos. Essas sanções têm como propósito, punir o Agente para inibir as condutas vedadas e com isso preservar o interesse público. Então, violar norma licitatória é conduta que o Agente público não deve praticar.

HOMOFOBIA NA PERSPECTIVA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS ESTUDOS SOBRE PRECONCEITO E DISCRIMINAÇÃO

Jordana Meira
Lara Magalhães

A homossexualidade refere-se à característica ou qualidade de um ser que sente atração física, estética ou emocional por outro ser do mesmo sexo. Ao longo da história da humanidade, os aspectos individuais da homossexualidade foram admirados, tolerados ou condenados, de acordo com as normas sexuais vigentes nas diversas culturas e épocas em que ocorreram. Quando admirados, esses aspectos eram entendidos como uma maneira de melhorar a sociedade; quando condenados, eram considerados um pecado ou algum tipo de doença, sendo, em alguns casos, proibidos por lei. Desde meados do século XX, a homossexualidade tem sido desclassificada como doença e lutada para que seja descriminalizada em quase todos os países desenvolvidos e na maioria do mundo ocidental. Entretanto, o estatuto jurídico das relações homossexuais ainda varia muito de país para país. Enquanto em alguns países o casamento entre pessoas do mesmo sexo é legalizado, em outros, certos comportamentos homossexuais são crimes com penalidades severas, incluindo a pena de morte. É desse modo, que a homofobia começa. Podemos entender a homofobia, assim como as outras formas de preconceito, como uma atitude de colocar a outra pessoa, no caso, o homossexual, na condição de inferioridade, de anormalidade, baseada no domínio da lógica heteronormativa, ou seja, da heterossexualidade como padrão, norma. A homofobia é a expressão do que podemos chamar de hierarquização das sexualidades. Todavia, deve-se compreender a legitimidade da forma homossexual de expressão da sexualidade humana. No decorrer da história, inúmeras denominações foram usadas para identificar a homossexualidade, refletindo o caráter preconceituoso das sociedades que cunharam determinados termos, como: pecado mortal, perversão sexual, aberração, doença, entre outras denominações. Desse modo, a homofobia compreende duas dimensões fundamentais: de um lado a questão afetiva, de uma rejeição ao homossexual; de outro, a dimensão cultural que destaca a questão cognitiva, onde o objeto do preconceito é a homossexualidade como fenômeno, e não o homossexual enquanto indivíduo, compreendendo questões da esfera pública, como a luta por direitos. Em maio de 2011, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a legalidade da união estável entre pessoas do mesmo sexo no Brasil. A decisão retomou discussões acerca dos direitos da homossexualidade, além de colocar a questão da homofobia em pauta. Apesar das conquistas no campo dos direitos, a homossexualidade ainda enfrenta preconceitos e agressões. O reconhecimento legal da união homoafetiva ainda não foi capaz de acabar com a homofobia, nem

protegeu inúmeros homossexuais de passarem por violência verbal e física, lavando até mesmo ao assassinato.

OS 23 ANOS DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Cesar Riboli¹
Carolina Farias Figueiró²

O presente texto tem por objetivo analisar os 23 anos da Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992, denominada Lei de Improbidade Administrativa. A referida Lei surge para regulamentar princípio e disposição da Constituição Federal de 1988. O art. 37, *caput*, estabelece entre os cinco princípios que a Administração pública deverá observar, o da moralidade. Então, a Lei, tem como propósito combater à corrupção e defender o patrimônio público. Os atos de improbidade administrativa podem ser praticados por agentes públicos ou não (inclui terceiros), contra a Administração Pública ou contra Entidade que tenha sido criada ou custeada com recursos públicos. Terceiros são aqueles que juntamente com o agente público, tenha se beneficiado, ou que tenha induzido o agente a praticar tal ato. A Lei estabeleceu três tipos de atos que implicam em Improbidade Administrativa: (I) O enriquecimento ilícito, o art. 9º define como sendo o ato que importa em auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades da Administração pública. (II) Atos que causem prejuízo ao erário público, o art. 10, estabelece é qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades públicas. (III) Atos que atentam contra os princípios da Administração pública, o art. 11 estabelece que qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, constitui-se em ato de improbidade administrativa. Como consequência da prática de atos de improbidade administrativa, o art. 37, § 4º, da Constituição, tais atos, importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas na Lei de Improbidade Administrativa, que incluiu a penalidade multa e a proibição de contratar com a Administração pública e receber benefícios, sem prejuízo da ação penal cabível. A Constituição estabelece ainda, (art. 37, § 5º) que os atos de improbidade administrativa que impliquem em ação de ressarcimento ao erário são imprescritíveis. A ação de Improbidade é de natureza cível. Independe da ação penal. Qualquer pessoa poderá representar a autoridade administrativa competente para que seja instaurada a investigação destinada a apurar a prática de ato de improbidade. A ação principal, seguirá o rito ordinário, podendo ser proposta

¹ Mestre em Direito, Professor do Curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões URI, Câmpus de Frederico Westphalen, RS. Coordenador do Curso.

² Acadêmica do Curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões URI, Câmpus de Frederico Westphalen, RS.

pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada (art. 17 LIA). Enquanto a ação estiver em andamento, o Ministério Público pode pedir o sequestro ou a indisponibilidade dos bens do acusado, garantindo recursos suficientes para ressarcir os cofres públicos lesados. Os 23 anos da Lei de Improbidade Administrativa, leva a todos a uma reflexão, notadamente no que diz respeito a corrupção existente no Brasil. A lei tem contribuído para o controle e diminuição dos atos ímprobos? O Brasil tem dificuldades de progredir, pois em decorrência da corrupção, os agentes que deveriam atender ao interesse público e pautar suas condutas com base na moralidade, não a respeitam, praticam atos para benefício pessoal, visando outros interesses que não o público. Nesse ínterim, a Lei aniversariante, tem a pretensão de coibir atos que atentem contra a moralidade pública, entretanto, muitas vezes ela não é aplicada nem observada pelo agente público. E quanto a população, o que nos resta é a mobilização, afinal quem detém o poder neste país, é o povo brasileiro, quem têm vontade soberana, e é esse povo que pode mudar o destino do país exercendo sua cidadania na hora do voto escolhendo representantes, honestos, éticos e dignos que saibam colocar o interesse público acima dos próprios interesses, e quanto não forem respeitado o interesse público, provocar a aplicação da lei aniversariante será um bom caminho na defesa do patrimônio da população brasileira.

ADOÇÃO E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA: O DIREITO FUNDAMENTAL À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E COMUNITÁRIA

Laís Figueiró Parnow¹

Patrícia Luzia Stieven²

O presente trabalho aborda a temática referente à presença do princípio da Dignidade Humana e o respeito ao direito fundamental à convivência familiar e comunitária no processo de adoção, especialmente no que tange à permanência dos menores nas casas de acolhimento, diante das condições que os mesmos lá enfrentam. Optou-se pelo tema, em razão de que durante o processo burocrático e muitas vezes frustrante que é a adoção, os indivíduos aparentam ter muitos de seus direitos desrespeitados, ou no mínimo ignorados principalmente no que se refere aos casos de adoção tardia, que são as situações onde a adoção é direcionada às crianças maiores ou adolescentes, que na maioria das vezes, encontram-se nos abrigos há um longo tempo, tomados por desesperança. Nesta pluralidade, o estudo pretende analisar o processo de adoção sob a égide do princípio da dignidade humana, buscando elencar as dificuldades e deficiências da aplicação deste princípio nesse procedimento específico, demonstrando que esta obrigação Estatal tem sido negligenciada, uma vez que enquanto aguardam afoitas por uma família, as crianças devem ter seus direitos fundamentais garantidos, mas nem sempre as casas de acolhimento conseguem êxito nesse dever. O trabalho será estruturado em três capítulos, iniciando-se pela apresentação do aspecto conceitual de adoção, bem como pontos importantes referentes ao processo e procedimento através de considerações sobre a lei de adoção, realizando uma abordagem sobre o conceito e os procedimentos das diversas espécies de adoção. Apresentar-se-á uma análise da aplicação real dos direitos e garantias no processo de adoção, principalmente no que tange ao princípio da dignidade humana, ao princípio da prioridade absoluta e ao princípio da proteção integral, buscando compreender a importância dos direitos da criança e do adolescente, elencados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Destacar-se-á considerações sobre os motivos de abrigamento, o período de permanência do indivíduo no abrigo e suas consequências, demonstrando as dificuldades enfrentadas no processo de espera por um vínculo familiar. O presente estudo buscará demonstrar que o tema a ser analisado é de suma importância, pois ainda atinge um grande índice de crianças/adolescentes no Brasil que aguardam uma família nas casas de acolhimento, e durante este processo - que muitas vezes parece eterno - sofrem danos irreparáveis em seu desenvolvimento, que por vezes é deficiente e

¹ Autora/Comunicadora. Acadêmica do VIII Semestre do Curso de Direito, URI – Câmpus Frederico Westphalen

² Pesquisadora em Direitos Fundamentais Cíveis e Biodireito. Mestranda em Direitos Fundamentais (Unoesc/Chapecó-SC). Especialista em Função Social do Direito (Unisul/Tubarão-SC). Professora universitária na URI/FW. Advogada.

desestruturado, o que acaba por criar indivíduos marginalizados pela situação de abandono. Para a realização deste trabalho monográfico utilizar-se-á o método dedutivo, em que parte-se de conceitos e ideias gerais para se chegar a conclusões específicas. A estratégia metodológica é a pesquisa bibliográfica, eis que pautada na leitura, análise, síntese, interpretação e dedução de conceitos, obras e autores, bem como da leitura da legislação brasileira necessárias para a fundamentação do tema em estudo.

TEORIA DE JUSTIÇA HANS KELSEN

Patrícia Fontana
Jean Mauro Menuzzi

Este trabalho tem por objetivo conceituar a justiça segundo o pensamento de um dos maiores pensadores do Século XX, o filósofo austríaco Hans Kelsen. A escolha de tal tema baseou-se na peculiar e curiosa visão de justiça no mundo de Kelsen. Far-se-á uma conceituação de justiça, com fundamentos baseados na obra de maior apreço e mais bem elaborada do autor, a Teoria Pura do Direito. No que se refere ao problema da justiça é importante ressaltar que Hans Kelsen propõe delimitar o direito no que diz respeito a valor, sustentando que a valoração ética do Direito não é função da ciência jurídica, eliminando qualquer juízo de valor em relação ao direito, embora não esteja no âmbito das funções da ciência jurídica. Kelsen contradiz o direito natural, reconhece as limitações que baseadas na pureza metodológica, as pessoas buscam uma resposta relacionada a justiça absoluta, mas a teoria pura do direito deixa claro que não existe métodos de fornecê-las. A função do conhecimento científico não consiste apenas em responder as questões que lhe são propostas, mas também em ensinar que perguntas lhe podem ser dirigidas. Segundo Kelsen o conceito de justiça esta enquadrada no conceito da moral, demonstrando que toda discussão de opinião sobre determinados valores possui um campo único de estudo neste caso denominado ética. Por isso, Kelsen direciona seu estudo a justiça relativa e não absoluta, mas não se recusa a estudar o justo e o injusto, no entanto em esferas de estudos diferentes e não diretamente ligado a teoria pura do direito. Kelsen não tem uma resposta para o questionamento que a humanidade esta buscando relacionada a justiça absoluta, sendo que a sua teoria esta embasada na ciência, para ele justiça é ordenação social podendo prosperar em busca da verdade da liberdade e da democracia. Kelsen aponta que não é possível generalizar a idéia de justiça, fazendo uma ligação entre emoção e razão para assegurar a não existência de justiça universal e uniforme, apontando a realidade como o melhor caminho para a compreensão do conceito de justo. Para Kelsen o direito é mais relevante do que a justiça, por ser esta passível de erros e interesses falsos, havendo uma controvérsia entre a formalidade e a interpretação da ciência jurídica indissolúvel e sem explicação, uma de suas maiores preocupações é a grande diferença entre a população e a distancia dela ao acesso a justiça, sendo o fator mais relevante a diferença do que está positivada na norma em relação a moral dos indivíduos com relação aos fatos sociais.

DA APLICAÇÃO DO CDC PARA RESPONSABILIZAÇÃO DE COMPANHIA AÉREA POR ATRASO DE VOO DOMÉSTICO

Amanda Maria Razia Del Paulo¹

O presente trabalho tem como objetivo analisar a possibilidade da aplicação do Código de Defesa do Consumidor para responsabilizar companhia aérea por cancelamento de voo doméstico, em razão da ausência de comunicação ao passageiro no prazo mínimo estipulado em legislação. Inicialmente, cabe salientar que a relação existente entre a companhia e o passageiro é de consumo, visto que se encaixam perfeitamente nos conceitos de fornecedor (art. 3º do CDC) e consumidor (art. 2º do CDC), porquanto o cancelamento de voo ocorre durante a prestação de serviço de transporte aéreo pela companhia aos passageiros, na qualidade de destinatários finais. As normas do CDC estão elencadas como direitos fundamentais expressamente no art. 5º, inc. XXXII, da CRFB/88. A fim de efetivar esses direitos, foi criado o CDC, havendo publicização do direito privado que objetiva garantir as normas protetivas constitucionais na esfera das relações privadas, conferindo prerrogativas ao consumidor com a intenção de equilibrar a relação de consumo, diante da hipossuficiência do consumidor. Acerca da responsabilidade civil do fornecedor por danos causados ao consumidor, é caso de responsabilidade objetiva, não dependendo de comprovação de culpa (art. 14 do CDC). Neste sentido, o fornecedor só se eximirá do dever de indenizar no momento em que comprovar que, sendo o serviço prestado, o defeito inexistir (art. 14, §3º, inciso I) ou existir culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro (art. 14, §3º, inciso II). Ademais, aplica-se às hipóteses de indenização por cancelamento de voo doméstico a Resolução nº 141 da ANAC, que traz em seus arts. 7º, 8º e 9º os deveres da empresa em decorrência do cancelamento do voo, os quais seriam, brevemente, a) comunicação do cancelamento do voo ao passageiro, no mínimo, 72 horas de antecedência do horário previsto de partida; b) reacomodação; e c) reembolso. Por mais que seja de força maior o motivo do cancelamento do voo contratado, p.ex. condição desfavorável do clima, a companhia aérea é responsável por providenciar deslocamento dos passageiros, bem como sua acomodação até a oportunidade do embarque em voo diverso, e transporte do hotel até o aeroporto. Quando a companhia não atende a essas determinações, restando caracterizada falha na prestação de serviço e a ocorrência do ato ilícito, há elementos que autorizam o dever de indenizar. As duas principais formas de indenização são por danos materiais – devendo haver a restituição do valor de passagem aérea eventualmente não utilizada, bem como diária do hotel não disponibilizada pela companhia e bancada pelo consumidor – e danos morais – em razão da companhia aérea não

¹ Acadêmica do Curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões URI, Câmpus de Frederico Westphalen, RS.

realizar a prestação de assistência ao consumidor que tenha seu voo cancelado, permanecendo desamparado, muitas vezes por longo período de tempo. Com isso, depreende-se que o direito do consumidor é tutelado pela CRFB/88, sendo direito fundamental. Ainda, a relação existente entre a empresa e o passageiro é consumerista, sendo objetiva a responsabilidade daquela por fato de serviço.

SUSTENTABILIDADE, DIREITO E ÉTICA: DEVER ÉTICO DIFUSO PARA COM AS GERAÇÕES FUTURAS

Julia Paulus Covaleski

O presente tema denota apontamentos relacionados às questões pertinentes a sustentabilidade em meio ao uso desenfreado dos recursos naturais, na busca da solução jurídica adequada e no dever ético para com as gerações futuras. Entende-se por meio ambiente a globalização de características que interagem em um conjunto de elementos naturais, sociais e históricos os quais constituem a natureza artificial e natural da sociedade em que se inserem. No contexto atual, a humanidade tem despertado em meio à crise ambiental que assola e devasta seus recursos, na busca do almejado poderio econômico ilimitado. No tocante a questão, busca-se demonstrar a necessidade de consciência e regulamentação das relações humanas em seu meio. Em breves apontamentos, a sustentabilidade consiste no consumo consciente onde a ética faz-se presente nos fundamentos tradicionais, os quais buscam compelir a noção ética de dever difuso, onde a sustentabilidade se firma nos alicerces de consumir o necessário em benefício às gerações futuras, frente a escassez dos recursos naturais. Aqueles que hoje fazem uso do meio ambiente, receberam de uma geração passada e conseqüentemente, disponibilizaram para gerações futuras, onde o ciclo constante de preservação é passado de geração em geração. Para assegurar o cumprimento dessa premissa de sustentabilidade, deve o Estado usar a força imperativa da lei na persuasão de obrigar a continuidade ética entre as gerações, traçando deveres fundamentais de autopreservação na progressiva manutenção do equilíbrio ambiental. A concepção Kantiana preconiza a responsabilidade no consumo como algo inerente do ser, onde sua realização ocorre independentemente de leis que submetam ao seu cumprimento coercitivo. Filiamo-nos a esta corrente como a promissora de padrões devidamente adequados onde o dever moral de cuidado está presente nas questões diárias de convivência, os quais não são estimulados pela escassez, mas pelo simples fato de ser o correto a se fazer.

ATO INFRACIONAL: O MENOR EM CONFLITO COM A LEI

Paula Cristina Delavi¹

Tiago Galli²

O estudo do menor infrator é um tema plausível, tendo em vista o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990, onde elenca situações referentes a menores e suas respectivas “penas” estas que chamamos de medidas socioeducativas, as quais visam zelar pelo cumprimento dos deveres de crianças e adolescentes que estão de alguma forma infringindo as leis penais. Contudo, falamos ato infracional, pois são menores com idade entre 12 e 18 anos que ferem as leis e estão regidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. O direito a cidadania deve ser conferido a todos os brasileiros e nossa Constituição Federal garante direitos fundamentais, tais como saúde, moradia e dignidade da pessoa humana para todos e, vale comentar, que o Estado tem o dever de proteger aqueles que são os mais frágeis da sociedade. O menor, muitas vezes, possui condições de vida precária ou falta de uma família estruturada, motivos estes que os tornam vulneráveis, por vezes, incapazes de discernir com clareza o certo e errado, assim, ao descumprirem o disposto na legislação, criam uma dívida com a sociedade e o estado de direito, ensejando a aplicação de uma medida não de caráter repressivo, mas sim educativo, conforme disposto no ECA. A proteção integral dos jovens visa torná-los pessoas de bem e que convivam em sociedade, não os classificando como pessoas de má índole ou criminosos, a ideia é transformá-los através de práticas educativas ou prestações a comunidade, como a prestação de serviço, para que assim o jovem entenda que para toda ação existirá uma reação, onde a boa conduta é dever deste para com todas as pessoas que vivem em sociedade e que só assim poderá usufruir direitos. Portanto, as medidas de proteção aplicáveis aos menores, decorrentes do princípio norteador da proteção integral, bem como as medidas coercitivas aplicáveis aos impúberes são formas de resgate do jovem, ou seja, não se pode classificar uma criança como delinquente, mas deve-se fazer a ressocialização do mesmo. É muito questionado se essas medidas atingem mesmo a eficácia, entretanto, não podemos ter a ideia de que, por o menor ser inimputável ele é imune à lei, mas ao contrário, ele recebe a medida socioeducativa conforme a sua conduta, ora seja um acolhimento institucional, ora seja uma advertência, o jovem sempre responderá pelo seu ato conforme a necessidade, neste sentido o ECA traz as medidas socioeducativas cabíveis e o seu objetivo principal é proteger e tutelar esta parcela da

¹ Autora/Comunicadora. Acadêmica do VIII Semestre do Curso de Direito, URI – Câmpus Frederico Westphalen

² Orientador. Graduado em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e Missões (URI/Frederico Westphalen-RS). Especialista em Direito Público pela Fundação Escola Superior Do Ministério Público do Rio Grande Do Sul. Professor Universitário na URI/FW. Advogado.

população ainda em desenvolvimento, assegurando a eles o princípio norteador da dignidade da pessoa humana, conforme a nossa Carta Magna manda.

ARTHUR SHOPENHAUER: QUESTÃO DE INJUSTIÇA/JUSTIÇA

Fernanda Carolina da Silva¹

Jean Mauro Menuzzi²

O presente resumo expõe uma análise de justiça, sob o conceito de Arthur Schopenhauer, filósofo alemão do século XIX. Diante das atuais indagações acerca do que é realmente a justiça, do que é ser justo, fica clara a necessidade em indagar sobre a aplicabilidade desta teoria. A efetivação da pesquisa foi submetida ao método dedutivo, partindo de conceitos e ideias gerais, chegando a conclusões específicas da Teoria de Justiça de Schopenhauer. Tal, estabelece a justiça numa teoria negativa, tendo esta como secundária e a injustiça como primitiva, ou seja, o não prejudicar, leva ao ajudar (*neminem laede, imo omnes, quantum potes iuva*), e, assim não causar a injustiça, ser justo. Desta forma, a injustiça negativa leva a justiça positiva, além disso afirma que, só graças ao fato da justiça ser negativa é que o Estado pode guardá-la, neste contexto, a função primordial do Estado não é fazer justiça, mas sim prevenir as injustiças á que estão sujeitos os indivíduos. Saliente-se que o direito é um conjunto de conceitos sobre o que não deve-se fazer, para não praticar injustiças. A externalização da conduta considerada justa, depende sobretudo da convicção de justiça de cada pessoa, esta é formada pela associação de motivações internas com as adquiridas na convivência em sociedade, desta forma, o conceito de justiça variará de pessoa para pessoa. Nestes termos, o conceito de justiça está intimamente ligado à vontade do indivíduo, já que segundo o filósofo supracitado, o direito é uma afirmação acerca dos limites da efetivação da vontade interna de cada indivíduo, sem prejudicar a vontade de seus pares. Schopenhauer critica a corrente positiva do direito, porque seguindo o direito positivo, a lei “pune” as injustiças, com objetivo de que ninguém as sofra, já na doutrina moral sustentada pelo filósofo, o principal objetivo é que “ninguém cometa injustiça”. Assim, o Estado é instituição protetora e necessária. Logo, ao analisar a teoria, constata-se sua preocupação com o bem estar dos indivíduos e da sociedade a qual estão ligados. Propõe que o Estado, bem como os cidadãos devem ter por objetivo, não deixar injustiças acontecerem, só assim será possível modificar a cultura que criou e aceitou conviver com a injustiça social escancarada aos olhos, e ajustamentos de conduta, formando uma estrutura social completamente injusta.

¹ Graduanda em Direito IV semestre, na Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, Câmpus Frederico Wesphalen-URI/FW.

² Mestre em Direito, Funcionário Público Estadual e professor universitário - URI/FW. Possui licenciatura em Filosofia, Psicologia e História, área em que é especialista. Contato pelo e-mail: menuzzi@uri.edu.br

EDUCAÇÃO AMBIENTAL ENQUANTO PRESSUPOSTO ÉTICO PARA UMA ABORDAGEM JURÍDICA

Eloisa Fernanda Franciscatto¹

Fernando Battisti²

Claudionei Vicente Cassol³

A presente pesquisa visa debater as questões ambientais a luz das possíveis contribuições da reflexão da ética e biodireito. A humanidade está vivenciando uma época de crise perante o meio ambiente, a degradação do meio ambiente se dá devido as ações individuais e coletivas advindas das influências de modelos econômicos hegemônicos. A análise ética enquanto abordagem filosófica propõe uma série de reflexões que evidenciam a necessidade de debater as questões ambientais pelo viés das preocupações éticas a partir da necessidade de entendimento da vida humana, nas suas diferentes esferas. Essa visão de humanidade perpassa o que a ética propõe enquanto esfera planetária do olhar ético. Este estudo foi realizado a partir de obras e autores da área da filosofia e direito que abordam as questões da ética e da construção do biodireito/bioética. Quanto aos procedimentos metodológicos a pesquisa adotada tem embasamento bibliográfico e documental, utilizando-se o método dedutivo e monográfico. A crise ambiental é o reflexo de ações humanas imediatistas e resultantes de interesses hegemônicos destrutivos, que não se propõem a uma reflexão sobre tais conseqüências. Embora as normas de preservação ambiental sejam indispensáveis, estas, por si só, não determinam as atitudes dos indivíduos, devido a isso, é necessária uma postura ética que oriente o sujeito a agir de maneira reflexiva. Nesse sentido, esse estudo é pautado através da identificação de reflexões teóricas que fundamentem as concepções ambientais a partir das contribuições de uma ética para o cuidar. É preciso repensar nosso padrão de consumo e em como ele interfere negativamente e diretamente no meio ambiente e também no meio social, portanto, faz-se necessário que nos ambientes educacionais sejam incorporados debates e discussões sobre as práticas ambientais e como elas afetam a humanidade, propondo assim, mudanças de paradigmas, valores, pensamentos e condutas. Devido a enorme produção de lixo e ao abuso excessivo de recursos naturais, surge a necessidade de um desenvolvimento menos prejudicial ao meio ambiente, mais consciente e responsável. A produção e as práticas de consumo precisam de um novo olhar e uma nova orientação, pois o modelo atual é insustentável, precisa urgentemente ser revisto, estamos tão

¹ Bolsista do projeto: “Filosofia: implicações éticas na perspectiva de uma Educação humanizadora” (REDES/URI) e acadêmica do Curso de Direito.

² Professor da URI-Câmpus Frederico Westphalen e orientador do projeto de pesquisa: “Filosofia: implicações éticas na perspectiva de uma Educação humanizadora”.

³ Professor da URI-Câmpus Frederico Westphalen e coorientador do projeto de pesquisa: “Filosofia: implicações éticas na perspectiva de uma Educação humanizadora”.

restritos e acostumados ao nosso estilo de vida que se torna difícil pensarmos em outro estilo de vida.

PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA: FUNDAMENTOS ÉTICOS A PARTIR DO DIREITO À EDUCAÇÃO

Eloisa Fernanda Franciscatto¹

Fernando Battisti²

Claudionei Vicente Cassol³

O presente estudo visa demonstrar as contribuições do debate referente as implicações da ética na construção e consolidação efetiva do princípio da dignidade humana vinculado ao direito cidadão de acesso a educação. Também a pesquisa objetiva analisar os comprometimentos éticos quanto ao cuidado com a vida no âmbito educacional e verificar como o cuidado com o ser humano, pode fundamentar uma ética do cuidado com a vida. A dignidade da pessoa humana corresponde ao mínimo que um indivíduo precisa ter para a sua existência, de acordo com a proporcionalidade e igualdade tuteladas. É um princípio absoluto que está acima de qualquer outro, sendo também o principal valor da Declaração Universal de Direitos Humanos. Na Constituição Federal de 1988 a dignidade da pessoa humana encontra-se no art 1º, inciso III, e é considerada a matriz do Estado democrático de direito, é um princípio tão importante que está presente em todo o nosso sistema jurídico. O direito a educação não é um direito fundamental, porém, de acordo com a Constituição Federal de 1988 é um direito social que deve ser atribuído à todos os seres humanos. A ausência da educação reflete negativamente na vida social dos indivíduos, pois, sem ela, tornam-se limitados ou até mesmo incapazes de obter uma vida digna, ficando impossibilitados de desfrutarem de determinados direitos civis, sociais e políticos, devido a isso, podemos afirmar que a educação é uma das consequências da dignidade da pessoa humana, sem ela, os seres humanos não terão uma dignidade plena. A educação é um processo pelo qual adquirimos conhecimento e através dele nos desenvolvemos como seres humanos, o princípio da dignidade da pessoa humana atua também como uma garantia à educação. Ferimos este princípio quando negamos aos indivíduos este direito, quando negamos a oportunidade do ser humano progredir e evoluir através da educação. A dignidade da pessoa humana precisa estar respaldada pela ética, pois é através dela que consolidamos valores, condutas, maneiras de agir, portanto, a ética complementa a dignidade, ou seja, a necessidade de sermos indivíduos éticos e as consequências que resultam disto, efetivam a dignidade da pessoa humana. A pesquisa trata-se de um estudo feito a partir de obras e autores da área da filosofia e direito que abordam as

¹ Bolsista do projeto: “Filosofia: implicações éticas na perspectiva de uma Educação humanizadora” (REDES/URI) e acadêmica do Curso de Direito.

² Professor da URI-Câmpus Frederico Westphalen e orientador do projeto de pesquisa: “Filosofia: implicações éticas na perspectiva de uma Educação humanizadora”.

³ Professor da URI-Câmpus Frederico Westphalen e coorientador do projeto de pesquisa: “Filosofia: implicações éticas na perspectiva de uma Educação humanizadora”.

questões da ética e da construção do biodireito/bioética. A metodologia adotada tem embasamento bibliográfico e documental, utilizando-se o método dedutivo e monográfico.

ACÇÕES AFIRMATIVAS NA CONSTRUÇÃO DA IGUALDADE E DA CIDADANIA

Diovana Pires Girardello¹

Jean Mauro Menuzzi²

A Constituição Federal de 1988 traz, o direito a igualdade como um dos pilares democráticos. De início, o art. 3.º da CF, estabelece a “não-discriminação” como um dos objetivos fundamentais da nossa República. Mas cabe ao princípio da igualdade essa real regulamentação, que é abordado no art. 5.º, que trata dos Direitos e Garantias Individuais. Assim, não se aceita dos preceitos constitucionais apenas o tratamento igualitário perante a lei ou “igualdade formal”, a igualdade que se busca é essencialmente a “igualdade material”, ou seja, que a igualdade deve ser garantida não apenas pela lei, mas também nos fatos. Para que o ideal constitucional seja alcançado é necessário que os desiguais recebam tratamentos desiguais. Em diversas situações por entender dessas desigualdades a CF autoriza formas de “igualizar” os desiguais, assim a lei pode, sem infringir o princípio da igualdade, dar tratamento diferenciado em determinadas situações, a fim de um tratamento justo entre todos. Essas formas de tratamento para com os desiguais não retiram os direitos de nenhum outro grupo, apenas estende o campo atuante de direitos de determinado grupo para que sua “deficiência” seja sanada, trata os desiguais na medida de suas desigualdades. É notória a importância das ações afirmativas enquanto políticas de promoção da cidadania, tangendo seus efeitos no combate da desigualdade social e da garantia da dignidade da pessoa humana. Com base em grandes estudiosos, para que haja cidadania, o cidadão deve ter Dir. Civis, Dir. Sociais, Dir. Políticos. O conceito de cidadania atualmente é visto como uma das bases de um sistema democrático, além de estar amparada pelos Direitos Humanos, a CF/88 traz em seu art. 1º como fundamento do Estado a cidadania. Ressalta-se que não se busca produzir novas discriminações com a ação afirmativa, agora em desfavor da maioria, transformando a ação afirmativa em um instrumento de discriminação reversa. As ações afirmativas fazem com que a maioria, que nunca foi “marginalizada” ao longo da história, perca espaços que antes detinham sobre os demais grupos, garantindo a esses preceitos mínimos que outrora não havia, contribuindo para compensar as dificuldades que os que sofrem discriminação encontram, dando aos grupos que abrangem condições de uma vida digna e social, trazendo uma solução temporária até que as desigualdades sejam totalmente abolidas. Destarte, a cidadania e a igualdade possuem caráter essencial na estrutura e formação do Estado Democrático de Direito no Brasil, todavia, estão prejudicadas pelas desigualdades que

¹ Acadêmica IV Semestre de Direito - Universidade Regional Integrada e das Missões (URI) Câmpus Frederico Westphalen. Contato pelo e-mail: diovana.girardello@hotmail.com.

² Mestre em Direito, Funcionário Público Estadual e professor universitário - URI/FW, possui licenciatura em Filosofia, Psicologia e História, área em que é especialista. Contato pelo e-mail: menuzzi@uri.edu.br.

sofrem uma minoria ao longo da sua história. Assim, estas ações visam erradicar as desigualdades a serem realizadas a longo prazo, até que todas suas desigualdades sejam sanadas, por isso a necessidade das ações afirmativas, como forma imediata de garantir e sustentar a democracia, para haver liberdade pessoal, afastando quaisquer discriminações que possam existir, trazendo então o real sentido do princípio da Igualdade, contribuindo para uma construção digna da sociedade.

ANÁLISE DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO

Paula Cristina Delavi¹
Patricia Luzia Stieven²

A história nos traz a evolução do homem, da sociedade e do Direito, nos levando, a saber, que o homem, por viver em sociedade, necessita de imposições, ou seja, direitos e deveres, e, havendo violação desses direitos, cabe ao Estado intervir para devolver o equilíbrio social. A mediação e a conciliação não foram criadas na atualidade, já na Grécia Antiga, os gregos gostavam de gravar, em plaquetas de mármore, decisões tomadas amigavelmente entre os litigiosos, através de uma pessoa de confiança, que, com o seu conhecimento de vida, conduzia a reconciliação, exemplo do que hoje encontramos em nosso novo Código de Processo Civil e estamos chamando de mediadores e conciliadores. A mediação é a busca da paz, removendo o ego e o quero dos litigantes, pois o mediador é aquele que não propõem as partes uma conciliação ou diz a elas o que fazer, mas através de técnicas e de conversas, faz com que as partes encontrem um meio de resolver o conflito, uma forma eficaz onde os outorgantes possam ter seus problemas resolvidos, havendo assim, satisfação para ambas no fim do processo. Importa, ainda, ressaltar as diferenças entre a conciliação e a mediação. O Código de Processo Civil diz que o conciliador entra com as partes e pode dar opinião, ou seja, ele sugere as partes um método de conciliação, onde o benefício é a extinção do processo. Já o mediador, como já citado, é aquele que não propõem as partes uma conciliação ou diz a elas o que fazer, mas através de técnicas e de conversas, faz com que as partes encontrem um meio de resolver o conflito. A mediação e a conciliação são formas de cidadania, onde é de crucial importância que o Estado se envolva, pois graças à mediação e à conciliação ocorrerá um desafogamento de processos e auxiliará as defensorias públicas e núcleos que prestam assistência judiciária gratuita possuir menos encargos com o acúmulo de processos onerosos, volumosos de espera sem fim. Outra hipótese importante que deve ser levantada é a nova porta aberta para a advocacia, no início questionava-se a diminuição das demandas para os advogados e se a mediação e a conciliação não trariam prejuízos a esse ramo, todavia, o que se percebe é um novo nicho de mercado, trazendo celeridade aos processos, visto que ainda existirá a representação do Ministério Público, da Defensoria Pública, e as partes deverão ter sim seu procurador legal. É um envolvimento de toda a sociedade jurídica e com a rapidez da solução de conflitos serão mais demandas à advocacia e

¹ Autora/Comunicadora. Acadêmica do VIII Semestre do Curso de Direito, URI – Câmpus Frederico Westphalen

² Orientadora. Pesquisadora em Direitos Fundamentais Cíveis e Biodireito. Mestranda em Direitos Fundamentais (Unoesc/Chapecó-SC). Especialista em Função Social do Direito (Unisul/Tubarão-SC). Professora Universitária na URI/FW. Advogada.

não o contrário. Os estudos mostram a eficiência da mediação no parâmetro social e também processual, trazendo eficácia em solução de conflitos, por isso devemos dar destaque a esse novo paradigma, que nos conduz a uma evolução notória do Direito, a qual mostra celeridade da máquina do judiciário e uma nova área de atuação, cheia de práticas para buscar o fim de litígios que anteriormente pareciam indecifráveis.

A TÉCNICA DO “BEBÊ MEDICAMENTO” E A INTERFERÊNCIA AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA

Andressa Ellwanger Carlin¹

Patricia Luzia Stieven²

O presente resumo tem como objetivo o estudo de uma das técnicas de Reprodução Humana Assistida, mais conhecida como “Bebê Medicamento” e sua interferência na dignidade do feto gerado. É possível ressaltar que a concepção de filhos é um aspecto bastante relevante na formação de uma família, e é através dessa ideia que a Constituição Federal vem reconhecendo vários tipos de entidades familiares. Além disso, as famílias que querem ter filhos estão cada vez mais se submetendo ao procedimento de procriação de forma artificial, chamado, então, de Reprodução Humana Assistida. Essa técnica tem por finalidade a concepção de um indivíduo com a interferência da tecnologia genética. Nesse procedimento está incorporado o diagnóstico genético pré-implantacional, mais conhecido como a técnica do “Bebê Medicamento”, onde é realizado através de uma avaliação pelo qual o embrião será selecionado para ser implantado ao útero materno, a fim de servir de instrumento de cura para um ente familiar. Apesar dessa técnica ser bastante praticada, vêm sendo motivo de muitas críticas, tendo em vista o grande temor de tal procedimento estar sendo uma ferramenta de lesividade da dignidade humana. Sendo que, a proteção da dignidade humana abrange não apenas a integridade física, mas também a psíquica e intelectual do nascituro. Essa demasiada preocupação se dá com o fulcro de evitar a perda da identidade dos seres humanos, a qual pode gerar a coisificação do mesmo diante das situações impostas pelo sistema de tecnologia atual. Diante disso, chega-se a conclusão que os debates e críticas sobre tal assunto estão longe de ter fim, tendo em vista que não há elementos suficientes que provem tal lesividade no princípio constitucional da dignidade humana, porém mesmo que algum dia seja constatado cientificamente que a prática do procedimento do “Bebê Medicamento” afeta esse princípio tão supremo e relevante na vida humana, como é que será conduzido tal procedimento, que até os dias de hoje tem salvado tantas vidas de doenças hereditárias curáveis somente através de transplante? Nessa lógica, ainda é difícil reconhecer quais os efeitos que esse procedimento poderá causar no futuro, tendo em vista que apenas há debates abstratos sobre o assunto, não havendo nem um fato probatório que possa servir de embasamento para decisões concretas a respeito da interferência desse procedimento ao princípio da dignidade humana.

¹ Autora/Comunicadora. Acadêmica do VIII Semestre do Curso de Direito, URI – Câmpus Frederico Westphalen

² Orientadora. Pesquisadora em Direitos Fundamentais Cíveis e Biodireito. Mestranda em Direitos Fundamentais (Unoesc/Chapecó-SC). Especialista em Função Social do Direito (Unisul/Tubarão-SC). Professora Universitária na URI/FW. Advogada.

DELAÇÃO PREMIADA: INCONSTITUCIONALIDADE

Debora Tais Pinheiro
Martha Izabel Dalla Nora

A delação premiada é um instituto que presente na nossa legislação, segundo Nucci(2007) é a possibilidade de se reduzir a pena do criminoso que entregar seus comparsas e todo o esquema criminoso. A delação premiada faz parte de uma política que surgiu principalmente para combater o crime organizado. A delação gera muitas controvérsias havendo argumentos contrários e favoráveis. No presente trabalho vamos analisar os argumentos contrários, o que levaria ser inconstitucional, sendo utilizada a forma de pesquisa pelo método bibliográfico, realizada em livros e artigos dos autores citados no decorrer no texto. Este instituto é visto como antiético e imoral, pois traz um suposto incentivo à traição, oferecendo-se ao delator a possibilidade de redução da sanção, mediante a traição de seus comparsas, o que estaria institucionalizando a traição, sendo está desestimulada e com possibilidade de agravar a pena no Direito Penal, como diz o artigo 61, inciso II, alínea c, do Código Penal “á traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível à defesa do ofendido” percebemos a incoerência do instituto da Delação. Gomes e Cervini(1997) expõem que este instituto fere o Principio da Igualdade, pois só oferece o benefício da redução de pena para crimes hediondos e crimes organizados não tendo oportunidades outros delinquentes de outros tipos de crimes. Também fere o principio da Proporcionalidade da pena, pois punirá com penas diferentes criminosos envolvidos no mesmo fato com os mesmos graus de culpabilidade. Para Rômulo Moreira (2015)a delação viola a Constituição, por ser uma prova ilícita, o que a constituição proíbe, além de não se ter a garanta de que o delator está falando a verdade. Portanto concluímos que a muitos argumentos bem fundamentados quanto a inconstitucionalidade do instituto da Delação Premiada, porém a delação premiada vem se consolidando no ordenamento jurídico, facilitando o trabalho das autoridades policiais na busca por provas e envolvidos, acelerando a solução do litigio penal. Palavras Chaves: Delação Premiada. Inconstitucional. Direito Penal.

CONCEPÇÃO DE JUSTIÇA NO VIÉS DE SANTO TOMÁS DE AQUINO

Jacó Ziech
Jean Mauro Menuzzi

O presente resumo tem por objetivo tratar de uma prévia acerca da perspectiva de justiça, tomando como referencial teórico Tomás de Aquino (1225-1274), importante filósofo, teólogo e frade. Nasceu em Roccasecca (Itália), autor de diversas obras, dentre as quais merece destaque a Suma Teológica, por representar forte influência tanto para o meio filosófico como também para o meio teológico. Sua filosofia se encontra intrinsecamente ligada com os Sagrados Escritos de um lado e com os ideais aristotélicos, de outro. Santo Tomás entendia a justiça, como sendo um parâmetro de universalidade, o qual foi concedido ao ser humano por graça divina. Este por sua vez, já nasce com a compreensão de justiça, não obstante ninguém seja justo, todos tem em si essa compreensão, tornando-se capazes de avaliar se uma conduta é mais ou menos justa. O intelectual cristão faz ainda, o conceito de justiça aflorar do seio dos conceitos éticos, compartilhando das lições aristotélicas, onde justiça consiste em uma vontade de distribuir a cada um aquilo que lhe pertence. Todavia depreende-se que justiça se trata de uma virtude, ou seja, um mediano entre limites opostos, em que se deve estar sempre de acordo com essa medida, não distribuir nem a menos nem a mais. A justiça é a virtude que acaba por cuidar da conduta exterior do homem, condizendo com o tema do direito. Imprescindível se faz direcionar o pensamento, sobre a diferença existente entre a igualdade e as demais virtudes. Enquanto na primeira, diz-se respeito à relação com outrem, as outras virtudes se referem ao homem e sua relação interior. Direito e justiça se inter-relacionam, porém o elemento diferenciador se traduz no fato do direito almejar a concretização pela plenitude da justiça. Sem a mesma o direito perde o seu objeto de estudo. As acepções do termo justiça são variadas, sendo possível sustentar a existência de várias justíças, tais como a justiça militar a qual é direcionada as condições específicas dos servidores militares. Não criando diferenças por ser defeituoso o conceito geral, mas pelas condições pessoais de cada um. O que torna a pessoa injusta não é tão somente a prática de um ato injusto, mas este, por sua vez, se realizado de forma reiterada e consciente caracteriza o homem como injusto. O justo, então, é um habito virtuoso reiterado.

INTERPRETAÇÃO DA LEI DE FORMA DIVERSA E O ALCANCE DA JUSTIÇA NO CASO CONCRETO

Julio Arthur Telles¹

Thiago Luiz Rigon de Araujo²

A presente investigação científica tem como objetivo trazer à tona a questão da interpretação de forma diversa da lei, levando em consideração toda a importância das normas como função reguladora do Estado. É inegável a relevância que as normas possuem dentro da sociedade, tanto para estipular formas de comportamento e limites, como na garantia de seus direitos. Entretanto os aplicadores do Direito algumas vezes deixam de levar em consideração as leis, e se utilizam de outros métodos para decidirem um caso. Isso se deve por alguns fatos, como por exemplo a falta de previsão normativa a ser aplicada para determinado caso, bem como quando o texto legal apresenta conteúdo incompleto ou parcial, e assim podendo ocorrer resultados injustos. O principal motivo pela interpretação diversa é quando a norma já não condiz mais com a realidade. Esse último fator está ligado a constante evolução da sociedade, que a cada dia que se passa muda suas formas de comportamento. Essa referida evolução da sociedade, de certo modo acarreta ao legislador algumas dificuldades, dentre elas a não regulamentação de casos hipotéticos em que a norma deveria fazer previsão, logo sempre haverá a existência de lacunas. Elencando estes fatores, é notório afirmar que o debate sobre a interpretação dos textos legais é de suma importância para o Direito pátrio, tendo em vista que as leis além garantirem a existência de uma sociedade pacífica e organizada, contribuem com o desenvolvimento do Estado. Utilizando-se do método indutivo, essa presente pesquisa conclui que a interpretação é uma boa forma de preencher e corrigir essas lacunas existentes em nossa legislação, eis que a interpretação poderá fazer com que o alcance da norma seja dimensionado e também esclarecido, evitando a interpretação literal da letra da lei e evitando também injustiças na aplicação do direito nos casos concretos.

¹ Acadêmico do Curso de Direito – URI/FW

² Mestre e Professor - URI/FW

GRATUIDADE DA JUSTIÇA: APONTAMENTOS SOBRE O BENEFÍCIO INDISPENSÁVEL AO DIREITO CONSTITUCIONAL DO ACESSO À JUSTIÇA

Larissa Fritzen¹
Maurício Zandoná²

É notório o fato de que muitas pessoas não possuem condições necessárias para arcar com as despesas decorrentes de um processo judicial, com isso muitas iniquidades ocorrem pela razão de que a pessoa, por contar com poucos recursos financeiros e não possuir conhecimento do assento constitucional que garante o acesso à justiça para todos, deixe de ajuizar ações importantes, lhe causando graves prejuízos. A partir disso, o objetivo desse resumo, de uma forma sucinta, é fazer uma breve explanação sobre o benefício da gratuidade da justiça, o qual foi realizado com base em pesquisas bibliográficas, mediante a leitura, análise e interpretação da doutrina e legislação no tocante ao tema abordado. O benefício da gratuidade está elencado no art. 5º, inciso LXXIV da Constituição Federal, garantindo a todos que provarem possuir insuficiência de recursos, obter o benefício supra citado. Importante mencionar que não havia resolução legal no Código de Processo Civil de 1973 deste benefício, valendo-se o cidadão, apenas da Constituição Federal e da Lei 1060/1950, porém, tem-se agora no novo código, nos artigos 98 ao 102, tratando exclusivamente sobre a gratuidade da justiça. Ressalta-se que o benefício se estende tanto para pessoas naturais quanto pessoas jurídicas, que demonstrarem não poder arcar com as custas do processo sem causar prejuízo próprio ou de sua família, terão assegurado o benefício, que abrange desde taxas, selos, exames como o de DNA, até os honorários advocatícios e de peritos, porém, no caso de sucumbência do beneficiário, haverá efeito suspensivo de exigibilidade do benefício da gratuidade, onde há o prazo de cinco anos a partir do trânsito em julgado, para que se caso cesse as condições que lhe tenha sido assegurado a gratuidade da justiça, pagar o valor devido, mas se caso ainda não houver as devidas condições, após esses cinco anos ocorre a prescrição da dívida. Partindo dos pressupostos da Constituição Federal, e da Lei 1060/50, que garantiam esse benefício, pode-se presumir, que agora com a previsão no novo Código de Processo Civil, é aumentado o rol de possibilidades, sendo cada vez mais este benefício popularizado, visto que todos possuem igualmente os mesmos direitos de ajuizar ações, independente da condição financeira, assegurando um processo justo e igualitário, o

¹ Aluna do Curso de Direito – Departamento de Ciências Sociais e Aplicadas – pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, Câmpus de Frederico Westphalen. E-mail: larissa.fritzen09@gmail.com

² Mestre em Direito Processual e Cidadania pela Universidade Paranaense – UNIPAR. Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Faculdade de Itapiranga – FAI. Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade de Passo Fundo - UPF. Professor de Graduação e Pós-Graduação na URI/FW. Advogado. e-mail: itiozandona@hotmail.com

que certamente traz benefícios à população, em especial, a parcela mais desfavorecida da sociedade.

O ABORTO DE ANENCÉFALOS E O DIREITO À VIDA

Jenifer Fernanda do Nascimento¹

Patricia Luzia Stieven²

Primeiramente, o que é anencefalia? A anencefalia, nada mais é do que uma má formação do tubo neural, caracterizada pela ausência parcial ou total do encéfalo e da calota craniana, proveniente de defeito de fechamento do tubo neural nas primeiras semanas da formação embrionária. Esta, por sua vez, não é uma doença do tipo tudo ou nada, mas trata-se de uma malformação que passa sem solução de continuidade desde quadros menos graves até quadros de indubitável anencefalia, onde faltam as funções que dependem do córtex (parte mais nobre do cérebro), mas permanecem as que dependem do tronco anencefálico (parte primitiva), como exemplo a respiração. Os fetos anencefálicos estão vivos, desenvolvem-se ao longo de uma gestação normal e a criança nasce com vida, geralmente vindo a falecer pouco tempo após o parto. O direito à vida é resguardado no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1996, que garante em seu art. 6º, § 1º, o direito à vida, e esse direito deve ser protegido pela lei, não podendo ninguém ser privado de sua vida. A ação proposta como ADPF n. 54 erroneamente já afirmava que os bebês estavam mortos. O princípio usado para afirmar que estes estavam mortos era de que eles não tinham cérebro, logo, não tendo cérebro não tinham atividade cerebral, por isso estavam mortos. Este argumento nada mais é do que uma vontade determinada a enganar. Segundo a Resolução 1480/97, do Conselho Regional de Medicina: “a morte não é a cessação da atividade cerebral, mas da atividade encefálica.” Ora, o encéfalo não é o cérebro, mas o conjunto de cérebro, cerebelo e tronco encefálico. O anencéfalo não nasce sem encéfalo, porém sem uma parte maior ou menor do cérebro ou do córtex cerebral. Na ocasião da votação desta ação no STF, o ministro Cezar Peluso votou contra, e argumentou justamente a questão da vida, pois com o ato realizado (aborto), o anencéfalo morre, e ele só pode morrer porque está vivo. Constata-se que o objetivo final dos defensores da ação é a legalização do aborto no geral, uma vez que não estão preocupados com a vida da mãe e tampouco com o destino dos anencéfalos.

¹ Autora/Comunicadora. Acadêmica do V Semestre do Curso de Direito, URI – Câmpus Frederico Westphalen

² Orientadora. Pesquisadora em Direitos Fundamentais Cíveis e Biodireito. Mestranda em Direitos Fundamentais (Unoesc/Chapecó-SC). Especialista em Função Social do Direito (Unisul/Tubarão-SC). Professora Universitária na URI/FW. Advogada.

LEI MARIA DA PENHA: NOVE ANOS DE LUTA PELA DIGNIDADE DA MULHER

Jance de Souza¹
Claudionei Vicente Cassol²

Em 2015 completa nove anos de vigor da Lei nº 11.340, de 22 de setembro de 2006, denominada *Lei Maria da Penha*, em homenagem a Farmacêutica Maria da Penha Maia, parapléica por conta das violências sofridas, cometidas pelo seu próprio marido. A violência no meio familiar é assunto de muita discussão. A violência doméstica contra as mulheres ocorre no mundo todo. Perpassa as classes sociais, a profissão, a escolaridade e a condição humana da mulher. A violência de gênero é um problema sério de saúde pública. Ignora todos os direitos de dignidade humana. Em todo o mundo uma a cada três mulheres já sofreram algum tipo de violência, seja ela física, psíquica, moral ou afetiva e isso geralmente parte daquele que deveriam protegê-las: o esposo ou companheiro. No ano de 2006 o Brasil dá um grande passo no combate à violência doméstica e familiar ao sancionar a Lei nº 11.340/06. Desse modo, cria mecanismos para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher. O Art. 226 parágrafo 8º da CF, reza que “*O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações*”. Embora, a Lei tenha sido aprovada por unanimidade no Congresso Nacional e tenha o apoio de grande parte da sociedade, sua implementação trouxe muita resistência. Principalmente, por aqueles que conviviam com a naturalização da violência doméstica, compreendendo-a como crime de menor poder ofensivo. Dessa forma, reforçam as relações de dominação do sistema patriarcal. A Lei Maria da Penha tornou-se um instrumento histórico de combate à impunidade, preservando vidas que poderiam ser perdidas, cuidando de mulheres que diariamente conviviam com a violência, com direito a proteção. Fortaleceu-se a autonomia das mulheres. Através da Lei foram criados meios de atendimento humanizado às mulheres, agregando valores de direitos humanos à política pública e contribuindo com a conscientização de toda a sociedade. Em 2012, a Lei Maria da Penha é reconhecida pela ONU (Organização das Nações Unidas) como a terceira melhor legislação do mundo no combate a violência doméstica e familiar, perdendo apenas para Espanha e Chile. Hoje, 98% da população brasileira tem conhecimento da lei, fruto da incansável divulgação nos meios de comunicação e órgãos públicos, campanhas realizadas pela Secretária de Políticas para as Mulheres, Órgãos

¹ Acadêmica do Curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, URI, Câmpus de Frederico Westphalen, RS, e-mail: jance_alegria@hotmail.com

² Professor do Curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, URI, Câmpus de Frederico Westphalen, RS. Vice Coordenador do Grupo de Pesquisas em Filosofia e do Núcleo de Estudos Filosóficos, URI-FW e membro do Grupo de Pesquisas Direito e Cidadania na Sociedade Contemporânea, URI-FW.

Estaduais e Municipais e Sociedade Civil, além de instituições que lutam pelo fim da violência contra a mulher. Em fevereiro de 2014, o Supremo Tribunal Federal (STF), em uma manifestação histórica pela constitucionalidade da Lei, reconheceu a triste desigualdade ainda existente entre homens e mulheres. A Lei também determinou que a prática de violência doméstica contra as mulheres leve o agressor a processo criminal, independentemente de autorização da agredida. Contudo, a efetivação da Lei e sua aplicação ainda têm muitos passos árduos. A caminhada vitoriosa se dará por meio do trabalho articulado entre as diversas áreas dos três poderes - executivo, legislativo e judiciário - em suas três esferas de atuação. Podemos comemorar os avanços que sua aplicação traz rumo a transformações de valores e comportamentos, permitindo equidade entre homens e mulheres. Há um engano social ao pensar que somente mulheres de baixa renda sofrem violência doméstica e familiar. Mulheres da classe média e alta também são vítimas. A violência não escolhe cor, idade, profissão. Tampouco *status social*. Pode-se encontrá-la no domicílio de qualquer brasileira. Diante do exposto, entendemos que as organizações estatais têm compromisso de garantir, às mulheres, segurança nos espaços públicos e privados definindo linhas com políticas de prevenção, além de promover a adoção de leis que tenham por escopo a devida efetivação dos direitos humanos, induzindo os estados que ainda não legislam sobre o tema a aplicar situações promotoras da dignidade humano e de um estado de direito de fato.

RESUMOS ESTENDIDOS

TOLERÂNCIA ZERO: PROCESSO PENAL PARA QUEM?

Bruna Medeiros Bolzani

Jean Mauro Menuzzi

Resumo: Singelo trabalho como este, de caráter bibliográfico e enfoque qualitativo, não possui a pretensão de exaurir as questões aqui suscitadas, mas tão somente elucidar a infeliz discrepância existente entre os teóricos princípios gerais do processo penal e a crua realidade em que se dá a operacionalidade do Estado punitivo, assim, dando continuidade a uma complexa série de reações em cadeia que são, por essência, interconectadas e, por fim, derrubando as garantias e proteções legais do indivíduo hipossuficiente. A teoria do estado, defendida pelos contratualistas e amplamente adotada pelo sistema jurídico brasileiro sustenta que o estado é um corpo político coletivo, formado a partir da liberdade dos indivíduos, os quais à cedem através do pacto social em prol de toda a comunidade, sob o comando da vontade geral e esta como sendo a base da soberania estatal. O poder do Estado é legítimo quando regula as relações sociais, garantindo respeito ao contrato social, objetivando o bem de todo o povo, posto que este seja o soberano. Note-se que esta teoria não logra êxito na prática e comumente o Estado não é capaz de regular as relações sociais, como também não tem habilidade em representar a vontade geral, dado que, o descontentamento do povo em geral com o Estado e a carência do implemento da educação e da saúde em todo o território nacional gera a revolta e a falta de representação do povo pelo Estado.

Palavras-chave: Processo Penal. Tolerância zero. Princípios fundamentais.

Garantir respeito ao contrato social impõe punição àqueles que descumprirem as leis, reinserção social e reeducação do condenado no processo criminal. Para tanto o Direito Penal estabelece o *quantum* abstrato de punição e o Direito Processual Penal constitui o caminho imperativo para a individualização e aplicação da pena prevista. Embutido no Direito Processual Penal estão princípios constitucionais e gerais, dentre alguns, o princípio do devido processo legal, o princípio do contraditório, o princípio da ampla defesa, o princípio da presunção de inocência e o princípio *in dubio pro reu*. Daí decorre que visando a proteção do indivíduo hipossuficiente perante o Estado punitivo e soberano o Direito Penal e o Direito Processual Penal existem para limitar o poder do estado.

O princípio do devido processo legal, previsto no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal, preconiza o direito de um cidadão não ser retirado de sua liberdade e do uso de seus bens sem a segurança de um processo desenvolvido nos ditames da lei, incluindo, portanto, todos os direitos fundamentais e princípios legais inerentes ao cidadão brasileiro. Ademais, cumpre ressaltar que este princípio deve ser respeitado, também em procedimentos militar e administrativo o que significa dizer que ao longo do inquérito policial os princípios do Direito Processual Penal e os direitos constitucionais do investigado devem ser respeitados pelas autoridades policiais, ainda que não tenha acusação burocrática e formalmente instituída, devido à supremacia axiológica constitucional.

A presunção de inocência é o princípio basilar na esfera criminal elencado no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal. Este garante que o estado de inocência do imputado será mantido até o trânsito em julgado da sentença condenatória, sem distinção em razão da natureza do crime imputado. Confere ao imputado proteção frente à atuação estatal punitiva e concede a garantia de um tratamento como se inocente fosse no transcurso de todo o processo penal, do inquérito policial à sentença absolutória ou condenatória.

Os princípios do contraditório e da ampla defesa estão assegurados no artigo 5º, inciso LV, Constituição Federal e são distintos um do outro na teoria, já que na prática processual se fundem havendo parte da doutrina que os delimitam como interdependentes. O contraditório é o ato de contradizer as alegações afirmadas na acusação, de tal maneira que se fazem imprescindíveis as informações da acusação e de todos os atos processuais, bem como da participação no processo. A ampla defesa abarca a defesa pessoal, renunciável, pois o réu tem o direito de ficar em silêncio ao invés de dar a sua versão dos fatos em determinado momento do processo, e a defesa técnica, não é renunciável, posto que somente é feita por pessoa com capacidade postulatória, provocando nulidade processual se em ausência desta.

In dubio pro réu significa que em dúvida beneficia-se o réu. À parte acusatória cabe o ônus de provar suposta a autoria do crime, o fato ilícito e a presença de todos os elementos que integram a tipicidade, a culpabilidade e a ilicitude. O réu defende-se de fatos e não de tipos devendo ser absolvido se incerteza das provas materiais e conclusivas do processo. Já que ao imputado é garantido a presunção de inocência à ele não cabe provar que é inocente, pois já o é presumido, e sim defender-se da acusação que contra ele é feita.

Com princípios de força normativa, como os citados, assim como o princípio da intervenção mínima, confere ao Estado punitivo um limite de atuação no qual a criação da norma penal deve ser vista como *ultima ratio*, ou seja, em crimes graves de grande potencial ofensivo e quando não houver outra forma de tutela ao bem jurídico, assim, consagrando espaço ao Estado Social e ao Estado preventivo como forma de prevenção dos crimes em geral, em benefício da vida em sociedade. Ciências que tocam tão de perto a dignidade da pessoa como o Direito Penal e o Processo Penal deveriam manter lealdade estrita aos princípios constitucionais e gerais do processo penal.

O modelo garantista, de intervenção penal mínima, encontra seu fundamento na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, com respeito aos princípios fundamentais que lhe são pertinentes. É o oposto do chamado Direito Penal do Inimigo, assim denominado pelo professor alemão Günter Jakobs (1990), baseado na repressão rigorosa de toda e qualquer infração. Nesta acepção do direito penal, uma vez que perante os inimigos do Estado

não se dá a adequada vazão aos princípios, restringe-se cada vez mais as garantias do suspeito e descuida-se quanto a perspectiva de cidadão, maximizando o Direito Penal.

A maximização do Direito Penal, e conseqüentemente do Processo Penal, tendo em vista que este é a instrumentalização daquele, é proveniente do movimento norte-americano denominado *Law and Order*, baseado na política tolerância zero, com rigorosa determinação no combate ao crime através da sistemática penalização dos criminosos, com culminância em Nova Iorque, na década de 90. À partir dessa diretriz, a metodologia penalista se dá com a criação de novos tipos penais, acentuação das penas já tipificadas, exacerbam-se as medidas cautelares e atropelam as garantias processuais. Não obstante, o continente europeu e outros países, inclusive o Brasil, aderiram ao Direito Penal Máximo, à tolerância zero.

Com o advento da Teoria da Janela Quebrada (“Broken Windows Theory”, instituída por James Q. Wilson e George L. Kelling publicado na revista *Atlantic Monthly*, em 1982.), o modelo tolerância zero adquiriu seriedade científica para os adeptos, sustentando-se na falaciosa argumentação de que se as pequenas infrações não forem severamente reprimidas e perseguidas ocorrerão delitos mais graves, grandes atentados criminais, pois quem quebra hoje uma janela amanhã poderá cometer homicídio, como se a raiz da criminalidade fosse o pequeno delito. Insensata lógica quando se verifica a complexidade das relações sociais e institucionais, tanto quanto a profundidade da interdependência entre o setor econômico, educacional, jurídico, cultural, da saúde pública e da segurança social, não sendo plausível a limitação da referida teoria em justificar a violência como sendo oriunda da tolerância às pequenas infrações sem atentar para os diversos aspectos biopsicossociais da causa da violência e da crescente criminalidade.

No sistema jurídico brasileiro, do mesmo modo que na realidade do Brasil, a tolerância zero foi aderida calorosamente com a Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/90), trazendo conseqüências práticas para o processo penal como o aumento da pena de todos os crimes a que se refere essa lei e o desrespeito à principiologia forense penal no que tange ao estado penal das garantias e liberdades. Ademais, feita às pressas por influência do imediatismo contemporâneo, objetivando conter uma histeria de segurança pública devido à intensa persuasão da mídia na consciência do povo para gerar uma pseudo-segurança, haja vista que endurecimento das penas, criação de novos tipos penais, armas, polícia autoritária, abuso de autoridade, cercas elétricas, e câmeras de vigilância não significam segurança e sim a falta de segurança.

Nota-se que na década de noventa já existia criminalidade nas margens da sociedade, porém quando esta penetrou na camada burguesa e consumidora instalou-se grande comoção social, cabendo à mídia sensacionalista a propagação da ilusão de que a repressão punitiva e severa conterà o aumento da criminalidade e assim era ensinado, com o modelo tolerância zero

pela polícia nova iorquina. Atendendo ao apelo da camada consumidora, bem como em um momento de carência penal devido à recente promulgação da Constituição, com lacunas penais para serem preenchidas com leis infraconstitucionais, a legislação penal aderiu ao modelo repressivista, do Direito Penal Máximo norte-americano, alterando a atuação penal de *ultima ratio* para *prima ratio*, ou seja, burlando o modelo constitucional garantista de intervenção mínima penal causando a supressão do Estado Social.

A penetração, no Brasil, da política criminal tolerância zero, respaldada primariamente no argumento não empírico de que uma pequena infração sem potencial lesivo pode gerar um crime de grande potencial lesivo à outrem ou à bem jurídico, se não severamente punido, trouxe consequências reais à dignidade humana de muitos suspeitos. Nesse sentido o doutrinador Fernandes esclarece, “*Se tratar uma doença significa, primeiramente, diagnosticar as suas causas, para combatê-las, o direito penal máximo, desconsidera essa necessidade, simplesmente despreza os motivos e prescreve sanativos aleatoriamente.*” (FERNANDES, 2007, p. 84).

Eduardo Galeano, em sua obra “De Pernas pro Ar”, de 1998, elucida de forma brilhante as consequências da introdução do movimento *Law and Order* na operacionalidade da polícia brasileira. Tornou-se corriqueiro no Rio de Janeiro e em São Paulo casos de morte, pela polícia militar, por mera suspeita de cometimento de crime e o arquivamento do caso sob alegação de legítima defesa e o estrito cumprimento de seu dever por parte da autoridade policial. Aqueles que são mortos não têm acesso ao princípio do devido processo legal, da presunção de inocência, do contraditória e ampla defesa, sendo vistos pelas autoridades policiais e pela camada consumidora como micróbio social por serem pobres, mendigos e não consumidores.

O Direito Penal Máximo, modelo oposto ao constitucional, gerou alarmante aumento das prisões cautelares, a banalização da excepcionalidade, superlotação dos precários presídios e o atropelamento das garantias e liberdades fundamentais. A título de exemplo cita-se o caso ocorrido em Porto Alegre, na Praça Redenção, no qual um jovem ao passar no clarear do dia neste espaço público foi acudir uma mulher vítima de estupro e gravemente ferida assolada no chão. O jovem foi encaminhado provisoriamente ao Presídio Central por suspeita de estupro, dado que foi visto ao lado da vítima ocasionando suspeita de autoria. Em três dias este se matou ou foi morto por outro detendo, não se possui certeza, sabe-se que a rotina do Presídio Central é semelhante à outro mundo de maneira que jamais haverá ressocialização e reeducação do condenado na situação em que se encontra.

Conclui-se com base no exposto e na transparente realidade que, embora os princípios e direitos fundamentais do Direito Penal e do Processo Penal sejam congruentes com a Constituição Federal do Brasil e com o Contrato Social, há uma forte tendência em manter e

expandir a política criminal de tolerância zero. Absurda involução da civilização visto que o endurecimento das penas, repressão punitiva indiferente ao nível de potencial lesivo reflete claramente que a Justiça Social foi reduzida à Justiça Penal. É amplamente manifesto a relação de criminalidade com a política econômica que beneficia somente os consumidores em potencial, com programas sociais efetivos, se relaciona, também, com a qualidade da educação e da saúde nos subúrbios das grandes metrópoles. Há diminuição da violência na proporção em que grande parte dos brasileiros adquirirem trabalho digno, para garantir o mínimo de recursos à sua subsistência, assim como acessibilidade educacional proporcionadora de crescimento pessoal. Limitar as causas da criminalidade unicamente na esfera penal sem levar em consideração aspectos subjetivos e objetivos do cidadão os quais se inserem em todos os setores operacionais do estado é visualizar a ponta do grande iceberg da altura de um avião sob as nuvens.

REFERÊNCIAS

Constituição Federativa da República. 1988

Códigos Penal e Processual Penal Brasileiro. 1940

CAPEZ, Fernando ; COLNAGO, Rodrigo. **Prática Forense Penal.** 2015 GALEANO, Eduardo. **De Pernas pro Ar.** 1999

LOPES JUNIOR, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal.** 2005

A JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO POSSIBILIDADE DE FORTALECIMENTO DOS VÍNCULOS FAMILIARES DE ADOLESCENTES EM VULNERABILIDADE SOCIAL

José Henrique de Goés¹

Kriztiaw Marcinişzek²

Resumo: O trabalho objetiva apontar as possibilidades das práticas restaurativas como instrumento de fortalecimento de vínculos familiares de adolescentes em vulnerabilidade social. Identificou-se as práticas restaurativas com a efetivação do Direito ao Acesso à Justiça e suas possibilidades de acordo com princípios e regras estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça- CNJ, e discorreu-se acerca de sua adequação para o fortalecimento de vínculos familiares, sustentando-se sua necessidade quanto a situações conflitos envolvendo adolescentes infratores. Ao final, faz-se uma abordagem crítica, baseada na inexistência de controle de aspectos como aqueles ligados às garantias formais do processo penal e ao controle do procedimento pelo Juiz. A metodologia utilizada foi a dedutiva, a partir de técnica de pesquisa documental e bibliográfica.

Palavras-chave: Justiça Restaurativa. Adolescente infrator. Fortalecimento de vínculos.

INTRODUÇÃO

O Acesso à Justiça como direito fundamental tem sido entendido por parte da doutrina jurídica nacional como referente à justiça processual, por sua vez ligada à pacificação social, para a qual é fundamental a solução do conflito, e não apenas do processo judicial.

Os métodos consensuais de solução de conflito, especialmente os auto-compositivos, como a mediação e as práticas restaurativas são objetos de política pública específica, em razão da possibilidade de satisfação de necessidades identificadas pelas partes. Isto em procedimentos orientados por pessoas capacitadas, por meio de técnicas específicas que objetivam à aproximação por meio de diálogo desenvolvido sobre as bases da alteridade.

Os conflitos em que o adolescente é o ofensor se relacionam com condições familiares e sociais específicas, também pela condição peculiar de tais seres em desenvolvimento.

Sendo a família responsável, solidariamente com o Estado e a sociedade, pela garantia dos Direitos dos adolescentes, e considerando que um destes é à convivência familiar e comunitária, a

¹ Especialista em Direito Público pela Escola Superior da Magistratura Federal – ESMAF/Unibrasil. Mediador Judicial junto ao Centro Judiciário de Solução de Conflitos – CEJUSC – Ponta Grossa – PR. Membro do Projeto ‘Fortalecimento do Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente’ do Núcleo de Ensino, Pesquisa, Extensão e Assessoria sobre Infância e Adolescência – NEPIA da Universidade Estadual De Ponta Grossa – UEPG. Professor do Curso de Direito das Faculdades SECAL de Ponta Grossa – PR. Email: henriquedeagoes@hotmail.com

² Acadêmico do 3º semestre do Curso de Direito das Faculdades SECAL de Ponta Grossa – PR. Membro do Grupo de Pesquisa “Política Pública de Acesso à Justiça: práticas de mediação, conciliação e justiça restaurativa”. Email: kriztiawmarciniszek@gmail.com

existência de internação em estabelecimento educacional precisa ser acompanhada de processos que fortaleçam os vínculos familiares e comunitários.

Considerando a existência de conflito com a lei, as medidas sócio-educativas devem possibilitar não apenas a responsabilização, mas também o significado necessário à transformação da visão do conflito. Para tanto, é necessário viabilizar o entendimento acerca do mesmo.

A visão de mundo, a carga político-ideológica e a externalidade de terceiro não envolvido no conflito, como o juiz ou o sócio-educador, responsáveis pela decisão e execução de medidas sócio-educativas decorrentes de processo judicial, não podem promover o entendimento do conflito, a responsabilização significativa e a transformação de que os próprios envolvidos no conflito.

O procedimento comum não permite que a rede de apoio do adolescente, como os entes familiares, tome parte do processo de responsabilização, inclusive a partir das condições relativas à educação, relações e demais aspectos da proteção social básica.

Dadas as condições sociais da maioria das famílias brasileiras, e as dificuldades de cumprimento de suas funções para com os adolescentes, inclusive aquelas externas, quanto à falta de acesso a direitos fundamentais, há a necessidade de tratamento dos demais relacionamentos familiares e de acesso a serviços que a rede de atendimento deve oferecer.

As práticas restaurativas são instrumentos que possibilitam abarcar tais aspectos.

A Justiça Restaurativa, nos moldes da resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça- CNJ, se constitui de práticas (processos restaurativos) realizadas por profissionais capacitados de acordo com os parâmetros especificados pelos Núcleos Permanentes de Solução Consensual de Conflitos- NUPEME's dos Tribunais de Justiça, a partir dos princípios da Resolução n. 2/2012 do Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas- ECOSEC.

As práticas podem ser utilizadas em conformidade com as medidas sócio-educativas e protetivas (artigos 101, 112 a 116 da lei 8069/1990), bem como em decorrência de processos judiciais relativos a atos infracionais e situações de risco para Adolescentes. Neste sentido, o parágrafo 3º do artigo 7º da resolução do CNJ.

A resolução do ECOSEC versa ser processo restaurativo aquele

[...] no qual a vítima e o ofensor, e, quando apropriado, quaisquer outros indivíduos ou membros da comunidade afetados por um crime, participam ativamente na resolução das questões oriundas do crime, geralmente com a ajuda de um facilitador. Os processos restaurativos podem incluir a mediação, a conciliação, a reunião familiar ou comunitária (conferencing) e círculos decisórios (sentencing circles).

A Justiça restaurativa não é uma teoria. É constituída de práticas que estão balizando estudos e adoção como instrumentos de administração da Justiça.

É necessária a pesquisa³, sistematizando dados e relacionando conceitos, especialmente na área da Criança e do Adolescente, cujos direitos têm a eficácia ligada à capacidade da rede de atendimento, interdisciplinar, intersetorial, democrática de atender a demandas complexas, ligadas à estrutura das famílias.

Iniciativas como as do Ministério Público e do Juízo da Infância e Juventude, bem como da Coordenação do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania- Cejusc de Ponta Grossa, no Paraná, na aplicação de práticas restaurativas ligadas à família, têm gerado resultados como a construção de consensos e reestabelecimento de vínculos familiares de adolescentes em conflito com a lei.

ANÁLISE E DISCUSSÃO

O princípio do amplo acesso ao Judiciário surgiu no ordenamento jurídico pátrio na Constituição de 1946, com a cláusula de inafastabilidade do Judiciário no artigo 5º da referida Carta Política, e, a partir do artigo 5, XXXV, da Constituição Federal de 1988, implica em Acesso à Justiça, que se ultima em processo justo, com escopo de pacificação social (DINAMARCO, 2005). Portanto, a simples garantia formal de ajuizar e se defender, típica do Estado Liberal e a igualdade material relativa à garantia dos direitos, típica do Estado Social, têm sido acrescidos pela idéia de justiça processual, completando o conteúdo do deste direito fundamental.

O processo deve se adequar ao tipo de litígio específico, em face das diferentes formas de complexidade, incitando a utilização de métodos alternativos de solução de conflito, que possibilitam abarcar aspectos da lide sociológica não passíveis de tratamento pelo processo civil ou penal (CAPPELLETTI E GARTH, 2002).

Tal entendimento foi utilizado como uma das justificativas constantes da Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça- CNJ, que estabeleceu a política pública respectiva.

Os métodos consensuais de solução de conflito, especialmente os auto-compositivos, como a mediação e as práticas restaurativas, possibilitam a satisfação de necessidades identificadas pelas partes. São identificadas como modalidades de administração da justiça que conferem maior autonomia e possibilidade de participação, em última análise, democratização da justiça (LIXA; VERAS NETO; WOLKMER; et al, 2013).

³ O presente resumo resulta das pesquisas do grupo do qual os pesquisadores fazem parte e que pretende sistematizar e produzir conhecimento acerca do assunto, inclusive, futuramente, por meio de estudos de caso no Cejusc de Ponta Grossa- PR.

A possibilidade de solução de conflitos que referem a violações legais tidas por graves para serem consideradas crimes necessitam de procedimento que fomente à alteridade capaz de capacitá-las a enxergar as necessidades do outro (ZEHR, 2014).

A alteridade, para LÉVINAS (2004), a alteridade é relação com o outro em que esse não é passível de intelecção e compreensão. É o que do outro escapa ao sistema englobante da razão e, portanto, está fora da totalidade.

A compreensão de que não se detém a ciência acerca do total, e de que, portanto, depende-se do outro para se chegar a uma compreensão aceitável do conflito é o que permite à razão abrir-se para diálogo em relação à solução prospectiva do conflito (ZEHR, 2014). Esta compreensão de ZEHR, o principal referencial acerca de sistematização sobre a Justiça Restaurativa- a Justiça Restaurativa, conforme o próprio autor, não é uma teoria, mas um conjunto de práticas que estão sendo sistematizadas inspirando raciocínios teóricos (MCCOLD; WACHTEL, 2003)-, é acompanhada pelas considerações realizadas nos cursos de capacitação em facilitação de práticas restaurativas realizado nos moldes do CNJ.

Porém, as técnicas e o instrumental necessário ao fomento das práticas capazes de gerar essa percepção, especialmente em relação a adolescentes em conflito com a lei referem a questões complexas como a dinâmica que envolve o social e as relações familiares (MINAYO, 2003), que, além de compreendida, necessitam ser objeto de exercício de reconhecimento de ausência de neutralidade por parte do facilitador, a fim de que não haja interferência autoritária e contrária aos consensos (ZEHR, 2014).

O fortalecimento dos vínculos familiares dos adolescentes em conflito com a lei é necessário para a sócio educação (princípio constante do artigo 35, IX, da lei de responsabilização de adolescentes) como a existência de uma rede de apoio aos participantes de círculos de Justiça Restaurativa tem lugar garantido no procedimento, a fim de gerar a noção de pertencimento e o norte de valores que identificam os atores e as relações consideradas no conflito (ZEHR, 20014).

Considerando a existência de conflito com a lei, as medidas sócio-educativas devem possibilitar não apenas a responsabilização, mas também o significado necessário à transformação da visão do conflito (ZEHR, 2014). Para tanto, é necessário viabilizar o entendimento acerca do mesmo.

A visão de mundo, a carga político-ideológica e a externalidade de terceiro não envolvido no conflito, como o juiz ou o sócio-educador, responsáveis pela decisão e execução de medidas sócio-educativas decorrentes de processo judicial, não podem promover o entendimento do conflito, a responsabilização significativa e a transformação de que os próprios envolvidos no conflito (MARSHALL apud ASHFORD, 2002).

Também em razão do distanciamento que a linguagem jurídica gera ao usuário, dificultando-lhe apreender o próprio conflito, traduzido de maneira que o exclui, há a impossibilidade de participação democrática quanto à decisão da lide (BOURDIEU, 1989). O entendimento do conflito, a partir do instrumental estabelecido pela linguagem jurídica, torna impossível ao adolescente tomar parte da solução do conflito.

O procedimento comum não permite que a rede de apoio do adolescente, como os entes familiares, tome parte do processo de responsabilização, inclusive a partir das condições relativas à educação, relações e demais aspectos da proteção social básica.

Dadas as condições sociais da maioria das famílias brasileiras, e as dificuldades de cumprimento de suas funções para com os adolescentes, inclusive aquelas externas, quanto à falta de acesso a direitos fundamentais (PRADO, 2011), há a necessidade de tratamento dos demais relacionamentos familiares e de acesso a serviços que a rede de atendimento deve oferecer (COMERLATTO, 2007).

As práticas restaurativas são instrumentos que possibilitam abarcar tais aspectos, uma vez que o Juízo da Infância e Juventude é parte da rede, no eixo de defesa e que sua atuação deve se dar de acordo com os princípios da política de atendimento.

A Justiça Restaurativa, nos moldes da resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça- CNJ, se constitui de práticas (processos restaurativos) realizadas por profissionais capacitados de acordo com os parâmetros especificados pelos Núcleos Permanentes de Solução Consensual de Conflitos- NUPEME's dos Tribunais de Justiça, a partir dos princípios da Resolução n. 2/2012 do Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas- ECOSEC.

As práticas podem ser utilizadas em conformidade com as medidas sócio-educativas e protetivas (artigos 101, 112 a 116 da lei 8069/1990), bem como em decorrência de processos judiciais relativos a atos infracionais e situações de risco para Adolescentes. Neste sentido, o parágrafo 3º do artigo 7º da resolução do CNJ.

A resolução do ECOSEC versa ser processo restaurativo aquele

[...] no qual a vítima e o ofensor, e, quando apropriado, quaisquer outros indivíduos ou membros da comunidade afetados por um crime, participam ativamente na resolução das questões oriundas do crime, geralmente com a ajuda de um facilitador. Os processos restaurativos podem incluir a mediação, a conciliação, a reunião familiar ou comunitária (conferencing) e círculos decisórios (sentencing circles).

Segundo ZEHR (2014), a Justiça Restaurativa não é uma teoria, mas um conjunto de práticas cuja sistematização está sendo utilizada para propagar resultados tendentes à pacificação social. Os procedimentos variam muito, como nos círculos de sentenciamento, nas reuniões

familiares e nos círculos de construção de paz (método utilizado no curso de capacitação nos moldes do CNJ).

Porém, todos se baseiam em atividades, das quais os facilitadores fazem parte, e que tentam o diálogo entre os envolvidos no conflito, a fim de possibilitar a empatia e o conhecimento de situações que, sem as técnicas, impediam o entendimento acerca de visões e situações pessoais acerca do conflito, bem como acerca das necessidades e entendimentos alheios.

A resolução 125 do CNJ determina que os Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos- NUPEMEC's, a serem instituídos pelos Tribunais, realizem a capacitação de facilitadores de Práticas Restaurativas, de acordo com os princípios da resolução do ECOSEC, como a voluntariedade, a confidencialidade, a justiça.

Os cursos são ministrados de acordo com os princípios teóricos de autores como Howard Zehr (2014), como a responsabilização significativa, a confidencialidade, a voluntariedade, a satisfação de necessidades.

As práticas são realizadas nos Centros Judiciários de Solução de Conflito e Cidadania- CEJUSC's, que são os órgãos responsáveis por executar as práticas, assim como as sessões de mediação e conciliação (outras formas de solução alternativa de conflitos), conforme a resolução 125 do CNJ.

Porém, não existe possibilidade de controle do juízo quanto ao procedimento, especialmente no que tange a garantias formais. Também não existem outras pessoas durante os círculos, além dos facilitadores e dos participantes, ou seja, não há possibilidade de controle, a partir da observação, da qualidade do procedimento em relação às técnicas ministradas nos cursos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Necessário sistematizar experiências de projetos e programas de Justiça Restaurativa, bem como a realização de relação teórica relativa, partindo-se das categorias presentes nos principais referenciais, como alteridade, bem como o estudo e a avaliação de aspectos que ainda não foram objeto de pesquisa e de decisão política quanto ao procedimento, como a questão da participação de crianças e adolescentes nas práticas, sem protocolo equivalente à escuta qualificada, a fim de que preservar garantias que impedem a revitimização de adolescentes em situação de vulnerabilidade social; as demandas da formação para a facilitação de procedimentos restaurativos (a inexistência de conhecimentos de profissionais voluntários sem conhecimento acerca da rede

de proteção, por exemplo); a inexistência de controle judicial quanto às garantias processuais, haja vista a confidencialidade do procedimento, restrito a facilitadores e envolvidos no conflito.

Porém, as possibilidades da Justiça Restaurativa, uma vez que realizadas por meio de procedimento que visa ao diálogo aberto, à empatia e ao restabelecimento de relações, são coerentes com a necessidade de fortalecimento de vínculos das famílias de adolescente em conflito com a lei.

Ademais, a possibilidade de utilização em processos de competência das Varas de Família, da Infância e Juventude, permite a identificação e solução de questões conflituosas dentro das famílias, o que possibilita entender as práticas como instrumento adequado e possível pela rede de atendimento à Criança e ao Adolescente.

REFERÊNCIAS

ARNOLDI, M. A. G. C.; ROSA, M. V. F. P. C. **A entrevista na pesquisa qualitativa**. Belo Horizonte: Autêntica, 2006.

BOURDIEU, P. **O Poder Simbólico**: memória e sociedade. São Paulo: Difel, 1989.

BOURGUIGNON, J. A. O processo de pesquisa e suas implicações teórico-metodológicas e sócias. **Revista Emancipação**. Ponta Grossa, n. 1, p. 40-52, 2006.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. **Lei nº 8.069**, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 23 mai. 2013.

_____. **Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária**. Organização: CONANDA – Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. Brasília: Presidência da República – Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2006.

CAPPELLETTI, Muro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**; Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 12. Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GIL, A. C. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 1999.

GOMES, Romeu. A análise de dados em pesquisa qualitativa. In: **Pesquisa Social: Teoria, método e criatividade**. 23. ed. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 67-80.

LÉVINAS, Emmanuel. **Entre nós**: Ensaio sobre a alteridade. Petrópolis: Vozes, 1995.

LIXA, Antônio Carlos; VERAS NETO, Francisco; LIXA, Ivone M. (Orgs.). **Pluralismo Jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARSHALL, Tony F., Restorative Justice: Na Overview Londres: Home Office Research, Development and Statistics Directorat, 1999 apud ASHFORD, A, responsibilities, Rights and Restorative Justice, British Journal of Criminology n.. 42., 2002.

MCCOLD, P; WACHTEL, T. Restorative justice theory validation. In: E. Weitekamp and H-J. Kerner (Eds.), Restorative Justice: Theoretical Foundations. Devon, UK, Wilian Publishing.

QUIMELLI, G. A. S. Considerações sobre o Estudo de Caso na pesquisa qualitativa. In: BOURGUIGNON, J. A. (Org.). **Pesquisa social: reflexões teóricas e metodológicas**. Ponta Grossa: Todapalavra, 2009.

SCHENKER, M.; MINAYO, M. C. S. A implicação da família no uso abusivo de drogas: uma revisão crítica. *Ciência e Saúde Coletiva*, 8 (1).

ZEHR, Howard. **Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça restaurativa**. São Paulo: Palas Athena, 2014.

O EMBATE CONSTITUCIONAL QUANTO À SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS NA CONDENAÇÃO CRIMINAL TRANSITADA EM JULGADO

Aline Tatiane De Carli
Vagner Felipe Kühn

Resumo: O texto aborda os conflitos de interpretação provocados pela nossa legislação constitucional sobre a suspensão dos direitos políticos dos presos, baseando-se na ideia de que mesmo detidos, sua cidadania não pode ser-lhes retirada. Observa-se que a suspensão dos direitos políticos na condenação criminal transitada em julgado não é uma pena “acessória” mas sim, um efeito da condenação e sequer são observados critérios, tornando a medida injusta, principalmente para os casos de regime aberto. O objetivo do estudo compreende-se em fazer transparecer o motivo de nossas prisões estarem em um estado tão crítico, pois os candidatos não ganham votos com propostas de melhorar o sistema carcerário, o que inviabiliza cada vez mais o controle e a ressocialização dos detentos. O estudo é embasado na pesquisa de artigos produzidos, com foco no direito irrestrito do voto, e nas contradições apresentadas em nossa Constituição Federal.

Palavras-chave: Direitos políticos. Voto. Cidadania.

INTRODUÇÃO

Em nosso meio acadêmico, aprendemos a importância de discutir a política acerca dos fatores mais carentes de nossa sociedade, e, um alvo atual dessas discussões vem sendo a situação precária de nosso sistema carcerário que lamentavelmente funciona em detrimento da dignidade dos detentos. Isso se dá pela discriminação que a sociedade em geral faz dos indivíduos que lá se encontram, achando-os por muitas vezes, merecedores de tal desumanização.

Uma das soluções sugeridas por alguns doutrinadores para esta situação seria o direito do preso ao voto, para que seus suas vozes sejam ouvidas, defendido também por este trabalho, que busca reunir meios teóricos e conscientizar o leitor da urgência de medidas que busquem melhorar nossas penitenciárias, tornando possível a reabilitação dos presos e inserção deles na sociedade, para deixar de ser só uma forma punitiva do estado.

DESENVOLVIMENTO

O art. 15, inciso III da Constituição Federal de 1988 perpetua as normas estabelecidas nas demais constituições anteriormente vigentes no país, mostrando que os direitos políticos do condenado criminalmente serão suspensos enquanto durarem seus efeitos. Observamos, porém, o contraste dos contextos sociais, considerando que no período daquelas constituintes havia discriminação na própria lei, onde o status econômico, a capacidade intelectual e entre outros

fatores restringiam o direito ao sufrágio, diferentemente da constituição de 1988 que não permite qualquer tipo de discriminação conforme o art. 3º, inciso IV, que se apoia nos direitos e garantias fundamentais que tutelam a dignidade da pessoa humana, consagrando-se num estado democrático de direito onde não há espaço para se falar na suspensão dos direitos políticos dos presos definitivos nem dos provisórios, tendo em vista que o seu art. 1º, inciso II, fundamenta-se na garantia da cidadania. O estado é obrigado a garantir a cidadania do tutelado penal, tornando impossível a realização da cidadania do mesmo sem que haja o direito ao voto. (DAMIANI; 2006)

Segundo o Ministro Moreira Alves, a “ratio” dessa suspensão não é a de privação de liberdade, mas de ordem ética. Ou seja, o pensamento ético seria a necessidade de retirar o indivíduo da política (ativa e passiva) até o cumprimento de sua pena por estar envolto a uma situação que não é compatível com a natureza moral do voto, bem como da representação de cargos, de “indignidade” perante a sua responsabilidade penal. (DUARTE; 2012) Entretanto, nessa situação não é necessário que o indivíduo seja um representante, mas deveria pelo menos ter o seu direito ao voto garantido, pois não cabe ao Estado decidir quem tem essa prerrogativa ética ou não. (PUGGINA; 2006.)

A medida tem como pressuposto o trânsito em julgado da sentença criminal condenatória, não sendo possível a sua aplicação antes da condenação levando em conta o princípio constitucional da presunção de inocência (art. 52 inc. LVII). Contudo, a suspensão dos direitos políticos não é uma pena acessória, mas sim, um efeito automático como consequência da condenação, não dependendo de outras medidas. Além disso, como o efeito é automático, não é observado o tipo do crime, seja ele doloso, culposo, ou até contravenção, enquanto durarem seus efeitos. (DIAS, 1999)

Porém, no caso de um parlamentar federal no exercício de seu mandato for condenado criminalmente, não perderá automaticamente o seu mandato gerando um conflito aparente de normas entre os arts. 15, III e 55, VI da CF. O sujeito apenas será vedado de realizar nova candidatura, enquanto durarem os efeitos da decisão condenatória. Isso acontece porque a nossa Constituição Federal defende que só perderá o mandato o Deputado ou Senador que tiver condenação criminal com sentença transitada em julgado, sendo que a Câmara dos Deputados ou o Senado Federal decidirá, por maioria absoluta e voto secreto, sob a provocação de partido político representado no Congresso Nacional ou da respectiva Mesa, assegurada, ainda, a sua ampla defesa. (MORAES; 2002)

É importante observar que a suspensão dos direitos políticos sem a devida regulamentação do Código Penal (salientando que a constituição trata o assunto de forma muito

genérica) tem graves consequências para o sujeito condenado comum, muitas vezes piores que a pena principal, impossibilitando-o de exercer cargos ou obter conquistas relevantes à cidadania, tornando a sua aplicação uma inversão de valores, principalmente nos casos de regime aberto, pois o indivíduo deixará tecnicamente de ser cidadão, tornando a suspensão dos direitos políticos a usurpação da alma política/participativa de uma pessoa, inerentes à vida cívica e política do país/pátria em que se vive. (ANDRADA; 2009).

Quanto mais ampliado o direito ao voto, mais reivindicações ganham espaço nos planos dos representantes. Antigamente, quando só os proprietários votavam, era natural que as melhorias viessem somente para as propriedades. Por que um homem livre iria se interessar em melhorar presídios, por exemplo? E se não é permitido a eles expressarem suas necessidades através do direito ao sufrágio, como impedir as suas manifestações violentas? Os presos já estão em desigualdade perante os homens livres, e ao impedirmos de votarem expandimos ainda mais essa desigualdade enfraquecendo a democracia. O voto é a maneira que temos de interferir na forma de governo, de manifestar nossos descontentamentos. Então, não é possível pensar em políticas públicas para o sistema prisional vendo os presos como invisíveis políticos. (PUGGINA; 2006)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A suspensão automática dos direitos políticos dos presos com condenação criminal transitada em julgado e especialmente a perda do seu direito ao voto ferem o princípio da cidadania acarretando na impossibilidade do indivíduo ser cidadão. Não cabe ao estado determinar quem tem moral ética para votar ou não, sendo que o direito ao exercício da cidadania está consagrado pela constituição federal. Ao limitarmos o direito ao sufrágio enfraquecemos a nossa democracia ocultando da nossa realidade um grupo de pessoas necessitadas de representação e reivindicações, que no caso, prejudica e muito, o nosso sistema carcerário tornando este problema social ainda maior.

REFERÊNCIAS

ANDRADA; Doorgal Borges De, **A impossibilidade da perda dos direitos políticos na condenação criminal**, 2009. Disponível em: <<http://www.ejef.tjmg.jus.br/home/files/publicacoes/artigos/0272009.pdf>>. Acesso em: 13 out. 2014.

DAMIANI; João Paulo Rodrigues, **O voto do preso: a cidadania emergente dos direitos humanos**, 2006. Disponível em: <<http://www.sociologiajuridica.net.br/numero-3/169-o-voto-do-preso-a-cidadania-emergente-dos-direitos-humanos>>. Acesso em: 13 out. 2014.

DUARTE; Daniel Nascimento, **A suspensão irrestrita dos direitos políticos nos casos de condenação criminal definitiva: em busca de uma interpretação teleológica do preceito do art. 15, III da constituição federal**, 2012. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=cd4bb35c75ba84b4>>. Acesso em: 13 out. 2014.

DIAS, José Orlando Lara, **A suspensão de direitos políticos decorrente de sentença penal condenatória transitada em julgado**, 1999. Disponível em: <http://www.tre-sc.jus.br/site/resenha-eleitoral/edicoes-impresas/integra/arquivo/2012/junho/artigos/a-suspensao-de-direitos-politicos-decorrente-de-sentenca-penal-condenatoria-transitada-em-julgado/index06d6.html?no_cache=1&cHash=5fbf1af0236d1d82a7da254e55317868>. Acesso em: 13 out. 2014.

MORAES, Alexandre de, **Condenação Criminal e Suspensão dos Direitos Políticos**, 2002. Disponível em: <www.mp.ac.gov.br/?dl_id=1269>. Acesso em: 20 maio 2015.

PUGGINA; Rodrigo Tönniges, **O Direito de Voto dos Presos**, 2006. Disponível em: <<http://www.sociologiajuridica.net.br/numero-3/174--o-direito-de-voto-dos-presos>>. Acesso em: 13 out. 2014.

TRIBUNAL DO JÚRI E PRERROGATIVA DE FORO PRIVILEGIADO: O CONFLITO APARENTE ENTRE AS NORMAS CONSTITUCIONAIS

Anderson Carbolin¹
Jean Mauro Minuzzi

Resumo: O presente resumo aborda como objeto de sua análise o conflito existente entre a competência do Tribunal do Júri julgar os crimes dolosos contra a vida praticados por pessoas que possuem a prerrogativa do foro privilegiado. Em um primeiro momento, faz-se um levantamento histórico referente à origem e fundamentos do Tribunal do Júri. Posteriormente, analisam-se as condições da prerrogativa de foro privilegiado. Por fim, a abordagem se dá em torno da prerrogativa de foro prevista em dispositivos das Constituições Estaduais. Contudo, observou-se que as normas infraconstitucionais não podem restringir a competência do Tribunal do Júri, uma vez que, esta última, foi estabelecida pela Lei Maior.

Palavras-chave: Conflito Aparente Entre Normas. Tribunal do Júri. Foro Privilegiado. Prerrogativa de Foro.

INTRODUÇÃO

O tema escolhido justifica-se em razão da análise ao conflito existente entre normas constitucionais, referente ao Tribunal do Júri e a prerrogativa de foro privilegiado em razão da função ou cargo exercido por determinadas pessoas. A Constituição Federal de 1988 estabelece, claramente, que é competência do Tribunal do povo julgar os crimes dolosos contra a vida. Porém, a mesma redação, acaba por relativizar o referido preceito, trazendo hipóteses em que certas pessoas, em razão do cargo que ocupam, tem direito a julgamento em foro privilegiado, surgindo, assim, um aparente conflito das normas constitucionais de idêntica hierarquia, prevalecendo a regra especial sobre a geral.

O presente trabalho adota como metodologia a pesquisa bibliográfica de renomados doutrinadores e recorrendo-se, também, a pesquisa jurisprudencial atual, bem como analisando o posicionamento dos Tribunais Superiores Brasileiros, com o objetivo de demonstrar ao leitor as garantias constitucionais inerentes ao indivíduo e a sua aplicabilidade com igualdade.

No Brasil, o Tribunal do Júri foi instituído através da Lei de 28 de junho de 1922, para os delitos de imprensa. Atualmente, é reconhecido constitucionalmente capitulado no inciso XXXVIII do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, onde, inclusive, é prevista sua organização. O Tribunal do Júri possui competência para julgar os crimes dolosos contra a vida, quais sejam: homicídio doloso, infanticídio, participação em suicídio e aborto. É uma forma de

¹ Acadêmico do VI semestre do curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e da Missões (URI), Câmpus de Frederico Westphalen. e-mail: *andicarbolin@hotmail.com*

exercer a cidadania, priorizando a democracia na sociedade, uma vez que permite ao cidadão ser julgado pelos seus semelhantes.

Segundo a concepção de Eugênio Pacelli:

Costuma-se afirmar que o Tribunal do Júri seria uma das mais democráticas instituições do Poder Judiciário, sobretudo pelo fato de submeter o homem ao julgamento de seus pares e não ao da Justiça togada. É dizer: aplicar-se-ia o Direito segundo a sua compreensão popular e não segundo a técnica dos tribunais. (PACELLI, 2012, p. 710)

Ademais, nota-se que o Tribunal do Júri é um direito de cada ser humano, julgando diretamente os acusados de praticar algum dos crimes dolosos contra a vida suprarreferidos e, dessa forma, partindo do pressuposto de que o Tribunal do Júri é um norma constitucional, qualquer tentativa de restringir sua competência, estaria burlando a nossa Carta Magna.

Com efeito, pela função que algumas pessoas exercem em virtude do cargo que possuem, têm direito ao foro privilegiado nos casos em que serão julgados por crimes comuns, abrangendo também os crimes dolosos contra a vida, encontrando respaldo legal no artigo 102, inciso I, alíneas “b” e “c” da Constituição Federal de 1988, o qual dispõe que:

Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República;

c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente (BRASIL, 1988)

Nesse sentido, as pessoas referidas, em caso de julgamento de crimes dolosos contra a vida, não serão julgadas pelo Tribunal do Júri e, sim, pelo Tribunal competente, referente à sua função.

Ainda, além do acima exposto, há de se reconhecer diversos outros dispositivos que são encontrados na Constituição Federal, os quais também restringem o julgamento pelo Tribunal do Júri, estabelecendo foro privilegiado à pessoas que exercem determinados cargos.

Identifica-se que há o conflito aparente entre as normas constitucionais, uma vez que são de idêntica hierarquia, o dispositivo referente ao Tribunal do Júri classifica-se como uma regra geral, a qual atribui a competência de julgamento dos crimes dolosos contra a vida. A outra se distingue como uma norma específica que concede o foro privilegiado por prerrogativa de função a determinadas autoridades.

Questionamo-nos: qual é o modo utilizado para resolver tal conflito? Pois bem, partindo do pressuposto de que não existem direitos absolutos na Constituição Federal, o conflito é resolvido com a incidência da regra especial sobre a geral.

Conforme o entendimento de Maria Lúcia Karam, em sua obra “Competência no Processo Penal”, tal posição está correta, uma vez que,

Inobstante a censura que se possa politicamente fazer ao entendimento e à opção do constituinte, não se apresenta possível uma construção jurídica destinada a fazer aqui prevalecer o direito individual. O afastamento da competência do júri, nos casos em que devem incidir as regras que estabelecem a competência originária de órgãos jurisdicionais superiores em razão do cargo público ocupado pela parte a quem se atribui a prática de infração penal, resulta de opção do constituinte, que a deixou expressa ao não fazer qualquer ressalva, naquelas regras, quanto às infrações penais incluídas na competência privativa do júri.” (KARAM, 1997, p. 91)

Destaca-se, também, que é pacífico o entendimento de que os Estados-membros podem, no exercício de seu poder constituinte decorrente, situar privilégios de foro para os seus agentes políticos em suas próprias Constituições.

Assim, em seu artigo 125, §1º a Constituição Federal Brasileira estabeleceu que “A competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça.” (BRASIL, 1988) e, desse modo, o STF passou a considerar constitucionais os dispositivos estabelecidos pelos Estados que atribuam ao Tribunal de Justiça o processo e julgamento de ações criminais contra determinadas autoridades locais.

Porém, o que se discute é a possibilidade de o referido privilégio de foro, estabelecido pelos Estados, para as suas autoridades locais, também abranja os crimes dolosos contra a vida, observando-se a sua atribuição ao Tribunal do Júri.

Referente a tal controvérsia, há dois posicionamentos: O primeiro, do qual se filia Fernando da Costa Tourinho Filho, afirma que o foro privilegiado concedido pelas Constituições estaduais não abrange os crimes dolosos contra a vida, tendo em vista que estas constituições não podem excluir a competência constitucional do Tribunal do Júri, pois a lei Estadual é hierarquicamente inferior à Carta Magna, não podendo restringir a competência atribuída pela Lei Maior.

A segunda posição corresponde, também, ao pensamento de Fernando Capez, diz que, desde que expressamente previsto na Constituição estadual a competência de julgamento dos crimes dolosos contra a vida é do Tribunal de Justiça da respectiva Unidade Federativa. Ainda, segundo esta posição, as Constituições estaduais não podem restringir a competência do Tribunal do Júri estabelecida pela Constituição Federal, quando não houver paradigma estabelecido na mesma. Para este pensamento a Constituição Estadual apenas reflete a Federal.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 721, da qual se depreende que, “A competência constitucional do Tribunal do Júri prevalece sobre o foro por prerrogativa de função estabelecido exclusivamente pela Constituição estadual.” (STF) , ou seja, o Tribunal do Júri só perde sua competência de julgar os acusados de praticar crimes dolosos contra a vida quando o foro privilegiado estiver reconhecido na Constituição Federal, uma vez que, tal competência, já é reconhecida na Lei Maior e não pode ser restringida por qualquer dispositivo infraconstitucional. Demonstrando claramente que certos cargos fazem exceção à regra em virtude da importância e prestígio que detém perante o Estado, deixando-os fora da competência do Tribunal do Júri.

Nesse prisma, confira-se a lição de Guilherme de Souza Nucci:

Ratificou o Pretório Excelso, de maneira indireta, que a prerrogativa de foro, fixada na Constituição Federal, excepciona a competência genérica do júri, para os delitos dolosos contra vida, também estabelecida na Carta Magna. Por outro lado, deixou claro que as autoridades, cujo foro privilegiado foi obtido por disposição da Constituição Estadual, devem ser processadas no Tribunal do Júri, caso cometam crimes dolosos contra a vida, uma vez que a regra constitucional estadual não pode prevalecer sobre norma constitucional federal, ainda que esta tenha o caráter genérico.” (NUCCI, 2012, p. 276)

Assim, quando as autoridades que possuem a prerrogativa do foro privilegiado através de norma estabelecida pela Constituição do Estado em que exerce sua função, cometem um crime doloso contra a vida, ainda assim, serão julgadas perante o Tribunal do Júri, diferentemente dos que possuem tal benefício em virtude de norma disposta na Constituição Federal, pois apenas a norma de igual hierarquia poderá prevalecer sob a norma referente ao Tribunal do Júri.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, extraímos a ideia de que o posicionamento pacífico entre a doutrina e a jurisprudência é de que ambas as previsões de competência são reconhecidas na Constituição Federal, considerando-se norma de caráter geral a referente ao Tribunal do Júri e de caráter especial as que dizem respeito às prerrogativas de foro.

Apesar de sermos contrários ao foro por prerrogativa de função, partindo do pressuposto de que este violaria o princípio da igualdade ao mesmo tempo em que excepciona dispositivo constitucional, tal posição está correta, tendo em vista que, como regra geral, o Tribunal do Povo é o Órgão competente para julgar os crimes dolosos contra a vida. Porém, algumas pessoas têm foro específico, tratando-se, esta, de norma de caráter especial e passando a restringir, de certa forma, a de caráter geral.

Contudo, podemos afirmar que a norma referente ao Tribunal do Júri, disposta na Carta Magna, somente poderá ser afastada por uma norma da mesma hierarquia que sirva como exceção a regra e, jamais, poderá ser restringida por norma infraconstitucional.

O Tribunal do Júri se trata de um mecanismo democrático, que visa julgar o acusado de cometer crime doloso contra a vida, por seus semelhantes. Assim, qualquer forma, por parte de norma de hierarquia inferior, de restringir tal regra, será tida como uma tentativa de burlar a Lei Maior.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Paulo Gustavo Sampaio. **Tribunal do júri e privilégio de foro**.2007. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/13462-13463-1-PB.pdf>. Acesso em: 19/10/2015

BRASIL. Constituição. (1988). Constituição Federal **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF.

CADY, Melissa Campos et al. **Tribunal do júri: uma breve reflexão**. 2007. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/13467-13468-1-PB.pdf>. Acesso em: 19/10/2015

JUNIOR, Amandino Teixeira Nunes. **Foro Por Prerrogativa de Função**.2007. Disponível em:<http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/estnottec/areas-da-conle/tema6/2007-14050.pdf>. Acesso em: 19/10/2015

KARAM, Maria Lúcia. **Competência no processo penal**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e execução penal**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

AS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL

Leticia Tres Dal’Puppo¹
Jean Mauro Menuzzi

Resumo: Este trabalho possui como objetivo, a análise das provas ilícitas, figuras estas que significam a violação de regras de direito material, ou seja, a obtenção de provas por meios não admissíveis em direito, assim como, suas demais particularidades. Ressaltando acerca do Princípio da Proporcionalidade, a diferença de provas ilegítimas, e também sobre a teoria do *Fruits of the Poisonous Tree*. Será destacado, ainda, acerca da possível utilização das provas ilícitas no processo penal.

Palavras-chave: Provas. Ilícitas. Princípio. Processo. Inadmissibilidade.

INTRODUÇÃO

O presente estudo visa uma abordagem sucinta, porém objetiva, acerca das provas ilícitas no processo penal brasileiro, cuja obtenção, é realizada de maneira ilegal, contrariando as normas constitucionais e o procedimento correto de obtenção de provas durante um processo investigativo.

As vedações das provas ilícitas estão dispostas no Art.5º, inciso LVI da Constituição Federal e no Art.157 do Código de Processo Penal, garantindo, assim, a não inviolabilidade da privacidade do cidadão durante um procedimento investigativo, uma vez que as provas são os meios utilizados para a reconstrução de fatos para a solução de um litígio, e estas são obtidas de diversas maneiras (juntada de documento, depoimento das partes), sendo que, a preservação dos direitos das partes devem ser levados em consideração ao longo do processo, para que este seja julgado de maneira justa, não admitindo, portanto, provas de procedência ilegal.

É preciso considerar a imensa importância da prova, sendo que esta deve atender aos princípios da Liberdade das Provas e da Verdade Processual como também o respeito ao Devido Processo Legal, pois caso haja provas ilícitas no processo, este será considerado nulo, uma vez que, a existência de provas obtidas por meios ilegais traz vício ao processo.

Contudo, deve-se ressaltar acerca da possível admissibilidade de provas ilícitas para a solução de um litígio, conforme o Princípio da Proporcionalidade, teoria que defende a utilidade de provas ilícitas denominadas *pro reo* para impedir que haja injustiça na sentença.

CONCEITO DE PROVA ILÍCITA

¹ Acadêmica do Curso de Direito, URI – Câmpus Frederico Westphalen/RS, leticiatdalpuppo@hotmail.com.

Segundo a doutrina “as provas ilícitas são aquelas imprestáveis à sua função em virtude dos vícios que as contaminam. São aquelas obtidas com violação a normas estabelecidas legal ou moralmente, tendo como sanção o seu desentranhamento e a sua ineficácia, não produzindo os efeitos a que se destina.” (RACHEL MENDONÇA, 2001, P.33)² Tal conceituação tem alusão aos ao Art.157, CPP e Art.5º, LVI, da Constituição Federal.

A utilização de provas ilícitas compromete todo o processo tornando-o nulo, pois, tais provas, violam os princípios constitucionais desrespeitando a moralidade, intimidade e privacidade alheias, como também, há o desrespeito quanto às normas legais de obtenção de provas, pois estas são “colhidas” sem autorização judicial, desta forma, não há o convencimento do juiz acerca do que está sendo expresso no processo, pois a origem e a obtenção das provas são duvidosas.

As provas ilícitas, portanto, não podem ser utilizadas no processo para justificar nenhuma decisão judicial, pois se tratam de não provas. A prova obtida mediante quebra de sigilo bancário sem autorização judicial é ilícita, assim como é vedado aos agentes policiais entrarem em domicílio sem autorização para realizar prisão em flagrante e apreensões, em vista do princípio da inviolabilidade do domicílio, se tal ato ocorrer, a ação penal fundada em provas ilícitas decorre de invalidade jurídica. (TOURINHO FILHO, 2012, p.575)³.

A obtenção de provas mediante interceptação de dados e comunicações telefônicas, se clandestinas caracterizarão ilicitude, assim como a gravação de conversa telefônica sem o conhecimento do outro, a interceptação de correspondências e de comunicações telegráficas, confissão mediante tortura e quebra de sigilo fiscal.

Quanto às provas ilegítimas, são aquelas obtidas ou induzidas no processo por meio de violação de norma de direito processual, sendo derivada de comportamento processual ilícito. Tanto a prova ilícita quanto a ilegítima são ilegais sendo a sua utilização vedada. (ALEXANDRE REIS, 2012, p.257)⁴. Pode-se citar, como exemplo de prova ilegítima, depoimento da parte sem a presença de advogado.

CRITÉRIO DA PROPORCIONALIDADE

² MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. **Provas ilícitas: limites à ilicitude probatória.** – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p.33.

³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal Comentado.** -14.ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 2012, P.575.

⁴ REIS, Alexandre Cabrian Araújo. **Direito Processual Penal Esquematizado.** – 1.ed. – São Paulo: Saraiva, 2012, p.257.

Trata-se de uma teoria cujo conceito central é de não descartar qualquer prova ilícita quando esta for o único meio de beneficiar o acusado, a fim de impedir que a sentença seja dada apenas seguindo os critérios legais de obtenção de provas, prevenindo eventuais injustiças na decisão dada em juízo. É a denominada prova ilícita *pro reo*, que somente será utilizada em casos excepcionais.

A doutrina postula que “quando o princípio da vedação da prova ilícita revelar-se em confronto com outra norma de índole constitucional, há que se verificar qual dos bens jurídicos deve ser sacrificado em detrimento do outro, como, por exemplo, ao optar-se pela prevalência do direito à liberdade do indivíduo na hipótese em que a única prova capaz de gerar a absolvição tenha sido obtida por meio de uma ilicitude de menor monta. Aqui deve prevalecer o princípio constitucional da ampla defesa em detrimento daquele que veda a utilização das provas ilícitas.” (ALEXANDRE REIS, 2012,p.262)⁵. Ou seja, neste caso, os direitos à ampla defesa e à liberdade são mais importantes que o direito à privacidade.

Desta forma, uma interceptação telefônica, por exemplo, mesmo violando a lei, se for essencial ao processo a fim de demonstrar a inocência do acusado, não pode ser ignorada na ação, pois o direito à liberdade excede o do sigilo (TOURINHO FILHO, 2012, p.589)⁶. A aplicação fiel à lei pode vir a causar decisões equivocadas, trazendo conflitos ao direito do cidadão em vista da superioridade do Estado, portanto o erro judicial deve ser evitado em prol do direito de liberdade do acusado.

FRUITS OF THE POISONOUS TREE

Trata-se de uma metáfora às provas ilícitas por derivação. É uma teoria criada pela Corte Norte Americana, no Brasil é conhecida como a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada onde o vício da planta se transmite a todos os seus frutos, ou seja, “a árvore envenenada jamais dará bons frutos”.

A previsão desta teoria está nos parágrafos §1º e §2º do Art.157 do CPP. As provas ilícitas derivadas são aquelas originadas a partir de uma prova obtida através de ação ilícita, por exemplo, a confissão mediante tortura, a vítima pode dizer a verdade, a qual formularia a prova, porém a obtenção é ilegal sendo inadmissível no processo. A doutrina entende como “inaceitável a admissibilidade destas provas derivadas como forma de convencimento judicial, uma vez que

⁵ *Idem.*

⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal Comentado**. -14.ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 2012,p.589.

estariam contaminadas pela ilicitude decorrente da prova originária, evitando, com isto, que se viole a disposição constitucional.” (RACHEL MENDONÇA, 2001, p.81)⁷

Sucedo que, se a sentença estiver estabelecida mediante provas independentes, que não possuam nexu causal com nenhuma prova ilícita, não há que se falar em contaminação, e nulidade do processo (RACHEL MENDONÇA, 2001, p.80)⁸, pois é ilógico a anulação de uma ação por possuir apenas uma prova ilícita, se as demais forem admissíveis deverão ser utilizadas. No entanto, se a sentença condenatória estiver fundada em provas ilícitas, o processo será anulado, pois decorre de vício.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como análise final, verificou-se a importância da licitude das provas no decorrer de um processo, uma vez que uma sentença equivocada baseada em provas ilícitas acarreta o desrespeito ao procedimento de colheita de provas e principalmente ao Processo Penal como também, às garantias constitucionais e legais do cidadão.

Portanto, pode-se afirmar que as provas ilícitas e as ilícitas por derivação são inadmissíveis no Processo Penal Brasileiro, porém deve-se questionar até que ponto está vedação é aceita, uma vez que o juizado poderá avaliar a possível admissão destas a fim de garantir a eficácia da ampla defesa do acusado.

Deste modo, as normas acerca da colheita de provas no procedimento processual penal devem ser respeitadas e preservadas, assim como os direitos fundamentais das partes, somente assim será possível um processo igualitário e a limitação quanto ao poder do Estado.

REFERÊNCIAS

MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. **Provas ilícitas: limites à ilicitude probatória.** – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal Comentado.** -14.ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 2012.

REIS, Alexandre Cabrian Araújo. **Direito Processual Penal Esquematizado.** - 1.ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

⁷ MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. **Provas ilícitas: limites à ilicitude probatória.** – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p.81.

⁸ *Idem.*

CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO E AS DEMANDAS TRANSNACIONAIS: OS DESAFIOS JURÍDICOS DA INTEGRAÇÃO DAS NAÇÕES SUL-AMERICANAS (UNASUL)

Aline Pereira¹
Cláudia Locateli²

INTRODUÇÃO

O movimento do novo constitucionalismo latino-americano, capitaneado pelas Constituições da Venezuela (1999), Equador (2008) e Bolívia (2009), promoveu profundas transformações democráticas e pluralistas no conteúdo normativo das Cartas Constitucionais. A nova configuração gerou uma ruptura paradigmática capaz de superar os padrões constitucionais clássicos fundados no modelo eurocêntrico de poder.

A partir da ressignificação de estruturas jurídicas que protegem a vida em suas diversas manifestações e interações com natureza, o texto constitucional boliviano confere proteção especial aos povos indígenas originários e as comunidades multiétnicas, traduzidos pela retórica do "bem viver".

O modelo equatoriano, por sua vez, confere status de sujeito de direito à "mãe natureza", atribuindo legitimidade postulatória. As mudanças na matriz de fundamentação do constitucionalismo latino-americano propõem subsídios para articular uma teoria crítica capaz de repensar uma cultura político-jurídica não apenas de alguns países, mas das nações sul-americanas, na perspectiva decolonial.

A pesquisa objetiva, a partir das premissas das demandas originárias do novo constitucionalismo latino-americano, refletir sobre a viabilidade de elevar as reflexões a âmbito internacional, pela relevância social, humana e jurídica, inserindo-as na agenda temática da integração das Nações Sul-americanas (UNASUL).

O reconhecimento do "bem viver" e a doção dos princípios da "mãe terra" podem figurar nas convenções internacionais de modo a harmonizar as legislações dos países-membros da UNASUL e consolidar projeto político-jurídico emancipatória, plural e democrático latino-americano.

Palavras-chave: Constitucionalismo Latino-americano. Demandas Transnacionais do Bem Viver e da Mãe Terra. Integração das Nações Sul-americanas.

¹ Graduanda em Direito pela Unochapecó; ali_cco@unochapeco.edu.br

² Mestre em Direito pela UFSC; locateli@unochapeco.edu.br

Fonte financiamento: Artigo 170 da Constituição do Estado de Santa Catarina.

METODOLOGIA

Os caminhos serão apontados pelo método hipotético-dedutivo, a partir de detalhado estudo bibliográfico fundamentado na teoria de base, jurídico-crítica, de Antonio Carlos Wolkmer. Apresenta-se, de modo inicial, os desafios jurídicos do novo modelo constitucional de proteção da natureza e das comunidades multiétnicas, idealizado pelas constituições do Equador e da Bolívia que compõem o constitucionalismo latino-americano.

Com fundamento na relevância das diretrizes primárias, ergue-se acerca de sua promoção em âmbito internacional, especificamente nas convenções internacionais a serem adotadas pela UNASUL. Considera-se, em síntese, que a proteção do meio ambiente, elevando-o ao status de sujeito de direito com capacidade postulatória, e a inserção das comunidades multiétnicas e dos povos indígenas originários nas instituições decisórias, uma forma de concretizar os anseios da teoria intercultural, emancipatória e decolonial latino-americana.

Os desafios do constitucionalismo latino-americano transcendem, seus reflexos atingem os anseios e propósitos da integração das Nações Sul-americanas que tem a missão de adotar, por meio de convenções, normas e princípios protecionistas capazes de harmonizar a legislação constitucional dos países-membros da UNASUL.

RESULTADOS

A matriz de fundamentação do Constitucionalismo Latino-americano centra-se na interculturalidade, capaz de promover mudanças, nas últimas décadas, em especial nos sistemas constitucionais da Bolívia (2009) e do Equador (2008), os quais representam a superação do multiculturalismo, do modelo eurocêntrico de poder, com o intento de construir uma nova forma de pensar e agir em sociedade.

A proposta rompe com modelo constitucional clássico de hegemonia eurocêntrica pautada nas estruturas clássicas de poder. Ao promover rupturas epistemológicas e políticas a respeito da relação Estado, direito, natureza e povos indígenas, o constitucionalismo latino-americano gera a superação do modelo de Estado-Nação e avança na consolidação do Estado plurinacional(DALMAU, 2009).

A superação do paradigma clássico gerou ressignificação da epistemologia jurídica ao operacionalizar mudanças sistêmicas, rompe inclusive com as estruturas hegemônicas de saber e de representação. A Bolívia instituiu a construção do denominado modelo do "bien viver", que aspira proteger a vida nas suas diversas manifestações, promove o equilíbrio e harmonia entre a pessoa e o ambiente em que vivem, valoriza os conhecimentos e interpretações da realidade(MORAES;MARQUES JUNIOR,2013).

No mesmo propósito, o Equador adota princípios referentes à "Pachamama", que designa a Mãe Terra e se traduz em nova forma de relação com a natureza, fundamental ao bem-estar. Os modelos constitucionais boliviano e equatoriano promoveram mudanças estruturais radicais, fundamentadas na proteção do ser humano, a partir da matriz intercultural, incluindo a participação dos indígenas nas estruturas de poder, e reconhecem a natureza como sujeito de direito, com personalidade jurídica.

As mudanças na matriz de fundamentação do constitucionalismo latino-americano propõem subsídios para articular uma teoria crítica capaz de repensar uma cultura político-jurídica das nações sul-americanas, na perspectiva decolonial. A constatação que os povos indígenas são filhos da Mãe Terra que é um ser vivo do universo fez emergir demandas transnacionais que se justificam a partir da necessidade de criação de espaços públicos para tratar de questões que serão ineficazes se analisadas somente no espaço tradicional do Estado nacional. Essas demandas dizem respeito à questões relacionadas com a igualdade material, reconhecimento dos valores multiétnicos, sobrevivência do ser humano no planeta, energia e vida(MORAES; MARQUES JUNIOR, 2011).

CONCLUSÃO

A União das Nações Sul-americanas constituída pelos doze países da América do Sul tem o desafio político-jurídico de promover a integração com aproveitamento sustentável dos recursos naturais e participação decisória dos povos indígenas. Compete à integração assimilar elementos das tradições culturais, que reconhecem a Terra como ser vivo, sujeito de direito e dignidade.

Aduz Moraes e Coelho (2011) que a proposta do Constitucionalismo Latino-americano transcende ao nacional, constitui-se desafio transnacional, e deve subsidiar a construção do arcabouço jurídico da integração idealizada pela UNASUL. A integração deve reconhecer as comunidades indígenas e permitir a participação nos espaços decisórios, bem como conferir proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, aliado ao desenvolvimento

ecologicamente sustentável e solidário. (WOLKMER, 2006). Questões fundamentais, derivadas do movimento do constitucionalismo latino-americano, constituem-se no pano de fundo das demandas transnacionais.

A partir dos louváveis avanços promovidos pelo constitucionalismo latino-americano, os instrumentos do Estado, de forma isolada, são insuficiente para proteger a mãe natureza e as comunidades multiétnicas. A união das Nações Sul-americanas tem o desafio de regulamentar, por meio de Convenções, as demandas transnacionais de modo a evitar óbices ao avanço da consolidação de um projeto político-jurídico latino-americano, fundado em uma cultura democrática, solidária e emancipatória.

BIBLIOGRAFIA

BOLÍVIA. Constituição (2009). **Nueva Constitución Política de Estado**. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.gob.bo/descargas/cpe.pdf>> Acesso em: out. 2015.

BOFF, Leonardo. **Cuidar da Terra, proteger a vida: como evitar o fim do mundo**. Rio de Janeiro: Record, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1999.

CHIVI VARGAS, Idón Moisés. Hacia La descolonización de lajusticia. Revista Cuarto Intermedio, Cochabamba: Compañía de Jesús,p. 6-22, abr. 2010.

DE LA TORRRE, Jesus Antonio. Pluralismo Jurídico enquanto Fundamentação para a autonomia indígena. In WOLKMER, Antonio Carlos.(Org.). **Direitos Humanos e Filosofia Jurídica na América Latina**.Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

EQUADOR, Constituição (2008). **Constitución del Ecuador**. Disponível em: <http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf>

GRIJALVA, Agustín etall. Povos indígenas, constituições e reformas políticas na América Latina. Brasília: Inepe, 2009.

MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. Los nuevos paradigmas constitucionales de Ecuador y Bolivia. La Tendencia – Revista de Análisis Político. N. 9, Quito – Ecuador. p. 37-41. Mar/Abr 2009.

MORAES, Germana de Oliveira; MARQUES JUNIOR, William Paiva. O desafio da UNASUL de aproveitamento sustentável dos recursos energéticos e o novo paradigma ambiental. In: CADEMARTORI, Daniela; CADEMARTORI, Sérgio; _____, Germana de Oliveira; COELHO, Raquel (ORG). **A construção jurídica da UNASUL**. Florianópolis. Fundação José Arthur Boiteux/ Editora da UFSC, 2011. 227-262 p.

SANTAMARÍA, Rosembert Ariza. La justicia comunitária: aportes a laconstrucción de un nuevo orden jurídico social. In: LÓPEZ B. Manuel et al. **Justicia Comunitaria y Jueces de Paz. Las técnicas de lapaciencia**. Medellín, Colombia: Corporación Región / Red de

Justicia Comunitaria/Instituto Popular de Capacitación de la Corporación de Promoción Popular, 2000.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pensar el estado y la sociedad:** desafíos actuales. Buenos Aires: Waldhuter Editores, 2009.

WOLKMER, Antonio Carlos (org.). **Os “Novos” Direitos no Brasil:** natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico:** fundamentos de uma nova cultura do Direito. São Paulo: Editora Alfa Ômega, 2001.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico.** São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

O FALASCIOSO ARGUMENTO DO “CLAMOR SOCIAL PÚBLICO” VINCULADO À “GARANTIA DA ONDEM PÚBLICA” E A INCOSTITUCIONALIDADE DO SEU USO COMO FUNDAMENDO PARA APLICAÇÃO DE PRISÃO CAUTELAR.

Jean Mauro Menuzzi¹

Paula Marcolan Toso²

INTRODUÇÃO

A palavra prisão, derivado do latim clássico *prehensione*, consiste no ato de prender, de privar a liberdade ambulatorial do indivíduo. Atualmente, a prisão é o principal meio utilizado pelo Estado como política de repressão criminal, todavia, Artigo 5º, inciso LVII da Lei Maior, prevê o princípio da não culpabilidade ou presunção de inocência e para que este princípio seja obedecido, aceita-se como fundamento da prisão somente a sentença condenatória transitada em julgado. Assim, denomina-se prisão-pena, pois a restrição da liberdade tem como finalidade *executar decisão judicial, após o devido processo legal, no qual se determinou o cumprimento da pena privativa de liberdade*. (Capez, 211, pág. 296). Ocorre que, com o objetivo de garantir a total eficácia da justiça, o Estado adota a prisão de cunho cautelar, sendo ela a de natureza processual, a qual restringe, durante o curso processual a liberdade do indivíduo, em prol do interesse coletivo. Esta se reveste em cunho de cautelaridade enquanto a prisão definitiva se estabelece em juízo de culpabilidade.

Tanto a Constituição Federal de 1988, quanto a legislação penal ordinária, preveem que as medidas cautelares devem ser aplicadas apenas em casos extremos, em situações excepcionais, onde sua decretação ou manutenção seja visível e concretamente necessária. Essa prisão é de natureza puramente processual, e sua decretação deve ser feita apenas em casos nos quais o indivíduo, mantido em liberdade “poderá prejudicar o bom desempenho da investigação criminal, do processo penal, ou da execução da pena, ou ainda, impedir que solto, o sujeito continue praticando delitos” (Capez, 2011, pág. 212). Nesses casos, devem estar presentes os pressupostos do *periculum in mora*³ e do *fumo boni iuris*⁴. Nos demais casos, deve prevalecer o *status libertatis*⁵, o qual está previsto na Constituição.

¹ Mestre em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – Câmpus de Santo Ângelo – Professor de Direito Processual Penal da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, Câmpus de Frederico Westphalen, Frederico Westphalen/RS – menuzzi@uri.edu.br.

² Acadêmica do VI semestre do curso de Direito na Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, Câmpus de Frederico Westphalen, Cerro Grande/RS – paulam.toso@hotmail.com.

³ Do Latim: Perigo iminente

⁴ Do Latim: Fumaça do bom direito

⁵ Do Latim, Direito à liberdade.

A pesquisa é bibliográfica, com enfoque qualitativo, procurando explicar o problema a partir de referências teóricas sobre a necessidade de discussão sobre quais as medidas devem ser tomadas para que a comoção social não seja fator influenciador na aplicação de prisões, que devem obedecer os critérios previstos pela Lei, para a melhor observância dos princípios e garantias estabelecidos pelo Estado Democrático de Direito.

RESULTADOS E DISCUSSÕES

Segundo o dicionário de língua portuguesa, clamor significa “queixa ou súplica em voz alta. Já a expressão “clamor social” tem o significado de indignação, descontentamento, ou comoção social resultante da prática de crimes em circunstâncias especiais causadoras dessa repercussão (Sanguiné, 2001, pág. 259).

Nesse sentido, leciona Fernando da Costa Tourinho Filho:

Não confundir “clamor público” com a histeria e raiva descaimada de certas autoridades que, para se tornar o centro de atenções, dão a determinados fatos comuns (e que ocorrem em todas as comarcas) uma estrondosa e ecoante divulgação, com a indefectível cooperação espalhafatosa da mídia, sempre ávida de divulgar o drama, o infortúnio e a desgraça alheias, esbanjando hipérbolos (1999, p. 529).

O termo “clamor público” em eras mais remotas da sociedade organizada, se aproximava do significado de flagrante ou de decretação da prisão (Ramos, 1998 pág. 371). Todavia, na hera atual, muitos magistrados utilizam do termo para designar uma prisão de caráter preventivo, bem como configurar sua manutenção, o que colide diretamente com o princípio constitucional do devido processo legal, bem como o da presunção da inocência, “previsto no Pacto de São José da Costa Rica que estabelece que toda pessoa que é acusada de delito tem o direito que se presuma sua inocência, enquanto, legalmente, não se comprove sua culpa. Nesta última previsão, consiste em consonância com princípio da não culpabilidade” (Menuzzi, pág.225).

Em contrapartida, algumas decisões do STJ associam o termo “clamor social” á clausula genérica “garantia da ordem pública” e sendo assim, pode ser usado como fundamento da decretação da prisão.

Nesse sentido, leciona o professor de direito processual penal Aury Lopes Junior:

É uma falácia. Nem as instituições são tão frágeis a ponto de se verem ameaçadas por um delito, nem a prisão é instrumento apto para esse fim, em caso de eventual necessidade de proteção. Para além disso, trata-se de uma função metaprocessual incompatível com a natureza cautelar da medida. Noutra dimensão, é preocupante – sob o ponto de vista das conquistas democráticas obtidas – que a crença nas instituições jurídicas dependa da prisão das pessoas. Quanto aos poderes públicos,

precisam lançar mão da prisão para legitimar-se, à doença é grave, e anuncia um agravante retrocesso para o estado policaresco e autoritário, incompatível com o nível de civilidade alcançado (2011, p. 89).

No que se refere à prisão preventiva em prol da ordem pública, embasado no argumento de “reiteração dos delitos”, resta claro que este se remete à uma situação hipotética futura – o que evidentemente não é objeto do direito penal, tampouco do direito processual penal – uma vez que esta é totalmente imprevisível, sendo que a única presunção aceita pela Carta Magna brasileira é a de inocência.

Nesse sentido, cabe ressaltar algumas decisões proferidas pelo Tribunal Constitucional brasileiro:

(...) O clamor público, ainda que se trate de crime hediondo, não constitui fator de legitimação da prisão cautelar da liberdade. O estado de comoção social e de eventual indignação popular, motivado pela repercussão da prática da infração penal, não pode justificar, só por si, a decretação da prisão cautelar do suposto autor do comportamento delituoso, sob pena de completa e grave aniquilação do postulado fundamental da liberdade. O clamor público - precisamente por não constituir causa legal de justificação da prisão processual (CPP, art. 312) - não se qualifica como fator de legitimação da privação cautelar da liberdade do indiciado ou do réu, não sendo lícito pretender-se, nessa matéria, por incabível, a aplicação analógica do que se contém no art. 323, V, do CPP, que concerne, exclusivamente, ao tema da fiança criminal. (...) A prisão preventiva – Enquanto medida de natureza cautelar – Não tem por objetivo infligir punição antecipada ao indiciada ou ao réu. A prisão preventiva não pode - e não deve - ser utilizada, pelo Poder Público, como instrumento de punição antecipada daquele a quem se imputou a prática do delito, pois, no sistema jurídico brasileiro, fundado em bases democráticas, prevalece o princípio da liberdade, incompatível com punições sem processo e inconciliável com condenações sem defesa prévia”. (HC nº 80719, 2ª Turma, STF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 26/06/2001).

No que tange, o mesmo artigo 5º, inciso LXVI prevê que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”. Essa redação constitucional só corrobora o entendimento de que a regra é que o acusado responda o processo penal em liberdade e, quando for o momento oportuno, sendo caso de condenação transitada em julgado, cumpra sua pena. Ainda, cumpre frisar que “a expressão liberdade provisória é inadequada, pois a liberdade é o estado natural do ser humano, a prisão é que é sempre provisória, pois não se fala em prisão de caráter perpétuo no Brasil”. (OLIVEIRA, 2012, p. 488).

Destarte, ainda se tratando do princípio da presunção da inocência, Aury Lopes Junior (2006) dispõe que o mesmo exige um “dever de tratamento” que atua em duas dimensões: interna e externa ao processo. A concepção interna remete-se a um dever de tratamento imposto ao juiz quando atribui o ônus da prova ao acusador, sendo que a falta dela, ou a simples dúvida

leve a absolvição, em defesa do princípio *in dubio pro reo*⁶. A concepção externa diz respeito a proteção de tal princípio frente a publicidade abusiva e a estigmatização do réu. “O princípio da presunção de inocência deve ser visto harmonicamente com o princípio da excepcionalidade, o qual orienta a decretação da segregação provisória, o que é fruto de uma opção garantista a favor da tutela da imunidade dos inocentes. As prisões provisórias, como é o caso da preventiva deve ser vista como a *ultima ratio*⁷ tendo em vista o elevado custo que representam” (LOPES JUNIOR, 2006, pág. 209).

Destarte, ainda se tratando do princípio constitucional da não culpabilidade, há de se salientar que “em conjunto com a presunção de inocência, constituindo um princípio fundamental de civilidade, fruto de uma opção garantista a favor da tutela da imunidade dos inocentes, ainda que para isso tenhamos que tolerar a impunidade de algum culpado, pois tão grande como é a segurança dos delitos o é o das penas arbitrárias” (LOPES JUNIOR, 2006, pág. 209).

Por fim, ressalta-se que, em defesa do não retrocesso do Estado Democrático de Direito, bem como dos direitos fundamentais garantidos pela Lei Maior, a prisão não deve ser aplicada em circunstâncias em que haja apenas indícios ou mera suspeição de culpabilidade, tomando como fundamento a comoção social vinculada à “garantia da ordem pública”. Sendo a liberdade um dos principais direitos tutelados pelo Estado, a mesma deve ser garantida, e apenas restrita em casos em que, respeitando o devido processo legal, a autoridade judiciária profira sentença condenatória transitada em julgado, no contrário, esse dispositivo atuaria como forma de repressão imposta pelo Estado.

CONCLUSÃO

Com base nos fatos acima mencionados, conclui-se que, a mera suposição da prática de um delito, por mais repulsivo que seja, e por mais respeitável que sejam os sentimentos sociais que reprimem o delito, é inconstitucional o decreto de prisão processual com mero objetivo de apaziguar a sociedade que se viu ofendida. Esse fundamento não pode ser aceito, não apenas por não estar previsto na Legislação Penal ou por não haverem objetivos cautelares ou processuais,

⁶ *In dubio pro reo* é uma expressão latina que significa literalmente *na dúvida, a favor do réu*. Ela expressa o princípio jurídico da presunção da inocência, que diz que em casos de dúvidas (por exemplo, insuficiência de provas) se favorecerá o réu. (Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/In_dubio_pro_reo, acessado em 22/10/2015).

⁷ *Ultima ratio* significa “última razão” ou “último recurso”. É uma expressão com origem no Latim e frequentemente empregada no Direito. Diz-se que o Direito Penal é a *ultima ratio*, ou seja, é o último recurso ou último instrumento a ser usado pelo Estado em situações de punição por condutas castigáveis, recorrendo-se apenas quando não seja possível a aplicação de outra medida menos drástica. (Disponível em: <http://www.significados.com.br/ultima-ratio/>, último acesso 22/10/2015).

os quais compõe a natureza jurídica das prisões cautelares, mas sim pelo fato de que o termo “clamor social” está em desconformidade com a ordem pública – embora muitas vezes utilizado em conjuntura – sendo que sua execução é uma afronta grosseira aos parâmetros fundamentais previstos na Constituição.

Nesse sentido se proferiu julgamento pelo Supremo Tribunal Federal:

Prisão preventiva: a falta da demonstração em concreto do *periculum libertatis* do acusado, nem a gravidade abstrata do crime imputado, ainda que qualificado de hediondo, nem a reprovabilidade do fato, nem o conseqüente clamor público constituem motivos idôneos à prisão preventiva: traduzem sim mal disfarçada nostalgia da extinta prisão preventiva obrigatória”. (RHC nº 79200, 1ª Turma, STF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 22/06/1999).

Logo, resta claro que o clamor público, embasado em sentidos puramente emocionais, os quais fomentam suplicas por vingança, não deve servir de fundamento para decretação de prisão cautelar. A aplicação da Lei deve sempre visar a proteção dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.

REFERÊNCIAS

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 18 ed. Saraiva, São Paulo/SP, 2011.

GUERCH, Cristiane Ambrós; UMPIERRE, Camila Machado. – disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=4acd76878533a810>> Acesso em: 22 nov. 2015.

LOPES JR. Aury. **Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

LOPES JR. Aury. **O novo Regime Jurídico da Prisão Processual, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Diversas**. ed. Lumen Juris, 2011.

MENUZZI, Jean Mauro. **Direito e Cidadania na Sociedade Contemporânea**, 1 ed. Ed. URI/FW, 2014 p. 223-228.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 16 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

RAMOS, João Gualberto Garcez. **A Tutela de Urgência no Processo Penal Brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SANGUINÉ, Odone. **A Inconstitucionalidade do Clamor Público como Fundamento da Prisão Preventiva** (Estudos Criminais em Homenagem a Evandro Lins e Silva), organizador Sérgio Salomão Shecaira, São Paulo: Método, 2001p. 259.

SILVA, Lucas Soares – **O processo como Fator de Discriminação**: Análise das medidas Cautelares no Processo Penal, disponível em:
<http://eventos.uenp.edu.br/sid/publicacao/artigos/5.pdf>, último acesso em: 22/10/2015.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal Comentado**. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 1999, v. 1.

INQUÉRITO POLICIAL

Anderson Cristian Scheidt¹
Jean Mauro Menuzzi

Resumo: O objetivo deste trabalho é descrever e analisar as práticas que caracterizam o inquérito policial, destacando assim sua importância nas atividades tipicamente policiais, definição na visão de doutrinadores renomados, bem como suas características na persecução penal.

Palavras-chave: Processo penal, inquérito policial, ação penal.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho teve como finalidade apresentar um breve estudo sobre inquérito policial destacando sua importância dentro do processo penal assim como sua definição na visão de doutrinadores renomados e sua ação penal.

O método utilizado para desenvolvimento do presente estudo foi pesquisa bibliográfica de artigos científicos e materiais de fontes seguras referentes ao assunto.

RESULTADOS

O inquérito policial para muitos, é um mero procedimento administrativo, mas ele vai muito, além disso, pois “compreende um conjunto de diligências realizadas pela autoridade policial visando à obtenção de elementos que apontem a autoria e comprovem a materialidade dos crimes investigados” (AVENA, 2009).

Fernando da Costa TOURINHO FILHO, por sua vez, de forma sucinta, conceitua o inquérito policial como sendo “o conjunto de diligências realizadas pela Polícia Judiciária para a apuração de uma infração penal e sua autoria, a fim de que o titular da ação penal possa ingressar em juízo” (TOURINHO FILHO, 2004, p.196).

Segundo Júlio Fabbrini Mirabete inquérito policial é todo procedimento policial destinado a reunir os elementos necessários à apuração da prática de uma infração penal e de sua autoria. Trata-se de uma instrução provisória, preparatória, informativa, em que se colhem elementos por vezes difíceis de obter na instrução judiciária, como auto de flagrante, exames periciais etc. (MIRABETE, 2006. p. 60).

¹Acadêmico do Curso de Direito – Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões-Câmpus de Frederico Westphalen - URI. e-mail: andersonscheidt_@hotmail.com

De acordo com o ensinamento de Fernando Capez, ao tratar da definição do inquérito policial é o conjunto de diligências realizadas pela polícia judiciária para a apuração de uma infração penal e de sua autoria, a fim de que o titular da ação penal possa ingressar em juízo (CPP, artigo quarto). Trata-se de procedimento persecutório de caráter administrativo, instaurado pela autoridade policial. Tem como destinatários imediatos o Ministério Público, titular exclusivo da ação penal pública (CF, art. 129, I), e o ofendido, titular da ação penal privada (CPP, art. 30); como destinatário mediato tem o juiz, que se utilizará dos elementos de informação nele constantes para o recebimento da peça inicial e para a formação do seu convencimento quanto á necessidade de decretação de medidas cautelares (CAPEZ, 2008. p. 71).

Lopes classifica o inquérito policial como sendo um “procedimento administrativo pré-processual, pois é levado a cabo pela Polícia Judiciária, um órgão vinculado à Administração – Poder Executivo – e que por isso desenvolve tarefas de natureza administrativa” (LOPES, 2008).

Quando alguém pratica um ato definido pela Lei como crime ou contravenção penal, o Estado juiz tem o dever de punir o agressor da norma, e só poderá fazer isso através do processo. Desta forma, “o inquérito policial visa à apuração de fato que configura infração penal e respectiva autoria, para servir de base à ação penal ou providenciar cautelares”. (MIRABETE, 2004).

O inquérito policial tem como objetivo reunir elementos que atestem de maneira inequívoca a existência de um delito (na dimensão da tipicidade formal) e a indicação de seu possível autor, “contribuindo para formação da opinião delitiva do titular da ação penal, ou seja, fornecendo elementos para convencer o titular da ação penal se o processo deve ou não ser deflagrado.” (RANGEL, 2005).

Para Arthur Costa, a confecção do inquérito policial, e mais especificamente do seu relatório final parece ser a principal atividade numa delegacia de polícia, pois se trata da imposição de um tipo de saber, típico do campo jurídico, a uma instituição pertencente ao campo policial. (COSTA, 2010, p. 234).

É interessante notar que, em relação ao inquérito policial há uma dificuldade que representa transformar ou eliminar um instrumento que reproduz a ordem social brasileira, que tem como uma das suas principais marcas a distância entre os dispositivos previstos nas leis (Estado) e as práticas efetivas (Sociedade), e a desconfiança em relação a essas práticas. (DOMINGUES; RODRIGUES, 2011).

Na prática o inquérito policial parece cumprir o papel de principal referência dos operadores de sistema de justiça criminal no decorrer da instrução processual e na formulação de sentenças (VARGAS, 2010, pag.184). Quanto aos prazos para concluir o Inquérito Policial, o

artigo 10 do Código de Processo Penal diz que o inquérito deverá terminar no prazo de 10 dias, se o indiciado tiver sido preso em flagrante, ou estiver preso preventivamente, contado o prazo, nesta hipótese, a partir do dia em que se executar a ordem de prisão, ou no prazo de 30 dias, quando estiver solto, mediante fiança ou sem ela. Todavia, “é preciso ter em mente que o art. 10 do CPP estabelece apenas uma regra geral de prazos para conclusão do inquérito policial. Há, contudo, na legislação, hipóteses específicas com previsão de prazos distintos”. (AVENA, 2009).

Távora e Alencar lembram que de maneira indireta o inquérito policial destinasse também ao magistrado que pode tomá-lo como embasamento para decidir questões ainda antes de iniciado o processo, ou em seu curso, a exemplo da decretação de medidas cautelares como necessidade de prisão preventiva ou requerimento de interceptação telefônica.

Convém também insistir que o inquérito policial, bem como quaisquer peças de informação acerca da existência de delitos, destina-se exclusivamente ao órgão da acusação, não se podendo aceitar condenações fundadas em provas produzidas unicamente na fase de investigação (OLIVEIRA, 2007).

CONCLUSÃO

Dessa forma pode-se perceber que o inquérito policial tem uma grande importância no que diz respeito à tentativa de aplicação de uma justiça concreta, pois interliga um conjunto de sistemas que vai desde o indiciamento até o julgamento. Diante de todo o exposto, se pode afirmar o inquérito policial deve ser considerado com cautela e racionalidade, tendo em vista que, trata-se de um procedimento que visa dar segurança a ação penal.

REFERÊNCIAS

AVENA, N. C. P. **Processo Penal Esquematizado**. Rio de Janeiro: Forense. 2009.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo penal**. 15. Edição ver. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

COSTA, Arthur Trindade Maranhão et al (2010) “A discricionariedade no sistema de justiça criminal: uma análise policial no distrito federal” in Michel Misse, O inquérito policial no Brasil: Uma pesquisa empírica. Rio de Janeiro: NECVU/IFCS/UFRJ, Booklink.

DOMINGUES, Joana Vargas; RODRIGUES, Juliana Neves Lopes. Controle e cerimônia: o inquérito policial em um sistema de justiça criminal frouxamente ajustado. *Revista Sociedade e Estado*, Brasília, nº1, vol. 26. Janeiro/Abril 2011.

LOPES JUNIOR, Aury, **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**, 3. ed. rev. atual. volume I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 18. Edição. São Paulo: editora Atlas, 2006.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de, **Curso de Processo Penal**, 7. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 11.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 10.^a ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

TÁVORA, Nestor e ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 3.^aed., Salvador: *JusPodivm*, 2009.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, **Processo penal**. volume I, 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 196.

VIOLÊNCIA VIRTUAL NA ESCOLA – *O CYBERBULLYING*: UMA REFLEXÃO SOBRE AS IMPLICAÇÕES ÉTICAS QUE ENVOLVEM O USO DAS REDES SOCIAIS

Keila de Quadros Schermack¹

Fernando Battisti²

Resumo: Para o público jovem, o mundo virtual é um espaço de expressão e descoberta. No entanto, a *rede* é, também, um espaço de atuação do sujeito e de constante diálogo com os outros, num processo marcado pela interatividade e imediatismo. A tecnologia tornou-se indispensável ao cotidiano dos jovens. Partimos da constatação de que é preciso orientar os adolescentes a reconhecer e a evitar os riscos da exposição excessiva nas redes sociais. Precisamos conscientizá-los no que diz respeito aos limites entre o público e o privado. Os especialistas apontam a dificuldade dos jovens para entender que é preciso se comprometer com as ações realizadas no mundo virtual. Muitos adolescentes não percebem que essas têm efeito devastador sobre o mundo real. Diante da complexidade que envolve a convivência entre sujeitos na era digital, esta pesquisa tem como objetivo geral realizar uma reflexão teórica acerca da violência virtual *cyberbullying*, evidenciando as implicações éticas que envolvem o uso das redes sociais. O marco teórico toma como base as reflexões de Boff (2015) e Brod (2002). Assim, afirmamos que a tecnologia trouxe novos espaços e ferramentas para as manifestações típicas de certos comportamentos na fase adolescente. A internet e as redes de relacionamento, por exemplo, permitem a experimentação de papéis sociais, ampliam o leque de relações interpessoais e o contato com informações, fornecendo elementos para a formação da identidade.

Palavras-chave: Violência virtual. Cyberbullying. Comportamento. Ética. Educação.

INTRODUÇÃO

A era digital configura-se como um novo espaço de construção do conhecimento e de relações entre as pessoas na sociedade. No ciberespaço, os relacionamentos interpessoais se tornam complexos, exatamente porque há uma grande diversidade cultural, étnica, religiosa em todas as esferas sociais. Nesse ambiente marcado pela complexidade que envolve diferentes comportamentos dos sujeitos, surge a violência, das mais variadas formas possíveis. Mas o que de fato caracteriza uma ação como violenta? Poderíamos responder ressaltando: toda atitude exercida com o intuito de causar sofrimento contra um indivíduo pode ser caracterizada como violenta. Hoje, pesquisadores, sociólogos, filósofos, psicólogos, professores, bem como promotores de justiça e profissionais do Direito ligados à área criminal, estão discutindo o tema *Violência virtual: bullying* (palavra do inglês que pode ser traduzida como “amedrontar” ou

¹ Mestre em Letras pela Universidade de Passo Fundo (UPF). Acadêmica do Curso de Psicologia da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI). Bolsista do projeto Filosofia: Reflexões Interdisciplinares da Ética na Educação.

² Mestre em Educação e professor do Curso de direito da URI - Universidade Regional Integrada - Câmpus de Frederico Westphalen.

“intimidar”). Na matéria intitulada “Violência Virtual”, veiculada pela Revista Nova Escola, Santomauro (2010) explica que a principal característica do *bullying* é a agressão (física, moral ou material) intencional e repetida várias vezes sem uma motivação específica. A respeito dessas características, discutiremos sobre algumas implicações éticas que envolvem o cyberbullying.

ALGUMAS IMPLICAÇÕES SOBRE O FENÔMENO CYBERBULLYING

Na escola, é bastante comum atitudes que envolvem implicância, discriminação, agressões verbais e físicas. Esse comportamento agressivo não é novo, mas a maneira como está sendo propagado entre os jovens trouxe uma nova face ao problema. O mundo marcado pelas virtualidades e o acesso cada vez mais difundido das redes sociais possibilitaram a ação de agressores no âmbito virtual, ou seja, o *cyberbullying*. Segundo Freire e Aires (2012),

O cyberbullying se caracteriza pelo uso de e-mails, mensagens de celulares, fotos digitais e sites pessoais difamatórios como recursos para a adoção de comportamentos repetidos e hostis, de um indivíduo ou grupo, que pretende causar danos aos outros (FREIRE; AIRES, 2012, p. 56).

Os autores (agressores) que fazem uso do *cyberbullying* têm suas ações motivadas pelo anonimato, pois utilizam nomes fictícios através da criação de falsos perfis em sites de relacionamentos (criam fakes), assim, conseguem se passar por outras pessoas.

Esta prática de violência é perturbadora, com reflexos prejudiciais na vida social das vítimas, que têm sua autoestima abalada, e conseqüentemente, desenvolvem problemas psíquicos evidenciados pela mudança repentina do comportamento.

Partiremos da definição de ética, na perspectiva de Boff (2015), que aborda o cuidado com o outro. “O ser humano é, na essência, alguém de relações ilimitadas. O eu somente se constitui mediante a dialogação com o tu, como o viram psicólogos modernos e, anteriormente, filósofos personalistas. O tu possui uma anterioridade sobre o eu. O tu é o parceiro do eu” (BOFF, 2015, p. 05). Dessa inter-relação entre os sujeitos, o rosto do outro obriga os indivíduos a se posicionar, pois ele pro-voca, e-voca e com-voca, numa relação marcada pela alteridade, a qual sempre suscita uma resposta. “O rosto do outro torna impossível a indiferença” (BOFF, 2015, p.06), especialmente o rosto dos excluídos.

É partir da relação estabelecida entre o “eu” e o “tu” na sociedade que nasce a responsabilidade, a obrigatoriedade de dar respostas. Segundo Boff (2015), “aqui encontramos o lugar do nascimento da ética que reside nesta relação de responsabilidade diante do rosto do outro e particularmente do mais outro que é o oprimido” (BOFF, 2015, p. 05). As relações mais

primárias do ser humano se estabelecem a partir da acolhida ou rejeição, aliança ou hostilidade para com o rosto do outro, sendo que através das relações se decidem as tendências de dominação ou cooperação entre os indivíduos.

Um dos papéis da escola é ensinar a olhar para o outro. Nesse sentido, as instituições de ensino precisam possibilitar atividades que envolvam a reflexão ética com foco na recuperação de valores essenciais, como o respeito. Para criar relacionamentos saudáveis, em que os jovens tolerem as diferenças e tenham senso de proteção coletiva e lealdade, “é preciso desenvolver no grupo a capacidade de se preocupar com o outro, construindo uma imagem positiva de si e de quem está no entorno” (SANTOMAURO, 2010, p. 72). Cuidar do outro é zelar para que a ação de diálogo eu-tu, seja libertadora e construtora de aliança perene de paz e respeito.

Nesse contexto, ressaltamos um dos pressupostos da definição de ética segundo Brod (2002), “a reflexão ética incide sempre sobre um tipo peculiar de comportamento humano: o moral” (BROD, 2002, p. 129). Para que esse comportamento seja concebido como moral, deve passar por um processo comumente identificado com a prática educativa e formativa social, que ocorre no interior das sociedades.

De acordo com Pescaroli Casado (2015), “juridicamente o termo *bullying* pode ser traduzido e definido como assédio moral” (PESCAROLI CASADO, 2015, p. 03), sendo que esse se enquadra no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal, que assegura a todos à proteção dos direitos fundamentais dentre eles a dignidade da pessoa humana, a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, assegurando o direito de indenização pelo dano moral. Assim, o comportamento denominado *cyberbullying* é enquadrado juridicamente por ferir os aspectos éticos, podendo ser definido como um assédio moral, com atos de desprezo, violência, agressão e destruição da estrutura psíquica de outra pessoa sem motivação aparente e de forma repetida.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante das ideias apresentadas, compreendemos que o *cyberbullying* não se trata de algo que possa ser solucionado só com a intervenção da escola. Estamos diante de um problema social grave, que requer a intervenção multidisciplinar de muitos profissionais: a mediação da educação, do poder judiciário, de assistentes sociais, de psicólogos, da família e sociedade se faz necessária.

Concluiremos com as palavras de Brod (2002): “A educação como processo de ‘conscientização’ implica um retomar reflexivo do processo de constituição da nossa consciência

como existência” (BROD, 2002, p. 129), sendo uma contínua e continuada tomada de consciência de si, do outro e do mundo. Dessa forma, desenvolver estratégias (junto à comunidade) para a prevenção e o combate às práticas de *cyberbullying* nas instituições de ensino, pressupõe o trabalho interdisciplinar de questões que envolvem a ética.

REFERÊNCIAS

BOFF, Leonardo. **Saber cuidar: Ética do humano – compaixão pela terra**. Disponível em: <<http://www.smeduquedecaxias.rj.gov.br/nead/Biblioteca/Forma%C3%A7%C3%A3o%20Continuada/Educa%C3%A7%C3%A3o%20Ambiental/SABER%20CUIDAR-%C3%A9tica%20do%20humano.pdf>>. Acesso em 05 de outubro de 2015.

BROD, Bertilo. **Educação e filosofia: diálogos formativos na família e na escola**. Passo Fundo: IFIBE, 2002.

FREIRE, Alane Novais; SILVA AIRES, Januária. **A contribuição da psicologia escolar na prevenção e enfrentamento do Bullying**. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1413-85572012000100006&script=sci_arttext>. Acesso em 05 de outubro de 2015.

PESCAROLI CASADO, Aline Gabriela. **Cyber bullying: violência virtual e o enquadramento penal no Brasil**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10882>. Acesso em: 05 de outubro de 2015.

SANTOMAURO, Beatriz. **Violência virtual**. Disponível em: <<http://revistaescola.abril.com.br/formacao/cyberbullying-violencia-virtual-bullying-agressao-humilhacao-567858.shtml>>. Acesso em 04 de outubro de 2015.

O PROCEDIMENTO DA MEDIAÇÃO JUDICIAL CÍVEL DE ACORDO COM A POLÍTICA DA RESOLUÇÃO 125/2010 DO CNJ

Dulce Veridiana Ferreira¹
Silmara Cristina Barreto²

Resumo: A mediação como forma de pacificação social foi um marco no ordenamento jurídico brasileiro após o Conselho Nacional de Justiça editar a Instrução Normativa nº125 de novembro de 2010. Com a previsão legal de que havendo disputas as quais houvesse a necessidade de recomposição dos vínculos sociais e interpessoais houvesse a intervenção para a solução do conflito através da mediação. No presente estudo buscou-se analisar de que forma a mediação contribui para a pacificação social bem como de que maneira os envolvidos na lide conseguem solucionar questões e interesses comuns a eles encontrando soluções, decidindo o que é melhor ao interesse de todos.

Palavras-chave: Mediação. Pacificação social. Solução de conflitos.

INTRODUÇÃO

O direito à justiça no ordenamento jurídico brasileiro é uma garantia constitucional, que está contido no art. 5º da Constituição Federal de 1988, em seu inciso LXXVIII, e para que isso se efetive o indivíduo que tem seu direito violado deve provocar o Estado.

As interações sociais estão em constante evolução, e não poderia ser diferente com o Direito, pois tal qual a sociedade ele evolui, ao passo que se torna necessário a garantia dos direitos fundamentais adequadas às novas situações.

Contudo, conforme evolução histórica, científica e social, com a instituição do Estado, quem se tornou responsável por ditar as soluções para os conflitos foi o poder estatal, que se encontra sobrecarregado diante da existência de inúmeros processos que surgem a cada dia.

O controle jurisdicional regulamentador do direito e a garantia do acesso de todos à justiça se torna uma das principais preocupações de todo cidadão em ver resguardado a efetivação de seu direito quando este violado.

Havendo um crescimento da demanda processual se tornou necessário pensar num modo diferente do acesso à justiça e sua eficácia diante dos indivíduos que tiveram seu direito violado.

Além disso, se percebeu que algumas demandas dependem de tratamento de sentimentos, interesses imateriais e outras questões que não são abarcadas pelo processo tradicional.

Utilizando o método dedutivo e a pesquisa bibliográfica documental, buscou-se apresentar a mediação como um modo de pacificação social em que as partes se empoderam da

¹ Acadêmica do 8º período do Curso de Bacharelado em Direito da Faculdade Secal.

² Acadêmica do 8º período do Curso de Bacharelado em Direito da Faculdade Secal, membro do grupo de pesquisa “Políticas públicas de cidadania: Práticas de mediação, conciliação e Justiça Restaurativa” da Faculdade Secal.

decisão de seu próprio conflito, sendo apenas mediadas por um terceiro não interessado para a solução do conflito existente através das técnicas utilizadas durante todo o procedimento.

ANÁLISE E DISCUSSÃO

Ao longo dos anos houve um crescimento exacerbado das demandas processuais em nosso país, fazendo com que os operadores do direito buscassem formas diversas para a efetiva solução dos processos, diferente da imposição feita pela jurisdição. Especialmente considerando a indicação de uma incapacidade para a solução dos próprios conflitos.

Pensando desta forma, busca-se a pacificação social através de meios alternativos de solução de conflitos, revelando grande eficácia nas controvérsias existentes entre os interesses pessoais dos particulares e a participação efetiva do Estado, porém por meio de mediadores voluntários e com formação específica, para a resolução dos conflitos.

Após a edição da Resolução nº 125 de novembro de 2010, incumbiu-se aos magistrados encaminhar “disputas para mediação de conflitos em demandas nas quais haja necessidade de preservação ou recomposição de vínculo interpessoal ou social, não apenas decorrentes de relações familiares, mas todos os afetos a direitos possíveis”.³

A compreensão que se tem é que se buscou a quebra do formalismo processual e a submissão à imediata solução do litígio, deixando de predominar apenas a legalidade dos juízos fundamentada na estrita interpretação da norma.

Os meios alternativos de solução de conflitos – mediação, conciliação e arbitragem, se tornaram equivalentes e recorrentes jurisdicionais, de forma extrajudicial, porém sendo inseridos ao quadro político judicial de acesso à justiça.⁴

Especificamente, a mediação como forma de solução de conflitos se tornou um escape para o sistema judiciário brasileiro, pois através dela temos a autocomposição do conflito, proporcionada através de soluções apresentadas pelas próprias partes envolvidas na lide.

Porém, os métodos se revelam mais adequados a algumas demandas que o próprio processo judicial. São conduzidos por um terceiro imparcial, tornando mais fácil o entendimento entre as partes que buscam a solução para seu conflito, que muitas vezes não envolve apenas a lide em si, como também questões e sentimentos.

³ BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. AZEVEDO, André Gomma de (Org.). Manual de Mediação Judicial, 5ª Edição (Brasília/DF:CNJ), 2015, p. 9. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/c276d2f56a76b701ca94df1ae0693f5b.pdf>. Acesso em 24/10/2015

⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. A inafastabilidade do controle jurisdicional e uma nova modalidade de autotutela. Revista Brasileira de Direito Constitucional, 2005, p. 22. Disponível em <http://esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/200>. Acesso em 24/10/2015

As questões do conflito que sejam decorrentes de aspectos relacionais, em que interesses comuns interpretados de formas diferentes são causas de ação e reação imoderadas necessitam de tratamento.

O enfraquecimento das relações sociais e pessoais dentro de um processo jurisdicional tende a se tornar cada vez mais intenso ao ponto que as partes envolvidas desejarem demonstrar uma a outra como forma de punição quem é o detentor da razão.

Isso influi diretamente na relação processual, se tornando exaustiva a disputa entre os envolvidos, atingindo um resultado, por vezes, totalmente diferente daquele que era objetivo principal do início da lide.

A mediação, nesse sentido, se torna meio eficaz pelo qual que expõe exatamente início, meio e fim construindo um cenário que muitas vezes passa despercebido até mesmo pelos indivíduos ali envolvidos, porém realizado a partir de suas falas, recontextualizadas.

A discussão que se faz é pelo processo de construção real do conflito, não apenas a desconstrução dos fatos no momento tenso da relação social, já que antes mesmo de tentar solucionar qualquer fato de direito assim entendido pelas partes, se deve analisar qual é o real desejo e valores que tomam parte das atitudes subjetivas de cada um.⁵

As partes são esclarecidas, no início do procedimento, ao qual foram convidadas, quanto aos princípios e regras do mesmo. Indica-se a confidencialidade, a voluntariedade, a informalidade. A qualquer momento a parte pode desistir de participar. Deve manter sigilo acerca de tudo o que for dito na sala de mediação, na qual só estão as partes, seus procuradores como poderes para transigir e mediadores observadores, além do mediador e do co-mediador.

Também são informadas quanto à quebra da confidencialidade somente admissível no caso de cometimento de crime na sessão.

Ainda, de que deverão respeitar o tempo do outro para falar, sendo que serão garantidos momentos específicos para cada um. Explica-se, também, que o mediador não é juiz nem conciliador, estando ali apenas para facilitar o diálogo, ajudar a examinar metas. Pede-se ainda que as partes hajam com o enfoque prospectivo e com a firme intenção de solucionar.

Dentre as técnicas destacam-se a escuta ativa, o parafraseamento, formulação de perguntas, resumo seguidos de confirmações, *canvass*, recontextualização, teste de realidade.⁶

⁵ SILVEIRA, Taís Regina. PICCININI, Marta Luisa. A mediação como meio alternativo de composição de conflitos e pacificação social no direito contemporâneo. Revista Destaques Acadêmicos, Vol. 6, N. 2, 2014 - Cchs/Univates. Disponível em <http://www.univates.br/revistas/index.php/destaques/article/viewFile/628/593>. Acesso em 24/10/2015.

⁶ _____. Comissão de Mediação e Arbitragem da OAB/MG, 2009. Disponível em <http://www.precisao.eng.br/jornal/Mediacao.pdf>. Acesso em 24/10/2015.

É importante observar que não pode ser passado despercebido nenhuma das fases do processo de mediação, visto que são de fundamental importância para a solução eficaz do conflito.

Recontextualizar, principalmente, demonstra às partes o porquê do surgimento do conflito e quais são os interesses em comum na realidade em que estão inseridas. Resumir as narrativas é importante para que, a partir do ponto de vista do outro, a parte possa normalizar a situação que está vivendo.

Segue-se o apontamento de sentimentos, questões e interesses em comum, a fim de que as partes possa ter validados seus sentimentos, e consigam separá-los de seus interesses materiais e imateriais, que, muitas vezes são comuns à outra parte, identificando, ainda, questões a partir das quais partir a fim de chegar a um consenso possível à outra parte, que teve seus sentimentos e interesses também expostos.

O choque de realidade e a inversão de papéis servem para que as partes analisem aquilo que pode ser possível resultado da demanda, se decidia pelo juízo no estado do processo, e para auxiliar na criação de empatia. As sessões individuais ou caucus servem para estimular as partes através destas duas técnicas.

No momento em que as pessoas litigantes se sentem afagadas por aquele que conduz a mediação, percebem a importância da reflexão e a conversa para resolver os sentimentos em embate.

Com a criação de empatia e a organização possível através da separação entre sentimentos, interesses e questões, o método consegue levar às partes à retomada de uma relação, bem como à solução daquele conflito.

É possível compreender desta forma que a mediação surge como um pano de fundo aos problemas encontrados no modelo vigente de jurisdição, mostrando a sociedade a importância de encontrar outros meios de pacificação social. Porém, também se coloca como um desafio ao referido Poder, uma vez que demonstra que a satisfação das necessidades das partes é observável na mediação, como nem sempre ocorre no processo comum.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A mediação como forma de pacificação social tem se demonstrado muito eficaz diante da sobrecarga de processos que se encontra em nosso sistema judiciário. Através dela é possível resolver além de questões litigiosas.

Muitas vezes ao nos depararmos com uma situação de disputa e reivindicação de não violação ao direito individual, o primeiro passo a ser dado é provocar a jurisdição para que ache uma forma, utilizando tão unicamente a legislação para comprovar aos demais de quem a é realmente a razão.

A mediação é o oposto de tentar achar culpados e feridos, já que através dela a solução do conflito, dos embates emocionais está nas mãos das próprias partes, sendo apenas conduzidas pelo mediador para a identificação dos interesses pessoais a elas inerentes.

Existe a necessidade de promoção da mediação como forma de pacificação social e um meio alternativo de solução de conflitos, pois além de evitar processos em massa no ordenamento jurídico brasileiro haverá um incentivo à transformação cultural de que apenas o Estado é responsável por resolver as interações sociais demonstrando que se houver cooperação entre os indivíduos a eficiência do poder judiciário se torna mais visível do que se tem hoje.

REFERÊNCIAS

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. AZEVEDO, André Gomma de (Org.). Manual de Mediação Judicial, 5ª Edição (Brasília/DF:CNJ), 2015, p. 9. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/c276d2f56a76b701ca94df1ae0693f5b.pdf>> Acesso em: 24 nov. 2015.

_____. **Comissão de Mediação e Arbitragem da OAB/MG**, 2009. Disponível em: <<http://www.precisao.eng.br/jornal/Mediacao.pdf>> Acesso em 24 nov. 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A inafastabilidade do controle jurisdicional e uma nova modalidade de autotutela. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, 2005, p. 22. Disponível em: <<http://esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/200>> Acesso em 24 nov. 2015.

SILVEIRA, Taís Regina. PICCININI, Marta Luisa. A mediação como meio alternativo de composição de conflitos e pacificação social no direito contemporâneo. **Revista Destaques Acadêmicos**, Vol. 6, N. 2, 2014 - Cchs/Univates. Disponível em: <<http://www.univates.br/revistas/index.php/destaques/article/viewFile/628/593>> Acesso em: 24 nov. 2015.

MEDIAÇÃO JUDICIAL E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Anderson Cristian Scheidt¹

Maurício Zandoná²

Resumo: A mediação judicial está prevista no Projeto do Novo Código de Processo Civil. Ela é considerada um instrumento eficaz para solucionar conflitos, construir entendimentos entre as partes e apoiar o Judiciário. A mediação é uma proposta de solução dos conflitos por um facilitador profissional que através de técnicas tenta restabelecer o diálogo e proporcionar a compreensão do problema e dos reais interesses que as partes possuem. O mediador ajuda a criar alternativas para um acordo satisfatório para os dois lados, sem interferir na solução do conflito. O projeto de lei do novo CPC traz a inserção do mediador como auxiliar da justiça, obriga os tribunais a criarem setores de mediação destinados a estimular a autocomposição e define a atuação dos mediadores.

Palavras-chave: Mediação judicial. Novo Código de Processo Civil. Resolução de conflitos.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho teve como finalidade apresentar a importância da mediação judicial bem como sua inserção no Novo Código de Processo Civil como um instrumento para resolução de conflitos. A pesquisa foi realizada a partir da análise de dados por meio de revisão bibliográfica e pesquisa á respeito do tema proposto, devido sua importância para o meio jurídico.

RESULTADOS

A mediação é um instrumento que vem crescendo e mostrando-se habilitada no tratamento dos conflitos. Dessa forma, o novo Projeto do Código de Processo Civil inseriu a mediação em seus dispositivos. No entanto, no que diz respeito à mediação, o legislador preocupou-se com a atividade feita dentro da estrutura do Poder Judiciário.

A mediação é um processo informal de resolução de conflitos, em que terceiro imparcial que não possui poder de decisão, auxilia as partes, para que seja restabelecido o diálogo e os interesses preservados, objetivando o estabelecimento de um acordo. Nela os litigantes são assistidos por terceiro que não influencia no resultado obtido. O mediador irá ajudar no acordo entre as partes, sem decidir por elas. (RODRIGUES JUNIOR, 2006).

¹Acadêmico do Curso de Direito – Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões-Câmpus de Frederico Westphalen - URI. e-mail: *andersonscheidt_@hotmail.com*

² Mestre em Direito Processual e Cidadania pela Universidade Paranaense – UNIPAR. Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Faculdade de Itapiranga – FAI. Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade de Passo Fundo - UPF. Professor de Graduação e Pós-Graduação na URI/FW. Advogado. e-mail: *itiozandona@hotmail.com*

Segundo SALES (2007) a mediação é um meio consensual de resolução de conflitos, na qual as partes, por meio de diálogo, podem solucionar suas controvérsias, facilitadas pelo mediador, pessoa imparcial que ajudará a fluir uma melhor conversa entre as partes.

Conforme salientado por Oliveira (2010), alguns autores e atores chegam mesmo a tratar a mediação nos tribunais de justiça como sendo marcada pela lógica judiciária e praticada por juristas, ao contrário do que consideram ser praticado em ambientes extrajudiciais que, neste caso sim, seria considerado por estes mesmos autores e atores, uma prática revolucionária.

A mediação tem a função de tentar encontrar um ponto de equilíbrio na controvérsia, aproximando as partes e captando os interesses que ambas têm em comum, em busca da solução que seja a mais justa possível para as mesmas. Uma das grandes vantagens da Mediação é que ela pode evitar longo e desgastante processo judicial, resolvendo suas diferenças mais rapidamente. Como exemplos de mediação pode-se destacar os conflitos de vizinhança, separação, divórcio, conflitos trabalhistas e outros (JUNIOR, 2011).

Através da confiança das partes em seu mediador será mais fácil o estabelecimento de um diálogo, com maiores detalhes e o verdadeiro interesse existente por trás do conflito. Sendo possível uma melhor atuação do mediador no auxílio entre as partes. A mediação é um meio consensual de resolução de conflitos, na qual as partes, por meio de diálogo, podem solucionar suas controvérsias, facilitadas pelo mediador, pessoa imparcial que ajudará a fluir uma melhor conversa entre as partes (SALES, 2007).

Existem dois tipos de conflitos: os aparentes e os conflitos reais. Os conflitos aparentes são aqueles revelados, mas que não significam verdadeiramente o que está ocasionando o conflito. Já o conflito real, trata-se do verdadeiro motivo ou causa do problema. Em muitas situações ocorre dificuldade de se falar sobre o conflito real, pois ele envolve sentimentos ou situações da vida íntima. (SALES, 2007).

O estímulo da resolução das divergências pelas próprias partes possibilita a transformação da “cultura do conflito” em “cultura do diálogo”. Há uma valorização das pessoas, uma vez que elas são elas os principais responsáveis pela resolução do conflito (SALES, 2007).

Através do estabelecimento da comunicação na mediação é conhecer o conflito real. Devido à dificuldade de revelar o verdadeiro problema, muitas vezes, os problemas que se expressam são os aparentes, porém a resolução somente do conflito aparente não possui eficácia, pois o conflito real continuará, ocasionando outros problemas (SALES, 2006).

A mediação vêm ganhando cada vez mais força, sendo opção a ser utilizada ao invés do processo judicial tradicional. Os acordos aceleram soluções. A adoção desse meio extrajudicial de solução de conflitos vem sendo cada vez mais prestigiada, inclusive pelo Estado, que este último

vem criando programas de incentivo à mediação. Dentre eles, podemos mencionar o programa “Conciliar é Legal”, do Conselho Nacional de Justiça e o II Pacto Republicano (ALVIM e GRANADO, 2011).

A mediação é, portanto, um processo de resolução de controvérsias baseado mais na composição de interesses do que na alegação de direitos. Sendo por isso processo voluntário, pois a composição dos interesses individuais só é possível se as partes voluntariamente participarem, tendo elas ampla liberdade para decidir ou não pela mediação como técnica para a resolução do conflito (VEDANA, 2003).

A Mediação, por sua vez, é a forma de resolução de conflitos, onde o mediador facilita a comunicação entre pessoas que mantêm uma relação continuada, na busca de seus interesses e na identificação de suas questões com uma composição satisfatória para ambas as partes.

CONCLUSÃO

A mediação se apresenta como um instrumento decisivo para a pacificação e solução de conflitos em quase todas as áreas do direito, desde que se trata de direitos disponíveis. Pode-se observar também que foi superado o desafio da inserção da mediação no ordenamento jurídico brasileiro, sendo necessária a utilização correta deste modo de solução de conflito da melhor forma possível. Por fim, pode se concluir a importância da mediação para o processo, bem como sua solução, uma vez que surge no meio jurídico para contribuir como forma de prevenção de conflitos.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Eduardo Arruda; GRANADO, Daniel Willian. Novo CPC sistematiza conciliação e mediação. **Revista Consultor Jurídico**. 22 de junho de 2011.

JUNIOR, Evaldo Rosario de Oliveira. Acesso à Justiça e as vias alternativas para solução de controvérsias: mediação, conciliação e arbitragem. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 3069, 26 nov. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20517>>. Acesso em: 20 outubro 2015.

OLIVEIRA, Marcella Beraldo de. Justiças do diálogo: uma análise da mediação extrajudicial, Tese de doutorado defendida na USP, São Paulo, 2010.

RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson. **A prática da mediação e o acesso à justiça**. Belo Horizonte: Editora: Del Rey, 2006. p. 85-93.

SALES, Lilia Maia de Moraes **Mediação de conflitos: família, escola e comunidade**. Florianópolis, Ed: Conceito, 2007.

VEDANA, Vilson Marcelo Malchow. O perfil da mediação comunitária: acesso à justiça e empoderamento da comunidade. In: André Gomma de Azevedo (org.). **Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação**. Vol 2. Brasília, 2003.

O ACESSO À JUSTIÇA E OS MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÕES DOS CONFLITOS NA BUSCA PELA EFETIVIDADE DO DIREITO

Djonatan Zuffo¹

Mateus da Jornada Fortes²

Resumo: O presente trabalho tem como discussão o acesso à justiça e os meios alternativos na busca pela efetividade do direito, sendo adotadas como metodologia as pesquisas bibliográfica e jurisprudencial. Primeiramente, definiu-se a distinção entre a garantia constitucional do direito de acesso à justiça e a efetividade do sistema que o regulamenta, distinguindo-se, assim, a assistência judiciária gratuita da assistência jurídica integral. Buscou-se apresentar o acesso à justiça como instrumento de ingresso ao poder judiciário para obtenção de uma resposta jurisdicional e não como uma forma de efetivação dos direitos. Por fim, destacou-se a importância dos meios alternativos para resolução dos conflitos.

Palavras-chave: Acesso à Justiça. Meios Alternativos. Efetividade.

INTRODUÇÃO

O tema escolhido se justifica em razão da observância de inúmeras dificuldades enfrentadas ao tentarmos definir o que se entende pela garantia do acesso à justiça, bem como as suas consequências na busca pela efetividade do direito. O objetivo principal é a discussão sobre as consequências do amplo acesso ao Poder Judiciário, analisando-se essa garantia no viés do acesso sem que isso represente a efetiva realização dos direitos. Apresenta-se, por fim, os diversos meios alternativos, judiciais e extrajudiciais, para resolução dos conflitos, como forma de driblar os obstáculos processuais e o excesso de formalismo jurídico, garantindo a celeridade processual na busca, principalmente, da efetividade do direito.

DESENVOLVIMENTO

O acesso à justiça é uma garantia constitucional através da qual se busca propiciar a efetivação de direitos. A necessidade de sua instituição no ordenamento jurídico veio acompanhada de uma crescente evolução dos direitos assegurados aos cidadãos, bem como com a incessante busca pela sua aplicabilidade efetiva, principalmente nos países ocidentais.

¹Acadêmico de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e Missões – URI, Câmpus de Frederico Westphalen. Estagiário do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul.

²Professor de Direito Constitucional da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e Missões – URI, Câmpus de Frederico Westphalen; Mestrando em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL), Portugal; Juiz de Direito da 2ª Vara Judicial da Comarca de Frederico Westphalen; Juiz-Coordenador do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC) de Frederico Westphalen.

A partir dessa necessidade surgiram soluções práticas para os problemas que impediam o efetivo acesso à justiça. Uma das primeiras medidas adotadas como forma de superar o referido problema foi oportunizar serviços judiciários gratuitos aos pobres, criando-se, assim, o instituto da assistência judiciária gratuita.

A Constituição Federal de 1988 regulamenta em seu artigo 5º, inc. XXXV, que “a lei não excluirá da apreciação judiciária lesão ou ameaça a direito”, assegurando a todos o direito de acesso à justiça para obter obstar a lesão a direito ameaçado, para reparação em caso de já ter ocorrido ou para garantia do seu exercício. Nesse mesmo sentido complementa o inc. LXXIV do mesmo artigo, que é dever do Estado prestar assistência jurídica gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos, garantindo, assim, a todos os cidadãos, principalmente aos que não possuem condições econômicas, o efetivo acesso à justiça, tornando-se, desta forma, uma garantia constitucional.

Conforme se observa, a Magna Carta ao instituir a assistência jurídica gratuita, o fez de forma genérica, sendo regulamentada pela Lei 1.060 de 1950, que instituiu os requisitos necessários e a maneira de exercitar de forma efetiva tal benefício. Ao interpretar a referida lei, afirma Maurício Vidigal que “o conceito de assistência jurídica integral é mais amplo do que assistência judiciária gratuita, consagrado nas constituições anteriores” (VIDIGAL, 2000, p. 5). Continua o autor dizendo: “assistência jurídica integral compreende não somente o ingresso gratuito em juízo com apoio de advogado capacitado, como também qualquer aconselhamento jurídico para a prática de outros atos da vida civil” (VIDIGAL, 2000, p. 5). Aliás, também o Novo Código de Processo Civil, em seu artigo 98 e seguintes, regulamente a “gratuidade da justiça”.

Muitas vezes os institutos da justiça gratuita e da assistência jurídica integral são confundidos, sendo até mesmo empregados como sinônimos. No entanto, a justiça gratuita refere-se à isenção de todas as custas e despesas judiciais e extrajudiciais relativas aos atos indispensáveis ao andamento do processo até o seu provimento final, enquanto a assistência jurídica integral refere-se ao profissional capacitado, ou seja, o advogado apto tanto a orientar como a representar o cidadão juridicamente, o que hoje é realizado pela Defensoria Pública.

Nesse sentido, foi prevista pelo poder constituinte originário outra forma de prover os meios de concretização desse direito fundamental mediante a criação da Defensoria Pública. Ela está prevista na Constituição Federal em seu art. 134 como instituição essencial à justiça, incumbindo-lhe “fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma

integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal", cuja regulamentação veio pela Lei Complementar nº 80 de 12 de janeiro de 1994.

Dessa forma, ao garantir aos cidadãos hipossuficientes a isenção de custas processuais por meio da assistência judiciária gratuita, bem como o patrocínio de profissional habilitado para prestar-lhes o amparo necessário de forma gratuita através da Defensoria Pública, vê-se que a ausência de recursos não pode ser considerada, nos dias atuais, um empecilho ao efetivo direito de acesso à justiça. De modo geral, todos aqueles que possuem lesão ou ameaça de lesão à direito, ainda que hipossuficientes, podem valer-se de tais benefícios para acessar o judiciário na busca de seus direitos.

No entanto, entende-se que ao instituir a garantia constitucional de acesso à justiça, a Magna Carta prevê apenas o direito de ingresso ao poder judiciário, não garantindo, assim, a real efetividade do direito. Tanto é que a partir da emenda constitucional de nº 45, incluiu-se no rol de direitos fundamentais a garantia da razoável duração do processo (art. 5º, inc. LXXVIII, da CF), diante das inúmeras dificuldades de se obter uma resposta célere no atual sistema judiciário. A morosidade na solução dos conflitos se contrapõe ao direito de acesso à justiça, porque acaba pode se tornar apenas uma forma de acessar aos trâmites judiciais, mas sem a garantia de obtenção da efetividade do seu direito.

Assim, na busca de tal concretude, considerando as inúmeras dificuldades de se obter uma resposta célere na solução dos conflitos pelo modo tradicional do “devido processo legal”, tem-se constatado a necessidade de encontrar outros caminhos, inclusive extrajudiciais, como forma de se driblar os obstáculos processuais e o excesso de formalismo jurídico, a fim de se obter uma maior celeridade na resolução das demandas.

Ao tratar da resolução de conflitos, Mauro Cappelletti e Bryan Garth sugerem procedimentos especiais para as pequenas causas sob a seguinte análise:

A violação dos direitos recentemente obtidos pelas pessoas comuns, tais como aqueles referentes às relações de consumo ou de locação, tendem a dar lugar a um grande número de causas relativamente pequenas contra (entre outros) empresas e locadores. A preocupação crescente por tornar esses direitos efetivos, no entanto, leva à criação de procedimentos especiais para solucionar essas “pequenas injustiças” de grande importância social. (CAPPELLETTI, GARTH, 1988, p. 52).

A criação dos juizados especiais, com assento constitucional e institucionalizado pela Lei 9.099/95, veio a ser um claro exemplo das medidas adotadas na busca da efetividade jurisdicional. Regidos pelos princípios da efetividade, oralidade, simplicidade, informalidade e economia processual, os Juizados Especiais, também conhecidos como “juizado de pequenas causas”, tentam amenizar grande parte da burocracia do processo judicial comum na busca de um

processo com um tempo razoável de duração, o que normalmente não ocorre no caso dos processos que tramitam perante a justiça comum. O objetivo foi de conferir grande efetividade ao processo como um instrumento apto para resolver o litígio de forma célere, ainda que isso seja uma meta ainda não atingida completamente.

Mas além da adoção de um rito mais simplificado e célere para causa de menor complexidade, surgiram outras formas de obtenção de uma rápida resolução de conflitos: a mediação, a conciliação e a arbitragem. Estes meios alternativos de soluções de litígios vêm ganhando grande importância no atual ordenamento jurídico, haja vista tamanha necessidade de efetividade e de resultados.

O Novo Código de Processo Civil, atento a essa nova perspectiva, não só reconheceu a grande importância da mediação e da conciliação como métodos alternativos de resolução dos conflitos como as estipulou de forma obrigatória no procedimento do processo civil, prevendo em seu artigo 334 que “Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.”

Sendo assim, a resolução dos conflitos deixa de ter seu foco na obtenção de uma sentença judicial, para se centrar nas formas autocompositivas de solução das lides, desde o momento inicial do processo.

As ações coletivas também são exemplos de instrumentos que podem ser manejados para obtenção de uma solução mais célere dos conflitos. De modo geral, as demandas coletivas podem ser propostas por um ou mais legitimados na defesa de direitos difusos e coletivos, as quais são regidas hoje, basicamente, pela Lei da Ação Civil Pública e pelo Código de Defesa do Consumidor.

Isso sem falar que cada vez mais há a vinculação das decisões judiciais aos precedentes dos tribunais superiores, de forma a conferir tratamento igualitário para situações idênticas, de modo a trazer mais segurança jurídica e uma maneira mais rápida para solução das controvérsias sobre os mesmos temas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme exposto, em que pese a grande evolução na efetividade do direito de acesso à justiça a partir da Constituição Federal de 1988, o amplo acesso ao poder judiciário não pode ser entendido como sinônimo de uma garantia de efetivação de direitos.

Trata-se de um instrumento de ingresso no sistema jurisdicional na tentativa de se buscar a concretização de um direito lesado ou ameaçado de lesão. Mas a sua efetividade esbarra, ainda, em diversos óbices que impedem a obtenção de uma solução célere dos conflitos, dentre os quais a morosidade do sistema jurisdicional como um todo, causada, na maioria das vezes, pelos inúmeros casos de demandas repetitivas que acabam abarrotando o poder judiciário.

Dessa forma, os meios alternativos de solução de conflitos acabam por se constituir em instrumentos de grande valia na busca da celeridade na resolução das demandas, pois dispensam a demorada tramitação processual para obter uma solução para o conflito existente, de forma que, assim, seja obtida a real efetividade do direito.

REFERÊNCIAS

CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CORGOSINHO, Gustavo. **Defensoria Pública: Princípios Institucionais e Regime Jurídico**. Belo Horizonte: Dictum, 2009.

SALEM, Neto José. **Prática da Justiça Gratuita: Direito a Honorários**. São Paulo: LRT, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1988.

VIDIGAL, Maurício. **Lei de assistência judiciária interpretada: lei n. 1060, de 5/2/1950** – São Paulo: J. de Oliveira, 2000.

O DANO MORAL NA ESFERA TRABALHISTA.

Eiglon Antonio Rubert¹

Tarcísio Vendruscolo²

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo principal demonstrar que a relação de emprego pode gerar determinadas situações que afetam o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima, ocorrendo o dano moral que muitas vezes pode causar consequências sérias ao trabalhador, sendo que atualmente a postulação pelos danos morais na justiça do trabalho vem crescendo assustadoramente, com isso, pela sua importância o instituto do dano moral não pode ser banalizado e sim estudado, procurando aprimorar a convivência harmoniosa entre empregador e empregado, antes, durante e depois dos contratos de trabalho, no sentido de evitar demandas judiciais, prejuízos de ordem psicológica, física e patrimonial.

Palavras-chave: Dano moral. Relação de trabalho. Justiça do trabalho.

INTRODUÇÃO

Imperioso se faz consignar que a Justiça do Trabalho, cada vez mais recebe reclamações trabalhistas postulando indenização por danos morais. Entretanto, em muitos casos, a pretensão do Reclamante não possui fundamentos ou apenas constituem aborrecimentos cotidianos.

Nesta senda, o grande desafio dos magistrados é justamente analisar cada caso concreto e verificar se houve algo que enseja o dano moral ou não, e, em caso positivo, mensurar o valor a ser pago referente à indenização, ou seja, analisar o caso concreto para poder fixar o *quantum* indenizatório atentando para que a indenização não se torne um meio de enriquecimento fácil e ilícito, bem como, analisar o caráter punitivo da indenização a fim de coibir os atos ensejadores ao dano moral.

Importante esclarecer que a indenização por dano moral tem previsão na Constituição Federal e no Código Civil, dentre outros, sendo devida sempre que uma pessoa, por ação ou omissão, violar direito de outra, causando-lhe dano daquela natureza, devendo atentar que nas relações de trabalho, para que este tipo de dano seja configurado, é preciso que a conduta do empregador acarrete em prejuízo direto ou indireto a vítima.

DESENVOLVIMENTO

¹ Acadêmico do VIII Semestre do Curso de Direito Noturno da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e Das Missões – Câmpus de Frederico Westphalen, RS.

² Professor do Curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e Das Missões – Câmpus de Frederico Westphalen, RS.

Em verdade a questão não é recente, posto que o reconhecimento e a consequente reparação do dano de ordem moral já vinham sendo sugerido por inúmeros séculos antes de Cristo, como no primeiro império babilônico, sob o reinado de Hamurabi (1728 a 1686 a.c), igualmente conhecido por Kamo- Rabi, monarca da Babilônia á época do século XXII antes de Cristo, que comprovadamente possuía disposição tangente a danos morais. Cita-se, ainda, a Lei das XII tábuas, “se alguém causa um dano premeditadamente, que o repare”, o Alcorão quando trata do adultério, e em Roma, apenas com Justiniano, pode-se efetivamente falar de normas atinentes aos danos morais; em seu governo, teve-se estendidas às ações normais aquelas que tratassem de danos não corporais.

No Brasil, esse tema, para muitos, passou despercebido por inúmeras décadas, porque a honra e a dignidade do ser humano eram coisas sem prioridade.

Houve indubitável resistência por parte de nossa doutrina e jurisprudência, no tocante ao ressarcimento de danos morais através de indenização. Todavia, tal entendimento foi mudado, seguindo o rumo da história e do melhor direito, adequando-se ao cotidiano.

Com a edição da Emenda Constitucional 45, de 08/12/04, que reformou, ou pretendeu reformar, o Judiciário, de maneira expressa a Justiça do Trabalho teve atribuída a competência material concernente as lides relativas ao tema Danos Morais e Materiais, quando dentro de relação de trabalho, como se vê da leitura do art. 114 da Constituição Federal: “Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: VI - as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho;”

O constituinte, derivado, atribuiu a Justiça do Trabalho a competência material, pois, para conhecer e julgar “as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho”, como se viu no inc.VI, do art. 114, Constituição Federal acima transcrito. Desde logo se registra que o dispositivo adotou a tese elaborada sabiamente, pelo Supremo Tribunal Federal, que a respeito do assunto fixou como elemento de conexão a relação de trabalho, para determinar a competência.

Conceituar o dano moral é uma das tarefas mais difíceis, pois o dano moral não é visível, vez que se passa, na maioria das vezes, na esfera íntima da pessoa humana. O dano moral é praticamente um sentimento de tristeza, de angustia, de injustiça, que dificilmente pode ser conceituado ou demonstrado.

Na concepção de Alexandre Agra Belmonte, entende-se por dano moral:

Dano moral é a lesão causada a atributos da personalidade, de forma a afetar o indivíduo de forma sentimental ou afetiva. É o abalo causado aos sentimentos da pessoa em relação a sua integridade física, moral e intelectual. O dano afeta a sua consideração pessoal ou social [...] (NETO, 2004, p. 471).

Para Sérgio Cavalieri Filho (2014, pg.109) o dano moral não mais se restringe a dor, tristeza e sofrimento, estendendo a sua tutela a todos os bens personalíssimos [...]”, continua o ilustre doutrinador “Em razão dessa natureza imaterial, o dano moral é insusceptível de avaliação pecuniária, podendo apenas ser compensado com obrigação pecuniária imposta ao causador do dano[...]”, entendendo que essa indenização serve como uma forma de satisfação para a vítima.

Devemos ter em mente que o contrato de trabalho vincula dois sujeitos que, em princípio, são desiguais. Há entre o empregador e o empregado uma relação de poder. Este se subordina àquele, o que não encontra similar nas demais espécies de contratos, em que a regra é a igualdade entre os contratantes.

O empregador detém os meios de produção, contrata os trabalhadores, dirige a prestação pessoal de serviços, está investido dos poderes de direito, disciplinar e fiscalizatório, e supervisiona e emite ordens ao trabalhador com a finalidade de atingir os objetivos da atividade econômica. Tem o direito potestativo de rescindir unilateralmente o contrato de trabalho, desde que não aja com abusividade. A consequência é o pagamento da indenização estipulada em lei.

A superioridade do empregador, via de regra, dá-se nos campos jurídico, econômico-financeiro, social e cultural.

O empregado tem apenas sua força de trabalho, necessitando do salário para satisfazer as suas necessidades vitais e as de sua família, razão pela qual, para corrigir esta desigualdade no plano fático, o direito do trabalho é dotado de normas, princípios e mecanismos no plano jurídico, que protegem a parte mais fraca na relação contratual.

O direito do trabalho trata de estabelecer a igualdade material e não a meramente formal, em tentativa incansável de eliminar as diferenças existentes entre um sujeito e outro no contrato de emprego.

A proteção à pessoa do hipossuficiente é o ponto principal de onde decorrem muitos outros. Desta maneira, se pretende estabelecer um sistema de compensação, atingindo-se o real alcance do princípio da isonomia, alçado a condição de garantia constitucional, em virtude da maior proteção jurídica atribuída ao empregado.

Em sua notável obra destinada aos princípios do direito do trabalho Plá Rodriguez (1993, pg 28), ensina que o princípio da proteção se traduz em critério fundamental que orienta o direito do trabalho, pois, este, ao invés de inspirar-se num propósito de igualdade, responde ao objetivo de estabelecer um amparo preferencial a uma das partes: o trabalhador.

No direito comum há uma constante preocupação que parece assegurar a igualdade jurídica entre os sujeitos do contrato, ao passo que no direito laboral outra é a preocupação, qual

seja: tutelar o trabalhador e com isso alcançar-se uma igualdade verdadeira e substancial entre as partes.

Em síntese, o fundamento do princípio tutelar esta na própria origem e razão de ser do direito do trabalho, possibilitando a criação de mecanismos de desigualdades pela lei, para corrigir as diferenças existentes entre empregado e empregador.

Situação essas que se mostra necessária para equilibrar os sujeitos desta relação jurídica de direito material uma vez que o contrato de trabalho é celebrado entre pessoas com poder e capacidade econômica desigual, pois, do contrário, haveria diversas formas de exploração do trabalhador.

Em razão destas e outras peculiaridades próprias do contrato de emprego, é no direito do trabalho que viceja, com grande e irresistível intensidade, a possibilidade de haver dano moral, muito mais que em quaisquer outras espécies de contratos e relações jurídicas.

A título de conhecimentos, vejamos o entendimento do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região a respeito da configuração de dano moral na relação de trabalho, assim vejamos:

RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMANTE E RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMADA. MATÉRIA COMUM. ACIDENTE DO TRABALHO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E DANOS MORAIS. Não havendo nexos causal entre o acidente do trabalho sofrido pela autora (queda ao escorregar no piso molhado) e as moléstias por ela narradas (espondilose na coluna e bursite trocantérica) que, não obstante, não a incapacitaram, em qualquer grau, para o trabalho, não há falar em indenização por danos materiais, seja sob a forma de danos emergentes (não comprovados nos autos) ou sob a forma de lucros cessantes (inexistentes). Sentença mantida em relação aos danos materiais. Os danos morais, de outro lado, decorrem do próprio acidente sofrido pela autora, incontroverso no feito. O valor arbitrado na Origem à indenização por danos morais deve, contudo, ser majorado de R\$7.000,00 para R\$10.000,00, tendo em vista o caráter pedagógico da reparação e os parâmetros estabelecidos pelo Colegiado em face da apreciação de situações análogas. Apelo da autora provido em parte. Recurso da reclamada não acolhido, no particular. Acórdão do processo 0001771-67.2012.5.04.0030 (RO) Data: 20/11/2014 Origem: 30ª Vara do Trabalho de Porto Alegre. Órgão julgador: 2a. Turma. Redator: Alexandre Corrêa Da Cruz. Participam: Tânia Rosa Maciel De Oliveira, Tânia Regina Silva Reckziegel. (TRT4, 2015)

As normas legais e constitucionais que asseguram aos cidadãos o direito de obter do lesante reparação pecuniárias pelo dano moral sofrido, têm incidência em todos os campos do direito, incluindo, com maior ênfase o direito do trabalho.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por tudo o que declinado, concluímos que o dano moral vem sendo crescentemente discutido em nossos Tribunais, especialmente na Justiça do Trabalho, após a EC 45/04 que fixou sua competência para apreciar e dirimir as controvérsias decorrentes do trabalho humano.

Considerando-se a importância do ser humano, sua honra, dignidade e o fato de que todos nós somos trabalhadores, passíveis de sermos lesionados, necessária se faz a reparação de todo e qualquer dano que nos atinja na medida adequada ao devido ressarcimento.

Sendo que a proteção dos direitos da personalidade do trabalhador e do empregador harmoniza-se com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e, portanto, devem ser preservadas. Contudo, sem olvidar a função social da reparação do dano moral, para que não se transforme um instrumento de justiça em injustiça.

REFERÊNCIAS

BELMONTE, Alexandre Agra. **Instituições Cíveis no Direito do Trabalho**, ed. Renovar, RJ, 2004.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade cível**. 11 ed. São Paulo. Atlas, 2014.

PLÁ RODRIGUES, Américo. **Princípios do direito do trabalho**. São Paulo. LTr; Ed. da Universidade de São Paulo, 1993.

MELO, Renata Meneses de. **A ocorrência de dano moral na relação de emprego**. Acesso em 21-10-2015. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25868/a-ocorrencia-de-dano-moral-na-relacao-de-emprego>>

MACHADO, Leandro Campos. **O dano moral na relação de trabalho: uma abordagem jurisprudencial**. Acesso em 22-10-2015. Disponível em <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9393>

TRT4, acesso em :22/10/2015. Disponível em:
<http://gsa6.trt4.jus.br/search?q=cache:g0srjg1Ol20J:iframe.trt4.jus.br/gsa/gsa.jurisp_sdcpsp.baixar%3Fc%3D51889199+dano+moral+na+relacao+de+trabalho+inmeta:ATA_DOCUMENTO:2014-10-22..2015-10-22++&client=jurisp&site=jurisp_sp&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisp&ie=UTF-8&lr=lang_pt&proxyreload=1&access=p&oe=UTF-8>

AMAMENTAÇÃO

Rafaela de Paula Guancino¹
Bruna Roberta Zanetti²

Resumo: A presente pesquisa no direito da presidiária de ficar com o filho na fase de amamentação, objetivou mostrar a importância do aleitamento para as detentas, enfatizando as mudanças psicológicas que podem acontecer. A relevância do tema justifica-se na possibilidade de a maternidade provocar mudanças profundas no modo de pensar e agir da mulher e também no fato de a amamentação ser essencial para que essas mudanças ocorram. A metodologia utilizada foi a pesquisa aplicada e o método hipotético-dedutivo. Conclui-se que as presidiárias que foram orientadas sobre a importância da amamentação e tiveram um acompanhamento psicológico nessa nova fase, melhoraram muito e adquiriram novas perspectivas de vida.

Palavras-chave: Presidiária. Importância. Amamentação. Mudanças.

INTRODUÇÃO

O direito da presidiária de ficar com o filho na fase de amamentação é previsto em vários dispositivos legais, todo presídio tem que autorizar isso acontecer e dar boas condições para mãe e filho, entretanto não se deve pensar só no aspecto mecânico, de alimentar a criança, e sim no emocional também.

A pesquisa justifica-se na possibilidade da maternidade provocar mudanças profundas no modo de agir e pensar da mulher, e também no fato de a amamentação ser essencial para que essas mudanças possam ocorrer, é através dela que o vínculo entre mãe e filho fica cada dia mais forte, o bebê vai se familiarizando cada vez mais com a mãe e vai se sentindo cada dia mais seguro e protegido, além disso, a amamentação também previne mãe e filho de vários tipos de doenças.

O aleitamento ainda pode ajudar a detenta a afirmar seu amor pela criança, a perceber que a partir do momento que ela se torna mãe seus atos não atingem somente ela e sim mais uma pessoa, alguém que vai depender totalmente dela no começo da vida. São por esses motivos que ela poderá começar a pensar em sair da cadeia uma pessoa melhor, querendo uma vida nova, sem crimes, sem drogas, para que essa criança possa crescer saudável e bem ao seu lado.

Analisando os fatos, foi visto que as mulheres que tiveram uma fase de amamentação tranquila, sendo constantemente informadas dos benefícios do aleitamento, e que juntamente com isso tiveram um acompanhamento com profissionais da saúde, para poderem expor todos

¹ Acadêmica do curso de Direito da Faculdade de Direito de Francisco Beltrão, mantida pelo CESUL – Centro Sulamericano de Ensino Superior.

² Acadêmica do curso de Direito da Faculdade de Direito de Francisco Beltrão, mantida pelo CESUL – Centro Sulamericano de Ensino Superior.

os seus medos e dúvidas frente a essa nova fase, mudaram muito as suas visões quanto à vida que queriam ter, muitas delas adquiriram novos objetivos.

A metodologia utilizada foi à qualitativa, quanto à natureza, ela foi aplicada, já em relação ao método, a pesquisa foi hipotético-dedutiva, porque mostramos as dificuldades que as mulheres grávidas passam dentro das penitenciárias.

1 DESENVOLVIMENTO

1.1 Disposições legais existentes

As disposições jurídicas brasileiras que falam do direito da mulher presa de amamentar são a constituição brasileira, a lei de execução penal e o Estatuto da Criança e Adolescente.

A Constituição Federal Brasileira em seu artigo 5º, L, determina, por exemplo, que as presidiárias devem permanecer com seus filhos durante seis meses para amamentação, junto com a Lei de Execução Penal cujo artigo 83, § 2º, fala sobre o ambiente prisional feminino, determinando que eles tenham berçários com o intuito de dar às detentas e a seus filhos locais ideal para a amamentação ocorrer. Na prática mesmo, cada penitenciária tem o seu regulamento interno, e, por isso, sua estrutura para permitir e cumprir o que a lei determina.

Esses dispositivos tentam assegurar o direito de mãe e filho dentro das penitenciárias, entretanto sabemos que muitas vezes eles não são levados a sério, fazendo com que esse vínculo mãe-filho não se forme.

O que se verifica no sistema penitenciário brasileiro, tanto federal como estadual, quanto ao cumprimento da pena privativa de liberdade de uma reclusa grávida é a existência de dispositivos esparsos, situados na Constituição Federal, na Lei de Execução Penal, Estatuto da Criança e Adolescente [...]. Portanto, não se tem uma interpretação harmoniosa dos institutos mencionados, isto é, não há uma sistemática a ser seguida (VIAFORE, 2005, p.104).

1.2 A importância da amamentação

Sabemos que é na fase de amamentação é crucial para mãe e filho, porque “o aleitamento pode influenciar o desenvolvimento da sensibilidade extremamente benéfica para a detenta que acabou de dar a luz” (SOARES; CASTRO *apud* GIUGLIAN, 2012). Contudo, temos consciência que para ela se formar são necessários alguns requisitos, que nas penitenciárias muitas vezes não são atendidos. “A mulher quando grávida sente a obrigação de ter sucesso ao amamentar e

qualquer fato que interfira neste processo, poderá gerar insegurança que trará resultados severos sobre a amamentação” (OLIVEIRA, 2011, p. 132).

O vínculo maternal que pode se formar na detenta pode fazer com que ela mude sua perspectiva de vida, querendo um dia a dia mais normal para ela e para a criança, um cotidiano que propicie que ela fique ao lado de seu filho, cuidando-o, protegendo-o, sem ter que se condicionar aos limites que são impostos na prisão. “Denota-se que o processo de amamentar intensifica o vínculo afetivo entre mãe-bebê, pois o contato pele a pele imediatamente após o nascimento, aliado à amamentação, induz o desenvolvimento do vínculo maternal” (REGO, 2006, p.5).

As penitenciárias deveriam ajudar para que essas mudanças na forma de pensar das mulheres acontecessem, pois isso significaria uma diminuição no número de pessoas que saem da prisão e voltam para o mundo do crime. Ter um acompanhamento, com um profissional de saúde, nessa nova fase que essas mulheres estão entrando seria muito produtivo, pois ajudaria essas detentas a entender o quão essencial é a presença delas na vida de seus filhos, a compreender a enorme diferença que elas vão fazer na vida dessas crianças, e uma psicóloga poderia ainda ajudar essas presidiárias a analisar os benefícios que elas irão ter se seguirem uma vida com mais regras. “[...] Os profissionais de saúde são os principais mediadores que podem assistir e interferir de forma decisiva durante o processo da amamentação” (ACCIOLY; SAUDERS; LACERDA, 2005, p. 293).

Além dos benefícios emocionais que a amamentação trás, ela também é essencial porque trás muitos benefícios para a saúde de mãe e filho. Para o bebê ela é importante porque “É composto por cerca de 160 substâncias representadas por proteínas, gorduras, carboidratos e células, sendo o alimento essencial para o desenvolvimento do bebê, além de possibilitar o aumento do número de anticorpos e ganho de peso” (OLIVEIRA *apud* JUNQUEIRA, 2011, p. 128).

Já para as mães ela é de extrema importância, pois: “a amamentação ajuda a retornar o peso mais rapidamente, evita hemorragia no pós-parto, é um método contraceptivo natural, além de diminuir risco de adquirir câncer de mama, ovário e endométrio” (OLIVEIRA *apud* BARRERA, 2011, p.128).

1.3 A nossa realidade

A realidade brasileira a cerca desse assunto é vergonhosa, temos falta de estrutura nos presídios, falta de verba para poderem ser construídos lugares que sejam apropriados para que

ocorra a amamentação e o bom desenvolvimento da criança juntamente com isso falta dinheiro para a contratação de bons profissionais para ajudar as detentas.

Diante das dificuldades enfrentadas dentro da penitenciária as reeducandas grávidas e puérperas passaram a ter dúvidas e apreensão de como seria amamentar no local em que se encontram. Este pensamento pode resultar no desmame precoce com o intuito de que a criança não sofra pela falta de assistência que elas sofrem. [...] Tanto pela falta de estrutura física, ineficácia de informações prestadas, bem como por todo o contexto que assola os ambientes prisionais, muitas reeducandas acabam por entregar seus filhos aos cuidados de parentes ou instituições como o intuito de que a criança não sofra pela falta de assistência que elas sofrem, resultando no desmame precoce e consequentemente déficit de desenvolvimento físico e intelectual dos conceptos (OLIVEIRA, 2011, p. 131).

Falta fiscalização nos presídios, junto disso falta conhecimento por parte das presidiárias dos direitos que elas têm durante a fase de amamentação. A insuficiência desse tipo de esclarecimento, muitas vezes, faz com que as detentas aceitem qualquer tipo de tratamento.

A consulta médica de pré-natal, a qual deveria ser semanal, acontece apenas uma vez durante toda a gestação e, por insistência da apenada. Após esta consulta, a gestante presa só volta ao hospital no momento do parto. As apenadas grávidas, em que pese estarem sendo punidas por um ato ilícito que cometeram, não podem ser mais uma vez castigadas pela escassa assistência médica (VIAFORE, 2005, p. 99).

2 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Foi visto que as detentas sentem muita preocupação e insegurança para amamentar, com isso muitas delas desmamam os seus filhos precocemente, aumentando o risco de problemas de saúde tanto para mãe quanto para filho. Um dos principais motivos para a falta de vontade das reeducandas em amamentar é o fato de elas não quererem que suas crianças passem pela mesma falta de assistência sofrida por elas. É interessante destacar que muitas pessoas pensam que por elas terem cometido alguma infração e estarem na cadeia, essas presidiárias não poderem ser boas mães ou até que elas não vão se preocupar com seus filhos, porém temos muitos casos em que essas crenças do senso comum se mostram erradas porque uma boa parcela das mães presas fala que a importância de amamentar está muito mais no que esse ato representa em termos de benefícios ao bebê, sendo o bem-estar materno deixado em segundo plano.

Assim, não se pode ignorar os problemas que as reeducandas sofrem dentro das penitenciárias e nem colocá-los como fator impeditivo para que a amamentação ocorra, temos que resolver isso com uma aproximação das presidiárias com profissionais da saúde, que consigam conversar com elas e responder todas as suas dúvidas. A penitenciária deve ser um lugar que além de punir a pessoa a ajude a se ressocializar, deveríamos ter um direito muito mais

restitutivo do que repreensivo, e trabalhando sobre essa lógica, se tivermos um olhar mais atento sobre essas detentas que chegam grávidas, podemos ajudar várias mulheres a terem um futuro melhor, junto disso ajudamos seus filhos a terem suas mães por perto.

Portanto, é importante a criação de programas que ajudem essas presidiárias a se sentirem mais motivadas a amamentar, a fim de garantir um desenvolvimento adequado para o bebê e para que elas se sintam mais confiantes e preparadas para essa nova fase de suas vidas, fazendo com que esse vínculo mãe-filho se crie e traga enormes benefícios.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Vade Mecum. São Paulo: Saraiva, 2014.

DALMÁCIO, Laura Machado; CRUZ, Edson Júnior Silva da; CAVALCANTE, Lillie Ieda Chavez. Percepções de mães encarceradas sobre o direito a amamentação no sistema prisional. **Revista brasileira de história e ciências sociais**, v.6, n.11, p. 54-72. Disponível em: <http://www.rbhcs.com/index_arquivos/Artigo.Percepcoes_demaesencarceradas.pdf> Acesso em: 13, maio, 2015.

_____. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. **Vade Mecum**. São Paulo: Saraiva, 2014.

OLIVEIRA, Vanessa da Silva. Presidiária do Amapá: Percepção sobre a importância de amamentar. **Estação científica (UNIFAP)**, v.1, n.2, p. 127-141. Disponível em: <<http://periodicos.unifap.br/index.php/estacao/article/viewArticle/262>> Acesso em : 12, maio, 2015.

REGO, José Dias. **Aleitamento materno**: um guia para pais e filhos. 2 ed. São Paulo: Atheneu, 2006.

SOARES, Ericka Maria Cardoso; CASTRO, Augusto Everton Dias. **Amamentação no cárcere**: as entrelinhas para mães e filhos como Sujeitos de Direito. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revistaartigos_leitura&artigo_id=12515> Acesso em: 13, maio, 2015.

VIAFORE, Daniele. A gravidez no cárcere Brasileiro: uma análise da Penitenciária Feminina Madre Pelletier. **Revista de Direito da PUCRS**, v.31, n.2, p. 91-108. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/view/571/401>> Acesso em: 15, maio, 2015.

DIREITO À INTIMIDADE

Paula Suzane Schmoller¹

Resumo: A pesquisa “Direito a Intimidade” teve como objetivo discutir a violação ao direito a privacidade durante a revista para o ingresso nos presídios. A importância do tema justifica-se pelo fato de mulheres, crianças e idosos terem suas intimidades violadas, ao visitar seus entes na penitenciária, sem exceção, tem que passar por uma revista chamada de “revista vexatória”. O método adotado na presente obra é abordagem qualitativa, pesquisas bibliográficas, pesquisa exploratória, juntamente com entrevistas com pessoas na área. Constatou-se que esse tipo de revista não é adequada e nem eficaz para garantir as seguranças nos presídios e também familiares deixam de visitar seus entes na penitenciária com receio de terem seus corpos violados na hora da revista íntima.

Palavras-chave: Presídios; revista vexatória; violação; intimidade;

INTRODUÇÃO

Ao visitar seus entes nos presídios, mulheres crianças e idosos passam por uma revista chamada de “revista vexatória”. Cujo a revista obriga a todos que fiquem nus e realizem agachamentos.

Pessoas com ligações afetivas acabam sendo punidas junto dos seus entes, passando por humilhações e constrangimento, Superando até seus limites.

Mas com o mundo tecnológico, poderia haver um aparelho que substitui-se a revista manual, em todo território nacional?

É de conhecimento de todos a situação lamentável a qual os presidiários brasileiros são submetidos, porém pouco se comenta as situações constrangedoras que as pessoas que desejam visitar os condenados são obrigadas a passar.

A revista vexatória foi implantada nos presídios brasileiros sob a justificativa de impedir a entrada de objetos não permitidos, como armas, drogas e celulares. O familiar é visto como um suspeito por ser parente de uma pessoa presa – o que por si só já representa uma humilhação e uma violação à dignidade dessas pessoas. (REDE JUSTIÇA CRIMINAL. FAQ – Campanha pelo fim da revista vexatória).

Com o intuito de melhor esclarecer o tema, foi entrevistada recentemente Rosane Schmidt, 45 anos que trabalha a 9 anos na penitenciária CDR (CDR - Centro de Detenção e Ressocialização-Penitenciária Estadual. 08/05/2015; sexta-feira) . Acerca disto, a mesma informou quais os procedimentos adotados na hora da revista íntima:

¹ Acadêmica de direito, da Faculdade de Direito de Francisco Beltrão, Mantida pela CESUL – Centro Sulamericano de Ensino Superior. Email: Suzischmoller@hotmail.com

Esse tipo de revista exige profissionalismo e educação, eu particularmente nunca tive problemas e todos passam por esta revista, independente de idade ou dificuldade, as famílias chegam e se desnudam. Passam por fiscalizações as peças de roupa, calçado, cabelo, boca, precisam também erguer os braços e pés para que possamos ver o calcanhar. Os cadeirantes são obrigados a usar a cadeira da penitenciária e pessoas de idade, ou que possuam alguma deficiência que impossibilite a mesma a tirar a roupa sozinha, pode pedir ajuda para a filha ou a nora que esteja acompanhada. Mulheres menstruadas têm que trocar o absorvente por um da penitenciária e com fraudas tem o mesmo procedimento.

O próximo passo para mim é o mais constrangedor, pois as visitantes são obrigadas a fazer agachamento pelo menos, três vezes de frente e três vezes de costas sob um espelho. Às vezes a própria visitante complica na hora da revista, e se nega a fazer, dizendo 'eu não tenho nada, e mesmo assim agimos com profissionalismo, e explicamos que a revista é necessária para a segurança de todos. E quando não conseguimos resolver chamamos a 'chefia imediata' para solucionar o problema de visitantes embriagadas, ou portando um objeto não permitido.

Fica claro que a revista íntima proporciona a quem se dispõem a visitar o preso, violação de privacidade, bem como grande humilhação, porém a mesma se faz necessária tendo em vista o sistema carcerário precário do Brasil.

Muitos casos ocorrem semanalmente, de mães, mulheres e irmãs, que vão visitar seus entes na penitenciária, e acabam passando por essa exposição.

Como o caso de dona Cremilda, que gerou Polemica na internet, e despertou desejo de mudança.

Eu vi muita coisa ruim. Uma senhora bem velhinha, magrinha, foi obrigada a ficar nua também. Tímida, ela tentou cobrir a genitália com as duas mãozinhas. Nossa, teve que ouvir coisas absurdas. A agente disse: 'Você não teve vergonha de usar isso pra fabricar bandido pra encher o saco da gente, agora tem vergonha de mostrar?'. Ela tremia de medo. E eu não podia falar nada, porque, se eu reagisse, sabia que meu filho seria espancado, [...] Fazem a gente abaixar, peladas, três vezes de frente, três de costas, fazer quadradinho de 8, de 16, ficar em frente ao espelho, colocar a mão, abrir, passar o papel. [...] O Estado faz de tudo pra você abandonar seu parente. Mas a gente não abandona". Dona Cremilda, mãe de preso. [...] Essa história foi contada por dona Cremilda, que fez visitas regulares ao filho, ex-detento, durante os 12 meses em que ele esteve na prisão. (Longo, Ivan).

Mulheres que enfrentam muitas dificuldades, e ultrapassam seus limites físicos, e psicológicos, para poder estar perto de seu familiar encarcerado.

Mulheres que precisam ter a sua vagina e ânus revistados por agentes penitenciários, crianças que devem ficar nuas diante de adultos desconhecidos, idosas que tentam superar os limites físicos e morais para conseguirem se abaixar sem calcinha em cima de um espelho. Essa é a rotina semanal ou quinzenal das mulheres que têm seus companheiros, pais, irmãos ou filhos encarcerados. (Informativo rede justiça criminal).

Comprova-se através dos índices que a Revista Vexatória, não é adequada e ineficaz para garantir a segurança nas prisões.

Verificou-se que o número de apreensões feitas dentro dos presídios é quase quatro vezes maior do que o número de apreensões realizadas com visitantes e, proporcionalmente, é ínfimo o número de visitantes flagrados nessa situação. Considerando todas as visitas realizadas no período estudado, constatou-se que apenas 0,03% dos visitantes traziam consigo objetos como drogas e celulares. (Informativo rede justiça criminal).

Não há uma justificativa para expor o corpo nu de mulheres, crianças, idosas e portadores de deficiência, pois não existem dados empíricos que comprovem que a revista vexatória seja o mais adequado para prevenir a violência nas prisões e sejam consistentes. Pelo contrário, os dados comprovam que não há eficácia. Pois armas, drogas e celulares continuam sendo encontrados nas penitenciárias;

Há algumas maneiras de tornar a condenação de uma pessoa ainda mais sofrida e de aumentar a exclusão daquelas que já se encontravam marginalizadas. A privação das visitas de familiares é uma delas. Pela classe a que pertencem, os presos estão disponíveis para serem humilhados, torturados e controlados, e essas práticas opressoras acabam sendo requintadas e expandidas às mulheres que vão visitá-los. Se essas mulheres são a única relação que os presos têm com a vida fora da prisão, a única dose de afeto e carinho recebida por eles dentro daqueles muros, então fica claro por que se opta por dificultar ao máximo essas trocas. E assim a revista vexatória continua sendo prática comum, apesar de celulares, armas e drogas continuarem sendo encontrados dentro dos presídios. (Informativo rede justiça criminal)

No decorrer da pesquisa, algumas dificuldades surgiram. Uma delas foi o silêncio de familiares. Algumas se negam a falar sobre assunto, e as que aceitam, pedem anonimato. Pois temem que algo aconteça em seus entes encarcerados.

Relato de mães, parentes e cônjuges dos detentos são unânimes em dizer que aqueles que reclamam do péssimo atendimento o qual são submetidos, provocam surras e todo tipo de retaliação ao preso visitado. Mediante isto, muitos detentos imploram para que não venham visitá-los. (Ferreira, Tomé)

Com o mundo tecnológico em que vivemos, poderia ser substituída a revista manual em que poupasse o agente penitenciário e a integridade do visitante, por um método mais eficaz, seguro e adequado, evitando constrangimento tanto da visitante, quanto do agente penitenciário.

[...] Juiz Luiz Roch [...], Em seu decreto, o juiz justifica sua decisão com base em dados recentes, apresentado pela Rede Justiça Criminal, que mostra que apenas três em cada 10 mil visitantes foram flagrados carregando itens proibidos para dentro dos presídios. (Informativo rede justiça criminal).

Alguns estados adaptaram a nova revista, chamada de “revista humanizada”, em que proíbe a nudez, o toque, e os agachamentos. Substituído por aparelho scanner em que detecta objetos

ilegais no corpo, sem o desnudamento. Com isso os visitantes não serão mais obrigados a se desvestir ou passar por alguma intimidação.

Proibição da revista vexatória no Brasil nos estados Santa Catarina, Rio Grande do Sul, Goiás, Minas Gerais, Espírito Santo, Rio de Janeiro, Paraíba.[...] Com isso, os visitantes não serão mais obrigados a se despir ou passar por outras formas de constrangimento. Terão apenas que passar por detectores de metais e exibir os conteúdos de bolsas, pastas e mochilas. A Justiça determinou multa de R\$ 10 mil por dia no caso de descumprimento. Na decisão, o desembargador Gabriel de Oliveira Zéfiro cita a Constituição Federal, que coloca a dignidade da pessoa humana como fundamento e considera degradante a prática da revista íntima vexatória. (Informático rede justiça criminal)

Nos estados em que é proibida a revista vexatória, foi determinado pelo desembargador de Rio de Janeiro, ele cita a Constituição Federal e firma a dignidade humana como base, e considera humilhante tal prática. E se houver descumprimento da lei terá multa de R\$10 mil por dia.

Com isso, os visitantes não serão mais obrigados a se despir ou passar por outras formas de constrangimento. Terão apenas que passar por detectores de metais e exibir os conteúdos de bolsas, pastas e mochilas. A Justiça determinou multa de R\$ 10 mil por dia no caso de descumprimento. Na decisão, o desembargador Gabriel de Oliveira Zéfiro cita a Constituição Federal, que coloca a dignidade da pessoa humana como fundamento e considera degradante a prática da revista íntima vexatória. Segundo o desembargador, "é inadmissível que, por ação ou omissão, os agentes do Estado possam expor cidadãos a uma situação vexatória, indigna e desrespeitosa, como a de obrigar mulheres a se despirem e ficarem de cócoras, como condição para visitarem seus entes queridos que se encontram presos. (Diário de Justiça)

Revista vexatória, segundo a constituição Federal, que trata sobre os direitos e garantias fundamentais. Essa exposição fere os direitos humanos, dignidade humana, mulheres, crianças e idosos tem sua intimidade violada, são tratadas desumanamente. E são submetidas a diversos constrangimentos e muitas vezes ultrapassando seus problemas físicos e psicológicos.

A Constituição Federal, em seu artigo 1º, garante o princípio da dignidade da pessoa humana. Já o artigo 5º, que trata dos direitos e garantias fundamentais, prevê que ninguém será submetido a tratamento desumano ou degradante e que a intimidade é inviolável. O mesmo artigo assegura que a pena não passará da pessoa do condenado – não pode, portanto, ser estendida aos familiares.

O artigo 18 do Estatuto da Criança e do Adolescente prevê a proteção da dignidade da criança e do adolescente e sustenta que eles não devem ser submetidos a nenhum tipo de tratamento constrangedor ou vexatório. O artigo 41 da Lei de Execuções Penais, por sua vez, define a visita de companheiros, parentes e amigos como um direito do preso. Há também uma resolução de 12 de julho de 2006 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária que recomenda a utilização de equipamentos eletrônicos de revista em presídios e a preservação da honra e da dignidade da pessoa durante os processos manuais de revista. (Rede Justiça Criminal)

Com a criação da lei que proíbe a revista vexatória nos presídios brasileiros, visando a melhoria para todos os cidadãos, poupando os agentes penitenciários, e também os familiares, que não são obrigados a se desnudar, realizar os agachamentos e passar por humilhações, e principalmente, mantendo a segurança de todos nos presídios.

O Poder Legislativo pode aprovar um projeto de lei (PLS 480/2013) que proíba a revista vexatória em todo o País. O texto já existe e foi construído em conjunto entre o governo federal, agentes penitenciários, familiares de presos, secretários de segurança pública e entidades da sociedade civil. Você também pode pedir ao governador de seu estado que publique um decreto acabando com a prática.

Com medo de que seus familiares sofram alguma tortura dentro da penitenciária. Pessoas que são humilhadas, tendo seus corpos violentados, não procuram uma entidade para lhes auxiliar e proteger.

Deve-se procurar a Defensoria Pública ou o Ministério Público de seu estado. A Defensoria Pública de São Paulo já criou uma cartilha para orientar os visitantes sobre como realizar essa denúncia. (REDE JUSTIÇA CRIMINAL).

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Constatou-se que para manter a segurança nos presídios, revista vexatória não é a mais adequada e nem eficaz, e principalmente obrigando familiares a passar por uma revista considerada desumana, humilhante e constrangedora.

Como mencionado acima, a “revista humanizada” pode ser a melhor opção para o território nacional. Pois além de poupar a agente penitenciária de tocar na visitante, ela também deixa os familiares assegurados de sua integridade.

REFERENCIAS

GOMES, Luiz Flavio. JusBrasil. **Presídios, pelo fim da revista vexatória**. 2014 Disponível em <http://professorlfg.jusbrasil.com.br/noticias/131160821/presidios-pelo-fim-da-revista-vexatoria>. acesso em: 15 de maio de 2015.

Campanha pelo fim da revista vexatória. Disponível em: <http://www.fimdarevistavexatoria.org.br/> acesso em 14 de maio de 2015

Informativo rede justiça criminal. Ed 06; 2014. Disponível em: http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Informativo_JusticaCriminal_6_2014%20%281%29.pdf. Acesso em: 08 de maio de 2015

Campanha da revista vexatória. Rede justiça criminal. São Paulo, 02/05/2014. Disponível em: <http://redejusticacriminal.org/2014/05/02/faq-campanha-pelo-fim-da-revista-vexatoria/> acesso em: 10 de maio de 2015

Rede justiça criminal. **15 razoes para abolir a revista vexatória.** São Paulo, 02/05/2014.
Disponível em: <http://redejusticacriminal.org/2014/05/02/15-razoes-para-abolir-a-revista-vexatoria-2/> acesso em: 06 de maio de 2015.

O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO

Lucas Kayser Trevisol¹
Mateus da Jornada Fortes²

Resumo: Com a evolução da sociedade e do constitucionalismo vários direitos fundamentais foram conquistados. Dentre eles estão os direitos sociais, que diante sua importância precisam ser resguardados. Mas por motivos ligados às mudanças sociais e econômicas faz-se necessário encontrar alguma forma de proteção para que esses direitos não sejam extirpados do ordenamento jurídico sem qualquer justificção. Com isso, passou-se a utilizar o princípio da proibição do retrocesso, sem, contudo, a adequada reflexão e em dissonância com o contexto constitucional atual e com as mudanças sociais constantes. Por isso é necessário refletir sobre a existência efetiva e a real necessidade de princípio.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Direitos Sociais. Proibição do Retrocesso.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa discutir a necessidade da utilização do princípio da proibição do retrocesso para proteção de direitos sociais diante da necessidade de sua restrição em determinadas hipóteses.

O princípio da proibição do retrocesso é utilizado por parte da doutrina e da jurisprudência como forma de obstaculizar a restrição de direitos fundamentais já implementados, em especial os direitos sociais.

Ocorre que diante da mutabilidade da realidade fática no seio da sociedade ocorrem situações em que são necessárias restrições aos direitos sociais. Nesses casos, têm sido utilizados outros princípios para resguardar esses direitos em caso de restrição indevida, possibilitando que quando necessário sejam suprimidos tais preceitos em prol de outros direitos ou exigências imprescindíveis à sociedade.

DESENVOLVIMENTO

Os direitos sociais nascem do mais profundo clamor social. Sua origem deriva de dificuldades enfrentadas pelo corpo social em um contexto global de diferenças sociais

¹ Acadêmico do 8º semestre do curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI. Estagiário. E-mail: trevisol.luc@gmail.com

² Mestrando em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL); Professor de Direito Constitucional na Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI; Juiz de Direito no Estado do Rio Grande do Sul.

profundas, considerando tais premissas fundamentais à vida em sociedade de maneira mais igualitária.

Diga-se como exemplo a evolução dos direitos fundamentais inicialmente buscava as liberdades individuais, restringindo a atuação do Estado em relação ao particular. Todavia, com o tempo tais direitos demonstraram-se uma limitação aos próprios cidadãos.

A partir disso foi necessária a ingerência do Estado novamente para garantir direitos sociais mínimos aos cidadãos, diante das desigualdades criadas pela liberdade outorgada aos indivíduos, para que os indivíduos pudessem ter melhores condições sociais e fossem diminuídas as desigualdades sociais.

Com a instituição desses direitos, alguns autores defendem que os direitos sociais já implementados não devem ser alvos de supressão por parte do legislador, sob pena de violar o princípio da proibição do retrocesso.

Esse princípio preservaria os direitos sociais já implementados pelo Estado, pois após cedência de determinada prerrogativa à sociedade não seria possível sua supressão³. Como afirma George Marmelstein, o Estado deve atuar para progresso dos direitos e não para o retrocesso. Da mesma forma, caso haja supressões ou alterações essas só poderão ser aceitas se os instrumentos que a fundamentam forem superiores aos preconizados outrora, ou seja, devem ser mais benéficos para sociedade que a manutenção do direito já concretizado.

Esse princípio tende a bloquear em regra geral o Poder Legislativo na elaboração de normas que violem os direitos sociais já implementados, assim como o Poder Executivo quando de sua atuação⁴. Nessa perspectiva, argumenta Ingo Sarlet que qualquer alteração ou revogação de lei infraconstitucional que restrinja algum direito já implementado pelos direitos fundamentais, em especial os sociais, viola os preceitos da Lei Maior.

À vista disso, identifica-se o princípio da proibição do retrocesso como garantidor do avanço social do Estado, sendo taxado como retrocesso qualquer supressão legislativa que suprima algum direito já consagrado.

³ A ideia por detrás do princípio da proibição de retrocesso é fazer que o Estado sempre atue no sentido de melhorar progressivamente as condições de vida da população. Qualquer medida estatal que tenha por finalidade suprimir garantias essenciais já implementadas para a plena realização da dignidade humana deve ser vista com desconfiança e somente pode ser aceita se outros mecanismos mais eficazes para alcançar o mesmo desiderato forem adotados. (MARMELSTEIN, 2014, p. 279)

⁴ Com efeito, no que diz com as garantias dos direitos sociais contra ingerências por parte de atores públicos e privados, importa salientar que, tanto a doutrina, quanto, ainda que muito paulatinamente, a jurisprudência, vêm reconhecendo a vigência, como garantia constitucional implícita, do princípio da vedação de retrocesso social, a coibir medidas que, mediante a revogação ou alteração da legislação infraconstitucional (apenas para citar uma forma de intervenção dos direitos sociais), venham a desconstituir ou afetar gravemente o grau de concretização já atribuído a determinado direito fundamental (e social), o que equivaleria a uma violação da própria Constituição Federal e de direitos fundamentais nela consagrados. (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2015, p. 611).

Ocorre que as situações sociais que sustentam determinada realidade fática são constantemente mutáveis, muitas vezes motivados por diversos fatores, dentre eles, econômicos.

Nesse panorama surge o contraponto à existência do princípio da proibição do retrocesso, seja por ausência de base constitucional para sua existência, seja pela desnecessidade de sua utilização como forma de proteger os direitos sociais, seja pela necessidade, por vezes, de restringir esses direitos.

Do mesmo modo, se o Estado não possuir condições financeiras para fornecer os instrumentos necessários a concretização dos direitos sociais como quando de sua implementação, que eficácia terá o princípio da proibição do retrocesso? De que forma o Estado irá salvaguardar tais direitos? Tais indagações, em contraponto ao princípio do retrocesso, ganharam força por parte da doutrina portuguesa, especialmente depois da crise econômica em Portugal, tendo em conta os nítidos retrocessos aos direitos sociais naquele país.

Pertinente trazer à baila o trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes no julgamento da ADI 4543 que, sucintamente, refere acerca da crise europeia e o impacto causado no princípio da proibição do retrocesso⁵.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal evidenciou que a proibição do retrocesso está sendo mitigada pela doutrina, bem como pela jurisprudência, a julgar por fatores econômicos ou até por motivos extrínsecos dos próprios direitos sociais concedidos, pois a sociedade está em constantes mutações.

Cita-se como exemplo disso, os programas sociais concedidos à sociedade que ao passar do tempo perdem sua essência por fatores próprios do corpo social⁶.

Destarte, o panorama evidenciado pelo doutrinador se adapta ao contexto atual brasileiro, da maneira que diversos programas sociais estão desvirtuados do seu sentido e justifica a sua restrição através da diminuição do seu alcance.

Além do mais, mesmo que fosse admitida a proibição do retrocesso de forma relativa, não há fundamentação constitucional válida para sua justificação, inclusive sendo desnecessária a referida construção. Basta a aplicação das teorias das restrições aos direitos fundamentais, com a incidência dos limites aos limites para que se possa haver o controle das medidas restritivas desses direitos.

⁵ Então, é preciso estar atento a esse aspecto do princípio do não retrocesso, especialmente em relação a modelos legislativos. É verdade que essa ideia foi de algum tempo muito divulgada entre nós, especialmente no âmbito dos direitos sociais. Quem acompanha, por exemplo, a crise europeia atual, e também os seus antecedentes, sabe que esse mesmo princípio, hoje, vem sendo substancialmente revisto, até mesmo quando insculpido no texto constitucional.

⁶ Os programas de assistência social, embora possam ser permanentes e duradouros, devem ter sempre em mira a obtenção de resultados concretos e positivos. Quando isso não ocorre, nada impede a revogação do benefício. Assim, muitas vezes, pode ser necessário revogar determinados benefícios sociais já concedidos, caso se demonstre concretamente que eles não estão reduzindo as desigualdades sociais nem promovendo distribuição de renda, mas, pelo contrário, desestimulando a busca pelo emprego e premiando o ócio. (MARMELSTEIN, 2014, p. 279)

Mesmo dentre aqueles que sustentam a utilização desse princípio, há quem diga que o direito da proibição de não retroceder aos direitos fundamentais já concedidos pode ter como parâmetro de controle o princípio da proporcionalidade⁷. Os ideais do princípio da proporcionalidade seriam suficientes para defender direitos já concedidos à sociedade, afastando a imutabilidade que resulta da suposta proibição do retrocesso.

Consoante o exposto, apoiar-se nos preceitos do princípio da proibição do retrocesso abarca a utilização de um instituto sem uma justificativa adequada e na sua vertente absoluta obstaculiza a mutação da sociedade, em especial do ordenamento jurídico social.

Gize-se que embora os ideais do princípio sejam de grande relevância à proteção dos direitos fundamentais, em especial os sociais, tal situação pode ser garantidas por outros fundamentos constitucionais, como ocorre com todos aqueles direitos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir dos fundamentos lançados, vê-se que o princípio da proibição do retrocesso social não encontra fundamento no atual contexto jurídico, pois na sua concepção absoluta impede a adequação dos direitos sociais à realidade constitucional e na sua feição relativa pode ser dispensável mediante o uso dos limites aos direitos fundamentais como um todo.

Defender esse princípio da proibição de forma absoluta interrompe a evolução social, engessa os poderes constituídos em caso de uma grave situação econômica, eternizando os direitos concedidos aos cidadãos. Esse panorama não se mostra exequível diante de uma sociedade mutável, que deve se adaptar aos acontecimentos econômicos e sociais.

REFERÊNCIAS

MARMESLSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 5ª edição. Editora Atlas S.A. São Paulo, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 4ª edição. Editora Saraiva. São Paulo, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9 ed. Editora Saraiva. Ebook. São Paulo, 2014.

⁷ Acentue-se que mesmo os que acolhem a tese da proibição do retrocesso entendem que o princípio da proporcionalidade pode inspirar uma nova regulação do direito fundamental, que não destrua totalmente, sem alternativas, o direito antes positivado. (MENDES, 2014, p. 179).

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 4543, Rel. Min. Cármen Lúcia, Brasília, 19.10.2011. <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25342641/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4543-df-stf/inteiro-teor-159438229>. Acesso em: 22 out. 2015.

INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL *POST MORTEM* SOB A ÓTICA DO BIODIREITO E DOS DIREITOS HUMANOS

Aline Vanin¹
Patricia Luzia Stieven²

Resumo: O presente resumo visa conceituar a reprodução assistida *post mortem* bem como listar os posicionamentos acerca do tema e também suas implicações nos direitos humanos. Através deste trabalho poderemos visualizar os pontos delicados desse método de reprodução assistida no que diz respeito à dignidade da criança que está por nascer. O método usado para chegar ao resultado aqui apresentado foi o dedutivo.

Palavras-chave: Biodireito. Reprodução Assistida. Direitos Humanos.

INTRODUÇÃO

A reprodução assistida *post mortem* é um desdobramento polêmico em matéria de bioética no que diz respeito aos efeitos da geração do filho, que não conhecerá um de seus genitores, o que leva à colisão de dois direitos personalíssimos, o direito à procriação e o direito à biparentalidade, e a necessidade de autorização expressa dos dois doadores, esta que deve ser irrevogável, para que se possa utilizar o material genético da parte (MALUF, 2010).

DESENVOLVIMENTO

Para que haja um melhor entendimento da problemática apresentada, se faz necessária uma prévia explicação acerca do que é a inseminação artificial e das duas formas de reprodução artificial assistida, previstas pelo Código Civil Vigente.

A fertilização artificial é uma técnica que consiste em fecundar a mulher independentemente da cópula, transferindo de forma mecânica os espermatozoides colhidos artificialmente para o interior do aparelho genital feminino. (ROBERTI, 2005)

A inseminação artificial heteróloga é aquela realizada com material genético de doador, podendo ser de apenas um deles, ou de ambos, ocorrendo assim a transferência de um embrião doado, e a inseminação artificial homóloga, que é realizada com o material genético do casal de

¹ Autora/Comunicadora. Acadêmica do V Semestre do Curso de Direito, URI – Câmpus Frederico Westphalen

² Orientadora. Pesquisadora em Direitos Fundamentais Cíveis e Biodireito. Mestranda em Direitos Fundamentais (Unoesc/Chapecó-SC). Especialista em Função Social do Direito (Unisul/Tubarão-SC). Professora Universitária na URI/FW. Advogada. Patrícia Luzia Stieven. Professora do curso de Direito da URI/FW

cônjuges ou conviventes, não apresentando, dessa forma, maiores problemas nas relações parentais. (MALUF, 2013).

O antigo código civil (1916) nos dizia que um filho concebido *post mortem* não teria um lar completo, nem uma vida dentro da normalidade, tendo assim um prejuízo em sua personalidade e integração social (DINIZ, 2014). Dessa forma, as indagações surgem acerca de ser concebível o nascimento de uma criança já sem o pai, e o pleno desenvolvimento da personalidade da criança assim gerada, na observância da dignidade da pessoa humana (DINIZ, 2014). Também é questionável, em matéria de bioética, se seria lícito conceber um filho já sem pai, impondo-lhe participar de uma família monoparental, e o direito da mãe sobrepor-se ao do filho na biparentalidade? São questões em que o consenso é algo difícil. (MALUF, 2013)

Diante desse impasse, o atual Código Civil, em seu artigo 1.597, inciso III, passou a presumir como tido dentro do casamento o filho advindo de inseminação artificial homóloga, mesmo que o marido (que foi o doador do sêmen) já tenha falecido, sendo isso possível somente com prévia anuência escrita (Res. CFM n. 2.013/2013, Seção VIII) do marido (DINIZ, 2014). Já em alguns países, como Alemanha e Suécia, a reprodução *post mortem* é vedada (DINIZ, 2014).

O enunciado 106 do Centro de Estudos Judiciários do Conselho de Justiça Federal, tentou solucionar esse problema ao dizer que a mulher que se submeter a esse tipo de reprodução assistida com o material genético do morto, deve ser viúva do mesmo, e ainda deve ter expresso consentimento do marido para que seja possível a utilização do seu material genético. O enunciado citado anteriormente tem o intuito de evitar que ocorram dúvidas quanto à paternidade do filho, já que o marido e pai da criança já está falecido (MALUF, 2013).

Também há posicionamentos, como o de Silmara Chinellato que consideram a inseminação artificial *post mortem* como algo plausível em algumas ocasiões: “não há discordância quanto ao ser ideal a biparentalidade, mas ela não pode afastar a inseminação *post mortem*, na hipótese de ter havido um projeto biparental em vida, identificando-se a receptora do sêmen.” (MALUF, 2013).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As discussões acerca do tema, demonstram que a inseminação artificial, de modo geral, estabelece um problema bioético entre a liberdade de investigação científica e os direitos humanos, pois como sabemos, deve-se zelar pela dignidade da vida humana desde seu nascimento até seu fim (MALUF, 2013).

Dessa forma, a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental dos direitos humanos e o bem estar da criança gerada a partir da espécie de inseminação artificial *post mortem* deve ser pensado em primeiro plano, pois é um ser sem poder de decisão perante a situação discutida no presente trabalho, ademais ela é quem mais vai sentir as consequências da escolha feita por sua mãe, de modo unilateral.

Por fim, a dignidade da pessoa humana deve ser observada em todos progressos científicos que venham a ocorrer na área da saúde (MALUF, 2013).

REFERÊNCIAS

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

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Brasília: DF, Senado, 2002.

BRASIL. Lei 11.105, de 24 de março de 2005. Brasília: DF, Senado, 2005.

DINIZ, Maria Helena. **O atual estado do biodireito**. 9. ed. rev., aum., atual. de acordo com o Código de Ética Médica. São Paulo: Saraiva, 2014.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Bioética e biodireito**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2013.

ROBERTI, Maura. **Biodireito: Novos desafios: Com análise penal da lei nº 11.105, de 24 de março de 2005 e atualizado de acordo com a emenda constitucional nº 45 de 2004**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2007.

O ASSÉDIO MORAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO.

Eiglon Antonio Rubert¹

André Rodrigues²

Resumo: O presente trabalho tem como escopo desenvolver o conceito de assédio moral e mostrar a sua ligação com a relação de trabalho, tendo em vista que as relações desenvolvidas no ambiente de trabalho são alteradas em decorrência de novos processos produtivos, gerando consequências prejudiciais à saúde física e mental dos trabalhadores, principalmente através do assédio moral. Nesse sentido, o demonstra que, apesar de ser uma prática antiga, esse fenômeno passou a ser debatido com mais cuidado na atualidade, uma vez que as suas consequências, sempre negativas, acabam afetando o ambiente de trabalho, repercutindo na saúde, na vida social e na familiar do trabalhador. Demonstra, ademais, as causas do fenômeno, seus elementos e as possíveis vítimas, agressores e demais envolvidos nesse terror psicológico, que tem consequências terríveis ao agredido.

Palavras-chave: Assédio moral, relação de trabalho, saúde do trabalhador.

INTRODUÇÃO

O assédio moral no trabalho é um tema que se tornou uma forte preocupação social, tendo em vista os desgastes que provoca, os impactos negativos que causa à saúde e bem-estar da vítima, bem como os efeitos negativos à empresa e a sociedade.

O problema não é novo, existindo desde os primórdios das relações humanas, sendo o assédio moral algo que já existia no ambiente de trabalho, porém, era dado a devida importância em épocas pretéritas.

Este trabalho se propõe a investigar o que é assédio moral, assim como trata de alguns de seus efeitos.

DESENVOLVIMENTO

A respeito da definição de assédio moral, cabe destacar que existem vários autores que se propuseram a defini-lo e caracterizá-lo.

Inicialmente, é preciso salientar que o dicionário Aurélio define “assédio” como:

Insistência inoportuna junto a alguém, com perguntas, propostas e pretensões, dentre outros sintomas. “Assediar”, por sua vez, significa prosseguir com insistência, que é o

¹ Acadêmico do VIII Semestre do Curso de Direito Noturno da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e Das Missões – Câmpus de Frederico Westphalen, RS.

² Professor do Curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e Das Missões – Câmpus de Frederico Westphalen, RS.

mesmo que molestar, perturbar, aborrecer, incomodar e importunar. (LAROUSSE, 2005, pg. 62).

Martins (2015, pg. 12) define assédio como sendo a insistência impertinente feita por uma pessoa em relação à outra. A insistência é feita de forma a abalar a moral da pessoa.

Já o termo assédio moral, na concepção da psicóloga francesa Marie-France Hirigoyen, que estudou o tema com a devida profundidade, é definido como :

[...] qualquer conduta abusiva (gesto, palavra, comportamento, atitude) que atente, por sua repetição ou sistematização, contra a dignidade ou integridade psíquica ou física de uma pessoa, ameaçando seu emprego ou degradando o clima de trabalho” (HIRIGOYEN, 2005, p. 65, apud MARTINS, 2015, pg. 13)

Nessa linha de raciocínio, a caracterização do assédio moral se dá através das mais diferentes condutas, nos seguintes termos:

Toda e qualquer conduta abusiva manifestando-se sobretudo por comportamentos, palavras gestos, escritos que possam trazer danos a personalidade, a dignidade, ou a integridade física ou psíquica de uma pessoa, por em perigo seu emprego ou degradar o ambiente de trabalho. (HIRIGOYEN, 2001, p.17, apud MARTINS, 2015, pg. 13).

Nascimento (2004, pg. 922), na mesma linha, afirma que “o assédio moral se caracteriza por ser uma conduta abusiva, de natureza psicológica, que atenta contra a dignidade psíquica, de forma repetitiva e prolongada, que expõe o trabalhador a situações humilhantes e constrangedoras [...]”

Dessa forma, por assédio moral pode ser considerada a conduta ilícita do empregador ou seus prepostos, por ação ou omissão, por dolo ou culpa, de forma repetitiva e geralmente prolongada, de natureza psicológica, que causa ofensa a dignidade, a personalidade e a integridade do trabalhador. O assédio moral causa humilhação e constrangimento ao trabalhador, que é perseguido por alguém. O trabalhador fica exposto a situações humilhantes e constrangedoras durante a jornada de trabalho e no exercício de suas funções.

O que se constata é que o assédio moral configura-se com a prática de várias condutas do agressor, através de atos frequentes, que, no cotidiano, podem ser mascarados e, às vezes, invisíveis, sendo impossível fixar o número de atos num espaço de tempo determinado.

O assédio moral somente se caracteriza pela reiteração de atos, já que, um mero ato isolado, não irá caracterizar assédio moral.

Martins, ademais, vai ponderar que a periodicidade da prática do assédio pode variar no tempo de no espaço, como se assevera:

A constância do assédio moral não está vinculada a um período exato, pois pode ser diária, semanal, quinzenal. Vai depender de cada caso a ser examinado. Dependendo do caso, se fosse observado o prazo rígido para a configuração do assédio moral, poderiam ser tratadas duas hipóteses iguais de forma diferente e não seriam punidos os culpados. (MARTINS, 2015, p. 20).

A conduta, nesta linha de pensamento, não precisa ser prolongada, eis que o assédio moral pode se caracterizar pela prática de algumas ações ou omissões. A tendência é que ocorra uma constante progressão do assédio moral e dele se prolongar no tempo.

Não há o que se confundir assédio moral e assédio sexual.

Martins (2015, pg. 22) pontua que “o assédio sexual visa obter vantagens sexuais da vítima, mediante chantagem ou sedução, é tipificado como crime no código penal, art. 216-A.” por sua vez, o assédio moral não tem tipificação penal, e tem como objetivo principal destruir a vítima, mediante pressões psicológicas reiteradas, objetivando que o empregado saia da empresa.

A diferença entre as duas modalidades reside na esfera do interesse tutelados, já que o assédio sexual atenta contra a liberdade sexual do indivíduo, enquanto o assédio moral fere a dignidade do ser humano.

Para que se configure o assédio moral são necessários alguns requisitos, sendo apontados os seguintes: conduta abusiva, ação repetida, postura ofensiva a pessoa, agressão psicológica, finalidade de exclusão do indivíduo e dano psíquico emocional.

Quanto aos sujeitos do assédio moral, podem ser: sujeito ativo e sujeito passivo.

O sujeito ativo pode ser um empregado, o chefe, o gerente, o diretor da empresa, o dono da empresa; o sujeito passivo, ou seja, a vítima do assédio moral, é um empregado da empresa, pode ser um superior hierárquico, como um chefe, um gerente, sendo que o assédio moral na relação de trabalho não é praticado contra pessoas que não pertencem à empresa, como por exemplo, o cliente. (MARTINS, 201.)

Levando em consideração o fato de que o assédio moral afeta diretamente a honra e a imagem do trabalhador, pode ter, como uma consequência bem contundente, o direito à reparação por abalo moral. Martins, neste ponto, pontua:

O assédio pode ter como consequência o dano moral. Na verdade isso representa o resultado do assédio, que é o pagamento de indenização por dano moral. A indenização deve ser fixada de forma proporcional ao agravo sofrido, de acordo com o que se depreende no parágrafo único do art. 944 do Código Civil. (MARTINS, 2015, pg. 66).

Nessa linha, também é o que entendimento de Alkimin:

[...] o empregado que incidir na prática do assédio moral cometerá ato ilícito e, conseqüentemente, deverá ser responsabilizado diretamente pelos danos morais e

materiais, sem prejuízo da responsabilidade indireta do empregador pelos atos de seus empregados e prepostos [...] (ALKIMIN, 2005, pg. 107).

Cite-se, à título de exemplo, decisão do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região que reconheceu o direito à indenização por danos morais:

DANO MORAL. CANTO MOTIVACIONAL (CHEERS). ASSÉDIO MORAL PROVADO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. Demonstrada a violação aos direitos personalíssimos do empregado, decorrente de atos que conformam assédio moral - consistente em obrigatoriedade de participação do empregado na entoação do cântico cheers, quando também o empregado deveria dançar e rebolar -, deve o empregador pagar indenização por dano moral, nos termos do art. 5º, V e X, da CF, bem assim nos arts. 186 e 927 do CC. JUSTIÇA DO TRABALHO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO PROCESSO nº 0020022-19.2014.5.04.0304 (RO) RECORRENTE: OMAR JOSE DOS SANTOS RECORRIDO: WMS SUPERMERCADOS DO BRASIL LTDA.RELATOR: JOAO PAULO LUCENA.

Não é demais salientar que várias outras consequências podem decorrer da conduta assediante, dentre as quais a perda do emprego, as despesas com tratamento médico e psicológico, danos morais por violação a honra, a boa fama, a autoestima e a saúde psíquica e física da vítima.

Por tudo isso, é imprescindível que a sociedade atente para as práticas de assédio moral feitas na relação de emprego, já que os efeitos produzidos podem ser nefastos, especialmente para o empregado, para a empresa e para o Poder Público.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Portanto, o empregador que pretende ter boa relação com seus empregados deve proporcionar um bom ambiente de trabalho, não podendo permitir que se pratique assédio moral no trabalho. A prática do assédio moral prejudica à todos, razão pela qual medidas a serem tomadas por todos os atores deste processo devem combater a prática de assédio moral na relação de emprego.

REFERÊNCIAS

ALKMIN, Maria Aparecida. **Assédio Moral na Relação de Emprego**. Curitiba: Juruá, 2005.

LAROUSSE. **Dicionário Larousse da Língua Portuguesa**. 1 ed. São Paulo. Larousse do Brasil. 2005.

LIMA, Jhêssica Laura Alves de. **O assédio moral nas relações de trabalho como agente violador dos direitos humanos**. Disponível em:

<http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10411> Acesso em 18 nov. 2015

MARTINS, Sergio Pinto. **Assédio Moral no Emprego**. 4 ed. São Paulo. Atlas, 2015.

NASCIMENTO, Sônia Aparecida Mascaro. **Assédio moral no ambiente de trabalho**. Revista LTr, 68, agosto de 2004, pg. 922-930.

STEPHAN, Cláudia Coutinho. **O principio constitucional da dignidade humana e o assédio moral no direito do trabalho de Portugal e do Brasil**. São Paulo. LTr. 2013.

VITÓRIAS, Jailson Reis. **O assédio moral no trabalho**. Acesso em 19-10-2015. Disponível em: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=2283&idAreaSel=8&seeArt=yes>>

A FOSFOETANOLAMINA, A CURA DO CÂNCER E O DIREITO À VIDA

Gustavo Sabedot¹
Patricia Luzia Stieven²

INTRODUÇÃO

O tema escolhido se justifica em razão da recente notícia de uma substância desenvolvida no Brasil capaz de curar o câncer. Ocorre, porém, que a fórmula não teve testes em seres humanos. Interessa-nos, portanto, analisar, de maneira perfunctória, os impactos que descobertas como esta geram no cotidiano jurídico.

O presente trabalho adota como metodologia a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial com o objetivo de demonstrar ao leitor o que acontece no direito, a níveis nacional e internacional em casos como o da fosfoetanolamina.

RESULTADOS E DISCUSSÕES

Há algum tempo é possível visualizar em redes sociais postagens atinentes a um novo ‘medicamento’, capaz de erradicar o câncer do corpo de pacientes que se encontram acometidos pela patologia. A novidade gerou certa polêmica entre muitos usuários e, entre as questões suscitadas pelos desfavoráveis é até onde se deve ir na busca da cura para uma doença.

Na televisão, inclusive, inúmeros telejornais fizeram reportagens alusivas à descoberta, realizada por um professor de química aposentado do IQSC - Instituto de Química de São Carlos, na USP (GLOBO, 2015). O Fantástico de 18 de outubro do corrente ano, por exemplo, veiculou uma entrevista com o renomado Drauzio Varella abordando o tema. O médico falou sobre as consequências da distribuição, ainda que não gratuita, de medicamentos sem testes feitos em seres humanos. Um profissional oncologista relevou que, de 2008 até agora, cerca de vinte de seus pacientes fizeram uso da fosfoetanolamina sem que apresentassem efeito positivo relevante à melhora ou cura da doença. Varella salientou, ainda, que existem inúmeros tratamentos, ‘eficazes’, disponibilizados pelo Sistema Único de Saúde de forma gratuita.

Uma paciente do estado de São Paulo viu suspensa a tutela antecipada que lhe concedia o recebimento do fármaco pela presidência do TJSP. Entretanto, em medida cautelar destinada ao

¹ Autor/Comunicador. Acadêmico do VIII Semestre do Curso de Direito, URI – Câmpus Frederico Westphalen

² Orientadora. Pesquisadora em Direitos Fundamentais Cíveis e Biodireito. Mestranda em Direitos Fundamentais (Unoesc/Chapecó-SC). Especialista em Função Social do Direito (Unisul/Tubarão-SC). Professora Universitária na URI/FW. Advogada.

STF, teve a suspensão daquela decisão decretada pelo Supremo, garantindo-lhe o fornecimento da droga (PET 5828 MC / SP).

A peticionante sustenta estar em fase terminal de câncer e, diante da ineficácia de todos os procedimentos médicos recomendados, foi-lhe indicada, por meio de laudo, a utilização do medicamento fornecido pela USP, a fim de suavizar os sintomas.

No entendimento do ministro Edson Fachin, o caso apresenta urgência e plausibilidade jurídica, justificando a concessão da liminar. O fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa aguarda pronunciamento do Pretório Excelso em processo com repercussão geral reconhecida, o que garante plausibilidade jurídica à tese suscitada no pedido. Para o ministro, [...] a ausência de registro, no entanto, não implica, necessariamente, lesão à ordem pública (STF, 2015).

O Tribunal de Nuremberg já possuía precedentes relacionados às descobertas da ciência no campo da saúde e a dignidade da pessoa humana, decorrentes das experiências alemãs com as barbáries do período nazista. No Brasil, a Constituição Federal de 1988 trouxe a saúde como direito fundamental, insculpida como direito social, pelo artigo 6º do texto legal.

O Conselho Nacional de Saúde editou em 1996 a Resolução n. 196, revogada posteriormente pela Resolução CNS 466/2012, padronizando condutas, a fim de resguardar a liberdade, a saúde, o bem-estar e os direitos dos participantes de experiências científicas.

A problemática é profunda, questões como a morosidade sem justificativas plausíveis na realização dos testes do fosfoetanolamina que, segundo o cientista responsável pelo seu desenvolvimento, já poderia ter se dado há muito tempo, os escassos recursos das pesquisas no âmbito da biotecnologia no Brasil e a demora na análise e liberação de medicamentos no Brasil, levando-se em conta os procedimentos de outros países, como Alemanha e Estados Unidos.

Celeumas psicológicas, físicas e de bem comum também permeiam o assunto, no caso em pauta, por exemplo, o magistrado deve analisar o pedido de várias formas. Hipóteses, chances de cura, de piora, de melhora, de efeitos colaterais irreversíveis, mas o operador do direito é, na massiva maioria das vezes, leigo em questões relacionadas à saúde (MALUF, 2013).

Daí decorre o que o biodireito denomina de princípio do consentimento livre e esclarecido. Para alguns especialistas, “a obtenção do consentimento do paciente após a informação médica resulta de seu direito de autodeterminação, ou seja, de tomar decisões relativas à sua vida, à sua saúde e à sua integridade físico-psíquica, recusando ou consentindo propostas de caráter preventivo, diagnóstico ou terapêutico” (DIAS, 2014, p. 808).

Muitos pacientes, diante do diagnóstico, buscam de todo o jeito uma forma de cura. O que deixa-os, de certa forma, vulneráveis à medicina. Benefícios e riscos se equiparam, se

levarmos em conta o quão devastadora é a doença, a necessidade de tratamentos específicos e a falta de informações que possibilitem uma decisão totalmente consciente.

Então, pelo olhar de cientista, e em termos estatísticos, verifica-se que os riscos são maiores dos que os benefícios. Especialmente, se observarmos a complexidade da doença que requer tratamentos cada vez individualizados, as inúmeras falsas promessas de cura, a vulnerabilidade e falta de informação que permita ao paciente fazer uma escolha consciente e a suposta falta de segurança no uso dessa droga. Por outro lado, a quimioterapia, um dos meios de cura mais utilizados no meio oncológico, deturpa a qualidade de vida de quem faz seu uso, deixando o paciente numa espécie de sobrevida, com os efeitos que muitos de nós conhecemos.

Portanto, analisando o tema a partir da presente pesquisa, acredita-se que, se ao fazer uso da fórmula, existissem chances de dilatar, mesmo que pouco, mas qualitativamente, o tempo de vida do paciente, indubitavelmente, a família buscaria usar essa droga. Na pior das hipóteses, as consequências seriam as mesmas de outros tratamentos.

CONCLUSÕES

Diante disso, fica-nos patente a necessidade de mudança nos critérios de pesquisa e estudo em seres humanos, respeitando a vontade de quem busca submeter-se às novas descobertas. Ainda que os efeitos não correspondam às expectativas, além de se estar contribuindo para os estudos, dar-se-á ao paciente mais uma ‘chance de sobrevivência’, que talvez lhe seja de fundamental importância buscar.

Procurar a orientação médica devida, hábil a proporcionar uma escolha consciente, aliada a atitudes responsáveis dos juristas, pode atenuar os riscos e auxiliar às pessoas para que tenham uma vida digna e resguardados seus direitos prementes.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Resolução n. 196, de 10 de outubro de 1996. Aprova diretrizes e normas regulamentadoras de pesquisas envolvendo seres humanos. Disponível em: <http://www.conselho.saude.gov.br/web_comissoes/conep/aquivos/resolucoes/23_out_verso_final_196_ENCEP2012.pdf>. Acesso em: 20 out. 2015.

BRASIL. Resolução n. 466, de 12 de dezembro de 2012. Altera a resolução 196/96. Disponível em: <<http://www.onselho.saude.gov.br/resolucoes/2012/Reso466.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medica cautelar. Edson Fachin. Brasília, 6 de outubro de 2015. Disponível em: <http://cdn2.jota.info/wp-content/uploads/2015/10/texto_307894475-2.pdf>. Acesso em: 20 out. 2015

DIAS, Maria Berenice. **O estado atual do biodireito**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 808. Liminar garante a uma paciente fornecimento de substância pela USP-São Carlos. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=301441&caixaBusca=N>>. Acesso em: 20 out. 2015

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 64.

Relatos de cura não provam eficácia da FOSFOETANOLAMINA, alertam médicos. Disponível em: <<http://g1.globo.com/bemestar/noticia/2015/10/relatos-de-cura-nao-provam-eficacia-da-fosfoetanolamina-alertam-medicos.html>>. Acesso em: 20 out. 2015

A ORIENTAÇÃO JURÍDICA AO MENOR INFRATOR ACERCA DO ATO INFRACIONAL

Andressa de Vargas Barbosa¹

Tiago Galli²

Resumo: Desde os tempos mais remotos, a responsabilização do menor infrator vem sendo um assunto de muita polêmica e discussão. Depois de sofrer grandes alterações a responsabilização do infrator, atualmente é por meio de medidas socioeducativas, medidas essas trazidas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Para garantir os direitos do menor infrator, estão dispostas no Estatuto da Criança e do Adolescente várias garantias processuais, sendo uma delas o direito a orientação jurídica, assegurando assim a ampla defesa.

Palavras-chave: Ato infracional. Orientação Jurídica. Remissão.

INTRODUÇÃO

O presente resumo trata dos direitos do menor infrator relacionados a apuração do ato infracional, mais precisamente a respeito da orientação jurídica que a ele é assegurada pelo ECA, e que na maioria das vezes nas audiências de remissão essa orientação não acontece.

Abrange-se no contexto do tema, os direitos do menor infrator trazidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, aspectos importantes do instituto da remissão, bem como a vulnerabilidade do menor diante deste, e a necessidade de ter uma orientação técnica jurídica. A partir do resumo aqui apresentado analisar-se-á a efetivação do direito de orientação jurídica ao menor infrator, possibilitando a ele o direito constitucional à ampla defesa.

1 ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE LEI 8.069/99

Em um processo iniciado com a Constituição Federal, o Estatuto da Criança e do Adolescente foi um grande marco para a consolidação dos direitos das crianças e adolescentes no Brasil, surgindo em 13 de julho de 1990 trouxe uma nova condição aos menores, que antes de sua criação eram considerados objetos de proteção, e nada mais, além disso. Depois de 1990, as crianças e os adolescentes são considerados sujeitos de direito, assim como todos.

¹ Acadêmica do Curso de Direito, URI – Câmpus de Frederico Westphalen. E-mail: andressa.vargas.barbosa@gmail.com

² Graduado em Direito pela Universidade Regional Integrada – Câmpus de Frederico Westphalen, Especialista em Direito Público pela Escola Superior do Ministério Público – RS, professor do Curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, Câmpus de Frederico Westphalen-RS.

Conforme o art.3º do ECA, a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais.

Art.3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.³

Dos direitos fundamentais assegurados na Constituição Federal, os mais relevantes e que são de pleno direito dos menores infratores é o devido processo legal, expresso no art.5º, LIV CF, e art. 110 do ECA, e a ampla defesa descrita também no art.5º,LV, da Constituição, e presumida no art. 111, II, do ECA, que diz que ao adolescente é assegurado a igualdade na relação processual, e que pode confrontar-se com e vítimas e testemunhas e ainda produzir todas as provas que achar necessário para a sua defesa.

Todas as garantias processuais que são asseguradas aos adultos devem ser estendidas aos adolescentes. Pela condição de pessoa em desenvolvimento as crianças e adolescentes merecem um tratamento diferenciado, é o que ressalta Luciano Alves Rossato:

As crianças são titulares de direitos humanos, como quaisquer pessoas. Aliás, em razão de sua condição de pessoa em desenvolvimento, fazem jus a um tratamento diferenciado, sendo correto afirmar, então, que são possuidoras de mais direitos que os próprios adultos.⁴

Diante dos adultos os adolescentes são muito mais vulneráveis, por isso seria contraditório terem direitos inferiores aos destes. Se ao adulto é assegurada a orientação jurídica, não tem motivos para que o menor infrator não tenha esse direito efetivado, já que é portador de vulnerabilidade e de menos condição de defesa.

2 O INSTITUTO DA REMISSÃO E A VULNERABILIDADE DO MENOR

Previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente no art.126 o Instituto da Remissão, é uma forma de exclusão do processo. Tem por finalidade agilizar a apuração do ato infracional. Segundo João Batista Costa Saraiva, “a concessão da remissão importará na adoção de

³ ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 337.

⁴ ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 49.

procedimento diferenciado daquele ordinariamente previsto para a apuração dos atos infracionais”. (SARAIVA, João Batista Costa).

Como já mencionado, a vulnerabilidade dos adolescentes diante dos adultos é bem maior, por isso merecem tratamento diferenciado quanto a apuração do ato infracional. Muitos dos adolescentes que passam pela audiência de remissão não sabem sequer o que significa, é daí que vem a importância da assistência técnica jurídica aos menores infratores.

O art.126 do ECA prevê assim a remissão:

Art.126. Antes de iniciado o procedimento judicial para a apuração de ato infracional, o representante do Ministério Público poderá conceder a remissão, como forma de exclusão do processo, atendendo às circunstâncias e consequências do fato, ao contexto social, bem como a personalidade do adolescente e sua maior ou menor participação no ato infracional.⁵

Há na remissão a possibilidade do perdão puro e simples, essa espécie de remissão é denominada pela doutrina de remissão própria. Já quando houver o perdão cumulado com medida socioeducativa será a remissão imprópria.

Assim, na audiência de remissão será oferecido ao menor uma medida socioeducativa, que ele poderá ou não aceitar, caso não consentir com a medida o processo terá andamento. No caso de aceitação da medida socioeducativa, o menor irá cumprir aquela designada a ele conforme a gravidade do ato e sua maior ou menor participação, e o processo estará suspenso.

A remissão não implica na comprovação da responsabilidade do menor, e nem gera antecedentes, conforme art.127 do ECA:

Art.127. A remissão não implica necessariamente o reconhecimento ou comprovação da responsabilidade, nem prevalece para efeito de antecedentes, podendo incluir eventualmente a aplicação de qualquer das medidas previstas em lei, exceto a colocação em regime de semiliberdade e a internação.⁶

As medidas mencionadas no artigo acima estão previstas no art.112 do ECA:

Art.112. Verificada a prática do ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas:

- I – Advertência;
- II – Obrigação de reparar o dano;
- III – Prestação de serviços à comunidade;
- IV – Liberdade assistida;
- V – Inserção de regime em semiliberdade;
- VI – Internação em estabelecimento educacional;

⁵ ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 379.

⁶ ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 379.

Para a aplicação de uma dessas medidas, será levado em conta capacidade do menor de cumprir a medida a ele designada, as circunstâncias e a gravidade do ato infracional cometido. Em sede de remissão, não podem ser aplicadas medidas que importarem em regime de semiliberdade e internação.

Depois de visto os aspectos relevantes da remissão, podemos verificar que são muitas informações importantes, que na maioria das vezes não chegam ao conhecimento do menor por este não ter a assistência jurídica que necessita. Isso faz com que o adolescente por sua condição de vulnerabilidade se sinta constrangido e sem entender com clareza o que lhe será aplicado como punição pela infração que cometeu.

3 O DIREITO A ORIENTAÇÃO JURÍDICA

Na audiência de remissão o menor é acompanhado por seu representante legal, e na maioria das vezes sem a presença de um advogado ou defensor público, o que causa constrangimento e muitas dúvidas ao menor e ao seu responsável, que não sabem o que irá acontecer.

As garantias processuais asseguradas aos adolescentes são concentradas no princípio constitucional do Devido Processo Legal. O Estatuto da Criança e do Adolescente traz essas garantias expressas em seu art.111, I a VI, e entre elas a garantia de defesa técnica por advogado (art.111, III ECA). Porém muitas vezes esse direito não é efetivado. Em muitas audiências a garantia de defesa técnica ao menor infrator não acontece gerando a ele grande constrangimento.

Esse direito à orientação jurídica também está previsto no art.40 da Convenção dos Direitos da Criança da ONU, que assegura assistência jurídica integral.

A pessoa adulta tem muitas dúvidas e certo receio quando se trata de processo judicial, e por isso tem todas as garantias que precisa para sanar essas dúvidas e se sentir mais segura, principalmente quando está calcada de assistência de um advogado ou defensor. Analisando isso se questiona, e o menor, será que não tem dúvidas nem receio algum? Pelo contrário, se tratando de menor a vulnerabilidade diante de um processo judicial ou do Instituto da Remissão é bem maior, e a ele é assegurado, como já visto, as mesmas garantias de um adulto, com uma diferença, a orientação jurídica ao menor na maioria das vezes não se efetiva.

⁷ ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 344.

Dentro das atribuições do Ministério Público está o dever de zelar pela sociedade e pela criança e o adolescente. O art. 201, VIII do ECA, diz que é competência do Ministério Público zelar pelo efetivo respeito aos direitos e garantias legais asseguradas às crianças e adolescentes. Garantir que o adolescente esteja na presença de um advogado ao aceitar a ou não remissão, é uma maneira de assegurar a efetivação de seus direitos, sendo assim um dever do Ministério Público.

O menor que pratica o ato infracional, muitas vezes nem sabe que punição receberá por isso, e muito menos que a ele será oferecido a remissão, sequer sabe o que significa isto, é nesse momento que a orientação jurídica é de suma importância, tão importante que aplicada a medida socioeducativa sem a presença de um defensor, o processo será nulo, conforme demonstra decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul- TJ/RS, em 11 de abril de 2013:

APELAÇÃO CÍVEL. ATO INFRACIONAL. INJÚRIA. NULIDADE DO PROCEDIMENTO. **AUSÊNCIA DE DEFESA TÉCNICA NA AUDIÊNCIA DE APRESENTAÇÃO**. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DA AMPLA DEFESA. DESCONSTITUIÇÃO DA SENTENÇA. É nulo o procedimento à apuração de ato infracional quando o adolescente comparece na audiência de apresentação sem defensor e a autoridade judiciária não lhe nomeia um substituto, ainda que provisoriamente e ainda que somente para representá-lo neste ato judicial. Violação aos princípios do devido processo legal e da ampla defesa. Inteligência do art. 227, § 3º, IV, da CF, e dos arts. 111, III, 184, § 1º, e 207, do ECA. PRELIMINAR ACOLHIDA. SENTENÇA DESCONSTITUÍDA. EXAME DO APELO PREJUDICADO.

Oferecida a representação o magistrado deverá garantir que o menor tenha a oportunidade de entrevistar-se com seu defensor, pois nenhum adolescente a quem se atribuir prática de ato infracional, ainda que ausente ou foragido será processado sem assistência e orientação jurídica, conforme art.207 do ECA.

A ampla defesa é um dos direitos constitucionais mais importantes do ser humano, é o direito de se defender de todas as maneiras legais que tiver ao seu alcance, e não pode ser privado de sua liberdade sem o devido processo legal, outro direito previsto pela Constituição Federal, por isso permitir que o menor compareça a audiência de remissão sem defesa técnica, ou deixar o mesmo sem ter acesso ao seu defensor antes de ser ouvido é agir contra a Lei maior, já que estamos falando de princípios constitucionais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A evolução dos direitos dos menores foi de imensa proporção, pois aqueles que antes eram tratados apenas como objetos de proteção, hoje são sujeitos de direitos. A Constituição

Federal não faz distinção entre menor e adulto quando fala que todos somos iguais perante a lei, e inclusive menciona que não há distinção de natureza alguma, sendo, assim todos os direitos destinados aos adultos principalmente as garantias processuais também são assegurados aos menores, essas garantias devem ser efetivadas, pois não basta o direito escrito, tem que ser praticado, efetivo.

A defesa técnica por advogado assegurada ao menor infrator, é um grande avanço aos direitos dos adolescentes trazidos pelo ECA. O adolescente sem assistência jurídica sente-se desolado, perdido, afinal não tem nenhuma orientação, nem explicação de que espécie de punição irá receber pelo ato infracional praticado. Não importa a gravidade da infração cometida, é um direito do menor poder tirar suas dúvidas, ser acompanhado e orientado por um advogado.

Estamos vivendo em um momento de grande debate sobre a diminuição da maioridade penal, seria também o momento para debatermos todos esses aspectos importantes a respeito do menor infrator, aqui abordados, e mais que um debate é necessário fazer com que os direitos assegurados ao menor sejam realmente exercidos por ele.

REFERÊNCIAS

Apelação Cível Nº 70053456455, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 11/04/2013. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site/jurisprudencia/pesquisa_jurisprudencia/>. Acesso em: 22 out. 2015.

Do amparo legal ao menor infrator. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index/php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8731>. Acesso em: 18 out. 2015.

ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SARAIVA, João Batista da Costa. **Adolescente e Ato Infracional: Garantias processuais e medidas socioeducativas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – Jurisprudência

MEDIAÇÃO FAMILIAR: ESTRATÉGIA INIBITÓRIA DA ALIENAÇÃO PARENTAL

Tânia Letícia Beneti¹
Cláudia Cinara Locateli²

Resumo: O tema que permeia a presente pesquisa fundamenta-se na mediação familiar como equivalente jurisdicional capaz de auxiliar na resolução dos conflitos e inibir os atos de alienação parental. A adoção da guarda unilateral nas dissoluções da sociedade conjugal litigiosa, muito comum no país, gera um ambiente propício para que o guardião alienador utilize o filho como meio de vingança, alienando-o, de modo a afastá-lo do genitor que detém o direito de visitas. A alienação parental, comum no Brasil, foi regulamentada pela Lei nº 12.318/10 e prevê sanções com escopo de inibir ações ou omissões dos guardiões, protegendo as crianças e adolescentes nos seus direitos fundamentais, de modo a impedir o desenvolvimento da síndrome de alienação parental. A mediação familiar extrajudicial proporciona um ambiente adequado ao diálogo, possibilita o acordo, de modo a amenizar os sentimentos de revolta e vingança, de modo a preservar a integridade psíquico-física dos infantes, garantir e efetivar os princípios da dignidade humana, solidariedade, afeto e cuidado.

Palavras-chave: Mediação Familiar. Alienação Parental. Síndrome da Alienação Parental.

INTRODUÇÃO

Historicamente inúmeras e significativas modificações ocorreram no âmbito protetivo da família. Inicialmente foram conquistados diversos direitos, tais como a igualdade entre os filhos havidos na relação conjugal e os fora desta, reconheceu-se a união estável e garantiu-se a isonomia entre os cônjuges. Estas mudanças legislativas democratizaram as relações familiares, permitiram maior autonomia das famílias brasileiras e maiores responsabilidades.

Ademais, a formação e dissolução das famílias tornaram-se acessíveis e corriqueiras, após a consagração dos anseios sociais. A Lei do Divórcio, Lei n.6.515/77, e a Emenda Constitucional n. 66/2010, tornaram mais célere o procedimento do término da sociedade conjugal, em especial, pela extinção do lapso temporal, fato que impulsionou a regularização e configuração de novas relações afetivas.

Contudo, observa-se que o relacionamento terminado sem diálogo e maturidade pode provocar no genitor que detém a custódia, sentimentos de traição, de desejo de vingança, de abandono, de rejeição, de perda e inconformismo. Diante desta situação o filho pode ser utilizado como uma alternativa com que é feita uma espécie de autotutela, pela qual o genitor busca vingar o mal que lhe foi causado e que julga ser injusto, sem pensar nas consequências para a criança.

¹ Acadêmica de Direito/Unoesc – Chapecó. Email: tania.beneti@hotmail.com

² Docente na Unoesc. Mestre em Direito (UFSC). Email: claudia.locateli@unoesc.edu.br

Por este viés é notável que o progenitor alienante busca chantagear o outro, em nome do convívio com o infante, até que a criança não tenha o necessário discernimento para diferenciar o que é verdade do que é mentira, empregando falsas memórias e gerando a alienação parental, a qual demonstra-se repudiada pelas graves violações aos direitos fundamentais psicofísicos e atualmente encontra-se regulamentada na Lei n. 12.318/2010.

Em síntese, para inibir os atos de alienação parental a mediação familiar pode constituir-se em excelente estratégia, permitir o diálogo, a reaproximação, facilitar o acordo de modo a preservar os direitos fundamentais das crianças e adolescentes.

1 METODOLOGIA

Assim, o presente estudo tem como objetivo central analisar as estratégias adotadas pela mediação familiar como meio inibitório da alienação parental. Para atingir a pretensão a presente pesquisa adota o estudo bibliográfico, que segundo Strieder (2009, p. 48) é “elaborada a partir de material já publicado”, que será desenvolvido a partir da leitura e reflexão de textos publicados em livros, documentos eletrônicos, normas e artigos, com a finalidade de esclarecer, descrever e explicar o tema proposto. O tema será abordado na perspectiva hipotético-dedutiva, pois, segundo Strieder (2009, p. 44) “sua proposição é que, a partir de hipóteses formuladas, seja deduzida a solução do problema”. Ainda terá um tratamento qualitativo, preocupando-se com descrição e explicação do fenômeno.

Conforme Strieder (2009, p. 45):

[..] A pesquisa qualitativa caracteriza-se por considerar o ambiente natural como fonte de dados, tendo o pesquisador como instrumento fundamental. Por caráter descritivo, tem como preocupação maior captar o significado que as pessoas atribuem aos fenômenos e à sua vida, portanto, estuda e reflete os valores, as crenças, as opiniões, as atitudes, as aspirações e as representações dos sujeitos.

Assim, este estudo será do tipo exploratório-descritivo-explicativo, tendo como finalidade uma explicação teórico-científica, para o problema em análise.

2 RESULTADOS PARCIAIS

Com a união de duas pessoas, metas e objetivos são traçados, pois as pessoas necessitam de uma motivação que as faça ir mais alcançar e conseguir o que almejam. Assim, ter um relacionamento saudável e buscar o parceiro ideal passa também a ser uma motivação, a partir disso surge uma família, e assim pode surgir a prole.

Em consequência, com o término desta união, o qual muitas vezes é litigioso as partes esquecem de que a união gerou um ser dotado de direito. Muito genitores na dissolução litigiosa utiliza o filho como objeto de vingança, pratica-se a partir daí o a atos de alienação parental.

A alienação constitui-se na lavagem cerebral feita por um dos cônjuges, ou avós, para comprometer a imagem do outro genitor e afastá-lo do direito à convivência do outro (DINIZ, 2011, p. 462).

Para mitigar os atos de alienação parental, a Lei Lei nº 12.318/10 prevê que, nos atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso: a) declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador; b) ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado; c) estipular multa ao alienador; c) determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial; d) determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão; e) determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente; f) declarar a suspensão da autoridade parental. As sanções previstas na lei serão impostas pelo magistrado quando os atos de alienação foram comprovados em via judicial, momento em que os direitos já se encontram violados e podem ter gerado as consequências danosas, a síndrome de alienação parental. (DUARTE, 2010)

Há comprovação científica de que os atos de alienação parental geram depressão crônica, ansiedade, nervosismo sem razões, transtornos bipolar, sentimento de rejeição, isolamento, comportamentos agressivos, propensão aos vícios de álcool e drogas, dificuldades de se relacionar com outras pessoas, sentimento de culpa, todos geram danos de difícil superação (MENDES, 2014). Essas consequências maléficas, comprovadas por diagnósticos, constituem-se na denominada síndrome de alienação parental que viola de forma grave os direitos fundamentais.

Assim, nos termos conflituosos das relações afetivas, visando priorizar os direito e interesses dos filhos menores, a mediação familiar pode ser utilizada como meio pacificador, de compreensão, diálogo, evitando dissabores e danos futuros. Nas sessões de mediação familiar, pode-se utilizar estratégias capazes de priorizar, por meio do consenso, os interesses dos filhos, evitando os atos e a síndrome de alienação parental (ALVES, 2014) e preservando integridade psíquica e física dos envolvidos.

Pautado, por fim, na ajuda de psicólogos, mediadores e com a consciência de que o término também pode ser consensual a medição facilita a retomada do diálogo de forma a auxiliar

no crescimento e desenvolvimento saudáveis dos filhos. A mediação familiar constitui-se na medida mais adequada, efetiva, pois mitiga os atos de alienação, preserva interesses e direitos fundamentais das crianças e adolescentes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As dissoluções dos vínculos afetivos podem ter péssimos desfechos, situações em que a prole na maioria das vezes fica desamparada. O genitor inconformado e perturbado com o término do relacionamento induz o filho a ter alguns pensamentos não verídicos, de modo a aliená-lo, aplicando as falsas memórias, causando a morte simbólica do genitor ausente.

Os atos de alienação parental ofendem o direito à convivência familiar, a integridade psíquica, fato que pode gerar uma doença, a síndrome de alienação parental. As medidas adotadas pela legislação não são capazes de inibir os atos, eis que a multa, a alteração guarda, entre outros, apenas serão aplicados se houver indício de alienação, fato que pode ser tarde, pois a síndrome pode ter se instalado.

A mediação familiar antecede os atos de alienação parental, evita-os, permite compreender o término da relação, adotar o consentimento, compreender a necessidade do cuidado com os infantes.

O mediador, com as adequadas estratégias da mediação familiar nas sessões, pode contribuir com a retomada do diálogo, preservar os interesses das crianças e adolescentes, afastar os malefícios que geram os atos de alienação parental, garantir e efetivar a dignidade humana, o afeto, cuidado e proteção.

BIBLIOGRAFIA

ALVES, Iasmine Caron. **A mediação Judicial e o papel de cada um nos conflitos familiares decorrentes da alienação parental**. Porto Alegre: IBDFAM/RS, 2014.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

DUARTE, Marcos. **Alienação Parental: restituição Internacional de crianças e abuso do direito de guarda**. 1 ed. Fortaleza: Leis&Letras, 2010.

MENDES, Modesto Delmar do Rio. **O Iceberg da Alienação Parental**. Porto Alegre: IBDFAM/RS, 2014

STRIEDER, Roque. **Diretrizes para elaboração de projetos de pesquisa**. Metodologia do trabalho científico. Caderno 3, Joaçaba: Editora Unoesc, 2009.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

A DELAÇÃO PREMIADA SOB O ASPECTO DA ÉTICA

Bruna Camargo Manfio¹

Débora Almerinda Silva Espanhol²

Renata Egert³

Resumo: O presente resumo tem por objetivo analisar a Delação Premiada, as correntes críticas e defensoras desse mecanismo, muito utilizado atualmente pela justiça brasileira para dismantlar quadrilhas, conseguindo informações privilegiadas para solucionar crimes. Porém um questionamento muito frequente a cerca da colaboração premiada, é sua relação com a ética, já que o delator trai quem o auxiliou, e também analisando a forma usada pela justiça para obter informações. Com isso busca-se tomar conhecimento das diversas correntes para então concluir se a colaboração premiada é realmente benéfica ou não para o ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Colaboração Premiada. Ética. Mecanismo Jurídico. Sociedade.

INTRODUÇÃO

O mecanismo jurídico da delação premiada, presente no ordenamento brasileiro desde 1990 pela lei nº 8.072, em seu art. 8º diz que “*será de três a seis anos de reclusão a pena prevista no art. 288 do Código Penal, quando se tratar de crimes hediondos, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo*”, e em seu parágrafo único que, “*o participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços.*” Mesmo muito utilizado, é alvo de várias críticas atualmente. Algumas dessas críticas acontecem quando esse mecanismo é analisado sob o aspecto da ética, visto que, é questionada a real legalidade das informações obtidas através dele e também a conduta e os princípios do indivíduo que aceita colaborar com a justiça, mas “trai” quem o auxiliou.

DESENVOLVIMENTO

Porém, mesmo citado no ordenamento há 25 anos pelo art. 8º da lei nº 8.072, a delação premiada só foi detalhada de forma mais clara ao intérprete do direito em 2013, com a lei nº 12.850, que passou a chamá-la de colaboração premiada. Esse instituto deve servir como auxílio à resolução de um delito, portanto, não basta que o acusado confesse a participação, os detalhes da atividade criminosa e os comparsas, pois os benefícios da colaboração só lhe serão dados se de fato contribuírem para a solução do caso.

¹ Acadêmica do Curso de Direito da URI – Câmpus de Frederico Westphalen, RS.

² Acadêmica do Curso de Direito da URI – Câmpus de Frederico Westphalen, RS.

³ Professora do Curso de Direito da URI – Câmpus de Frederico Westphalen, RS.

Ocorrem muitas críticas, pois se acredita que essa maneira de “investigação” fere os direitos fundamentais previstos em longa escala pela Constituição Federal de 1988, o direito de ficar calado, de só se pronunciar em juízo e também não atenderia a preceitos morais por ser baseado na traição, mentira e deslealdade, por parte do delator com aqueles a quem anteriormente defendia e assim, o Estado estaria usando meios imorais para a condenação de acusados. A legislação infraconstitucional a cerca desse tema permite ainda muita interpretação para aplicação, e juízes e intérpretes das leis ainda passam a fazer as vezes de legisladores. Então, como garantir o direito do preso de não produzir provas contra si mesmo, se a própria legislação dependendo do ponto em que é analisada dá espaço para ambiguidade?

Essa ambiguidade está diretamente relacionada à delação premiada, que por esse fator, permite o surgimento de correntes críticas e defensoras desse mecanismo.

Para os críticos esse instituto violaria o princípio da proporcionalidade da pena, pois seriam aplicadas sanções diferentes a pessoas envolvidas no mesmo crime, o que enfraqueceria o trabalho de investigação criminal; também impossibilitaria a função básica do judiciário, que é a de julgar um criminoso apenas pelo crime cometido, pois agora teria um acordo celebrado anteriormente e que não pode ser violado; e além de tudo, a tão importante ética ficaria deixada de lado em diversas situações, já que tanto o judiciário se submeteria a acordos com criminosos, o que deixa falhas em relação aos princípios e valores estudados no decorrer da vida acadêmica, quanto o delator toma atitude de clara traição, com o ato antiético de denunciar os que lhe eram comparsas, mesmo se tratando de criminosos. Por isso existem aqueles que querem mudanças nesse instituto, pedindo que acordos com a colaboração não sejam permitidos nos casos em que o acusado estiver preso cautelarmente, alegando que a simples situação de prisão já traz pressão psicológica e comprometimento da vontade, pois ela deveria visar a negociação de uma pena, e não uma obtenção imediata de liberdade.

Com a importância do auxílio da colaboração hoje para a resolução de crimes, os defensores por outro lado, questionam os argumentos que criticam, já que no ordenamento jurídico, consiste no art. 65, inc. I do Código Penal, uma pena atenuante, portanto não sendo antiético aplicar uma pena menor para o réu que auxiliou o Ministério Público, na resolução do crime; também explicam que o trabalho investigatório da polícia não ficaria enfraquecido, pois é preciso analisar o testemunho do delator sob todos os aspectos possíveis, para ter a certeza de que o que foi dito é verdade, e assim buscar mais provas. Isso apenas abriria caminhos e deixaria a investigação mais rápida, pois ela já teria um leque mais restrito de opções a serem seguidas do que se começasse do zero; defendem ainda que debates relacionados à ética, traição ou moral são inconcebíveis em face de tal situação: de quem optou pelo mundo do litígio. Ao fazer essa opção,

qualquer criminoso deixou para trás valores da sociedade, não merecendo que ela o trate prioritariamente com eles; além do mais, de acordo com a legislação a cerca desse assunto de 2013, não seria a delação de comparsas o motivador da premiação, mas sim, a contribuição que o réu realiza com a justiça o motivo atenuante, por isso a iniciativa de que esse instituto jurídico deixasse de ser chamado delação para passar a ser chamado de contribuição, e assim não houvesse a carga pejorativa e negativa que o primeiro substantivo trazia; Defendem ainda que ao réu é facultado a colaboração ou não, e de forma a preservar a segurança jurídica lhe são expostos, de forma clara, por um promotor de justiça ou um delegado ou ambos, com a presença de seu advogado, o que pode lhe favorecer ou prejudicar após a sua escolha.

Nos últimos meses, a colaboração premiada tem sido presença frequente nos noticiários e pautas de conversas dos brasileiros, isso em razão de estar sendo muito utilizada nas investigações da Operação Lava-Jato, que investiga um esquema bilionário de desvio e lavagem de dinheiro envolvendo a Petrobras. Cerca de 30 delatores já auxiliaram nas investigações, que sem esse mecanismo não teriam progredido de forma tão significativa, já que crimes envolvendo política tem o inquérito policial agravado consideravelmente. Delatores já obtiveram seus benefícios, através de prisão domiciliar, principalmente. O que faz com que se retorne ao questionamento, de até onde é válida a delação, que visa apenas o alcance imediato de liberdade ou alternativas à prisão comum, sendo que o criminoso sempre soube à que penalidades estava sujeito a partir do momento que cometeu o ato ilícito.

CONCLUSÃO

Portanto, chegar a um consenso a respeito da Delação Premiada, seus aspectos positivos e negativos em relação à ética não é tarefa fácil, pois esse instituto da Delação Premiada envolve uma troca entre o Estado e o criminoso, cada qual com interesses próprios e diversos, sendo mais correto então, chamá-la de colaboração premiada.

Mesmo alvo de críticas por uma fração da sociedade, quando se fala em traição, ato conceitualmente negativo, quando esse ato resultar em benefício para o coletivo, para o todo, é aceitável e justificado, pois seus efeitos abalam tão somente as condutas condenáveis dos criminosos. Isso tudo, pelo ato delatado ser um crime, e este é mais prejudicial, e sem dúvidas muito mais antiético á sociedade do que a própria traição entre os praticantes do delito, e ao se comparar o mal causado pelo delator a outras pessoas fica claro que quanto à ética vale mais ajudar a reparar um erro, do que continuar cometendo-o. Desta forma, a aplicação do instituto da Colaboração Premiada após análise é justificada, pois é forma eficaz de manutenção da ordem e

paz públicas, e por ajudar a desvendar delitos muito prejudiciais, beneficia o todo social, o bem comum da sociedade e sua harmonia em geral.

REFERÊNCIAS

BORDIN, Laura Beal. Gazeta do povo. 2014.

NETO, Levindo Queiroz. **Jus Brasil**. 2015.

PINTO, Ronaldo Batista. **Crime Organizado** - Comentários À Nova Lei Sobre Crime Organizado. 2015.

SOUZA, Hélio Pereira. Delação Premiada: Aspectos jurídicos e a questão da ética. 2008.

A RESPONSABILIDADE DO ESTADO NO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS

Jesica Francieli Fortes Maschner¹

Cesar Riboli²

Resumo: O presente trabalho tem por objeto o estudo e abordagem do conceito e evolução dos direitos fundamentais, especialmente o direito a saúde e a problemática em se ter tal direito garantido, tendo em vista a negativa do Estado em garantir a sua efetividade, justificando a indisponibilidade e escassez de recursos frente a diversas Demandas, o que não o desobriga, tendo em vista que deve-se levar em conta o princípio da dignidade da pessoa humana. Levando assim o cidadão, para ter seu direito a saúde garantido, pleitear judicialmente, ocasionando assim conflitos de competência no que tange a responsabilidade no fornecimento de medicamentos.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Direito a saúde. Competência.

INTRODUÇÃO

Como será visto adiante, os direitos fundamentais não se limitam a apenas um conceito, mas sim em várias terminologias, e para iniciarmos o presente trabalho, necessário se faz trazer o conceito de direitos fundamentais, especialmente o direito a saúde.

Sobre o conceito de direitos fundamentais conforme leciona Riboli (2012, p. 57), há utilização de termos como direitos humanos, direitos do homem, direitos subjetivos públicos, liberdades publicas, direitos individuais, liberdades fundamentais e direitos humanos fundamentais.

Os direitos fundamentais são aqueles direitos do ser humano reconhecidos internacional e nacionalmente. E nas palavras de Pinho, (2011, p.96), os Direitos fundamentais são os considerados indispensáveis a pessoa humana, necessários para assegurar a todos uma existência digna, livre e igual. Não basta o Estado reconhecer direitos formalmente; deve buscar concretizá-los, incorpora-los no dia a dia dos cidadãos e de seus agentes.

A saúde é um direito fundamental e está garantido na Constituição, sendo de suma importância para todos os indivíduos, sendo resultado da luta dos direitos fundamentais e sua inclusão no ordenamento Jurídico que diariamente batalha pela sua efetividade. O direito fundamental a saúde está protegido por clausula de imutabilidade.

Porém, o entendimento dos Tribunais referente ao fornecimento de medicamento ocorre de formas variadas, haja vista que a responsabilidade no fornecimento destes é solidária entre os

¹ Acadêmica do Curso de Direito Noturno da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e Das Missões – Câmpus de Frederico Westphalen, RS.

² Mestre em Direito, professor do Curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e Das Missões – Câmpus de Frederico Westphalen, RS.

Entes Federados, o que muitas vezes não ocorre, ficando a encargo de apenas um dos Entes arcar com todo fornecimento sozinho, gerando assim muitos conflitos, inviabilizando o sistema publico de saúde, abarrotando o Poder Judiciário e comprometendo finanças publicas, onde o Estado justifica nesse sentido a negativa na efetividade frente a muitas Demandas e escassez de recursos.

DESENVOLVIMENTO

Segundo Ordavgy, o direito à saúde insere-se numa dimensão social, fruto da evolução dos direitos humanos fundamentais e do conceito de cidadania plena. O direito à saúde pode ser considerado o direito humano e social mais importante, de caráter universal, essencial e inafastável, porque umbilicalmente ligado ao direito à vida, o que se percebe por seus antecedentes históricos e pelo alto nível de normatização da matéria no âmbito dos direitos interno e internacional.

A Constituição Federal posicionou o direito à saúde como direito público subjetivo, incumbindo ao Estado a garantia da saúde do cidadão e da coletividade:

Art. 6º da CF - São direitos sociais a educação, a **saúde**, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Art. 196 da CF - A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Convém destacar que nos termos do art. 196 da Constituição, a efetividade do direito a saúde é obrigação solidária de todos os Entes, como leciona Mendes (2014,p.643) o dispositivo deixa claro que, para além do direito fundamental a saúde, há o dever fundamental de prestação de saúde por parte do Estado (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), sendo atribuição comum dos entes da Federação conforme art. 23, II da Constituição:

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

II- cuidar da **saúde** e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

Percebe-se, pois, que a saúde é direito de todos e dever do Estado, sendo sua execução feita diretamente ou através de terceiros. Foram, estabelecidas, ainda, normas relativas ao SUS (Sistema Único de Saúde), as quais são regulamentadas pela Lei 8.080/90, onde também é possível extrair a responsabilidade solidária dos entes:

Convém colacionar Jurisprudência, afirmando que em alguns casos, efetivamente a responsabilidade solidária acontece na prática:

APELAÇÃO CÍVEL. REEXAME NECESSÁRIO. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. SAÚDE. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS SULFATO DE CONDROITINA E SULFATO DE GLICOSAMINA. PARECER TÉCNICO DO DEPARTAMENTO MÉDICO JUDICIÁRIO - DMJ - E NOTA TÉCNICA Nº 34/2012 DO MINISTÉRIO DA SAÚDE. AUSÊNCIA DA PROVA DA EFICÁCIA DO TRATAMENTO. SUBSTITUIÇÃO DE MEDICAMENTO. DESCABIMENTO. FORNECIMENTO DE ACORDO COM A DENOMINAÇÃO COMUM BRASILEIRA. CABIMENTO I - O sistema de saúde é encargo de todos os entes federados, sem atribuições exclusivas e excludentes. Trata-se de responsabilidade solidária, podendo o cidadão demandar contra qualquer deles, conjunta ou separadamente. Art. 23, inciso II, e art. 196, ambos da Constituição da República. Jurisprudência do e. STJ e deste Órgão fracionário. II - O direito à saúde é direito social (art. 6º da CF/1988) e dever do Estado (art. 196 da CF/1988 e 241 da CE/1989) e está intimamente ligado ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana; tem estatura de direito fundamental, seja no sentido formal, seja no sentido material, nos termos do parágrafo primeiro do consagrado art. 5º da Constituição da República. III - Na espécie, o parecer técnico do Departamento Médico Judiciário - DMJ -, e a nota técnica nº 34/2012 do Ministério da Saúde, atestam a ineficácia dos fármacos Sulfato de Glicosamina e Sulfato de Condroitina. Precedentes da jurisprudência. IV - No tocante ao fármaco Artrosil inviabilizada a substituição pretendida, em razão da avaliação genérica - parecer em tese -, sem análise das condições reais de saúde da recorrida. V - Cabível o fornecimento dos insumos de acordo com a Denominação Comum Brasileira, desde que observado o mesmo princípio ativo e a mesma dosagem prescritos pelo médico responsável pela apelada. Apelação parcialmente provida. Sentença mantida em reexame necessário. (Apelação Cível Nº 70056251002, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eduardo Delgado, Julgado em 14/10/2015)

É possível afirmar que em matéria de saúde pública, a responsabilidade dos Entes deve ser efetivamente solidária, o que em alguns casos e decisões, que vale dizer injustas, onde aplica-se a responsabilidade a apenas um dos Entes, onde afirma que pode-se buscar a efetividade com qualquer um destes, pois ambos possuem legitimidade para compor o polo passivo da demanda, como a colacionada a seguir:

APELAÇÃO CÍVEL. REEXAME NECESSÁRIO. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS DEVIDOS PELO MUNICÍPIO EM FAVOR DA DEFENSORIA PÚBLICA. POSSIBILIDADE. REDUÇÃO DO VALOR FIXADO. 1. A assistência à saúde é direito de todos garantido constitucionalmente, devendo o Poder Público custear os medicamentos e tratamentos aos necessitados. Inteligência do art. 196 da CF. Em razão da responsabilidade solidária estabelecida entre os Entes Federados para o atendimento integral à saúde, **qualquer um deles possui legitimidade para figurar no polo passivo da demanda** que busca o acesso à saúde assegurado pela Constituição. Rejeitada a preliminar de ilegitimidade passiva aventada pelo Ente Municipal 2. A ausência de previsão orçamentária e reserva do possível, são argumentos que não constituem óbice ao dever da administração de prestar assistência à saúde, não podendo ser utilizados para justificar gestões ineficientes, pois as políticas públicas que não concretizam os direitos fundamentais inerentes à dignidade da pessoa humana

desatendem o mínimo existencial, assegurado pela Carta Magna. 3. Correta a sentença ao condenar o Município a pagar honorários advocatícios em favor da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, uma vez que não configurado o instituto da confusão entre credor e devedor, previsto no art. 381 do CC. 4. Reduzido o valor dos honorários estabelecido na sentença, para enquadrá-lo nos critérios do artigo 20, §§ 3º e 4º, do CPC por estar em patamar superior ao ordinariamente arbitrado pela Câmara para a espécie. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO, EM DECISÃO MONOCRÁTICA. (Apelação Cível Nº 70062605183, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sergio Luiz Grassi Beck, Julgado em 09/12/2014)

Isso nos leva a crer que o problema da efetividade do direito a saúde não é de inexistência de recursos e sim de precariedade na execução de políticas públicas pelos entes federados. Conforme entendimento de Mendes (2014, p. 645), as pretensões formuladas e formuláveis tanto poderão dizer respeito a atos concretos como as políticas e ações administrativas que contribuam para a melhoria do sistema de saúde, incluídas as normas de organização e procedimento. E continua:

Constatando-se a existência de políticas públicas que concretizam o direito constitucional a saúde, cabe ao Poder Judiciário diante de Demandas como as que postulam o fornecimento de medicamentos, identificar quais as razões que levaram a Administração a negar tal prestação. É certo que, se não cabe ao Poder Judiciário formular políticas públicas sociais e econômicas na área da saúde, é sua obrigação verificar se as políticas eleitas pelos órgãos competentes atendem aos ditames constitucionais do acesso universal e igualitário.

A Judicialização do direito a saúde deveria ocorrer no planos das ações coletivas e não individuais, tendo em vista que na primeira, as questões orçamentárias podem ser sobrepostas de forma devida, até porque o pedido é analisado com maiores subsídios, bem como visam diminuir gastos da Administração Pública, que poderia organizar melhor, dentro de prazos razoáveis e assim, não deixando o cidadão em situação de espera e diminuindo o risco para a sua saúde.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelos motivos expostos, percebe-se que com relação a Competência dos Entes Federados na efetividade ao direito fundamental a saúde, há ainda diversos conflitos e divergências, sendo de suma importância que se tenha uma visão geral quanta a essa divisão, pois o Estado tem o dever de garantir o direito a saúde, porém os nega, alegando insuficiência de recursos, dizendo levar em conta principio da legalidade, o que não justifica a negação do mesmo, e também não o desobriga, devendo este levar em conta o principio da dignidade da pessoa humana, enquanto os medicamentos são essenciais para o resguardo.

REFERÊNCIAS

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio, M.; BRANCO, Paulo G.G. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

ORDACGY, André da Silva, **Direito fundamental a saúde pública**. Acesso em 22-10-2015. Disponível em: <http://www.ceap-rs.org.br/wp-content/uploads/2014/02/Direito-Humano-a-saude-oublica.pdf>

PINHO, Rodrigo Cesar Rebello. **Teoria Geral da Constituição e direitos fundamentais**. 11 ed. São Paulo: Saraiva. 2011

SANTOS, Mayara Araujo dos. **Direito fundamental a saúde e a responsabilidade solidária entre os Entes Federativos**. Acesso em 22-10-2015..Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12431

RIBOLI, Cesar. **O direito fundamental a saúde e os limites materiais do Estado**. Frederico Westphalen: Editora Uri, 2012

CIDADANIA FEMININA E A PRÁTICA DA VIOLÊNCIA NAS DELEGACIAS DE DEFESA DA MULHER

Alana Miserski¹
Ana Alice Brandielli²
Isadora de Oliveira Boff³
Roselí Teresinha Michaloski Alves⁴

Resumo: O artigo em tela busca analisar a violência institucionalizada contra a mulher, inclusive na esfera das delegacias de defesa da mulher sob cuidado de servidoras públicas. Preliminarmente, o texto se dedica a compreender os conceitos fundamentais e as espécies de violência que a mulher vem sofrendo nas esferas doméstica e familiar. A abordagem ocorre em relação ao entendimento e à posição jurisprudencial dos tribunais brasileiros no que tange à temática e, por derradeiro, analisam-se as situações fáticas de atendimento às mulheres vítimas de violência doméstica e familiar por suas iguais, no âmbito das delegacias de defesa dos direitos da mulher.

Palavras-chave: Lei nº 11.340/2006. Cidadania Feminina. Violência Doméstica e Familiar. Delegacias de Defesa da Mulher.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

No Brasil, a Lei Maria da Penha surge, no século XXI, como resultado de denúncia de violência doméstica e familiar junto à comissão Internacional de Direitos humanos, que identificou a ausência de medidas coibitivas em relação aos elevados índices de violação da integridade física, psicológica e moral da mulher.

O objetivo da lei em comento é a efetivação da cidadania feminina, evitando a propagação da violência no lar, garantindo à parcela feminina da população o direito à vida (em face de alta incidência do feminicídio no país), à saúde, à segurança, ao acesso à justiça, dentre tantos outros direitos básicos.

Os direitos fundamentais – enquanto direitos humanos positivados e garantidos no texto constitucional – são assegurados às mulheres, inclusive por força do art. 6º da Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006. A referida norma introduziu as espécies de violência em seu artigo 7º destacando a violência física, psicológica, moral, sexual e patrimonial (material).

¹ Acadêmica do 3º período do curso de graduação em Direito da Faculdade de Direito de Francisco Beltrão, mantida pelo CESUL – Centro Sulamericano de Ensino Superior.

² Acadêmica do 3º período do curso de graduação em Direito da Faculdade de Direito de Francisco Beltrão, mantida pelo CESUL – Centro Sulamericano de Ensino Superior.

³ Acadêmica do 3º período do curso de graduação em Direito da Faculdade de Direito de Francisco Beltrão, mantida pelo CESUL – Centro Sulamericano de Ensino Superior.

⁴ Bacharel em Direito pela UFSM/RS e mestre em educação na área do Direito pela UNIJUÍ/RS. Docente e pesquisadora na linha dos Direitos Humanos da Mulher, vinculada ao grupo de pesquisa institucional da Faculdade de Direito de Francisco Beltrão, mantida pelo CESUL.

Não se pode olvidar que toda ação que cause sofrimento físico ou psicológico à mulher resulta em violência familiar, repercutindo não somente nas relações familiares, domésticas e íntimas de afeto, mas causa também reflexos nas relações de trabalho, educacionais e sociais.

A preocupação com a violência contra a mulher cresce à medida que se registram situações fáticas em que a vítima, ao procurar proteção dos órgãos responsáveis pela sua defesa, também enfrenta violação de seus direitos fundamentais.

A tomada de consciência no que concerne à violência contra a mulher merece uma análise crítica a partir da realidade pragmática enfrentada pela mulher, cujo cotidiano tem se apresentado, inobstante a tutela jurisdicional, de maneira desigual. Inegável, pois, a percepção de que na sociedade hodierna se faz imprescindível o respeito à dignidade da mulher, também copartícipe na construção de uma ordem social mais justa e menos cruel.

1 ABORDAGEM JURÍDICA NO QUE CONCERNE À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER

O percurso da congregação da família está entrelaçado com a autonomia e a libertação da mulher, assim, torna-se impossível aprofundar-se na história dos direitos e deveres da família, mesmo que de forma passageira, sem mencionar as discriminações a que foram sujeitadas até conquistarem a similitude garantida constitucionalmente. Indubitável a evolução na esfera jurídica, porém em outros aspectos, na vida privada, por exemplo, não houve grandes transformações. Lôbo (apud DIAS, 2011, p. 97) apresenta alguns dados evidenciando os obstáculos das mulheres ao efetivarem o seu direito à igualdade: “[...], foram necessários 462 anos para a mulher casada deixar de ser considerada relativamente incapaz (Estatuto da Mulher casada – L 4.121/62) e foram necessários mais de 26 anos para consumir a igualdade de direitos e deveres na família (Constituição de 1988)”.

Historicamente, a mulher foi qualificada como dependente e inferior ao cônjuge, pois se exigia dela disciplina, flexibilidade e subserviência em face do companheiro. No que tange às atividades jurídicas, e outros meios considerados relevantes à coletividade, ela era descartada, vista como um ser insignificante, exceto ao que concerne às obrigações domésticas. Nesse diapasão, explana Porto (2007, p. 18): “o homem, desde a infância, foi sendo preparado para atitudes hostis, para arrostar perigos e desafios, mesmo com o uso da violência. [...] ao passo que a mulher, pelo contrário, foi historicamente preparada para subserviência e a passividade”. Já, na época atual, a mulher em face de sua dignidade, integra-se como parte indispensável da sociedade para concretizar sua autonomia. Nesse singular,

a presença da mulher é a história de uma excluída do poder e dos negócios jurídicos econômicos e científicos. O lugar dado pelo direito à mulher sempre foi um não lugar. Relegada da cena pública e política, sua força produtiva sempre foi desconsiderada, não sendo reconhecido o valor econômico dos afazeres domésticos (DIAS,2011, p. 97).

Por largo tempo, as normas jurídicas brasileiras discriminavam a mulher; de modo especial, o Direito Penal, que previa conceitos equivocados como “mulher honesta” ou “legítima defesa da honra” para justificar a violência do marido contra a esposa, não se admitindo sequer o instituto da união estável antes da Carta Constitucional de 1988. Obtemperam Pimentel, Di Giorgi e Piovesan (1993, p. 19) que “é frequente (sic) haver defasagem entre a legislação que, via de regra, é mais conservadora, e os avanços da sociedade. [...]. Há também casos em que a legislação avança, mas não há interpretação por parte dos agentes do sistema judicial”. Portanto,

[...] os crimes que equivocadamente eram nominados de ‘contra os costumes’ em boa hora passaram a ser chamados de ‘crimes contra a dignidade sexual’. Quem obriga alguém – homem ou mulher – a manter relação sexual não desejada pratica o crime de estupro. Também os outros crimes contra a liberdade sexual configuram violência sexual: violação sexual mediante fraude; assédio sexual e crime sexual contra vulneráveis. Todos esses delitos, se cometidos contra pessoas de identidade feminina, no âmbito das relações domésticas, familiares ou de afeto, constituem violência doméstica, e o agente submete-se à Lei Maria da Penha (DIAS, 2011, p. 101).

A constitucionalização do Direito Civil; especialmente, no âmbito do Direito de Família aconteceu com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, à medida que o de 1916 determinava que o marido era o “chefe as sociedade conjugal” assim como enfatizava o “pátrio poder” do pai sobre os filhos, excluindo o poder familiar de ambos os cônjuges. Porém, ainda existe um número reduzido de termos discriminatórios na legislação nacional. Nesse singular, importa registrar que

este Código Civil tinha um entendimento altamente patriarcal, onde apontava em seus inúmeros dispositivos legais a condição de inferioridade natural da mulher. [...]. O marido exercia autoridade e controle sobre qualquer conduta da mulher. Ele podia fiscalizar as relações pessoais da mulher, controlar suas visitas e vigiar sua correspondência. O marido exercia o controle sobre os bens do casal e até mesmo sobre os bens particulares da esposa. A mulher casada dependia da autorização marital para abrir seu próprio negócio, ter conta bancária, viajar para o exterior, aceitar herança, tutela, curatela, litigar em juízo etc. (SANTOS, 2006, p. 120-121).

Assim, observa-se que a legislação nacional nem sempre acompanha as transformações que acontecem no seio da sociedade, dificultando, sobremaneira, a emancipação social da mulher. Mesmo com o advento do Código Civil, em 2002, “[...] a tentativa do legislador de sepultar as regras jurídicas que já não mais existiam não foi de todo feliz. Alguns dispositivos de conteúdo discriminatório ainda se encontram na lei” (DIAS, 2011, p. 101).

Parte do Poder Judiciário, até então, adotava postura tradicionalista e não raras vezes se posicionava mediante atitudes discriminatórias, compreendendo que cabe à mulher assumir um papel de submissão nas relações maritais. Assim, não é incomum observar nas decisões do poder judicante expressões que ferem a dignidade da mulher, concebida, muitas vezes, como “mulher de vida fácil”, “alegre demais”, “desonesta”, entre outros.

Nessa toada é preciso não se olvidar, ainda que, se tratando da exegese do Poder Judicante brasileiro as mulheres alcançam a representatividade de mais de 50% da população nacional, razão pela qual como pessoas humanas gozam da tutela jurisdicional e devem usufruir da “condição humana básica - o direito a ter direitos” (ARENDETT *apud* LAFER, 1998, p. 1.153), isto é, exercer a cidadania feminina de forma ampla e incondicional. Nesse sentido,

o Poder Judiciário ainda é das instituições mais conservadoras e sempre manteve posição discriminatória quanto aos gêneros masculino e feminino. Em face de uma visão estereotipada da mulher, exige-lhe a justiça uma atitude de recato, colocando-a em situação de dependência. Persiste nos julgados tendência eminentemente protecionista, o que dispõe de dupla moral. Nas decisões judiciais, aparecem com extrema frequência termos como inocência da mulher, conduta desregrada, perversidade, comportamento extravagante, vida dissoluta, situação moralmente irregular, expressões que contém forte carga ideológica (DIAS, 2011, p. 105).

Vale destacar que o atual sistema jurídico-constitucional no Brasil enfatiza o princípio da isonomia jurídica no art.5º da Constituição Federal; entretanto, tal previsão legal não é suficiente para resgatar o exercício pleno da cidadania feminina à medida que faticamente é gritante, ainda, o tratamento diferenciado para homens e para mulheres. Nessa perspectiva, se faz urgente aplicar a discriminação legal, positiva e constitucional para reduzir as desigualdades sociais, conforme leciona Mello (1999, p. 41).

Para que um *discrimen* legal seja convivente com a isonomia, [...], impende que concorram quatro elementos: a) que a desequiparação não atinja de modo atual e absoluta, um só indivíduo; b) que as situações ou pessoas desequiparadas pela regra de direito sejam efetivamente distintas entre si, vale dizer, possuam características, traços, nelas residentes, diferenciados; c) que exista, em abstrato, uma correlação lógica entre os fatores diferenciais existentes e a distinção de regime jurídico em função deles, estabelecida pela norma jurídica; d) que, *in concreto*, o vínculo de correlação supra referido seja pertinente em função dos interesses constitucionalmente protegidos, isto é, resulte em diferenciação de tratamento jurídico fundada em razão valiosa – ao lume do texto constitucional – para o bem público.

Dessa forma, é importante ressaltar que a igualdade jurídica prevista na Constituição somente poderá ser aplicada diante de igualdade material e econômica, ou seja, na existência da desigualdade substancial cabe ao intérprete da lei buscar instrumentos para reduzir as diferenças fáticas existentes na realidade pragmática.

3 PREVISÃO LEGAL FORMAS DE VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER ESTABELECIDAS NA LEI MARIA DA PENHA

No âmbito do Direito Penal é possível constatar que a violência é considerada geralmente no aspecto da agressão física, embora possa atingir a esfera da integridade psicológica ou moral da vítima. Assim,

violência significa, em linhas gerais, qualquer forma de constrangimento ou força, que pode ser física ou moral. Entretanto, em termos penais, padronizou-se o entendimento de que o termo, quando lançado nos tipos penais incriminadores, tem o condão de representar apenas a violência física (NUCCI, 2006).

Já, no que tange à violência contra a mulher faz-se necessário observar que toda a ação praticada pelo agressor, vinculada ao gênero, podendo causar risco à vítima ou morte em detrimento de sua força física, sexual ou psicológica pode ser nominada como violência. Conforme a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que integra a OEA (Organização dos Estados Americanos), a violência contra a mulher implica “[...] qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada”.

Maria da Penha, vítima de violência familiar, denunciou prática sofrida junto ao supracitado organismo internacional e, em virtude de tal delação o Brasil recebeu recomendação para legislar sobre o assunto e coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, razão pela qual entrou em vigor a Lei nº 11.340/2006, mais conhecida como Lei Maria da Penha.

A partir de então, a violência doméstica e familiar envolve todo o tipo de agressão, seja como “(ação ou omissão) dirigida contra mulher (vítima certa) num determinado ambiente (doméstico, familiar ou de intimidade) baseada no Gênero, que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial” (CUNHA; PINTO, 2007, p. 23).

Nesse particular, observa-se que toda forma de violência contra a mulher poderá envolver tanto uma ação quanto uma omissão, cuja prática aconteça no espaço do lar, entre familiares, ou nas relações íntimas de afeto. Não há como se olvidar que a violência de gênero significa:

aquela praticada pelo homem contra a mulher, que revele uma concepção masculina de dominação social (patriarcado), propiciada por relações culturalmente desiguais entre os sexos, nas quais o masculino define sua identidade social como superior á feminina, estabelecendo uma relação de poder e submissão que chega mesmo ao domínio do corpo da mulher’ (SILVA JUNIOR, 2006).

A Lei Maria da Penha, Lei nº 11.340/2006, é imprescindível no sentido de evitar a violência doméstica e familiar, objetivando proteger a mulher e também a entidade familiar, à medida que toda agressão na esfera privada repercute sobre a criação e educação dos filhos. O art. 7º da lei em tela trata das formas de violência praticadas contra a mulher. Algumas pesquisas apontam que o maior índice de violência é a física. Adverte Bianchini (2014, p. 49), “a violência física é o tipo de violência de gênero prevista na Lei Maria da Penha com maior incidência. Pesquisa DataSenado, realizada no ano de 2013, aponta que a violência física predomina nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher (62% dos casos)”.

A lei também defende a integridade psicológica, entendida como aquela “conduta que cause dano emocional e diminuição da autoestima, ou que prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento, ou que vise degradar ou controlar ações, comportamentos, crenças e decisões” por intermédio de constrangimento, ameaça, perseguição contumaz, chantagem, insulto, exploração e limitação do direito de locomoção ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação da mulher. É o que estabelece o art. 7, inciso II da Lei em comento. Ademais, urge perceber que:

a prática preconceituosa de raça, de classe, de gênero ofende a substantividade do ser humano e nega radicalmente a democracia. Quão longe dela nos achamos quando vivemos a impunidade dos que matam meninos nas ruas, dos que assassinam camponeses que lutam por seus direitos, dos que discriminam os negros, dos que inferiorizam as mulheres (FREIRE, 2005, p. 36).

A violência psicológica e seu reconhecimento legal é mde suma relevância na atualidade, à medida que muitas vítimas acreditam que as ameaças não implicam uma conduta antijurídica. Ainda, conforme Bianchini (2014, p. 50) ”pesquisas realizadas em 2010 e em 2011 constataram que a violência psicológica é uma realidade brasileira [...] Pesquisa DataSenado constatou que a violência psicológica representou 38% dos casos de violência” nesse período.

A supracitada lei também protege a mulher no que concerne à violência sexual, entendida como toda “conduta que constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sexualidade”, inclusive que prejudique o uso de qualquer método contraceptivo ou que obrigue ao casamento, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, por intermédio de coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que possa anular ou limitar o exercício de direitos sexuais e reprodutivos. É o que prevê o art. 7, inciso III.

Esclarece Antunes, citada por Cruz (2003, p. 145) que “os negros, os pobres, os marginalizados pela raça, pelo sexo, por opção religiosa, por condições econômicas inferiores, por deficiências físicas ou psíquicas, por idade, *continuam em estado de desalento jurídico em grande parte*

do mundo” (Grifos do autor). Ou seja, as minorias, não apenas no Brasil, encontram-se desprovidas de tutela legal e jurisdicional no que se refere à violência e à discriminação, recaindo sobre esta parcela da população a prática de agressões severas e cruéis, tais como a violência sexual.

A lei em evidência reconheceu, ainda, a violência patrimonial, entendida como aquela “conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos” – inclusive bens necessários a sua sobrevivência, conforme disposto no art. 7º, inciso IV, da Lei Maria da Penha.

Sobre o prisma econômico ainda é perceptível que homens que exercem a mesma atividade que mulheres recebem salários maiores. Segundo Bianchini (2014, p. 55),

dados divulgados pela Pesquisa Mensal de Emprego do IBGE (PME), no ano de 2011, enquanto os salários dos homens, em média, chegava a R\$ 1.857,64, as mulheres recebiam R\$ 1.343, 81. A disparidade, portanto, é de aproximadamente 28%. Esses valores indicam uma evolução no rendimento em relação ao ano de 2003, quando a remuneração média das mulheres era de R\$ 1.076,04, ou seja, 70,8 % do que recebia, em média, um homem.

Quer seja física, psicológica, moral, sexual ou patrimonial “a violência contra a mulher constitui uma violação dos direitos humanos e das liberdades fundamentais e limita total e parcialmente à mulher o reconhecimento, gozo e exercício de tais direitos e liberdades” (SANTOS, 2006, p. 252).

A violência contra a mulher também pode atingir sua integridade moral, recaindo em figuras típicas previstas na legislação penal, os denominados crimes contra a honra, a saber: calúnia, difamação e injúria, com fulcro no art. 7º, inciso V, da Lei nº 11.340/2006.

Nesse contexto, refletindo no que tange as diversas formas de violência que recaem sobre a mulher, Verucci (1999, p. 12) acrescenta “para além da dominação, a exclusão. Foi assim que a mulher foi alijada da participação e da organização da polis, colocada à margem, enfim, excluída do laço social”.

É indubitavelmente relevante esclarecer que a Lei Maria da Penha, no que se refere à qualidade de sua redação, não se reporta à mulher acometida como vítima, mas em liame com a violência doméstica e familiar. Ou seja, “tal opção é proposital e visa retirar a carga vitimizatória do fenômeno” (BIANCHINI, 2014, p. 57).

4 APLICAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA PELO PODER JUDICIÁRIO

O surgimento da Lei Maria da Penha no cenário político, econômico, social e cultural do Brasil, no início do Século XXI, tem implicações jurídicas significativas à medida que os fatores socioeconômicos, morais e socioculturais influenciam, inegavelmente, a entrada em vigor de novas leis.

A primeira vista, a partir de um olhar simplório no que tange ao princípio da isonomia jurídica, poderia transparecer que a lei que tutela direitos fundamentais às mulheres seria inconstitucional. Todavia, trata-se de legislação esparsa que protege os direitos de cidadania feminina à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, cânone estruturante do Estado Democrático de Direito no Brasil.

Obtempera Canotilho (2003) que os princípios estruturantes estabelecidos na Constituição envolvem normas constitucionais que dirigem e orientam todo o sistema jurídico-constitucional de um determinado país. Portanto, a dignidade da pessoa humana, sem exceção, deve servir de referência irrevogável para toda exegese de dispositivos legais. Nesse singular, assim se manifesta a corte máxima de justiça brasileira:

STF - AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE ADC 19 DE

(STF)- Data de publicação: 28/04/2014

Ementa: VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – LEI Nº 11.340/06 – GÊNEROS MASCULINO E FEMININO – TRATAMENTO DIFERENCIADO. O artigo 1º da Lei nº 11.340/06 surge, sob o ângulo do tratamento diferenciado entre os gêneros – mulher e homem –, harmônica com a Constituição Federal, no que necessária a proteção ante as peculiaridades física e moral da mulher e a cultura brasileira. COMPETÊNCIA –VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – LEI Nº 11.340/06 – JUIZADOS DE VIOLÊNCIADOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. O artigo 33 da Lei nº 11.340/06, no que revela a conveniência de criação dos juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher, não implica usurpação da competência normativa dos estados quanto à própria organização judiciária. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER – REGÊNCIA – LEI Nº 9.099/95 – AFASTAMENTO. O artigo 41 da Lei nº 11.340/06, a afastar, nos crimes de violência doméstica contra a mulher, a Lei nº 9.099/95, mostra-se em consonância com o disposto no § 8º do artigo 226 da Carta da República, a prever a obrigatoriedade de o Estado adotar mecanismos que coíbam a violência no âmbito das relações familiares.

A violência praticada contra a mulher no âmbito doméstico é tão grave que fere não somente sua integridade física, mas sua dignidade à medida que causa reflexos, não raras vezes irreversíveis, a sua estabilidade emocional, violando sua integridade psicológica. Em vista disso, a incidência da Lei nº 11.340/2006 em um caso concreto exclui qualquer possibilidade de penas mais brandas em virtude do elevado grau de ofensividade da conduta delitiva. Não há como ignorar que a violência física contra a mulher viola seus direitos fundamentais à saúde, à segurança, à dignidade, à integridade física e psicológica, constituindo-se em inobservância significativa de seus direitos humanos, conforme preceitua o art. 6º da Lei Maria da Penha.

Ademais, a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, ocorrida em 1994, enfatiza: “[...] a violência contra a mulher constitui uma violação dos direitos humanos e das liberdades fundamentais e limita total e parcialmente à mulher o reconhecimento, gozo e exercício de tais direitos e liberdades” (SANTOS, 2006, p. 252).

Nesse sentido, tratando da gravidade da violência doméstica e familiar praticada contra a mulher, não permitindo aplicação de pena menos severa, segue abaixo jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

STJ - RECURSO ORDINARIO EM HABEAS CORPUS RHC 54493 SP 2014/0322066-0 (STJ)- Data de publicação: 03/03/2015

Ementa: PENAL E PROCESSUAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. LESÃO CORPORAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR. LEI MARIA DA PENHA. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. IMPOSSIBILIDADE. 1. O art. 41 da Lei n. 11.340/2006 veda expressamente a aplicação das benesses previstas na Lei n. 9.099/1995 aos crimes praticados com violência doméstica e familiar. 2. Os diversos institutos despenalizadores previstos na Lei dos Juizados Especiais, inclusive a suspensão condicional do processo, não são aplicáveis aos crimes cometidos com violência familiar, independentemente da gravidade da infração. Precedentes. 3. Recurso não provido.

Ademais, a aplicação da Lei Maria da Penha ao caso *sub judice* se faz necessária à medida que, não raras vezes, o autor do ato delituoso sequer tem percepção de cumprir com as medidas protetivas já deferidas em relação à tutela dos direitos fundamentais da vítima, que implicam direitos à vida, à integridade física, à segurança, à liberdade, entre outros. A mulher ameaçada pelo antigo companheiro, por exemplo, sequer pode usufruir de seu direito básico de locomoção. Nessa toada, Locke (2004) defende em sua obra as liberdades individuais, inclusive compreendendo o direito das mulheres ao divórcio, caso assim seja necessário.

Os direitos fundamentais, na perspectiva doutrinária, são definidos como “direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas) contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual” (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 41). Vale registrar que os direitos fundamentais da mulher somente podem ser garantidos juridicamente a partir da tutela do Estado, ou seja, o Estado-juiz se manifesta assegurando, mediante medidas protetivas, os direitos da mulher ameaçada ou agredida na esfera doméstica ou familiar. Sobre o tema segue o entendimento do Superior tribunal de Justiça.

STJ - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL AgRg no REsp 1474600 DF 2014/0206680-0 (STJ)- Data de publicação: 11/03/2015

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL. VIOLÊNCIADOMÉSTICA. DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA

PROTETIVA. DELITO DE DESOBEDIÊNCIA. ATIPICIDADE. REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. A decisão agravada está na mais absoluta consonância com a jurisprudência desta Corte, firmada no sentido de que o delito de desobediência é subsidiário e somente se caracteriza nos casos em que o descumprimento da ordem emitida pela autoridade não é objeto de sanção administrativa, civil ou processual. 2. E nesta ocasião, o agravante não traz argumento persuasivo o bastante para afastar com êxito o fundamento da decisão ora impugnada, devendo, assim, ser mantida intacta pelos seus termos. 3. Agravo regimental improvido.

No Brasil, farta é a jurisprudência relacionada à violência doméstica e familiar. Diversos são os enfoques que tratam das agressões sofridas pelas mulheres dentro do lar ou cujo agressor seja membro da própria família. A complexidade do tema reside na gravidade da agressão que ocorre em um espaço no qual a mulher deveria sentir-se segura. Dessa maneira, a lei em comento inovou ao criar os Juizados de Violência Doméstica e Familiar. Entretanto, muitas comarcas brasileiras ainda não disponibilizam de respectiva estrutura para a implementação de tais órgãos. Assim, em face da inexistência do juizado específico, a posição de alguns tribunais é no sentido de reconhecer a competência dos Juizados criminais. Nesse particular, manifesta-se o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

TJPR – Processo: 693591-7 (Acórdão). EMENTA: DECISÃO: ACORDAM os integrantes da Primeira Câmara Criminal, do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, em composição integral, por unanimidade de votos, em conhecer e julgar procedente o conflito para declarar competente o juízo suscitado - Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Ponta Grossa, para o processamento do feito, nos termos do contido no voto e sua fundamentação. EMENTA: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA DELITO DE AMEAÇA E CRIME CONTRA A HONRA, PRATICADOS NO ÂMBITO FAMILIAR JUIZADOS DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER NÃO ESTRUTURADOS NA COMARCA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM APLICAÇÃO DOS ARTS. 33 E 41 DA LEI MARIA DA PENHA E DA RESOLUÇÃO 15/2007 DO ÓRGÃO ESPECIAL DESTA CORTE. CONFLITO CONHECIDO E JULGADO PROCEDENTE PARA DECLARAR COMPETENTE O JUÍZO SUSCITADO. 1. A competência para apreciar e julgar o feito, quando o delito for praticado com violência doméstica no âmbito familiar contra mulher, é da Vara Criminal enquanto não forem estruturados os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, segundo o disposto nos artigos 33 e 41 da Lei nº 11.340/06 e Resolução 15/2007 do Órgão Especial desta Corte. Conflito conhecido e julgado procedente para declarar competente o Juízo da 1ª Vara Criminal de Ponta Grossa.

A essência da tutela jurisdicional no que concerne aos direitos humanos fundamentais da mulher reside na proteção da família, base da sociedade. Em outras palavras, coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher envolve proteção de todos os membros da unidade familiar, evitando a propagação da violência.

Nesse diapasão, observa-se que o poder judicante, a exemplo do poder legiferante que criou a lei, vem se posicionando na perspectiva de dar efetividade à norma que resguarda os direitos da mulher, considerando que a violação da vida e da integridade física e psicológica da

parcela feminina da sociedade brasileira resulta em grave desobediência aos valores precípuos insculpidos no Diploma Constitucional de 1988.

5 A CIDADANIA FEMININA E A VIOLÊNCIA PRATICADA CONTRA A MULHER NAS DELEGACIAS

A violência praticada contra a mulher, não raras vezes, ocorre, inclusive, nos locais mais inusitados. Trata-se de gritante violação dos direitos da mulher e rompe com a perspectiva de construção efetiva da cidadania feminina. Assim, não pode acontecer nos espaços públicos definidos para, exatamente, promover a proteção dos seus direitos básicos. Entretanto, as agressões físicas ou psicológicas vêm marcando negativamente a atuação do Estado no que se refere à tutela aos direitos femininos.

Inicialmente, vale destacar que as polícias civil e militar integram as DEAMs – Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher – instrumentos de defesa dos direitos da mulher, presentes em torno de quatrocentos municípios no Brasil. Assim, para tratar do atendimento pela autoridade policial, a Lei Maria da Penha estabelece: “Art. 10. Na hipótese da iminência ou da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, a autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência adotará, de imediato, as providências legais cabíveis”.

Cabe, portanto, às delegacias agirem objetivando a prevenção, apuração, investigação e enquadramento legal dos crimes praticados contra a mulher. Cunha e Pinto (2007, p. 57-58) tratam da adoção de medidas pela autoridade policial visando proteger a vítima de violência que se encontra fragilizada, à medida que é pessoa vulnerável e sujeita a atos de agressão que violam sua integridade física, psicológica ou moral.

O contato inicial com a mulher, vítima de violência doméstica e familiar, é extremamente importante – especialmente no que tange à forma de abordagem. Seja em uma delegacia geral (Polícia Civil ou Militar) ou em uma especializada (DEAM), a Lei nº 11.340/2006 em seu 8º artigo, incisos IV e VII, estabelece:

- IV - a implementação de atendimento Policial especializado para as mulheres, em particular nas Delegacias de Atendimento à Mulher;
- VII - a capacitação permanente das Polícias Civil e Militar, da Guarda Municipal, do Corpo de Bombeiros e dos profissionais pertencentes aos órgãos e às áreas enunciados no inciso I quanto às questões de gênero e de raça ou etnia.

A partir da entrada em vigor da Lei Maria da Penha passou-se a exigir dos profissionais na área de segurança pública a capacitação necessária para prestação de atendimento na respectiva área. Mello (2007, p. 47) salienta que “a lei prevê uma integração de ações do poder público

envolvendo a União, o Distrito Federal e os Municípios, bem como de ações a serem desenvolvidas no âmbito da sociedade [...]”. Trata-se de uma atuação conjunta, que requer formação especializada pelos agentes públicos, cujo fim é coibir a violência doméstica e familiar.

Afora a previsão legal, existem outros princípios essenciais que regem a atuação dos profissionais no combate à violência contra a mulher, conforme previsto na Norma Técnica de Padronização das DEAMs:

- Princípio da primazia dos direitos humanos: reconhecimento da violência doméstica como uma violação aos direitos humanos das mulheres;
- Princípio da igualdade, não discriminação e do direito a uma vida sem violência: a igualdade e não discriminação requer o reconhecimento do direito de viver livre de violência.
- Princípio do atendimento integral: inclui o acesso à justiça e às políticas públicas de assistência destinadas às mulheres.
- Princípio da celeridade: os atos judiciais e processuais destinados a prevenir a violência devem ser expeditos.
- Princípio do acesso à justiça: o acesso à justiça inclui o direito de ter advogada (o), ou defensor (a) público, assistência judiciária gratuita, o direito de obter medidas protetivas de urgência e de ser notificada dos atos processuais que envolvem o agressor. Inclui, ainda, o direito de ser informada sobre os serviços existentes, sobre a rede de atendimento, tais como centros de referência, abrigo, atendimento especializado na área da saúde física e mental, núcleos da mulher da Defensoria Pública e do Ministério Público, dentre outros serviços.

Portanto, o atendimento à mulher vítima de violência deve ser pautado nos cânones das relações humanas e inspirado nos princípios vetores dos Direitos Humanos, que estabelecem o respeito à dignidade humana, afastando qualquer modo de abordagem discriminatória ou preconceituosa. Cunha e Pinto (2007, p. 41) salientam que “uma das causas que se identifica como responsável pela falência do combate à criminalidade em nosso País é, exatamente, a falta de integração entre os diversos órgãos competentes do aparelho estatal”. Ou seja, muitas vezes, aquele que tem a obrigação de proteger, desampara e discrimina.

Aos agentes policiais cabe tomar as seguintes providências, conforme a Lei nº 11.340/2006:

- Art. 11. No atendimento à mulher em situação de violência doméstica e familiar, a autoridade policial deverá, entre outras providências:
- I** - garantir proteção policial, quando necessário, comunicando de imediato ao Ministério Público e ao Poder Judiciário;
 - II** - encaminhar a ofendida ao hospital ou posto de saúde e ao Instituto Médico Legal;
 - III** - fornecer transporte para a ofendida e seus dependentes para abrigo ou local seguro, quando houver risco de vida;
 - IV** - se necessário, acompanhar a ofendida para assegurar a retirada de seus pertences do local da ocorrência ou do domicílio familiar;
 - V** - informar à ofendida os direitos a ela conferidos nesta Lei e os serviços disponíveis.

A vítima de violência doméstica e familiar, bem como sua prole, não pode ficar desamparada diante da ameaça que coloca em risco a integridade física e psicológica de sua família. Essa proteção é de responsabilidade do poder público e de seus agentes. Em todos os municípios deverá haver atendimento às mulheres vítimas de violência doméstica e familiar e o encaminhamento ao abrigo mais próximo para evitar maiores constrangimentos.

A visão machista de que a mulher deve ser subserviente, aceitar a violência do companheiro e acatar toda forma de violação de sua dignidade não pode mais caracterizar as relações humanas na contemporaneidade, conforme ocorreu na idade antiga até o período das luzes, na idade moderna. Alegam Pinsky e Pedro (2003, p. 266) que “a maior parte dos homens das Luzes ressaltou o ideal tradicional da mulher silenciosa, modesta, casta, subserviente e condenou as mulheres independentes e poderosas”.

O Pacto Nacional de Enfrentamento à Violência contra a Mulher, afora as previsões legais na Lei Maria da Penha, também disciplina o atendimento às vítimas em consonância com a atuação das DEAMs, conforme segue: “1- Implementação da Lei Maria da Penha e Fortalecimento dos Serviços Especializados de Atendimento”. Assim, determinadas medidas podem ser tomadas se a mulher for desestimulada ou ofendida enquanto busca apoio nas delegacias. “A mulher poderá apresentar denúncia à Corregedoria da Polícia, que é o órgão responsável pela investigação de infrações administrativas praticadas por policiais [...]. Além disso, a cidadã poderá dirigir-se à Procuradoria de Justiça do Estado e registrar sua denúncia” (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2011).

Resta considerar a ausência de preparo de alguns profissionais no campo de atendimento às mulheres vítimas de violência doméstica e familiar, conforme relatos que evidenciam situações que envolvem maus tratos e preconceito, causando o abandono da defesa de seus interesses. Tal contexto excludente, marcado pela ausência “de recursos básicos (estruturais ou de pessoal) compromete a qualidade da prestação dos serviços nas delegacias, privando muitas mulheres vitimadas pela violência doméstica de conseguirem uma solução digna para o caso, além de vitimá-las uma segunda vez” (VITIMOLOGIA E DIREITOS HUMANOS, 1998).

Sobremaneira, o atendimento às vítimas de violência doméstica e familiar deve ser realizado sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, fundado no respeito à dignidade da pessoa humana e apto a dar conta das demandas sociais; de maneira especial, no que concerne à violação da integridade física, psicológica ou moral das mulheres. É o que garante a Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, que protege essencialmente os direitos humanos fundamentais de toda pessoa humana.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A contemporaneidade tem sido palco do surgimento de novas e inusitadas tecnologias. Paradoxalmente, ainda, se assiste à prática da violência nas ruas, no trabalho, nas escolas e nos lares.

Buscando coibir a violência doméstica, familiar e nas relações íntimas de afeto, o poder constituinte derivado no Brasil aprovou, e entrou em vigor em 2006, a conhecida Lei nº 11.340, denominada Lei Maria da Penha. Conforme a lei em tela, a violação dos direitos fundamentais da mulher implica desrespeito aos seus direitos humanos. É o que prescreve o art. 6º.

Várias são as formas de violência praticadas contra a mulher. Com fulcro no art. 7º da lei, a violência pode ser física, psicológica, moral, sexual e/ou patrimonial. A afronta geralmente ocorre dentro do lar, cujo agressor, em tese, deveria garantir a segurança da vítima (pai, marido, companheiro, filho, etc.). É nesse desiderato que o direito deve assegurar às pessoas condições humana de uma vida melhor, mais digna e menos desigual. Eis, então, a finalidade da lei.

Quase nove anos após a entrada em vigor da lei que coíbe a violência contra a mulher, os dados estatísticos – ainda – são alarmantes. Mais grave é a constatação da violência institucionalizada contra a mulher, ou seja, os órgãos públicos de defesa dos direitos da mulher também praticam violência contra ela. Inúmeras são as situações fáticas em que as mulheres relatam casos de violação dos seus direitos básicos em delegacias de defesa da mulher.

Os operadores jurídicos no Brasil precisam refletir sobre o assunto. Juízes, Promotores de Justiça, Advogados e demais interessados no tema necessitam criar mecanismos de reflexão sobre a violência institucionalizada contra a mulher.

O papel da mulher na sociedade é essencial, ou seja, a construção de uma sociedade menos estiolada somente será possível com a transformação no que se refere à discriminação no tocante a ativa participação feminina na ordem social.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **Norma Técnica de Padronização das Delegacias Especializadas de Atendimento às Mulheres (DEAMs)**. Brasil, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988. 41 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. Lei nº. 11.340, de 07 de agosto de 2006. **Lei Maria da Penha**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/legislacao/_Ato20042006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em: 18 maio 2015..

_____. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão, **Cartilha Lei Maria da Penha e Direitos da Mulher**. Brasília: PFDC, 2011.

_____. STF. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade adc 19 df (stf)- Data de publicação: 28/04/2014. Disponível em: <[www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=ADC 19](http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=ADC+19)>. Acesso em: 31 abr. 2015.

_____. STJ. Superior Tribunal de Justiça. Desobediência à medida protetiva da Lei Maria da Penha. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/178427034/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1474600-df-2014-0206680-0>>. Acesso em: 11 maio 2015.

_____. STJ. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus e Lei Maria da Penha. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/178126354/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-54493-sp-2014-0322066-0>>. Acesso em: 11 maio 2015

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Lisboa: Almedina, 2003.

CONVENÇÃO SOBRE A ELIMINAÇÃO DE TODAS AS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO CONTRA A MULHER. **Cedaw**. Disponível em: <<http://www.providaanapolis.org.br/textocedaw.htm> >. Acesso em: 19 abr. 2008.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O Direito à Diferença**: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CUNHA, Rogério Sanches. PINTO, Ronaldo Batista. **Violência Doméstica**: Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006), comentada artigo por artigo. 2. ed. rev. atual. e. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça**: a efetividade da lei 11.340/2006 de combate a violência doméstica e familiar contra a mulher. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia da Autonomia**: saberes necessários à prática educativa. 31 ed. São Paulo: paz e Terra, 2005.

LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. 3 reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo**. São Paulo: Martin Claret, 2004.

MELLO, Adriana Ramos de (Org.). **Comentários à Lei de Violência Doméstica e familiar contra a Mulher**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3 ed. 6 tiragem. São Paulo: Malheiros, 1999.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais comentadas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

PARANÁ. TJPR. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Disponível em: < tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21451145/7884459-pr-788445-9... >. Acesso em: 11 maio 2015.

_____. Secretaria de Políticas para as Mulheres da Presidência da República (SPM-PR). **Pacto Nacional de Enfrentamento à Violência contra a Mulher**. Brasília: SPM-PR, 2011.

PIMENTEL, Sílvia; DI GIORGI, Beatriz; PIOVESAN, Flávia. **A figura/personagem mulher em processos de família**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

PINSKY, Carla Bassanezi; PEDRO, Joana Maria. Mulheres, igualdade e especificidade. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (Orgs.). **História da Cidadania**. São Paulo: contexto, 2003.

PORTO, Pedro Rui da Fontoura. **Violência Doméstica e Familiar contra a mulher: Lei 11.340/06 – análise crítica e sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SANTOS, Sidney Francisco Reis dos Santos. **Mulher - sujeito ou objeto de sua própria história?** Um olhar interdisciplinar na história dos direitos humanos das mulheres. Florianópolis: OAB/SC, 2006.

SILVA JÚNIOR, Edison Miguel da. Direito Penal de gênero. Lei nº 11.340/06: Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. Jus Navigandi, Terezina, ano 11, n. 1231, 14 nov. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9144>>. Acesso em: 16 maio 2015.

VERUCCI, Florisa. **O Direito da Mulher em Mutação: os desafios da igualdade**. Belo Horizonte Del Rey, 1999.

VITIMOLOGIA E DIREITOS HUMANOS. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 21, p.183, jan-mar. 1998.

GUARDA COMPARTILHADA X GUARDA ALTERNADA

Amanda Luiza da Luz¹

Djonatan Zuffo²

Cátia Venina Sanderson da Jornada Fortes³

Resumo: O presente trabalho tem como discussão o instituto da guarda no direito de família brasileiro, sendo adotadas como metodologia as pesquisas bibliográfica e jurisprudencial. Primeiramente, buscou-se apresentar a evolução histórica do instituto da guarda no sistema jurídico; posteriormente, definiram-se os conceitos, bem como a distinção entre as modalidades, quais sejam, a guarda compartilhada e a guarda alternada. Considerando que o Estatuto da Criança e do Adolescente deixou a cargo dos pais a escolha entre a modalidade de guarda que melhor se adapte ao cotidiano da família, e o Código Civil Brasileiro, com a recente alteração legislativa operada pela Lei nº 13.058 de 2014, determinou como regra a guarda compartilhada, buscou-se apontar as consequências do instituto, apresentando as peculiaridades de cada modalidade, no sentido de resguardar os direitos dos filhos.

Palavras-chave: Guarda. Modalidades. Compartilhada. Alternada.

INTRODUÇÃO

O tema escolhido se justifica em razão da observância das inúmeras dificuldades enfrentadas ao tentarmos definir o instituto da guarda, especialmente ao se tratar das modalidades de guarda compartilhada e guarda alternada. O objetivo principal é esclarecermos a distinção entre as duas espécies apresentadas, analisando-se, ainda, a sua previsão legal, bem como as consequências da escolha por uma ou outra modalidade. Apresenta-se, por fim, as características principais das duas espécies, demonstrando, inclusive, o entendimento majoritário da doutrina e da jurisprudência quanto à escolha do modelo de guarda adotado pelos pais e as consequências no convívio familiar.

DESENVOLVIMENTO

Inicialmente, ressalta-se que o instituto da guarda é debatido há muitos anos. Desde a velha figura do *pátrio poder*, onde o poder era legalmente exercido pelo homem, de fato, eram as mulheres quem permaneciam em casa cuidando dos filhos, já que, em regra, por serem submissas

¹ Acadêmica de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e Missões – URI, Câmpus de Frederico Westphalen. Estagiária do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul.

² Acadêmico de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e Missões – URI, Câmpus de Frederico Westphalen. Estagiário do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul.

³ Professora de Direito de Família e Sucessões da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e Missões – URI, Câmpus de Frederico Westphalen. Advogada. Mestranda em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa-Portugal.

aos maridos, cabia a elas desempenhar estas funções. Essa configuração familiar se perpetuou culturalmente e mesmo nos casos de dissolução da sociedade conjugal é comum ser atribuída a guarda à mãe. Por essa razão, ainda hoje a sociedade possui tal visão, acreditando que as mães possuem prioridade em permanecer com a guarda dos filhos.

Entretanto, com a evolução social e com a inserção das mulheres no mercado de trabalho, o sistema jurídico buscou igualar os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal, o que, conseqüentemente, procurou adequar o instituto do poder familiar e da guarda a essa realidade.

As grandes discussões sobre o instituto da guarda decorrem da confusão feita entre o poder familiar e a guarda, unilateral alternada e compartilhada. O poder familiar é o poder-dever que se estabelece entre pais e filhos, o qual compreende a guarda e companhia dos filhos, o dever de dirigir-lhes a criação e a educação, o poder de representá-los enquanto menores, reclamá-los de quem injustamente os detenha, etc.

Há uma evidente relação de continência entre o poder familiar e a guarda, pois a guarda é um dos atributos do poder familiar. Durante a sociedade conjugal, a problemática da guarda não se apresenta, vem a surgir com a dissolução. Vale dizer que a ruptura do casamento ou união estável em nada interfere quanto ao poder familiar que existe entre os filhos fruto desta relação.

A partir disso, a doutrina passou a definir o instituto da guarda, distinguindo suas modalidades. Ao tratar do conceito o doutrinador Fábio Figueiredo (2014, p. 30) ensina que a guarda constitui um desdobramento do direito de convivência mantido em relação aos filhos e consiste na atribuição de cuidar, proteger, educar e ter o infante sob custódia. Esse dever pode ser exercido por um ou por ambos os pais.

Nesse sentido, verifica-se que através da guarda todos os direitos e garantias das crianças e dos adolescentes devem ser assegurados, envolvendo tanto seu crescimento físico como o seu pleno desenvolvimento intelectual, psicológico, dentre outros, o que se encontra amparado pelo ECA, em seu artigo 33.

O Código Civil, por sua vez, em seus artigos 1.583 a 1.590, definiu como a guarda deve ser exercida, estabelecendo duas modalidades: a guarda unilateral e a guarda compartilhada.

A guarda unilateral é a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua e ao outro persiste o direito de visitas. A doutrina criou uma subespécie de guarda unilateral chamada de “guarda alternada” consistindo naquela que não é atribuída aos genitores concomitantemente, mas sim a um e a outro em momentos determinados, isto é, há alternância no período em que o filho reside com cada um dos pais. Assim, nesse período preestabelecido compete a cada um deles exercer de maneira exclusiva a guarda do menor. Em que pese, na teoria, existir poder

familiar intacto para aquele que somente tem o direito de visitação, o outro genitor exerce sozinho os direitos e deveres do poder familiar.

De outro lado, a guarda compartilhada estabelece ser conjunta a responsabilização e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, devendo o tempo de convívio com os filhos ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai. Na verdade, a guarda compartilhada se manifesta como o exercício do poder familiar em sua totalidade. Waldir Grisard Filho (2009, p. 91), ao tratar do tema, refere ser “um plano de guarda onde ambos os genitores dividem a responsabilidade legal pela tomada de decisões importantes relativas aos filhos menores, conjunta e igualmente”. Sendo assim, através dessa modalidade é admitido aos pais que exerçam juntos a guarda do menor, sem que a detenham exclusivamente e apenas naquele espaço de tempo em que o filho fica sob seus cuidados. Nesse sentido, os genitores detêm iguais obrigações e direitos em relação aos filhos.

Diante desses conceitos, evidencia-se que essas duas modalidades se diferenciam, principalmente, pela questão da autoridade do exercício da guarda, sendo uma delas ora exclusiva do pai, ora da mãe, de maneira sucessiva e revezada; e a outra constantemente de ambos, figuras materna e paterna, com participação em nível de igualdade na vida dos filhos.

Além disso, ao tratar desses dois modelos de guarda, o legislador determinou ser a regra a guarda compartilhada. A guarda unilateral alternada é nociva ao infante, e somente deve ser deferida em casos excepcionais. Nessa linha, segue julgado do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - FILHO MENOR (5 ANOS DE IDADE) - REGULAMENTAÇÃO DE VISITA - GUARDA ALTERNADA INDEFERIDA - INTERESSE DO MENOR DEVE SOBREPOR-SE AO DOS PAIS - AGRAVO DESPROVIDO. Nos casos que envolvem guarda de filho e direito de visita, é imperioso ater-se sempre ao interesse do menor. **A guarda alternada, permanecendo o filho uma semana com cada um dos pais não é aconselhável pois as repetidas quebras na continuidade das relações e ambiência afetiva, o elevado número de separações e reaproximações provocam no menor instabilidade emocional e psíquica, prejudicando seu normal desenvolvimento, por vezes retrocessos irrecuperáveis, a não recomendar o modelo alternado, uma caricata divisão pela metade em que os pais são obrigados por lei a dividir pela metade o tempo passado com os filhos**” (RJ 268/28). (TJSC - Agravo de instrumento n. 00.000236-4, da Capital, Rel. Des. Alcides Aguiar, j. 26.06.2000). Grifamos.

Dessa forma, observa-se que para atender ao melhor interesse dos filhos, é mais adequado que se adote o instituto da guarda compartilhada, haja vista o menor poder conviver, de maneira mais flexível e sem a necessidade de se estabelecer previamente períodos determinados, com o pai e a mãe, tendo ambos como referência sempre, e não em intervalos.

Assim, é pequena a possibilidade de que sejam criados conflitos psicológicos e prejudiciais ao crescimento e desenvolvimento da criança ou do adolescente que segue a orientação conjunta dos genitores, já que, no caso da guarda unilateral alternada, muitas vezes há confusão naquilo que cada um dos pais estabelece na ocasião em que está junto aos filhos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme exposto, concluiu-se que há duas principais modalidades de guarda discutidas atualmente, quais sejam, a guarda unilateral, que pode ser alternada, e a guarda compartilhada. A guarda compartilhada se caracteriza pela participação em nível de igualdade dos genitores nas decisões que se relacionam ao filho, não sendo necessário que este resida um determinado período com um ou com outro genitor, porquanto se busca o melhor interesse do menor, que tem por direito inegociável a presença compartilhada dos pais.

A guarda alternada, por sua vez, propõe que o tempo da criança seja igualmente dividido entre seus genitores, alternando-se entre a residência paterna e a materna, em espaços de tempo pré-determinado. Dessa maneira, apesar da guarda não ser de apenas um o tempo todo, também não é compartilhada entre os genitores, detendo apenas um deles, em determinado tempo, a guarda total e unilateral do filho, diferente da guarda compartilhada que consiste, conforme observado, na responsabilização conjunta no exercício de direitos e deveres para com a criança.

Assim, denota-se que dentre as duas modalidades abordadas, a que melhor resguarda os interesses dos menores é a guarda compartilhada, já que possibilita uma equiparação no tocante aos direitos e deveres do casal perante os filhos.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Águida Arruda. Guarda Compartilhada e Mediação Familiar: uma parceria necessária. Revista Nacional de Família e Sucessões (Instituto dos Advogados de São Paulo). Ano 2014, nº 1, Editora Lex Magister, p. 20 -36.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BERNARDO, Clarissa Campos. A guarda de filhos no ordenamento jurídico brasileiro sob a ótica da lei 13.058/14. <<http://www.conjur.com.br/2015-out-17/guarda-ordenamento-juridico-otica-lei-1305814>> Acesso em: 21 de out. 2015.

FIGUEREDO, Fábio Vieira. **Alienação Parental**. 2ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SIMÃO, José Fernando. Sobre a doutrina, guarda compartilhada, poder familiar e as girafas. <http://www.conjur.com.br/2015-ago-23/processo-familiar-doutrina-guarda-compartilhada-girafas#_ftn2> Acesso em 21 de outubro de 2015.

WELTER, Belmiro Pedro. Teoria Tridimensional do Direito de Família. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

CONSUMO SUSTENTÁVEL NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

Tainara Troian¹

Renata Egert²

Resumo: O presente resumo trata acerca do direito ambiental e sua relação com o consumo e a sustentabilidade. Objetiva-se desta forma analisar a doutrina atual sobre as regras ambientais, objetiva-se ainda observar o consumo sustentável, de forma que atenda as necessidades das futuras gerações. A sustentabilidade está também relacionada à sociedade como a economia, educação e a cultura. Como método de abordagem foi usado o dedutivo, bem como a pesquisa indireta, ou seja, a pesquisa bibliográfica como instrumento de indagação, e, ainda, o método monográfico para a realização procedimental.

Palavras-chave: Consciência. Meio ambiente. Economia.

INTRODUÇÃO

As constantes mudanças vivenciadas pela sociedade contemporânea alteram a forma de compreender as pessoas e suas necessidades. Rapidamente e constantemente se moderniza a sociedade e conseqüentemente as relações humanas e de consumo se alteram. A fluidez dos vínculos, que marca a sociedade contemporânea, encontra-se inevitavelmente inserida nas próprias características da modernidade. É impossível fugir das conseqüências da globalização, com suas vertiginosas ondas de informação e de novas ideias. Tudo ocorre com intensa velocidade, o que também se reflete nas relações entre as pessoas. Enquanto instrumento de justiça social, o direito do ambiente com os direitos difusos é fundamental para as mudanças desta nova sociedade.

DESENVOLVIMENTO

Assim, como resultado encontrado verificou-se que o direito ambiental é um conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, entre outros fatores vivos e não vivos que são responsáveis pela manutenção, abrigo e regência de todas as formas de vida, ou seja, é um sistema formado por elementos naturais e artificiais relacionados entre si e que pela ação humana são modificados. Ambiente seria a junção de elementos naturais, artificiais, culturais, artificiais e de trabalho que resultam no meio onde ocorre o ciclo da vida. O uso da expressão conjunta “meio ambiente” exalta seu significado. Meio Ambiente “é o espaço ocupado pelos seres vivos, onde habitam e há interação recíproca, influenciando na forma de vida e na

¹ Acadêmica do IV semestre do curso de Direito da URI/FW

Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões Câmpus de Frederico Westphalen

² Mestra em Direito, professora do Curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI, Câmpus de Frederico Westphalen, RS.

manutenção com todas as suas naturais características”. Assim, pode-se concluir que meio ambiente é muito mais do que fauna e flora, pois todo lugar onde existe vida é considerado meio ambiente. É o conjunto de princípios e regras destinados à proteção da natureza e da vida humana. Complexo de princípios e normas coercitivas e preventivas reguladoras das atividades humanas que, direta ou indiretamente, possam afetar a sanidade do ambiente em sua dimensão global, visando a sua sustentabilidade para as presentes e futuras gerações. Trata-se da forma de vida da sociedade o meio que a condiciona incluindo valores naturais, culturais e sociais existente em um determinado momento e local. O direito ao meio ambiente é consagrado como direito fundamental, ainda que não constante no rol do art. 5º da Constituição Federal. Deve-se isto ao fato de que o parágrafo 2º do artigo citado, permite uma textura aberta de direitos fundamentais, não restringindo estes ao catálogo do art. 5º da Constituição Federal. Ademais, como afirma o próprio art. 225 da Constituição Federal: “todos têm direito ao meio ambiente (...)”. Ao inserir o art. 225 no título correspondente à Ordem Social, o meio ambiente passa a ter por objetivo o primado pelo bem-estar, esculpido no art. 193 da Constituição Federal. O consumo se caracteriza como uma atividade econômica consiste na aquisição, utilização ou destruição de bens ou serviços efetuados através do ser humano, tendo varias utilidades entre elas satisfazer as respectivas necessidades. Entretanto muitas vezes as pessoas acabam por usar esse consumo de forma incorreta, o que resulta por agredir o meio ambiente, este consumo abusivo se da o nome de consumismo é o gasto em produtos sem utilidades imediatas, o ser humano deve optar pelo consumo sustentável que envolve a escolha de produtos que utilizam menos recursos naturais em sua produção, garantindo o reaproveitamento do mesmo, ou seja, comprar de forma responsável e consciente de que terão consequências ambientais e sociais. A sustentabilidade é a busca do desenvolvimento econômico e a preservação do ecossistema, o qual tem por objetivo à própria sobrevivência do planeta no presente e no futuro. A sustentabilidade visa buscar atitudes sistemáticas em diversos órgãos sociais e políticos, como por exemplo, a educação, propaganda e a lei, é a capacidade do individuo ou um grupo de pessoas de se manterem em um determinado espaço sem causar danos ao meio ambiente. O consumo consciente, consumo verde, consumo responsável são nuances do Consumo Sustentável, cada um focando uma dimensão do consumo. O consumo consciente é o conceito mais amplo e simples de aplicar no dia a dia, devendo este estar atento à forma como consumimos e às nossas escolhas de compra privilegiando produtos e empresas responsáveis. A partir do consumo consciente, a sociedade envia um recado ao setor produtivo de que quer que lhe sejam ofertados produtos e serviços que tragam impactos positivos ou reduzam significativamente os impactos negativos no acumulado do consumo de todos os cidadãos.

CONCLUSÃO

Com a evolução nos estudos sobre o meio ambiente, sobre as questões prejudiciais ao meio ambiente, bem como com a implementação de regras constitucionais sobre o tema ambiental e com o enfoque dado à Política Nacional do Meio Ambiente é possível verificar-se um avanço significativo na proteção ao meio ambiente. Com ações afirmativas sobre a questão ambiental (palestras, oficinas, questões de ordem pedagógicas, questões constitucionais), com a aplicação de sanções àqueles que de alguma forma degradam o meio ambiente, pode-se chegar a maior conscientização sobre os problemas ambientais que ocorrem na sociedade mundial e sobre como é possível alavancar para o seu melhoramento, buscando sempre o consumo de maneira sustentável. Todos tem direitos e deveres, sendo que o principal é o direito a um meio ambiente saudável e que proporcione uma convivência harmoniosa.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição Federal. In: PINTO, Antônio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CESPEDES, Lívia. **Vade mecum**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DIAS, Genebaldo Freire. **Educação ambiental: princípios e práticas**. 1. ed. São Paulo: Gaia Ltda 1992.

MILARÉ, Édís. **Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco**. 7. ed. revista dos tribunais. São Paulo: 2011.

OS ASPECTOS DIFERENCIADORES DOS CRIMES DE CONTRABANDO E DESCAMINHO

Thalie Nadine Lanzarin¹

Resumo: a pesquisa “aspectos diferenciadores dos crimes de contrabando e descaminho” objetivou esclarecer o que distingue nos quesitos conceitual e legal ambos os crimes. O método adotado foi o histórico-dialético com a importância de expor o aspecto histórico e tratar do aspecto legal e social em que o contrabando e o descaminho se impõem à população, chegando-se a destacar que ambos foram desmembrados no quesito penal, tendo o contrabando maior gravidade e o descaminho menor, caracterizando-se como crime de ordem tributária.

Palavras-chave: aspectos diferenciadores, contrabando, descaminho, crimes.

INTRODUÇÃO

Visto que é preciso proteger a economia e o mercado interno do país, o contrabando e o descaminho estão presentes no artigo 334 do Código penal, com o intuito de manter o controle desses delitos que tem o objetivo de trazer mercadorias (lícitas ou ilícitas) sem passar pela ala de controle e pagamento dos tributos devidos nas alfândegas das fronteiras.

O número de produtos que entram no país tem aumentado de maneira exorbitante. Segundo os dados divulgados pela Secretaria de Comércio Exterior do Ministério do Desenvolvimento atingiu-se entre julho de 2013 e junho de 2014 , 238 bilhões de produtos importados e 235 bilhões de exportados . Logo com esses dados vem uma preocupação do legislativo a respeito dos atos ilícitos que acometem a importação e exportação , que fazem com que seja promulgada a Lei 13.008 de 29 de julho de 2014 que trouxe uma nova roupagem nas formas de lidar com o contrabando e o descaminho.

Visualiza com alta frequência nos noticiários em geral notícias relacionadas a esses dois crimes, porém existem fatores que os diferenciam quanto à suas características e penas aplicadas.

O presente resumo expandido trata dos aspectos mais pontuais acerca de ambos os crimes com o intuito de sanar as dúvidas de todos aqueles que não sabem ou tem indagações a respeito desse assunto.

1 DESENVOLVIMENTO

1.1 SÍNTESE HISTÓRICA

¹ Acadêmica do curso de Direito da Faculdade De Direito De Francisco Beltrão, mantida pelo CESUL- Centro Sulamericano De Ensino Superior.

O contrabando e o descaminho não são crimes que surgiram recentemente, pelo contrário, os atos de importar e exportar já eram regulados pelo artigo 177 do código de Direito Romano que visava à proibição de determinadas mercadorias em seus territórios e a omissão do pagamento de impostos daquelas que tinham autorização de entrada.

Ainda sobre suas origens, Bittencourt e Monteiro apontam da seguinte maneira:

Historicamente a incriminação dessas espécies de comportamento remonta à Antiguidade, coincidindo com o surgimento das alfândegas e o estabelecimento de privilégios e regalias para o comércio de determinados gêneros, no interesse do Estado. O próprio direito Romano não ignorou o crime de contrabando, impondo-lhe penas severíssimas, sendo, inclusive, fortalecidas na Idade Média, com a aplicação de confisco, mutilações, pena de morte, etc., especialmente se o crime fosse cometido por quadrilhas, sujeitos à mão armada ou por reincidente, já naquela época. Portanto não estamos falando de novidade. (BITTENCOURT; MONTEIRO. 2013 p.280).

Na idade média se tais delitos acontecessem, as punições eram tão severas que chegariam até a pena de morte. Já no Brasil, ambos foram reconhecidos em 1830 no Código Criminal.

1.2 ASPECTOS SIGNIFICATIVO E LEGAL

O contrabando é uma introdução clandestina de mercadorias proibidas num país. É um crime de ordem penal e tributária, inafiançável, de produtos ilícitos. De acordo com Hungria (1959, p. 432), “... contrabando é a clandestina importação ou exportação de mercadorias cuja entrada no país, ou saída dele é absolutamente proibida”... .

O descaminho por sua vez é a importação ou exportação de mercadorias permitidas, mas que “desvia” o pagamento de tributos na alfândega. Burla o sistema para fugir dos impostos cobrados pelo fisco. É um crime de ordem tributária.

Segundo a doutrina de BITTENCOURT e MONTEIRO:

Com efeito, enquanto o *descaminho*, na essência, constitui uma violação fiscal, típica da relação fisco-contribuinte, o *contrabando*, *configurando* entrada ou saída de mercadoria proibida, não contém qualquer natureza fiscal-tributária, ou, em outros termos, a importação ou exportação da mercadoria proibida constitui um fato ilícito, e não a violação de uma norma geradora de tributos.

Tais modalidades distinguem-se precisamente porque, enquanto no descaminho a omissão ao pagamento dos tributos aduaneiros é, na essência, crime de sonegação fiscal, “lato sensu”, um ilícito de natureza tributária, pois atenta diretamente contra o erário público, no contrabando propriamente dito a exportação ou a importação de determinada mercadoria proibida não se enquadra entre os delitos de natureza tributária. Ou seja “proibida a exportação ou importação de determinada mercadoria, o seu ingresso ou sua saída das fronteiras nacionais configuram um fato ilícito e não um ato gerador de tributos.

(BITTENCOURT e MONTEIRO *apud* CARVALHO, 2013, p.295-296).

É importante salientar que o contrabando e o descaminho, que antes eram tratados da mesma maneira no âmbito penal com o advento da Lei 13.008 de 26 de junho de 2014 foram apartados e a pena para contrabando se tornou mais grave em relação à de descaminho.

A incriminação e aplicação de sanção para ambos os crimes estão previstos no código penal e no artigo a seguir citado:

“Descaminho

Art. 334. Iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena quem:

I - pratica navegação de cabotagem, fora dos casos permitidos em lei;

II - pratica fato assimilado, em lei especial, a descaminho;

III - vende, expõe à venda, mantém em depósito ou, de qualquer forma, utiliza em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira que introduziu clandestinamente no País ou importou fraudulentamente ou que sabe ser produto de introdução clandestina no território nacional ou de importação fraudulenta por parte de outrem;

IV - adquire, recebe ou oculta, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira, desacompanhada de documentação legal ou acompanhada de documentos que sabe serem falsos.

§ 2º Equipara-se às atividades comerciais, para os efeitos deste artigo, qualquer forma de comércio irregular ou clandestino de mercadorias estrangeiras, inclusive o exercício em residências.

§ 3º A pena aplica-se em dobro se o crime de descaminho é praticado em transporte aéreo, marítimo ou fluvial.” (NR)

“Contrabando

Art. 334-A. Importar ou exportar mercadoria proibida:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena quem:

I - pratica fato assimilado, em lei especial, a contrabando;

II - importa ou exporta clandestinamente mercadoria que dependa de registro, análise ou autorização de órgão público competente;

III - reinsere no território nacional mercadoria brasileira destinada à exportação;

IV - vende, expõe à venda, mantém em depósito ou, de qualquer forma, utiliza em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria proibida pela lei brasileira;

V - adquire, recebe ou oculta, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria proibida pela lei brasileira.

§ 2º Equipara-se às atividades comerciais, para os efeitos deste artigo, qualquer forma de comércio irregular ou clandestino de mercadorias estrangeiras, inclusive o exercício em residências.

§ 3º A pena aplica-se em dobro se o crime de contrabando é praticado em transporte aéreo, marítimo ou fluvial.”

(http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2011-2014/2014/Lei/L13008.htm)

Acesso em: 21 de maio de 2015)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Explanados os fatos pontuais de como surgiram, se diferenciam pelo fato de que o descaminho não é tão agressivo quanto o quesito pena e é interpretado como sendo de ordem

tributária, e o contrabando ser de caráter mais criminal e penal do que tributário, o que além de se eximir do imposto a ser pago, são trazidas a território brasileiro por vias clandestinas produtos totalmente ilícitos, o que faz ser aumentada significativamente a sua pena.

Visto que o número de importações brasileiras é gigantesco, é importante frisar que esses crimes infelizmente ocorrem e a criação de penas para contê-los foi uma forma de controle social e protecionismo da economia e do mercado pátrio.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto; MONTEIRO, Luciana de Oliveira *apud* CARVALHO, Márcia Domentila Lima de Carvalho **Crimes contra a ordem tributária**. São Paulo: Saraiva 2013, p.280.

BITENCOURT, Cezar Roberto; MONTEIRO, Luciana de Oliveira. **Crimes contra a ordem tributária**. São Paulo: Saraiva 2013, p.280.

HUNGRIA, N. **Comentários ao Código Penal**: parte especial. v. 9. Rio de Janeiro: Forense, 1959. p.432

JÚNIOR, Francisco Monteiro Rocha. **Reformas dos crimes de contrabando e descaminho: mais penas, mesma insegurança jurídica**. Disponível em <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-direito/artigos/reformas-dos-crimes-de-contrabando-e-descaminho-mais-penas-mesma-inseguranca-juridica-edg2jz02oqhiqfpyionp4wni>> Acesso em 18 de maio de 2015.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Lei N° 13.008, DE 26 DE JUNHO DE 2014**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13008.htm .> Acesso em 18 maio 2015

SIVIERO, Filipe Andrios Brasil. **Aplicabilidade do Princípio da Insignificância nos Crimes De Contrabando e Descaminho**. Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC, 03 Set. 2009. Disponível em: <www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direito-penal/4340> Acesso em: 11 jun. 2015

A COMPETÊNCIA JURISDICIONAL NO SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

Eliziane De L. S. Oliveira

Resumo: O presente estudo visa demonstrar a competência jurisdicional do sistema brasileiro atualmente, nas quais pode se verificar na lei maior e também em leis infraconstitucionais, onde está resguardado o foro competente. A jurisdição é matéria do estado mas o mesmo executa por meio do juiz que é o órgão encarregado de tratar da jurisdição. Mas em alguns casos o juiz não tem condições de tratar das varias lides ao mesmo tempo então ele delega as funções para cada juízo ou órgão competente, de acordo com o caso e atendendo a vários grupos específicos de litígios. Ai esta a função da competência jurisdicional.

Palavras-chave: Competência. Jurisdição. Órgãos. Estado.

INTRODUÇÃO

O tema a ser abordado é de suma importância no direito processual brasileiro, pois iremos falar previamente sobre a função jurisdicional e o seu dever, para entendermos a competência jurisdicional. O estado tem o dever de punir através da jurisdição perante a coletividade e este desempenha a função punir.

Atente-se para os esclarecedores ensinamentos de Júlio Fabbrini Mirabete:

Em amplo sentido, jurisdição é o poder de conhecer e decidir com autoridade dos negócios e contendas, que surgem dos diversos círculos de relações da vida social [...] Em sentido restrito, porém é o poder das autoridades judiciárias regularmente investidas no cargo de dizer o direito no caso concreto. (MIRABETE, 2004, p.174):

Conforme este doutrinador a jurisdição é o poder punir do estado, poder este investido nas autoridades judiciais aplicando assim o direito à realidade dos fatos.

A matéria principal do nosso estudo é a competência, à mesma é a limitação do poder jurisdicional por parte do estado. Muitos acham que jurisdição e competência são sinônimas mas não são, pois jurisdição é a soberania do estado do qual detém para si o poder-dever de punir, já a competência é referente à distribuição ou seja a quantidade de litígios que serão delegados a cada órgão e isso dependerá de certos fatores como o lugar expansão territoriais, as pessoas, a matéria e estes itens estão regulamentados no artigo 69 do CPP dos quais são :

Art. 69. Determinará a competência jurisdicional:
I - o lugar da infração;
II - o domicílio ou residência do réu;
III - a natureza da infração;
IV - a distribuição;

- V - a conexão ou continência;
- VI - a prevenção;
- VII - a prerrogativa de função.

A seguir será exposto o que significa cada elemento citado no referido artigo.

DESENVOLVIMENTO

Podemos verificar assim que a jurisdição, qualquer magistrado detém já a competência é determinada através da lei conforme afirma o doutrinador tourinho filho:

COMPETÊNCIA É:

“medida de jurisdição”, mais precisamente como “porção do Poder Jurisdicional que cada órgão pode exercer” (TOURINHO FILHO, 1989, p.64).

Porção seria a quantidade de competência que cada órgão jurisdicional abarca para si. É a delimitação do poder punitivo do estado.

Temos que esclarecer também sobre competência absoluta e competência relativa. Sendo que competência absoluta não é passível de prorrogação, o processo é direcionado ao juiz natural caso isso não ocorra, feriria o princípio do juiz natural e irá acarretar a nulidade do processo. Temos como exemplo a competência em razão da matéria (estadual ou federal, criminal ou civil).

Conforme esclarece Guilherme de Souza Nucci:

Chama-se relativa a hipótese de fixação de competência que admite prorrogabilidade, ou seja, não invocada a tempo a incompetência do foro, reputa-se competente o juízo que conduz o feito, não se admitindo qualquer alegação posterior de nulidade. É o caso da competência territorial, tanto pelo lugar da infração quanto pelo domicílio ou residência do réu. (NUCCI, 2007, p.227)

A competência relativa é passível de prorrogação, se não for admitida a tempo o foro competente, será competente o juiz que conduz o litígio, e não será admitida posteriormente a nulidade do ato. Temos como o exemplo a competência territorial, seja o domicílio de réu ou o lugar da infração. Estas determinações são delegadas pela doutrina e pela jurisprudência sendo que não há expressado disposição legal sobre o feito.

A COMPETÊNCIA RELACIONADA AO LUGAR DA INFRAÇÃO: em regra será competente o foro onde houve a consumação do ato e é neste local que o réu deve ser processado e julgado. E podemos constatar que foi consumado o litígio quando se reúne todos os elementos que trazem a fundamentação legal de consumação de crime.

A legislação brasileira adota a teoria do resultado, isto é, a competência é estabelecida no foro onde o crime foi consumado e, se na forma tentada, no local onde ocorrera o último ato executório, seja a conduta do agente omissiva ou comissiva.

A teoria do resultado é explicitada pelo autor Fernando da Costa Tourinho Filho:

Entendeu o legislador que o Juiz competente para processar e julgar uma causa criminal é o do lugar onde a infração se consumou (*locus delicti commissi*). Este é o foro comum, para as infrações penais em geral. É a regra em matéria de competência penal. É o lugar onde se consumou a infração que firma a competência para o processo julgamento da causa. (TOURINHO, 1989, p.79):

Estabelece como foro competente o lugar de consumação da infração este é o foro comum para exercer a punibilidade do crime.

DA COMPETÊNCIA PELA PREVENÇÃO: prevenção quer dizer antecipação, se o crime ocorreu em mais de uma comarca será determinada a competência pela prevenção, isso nos diz que, o primeiro juízo que executar algum ato processual, ainda que anterior à denúncia ou queixa crime, seja o competente para julgar a lide. Assim elegeremos o foro de prevenção e o juízo competente.

Temos dois artigos que se usa a prevenção o art. 71 e 83 do CPP.

Art. 83. Verificar-se-á a competência por prevenção toda vez que, concorrendo dois ou mais juízes igualmente competentes ou com jurisdição cumulativa, um deles tiver antecedido aos outros na prática de algum ato do processo ou de medida a este relativa, ainda que anterior ao oferecimento da denúncia ou da queixa (arts. 70, § 3o, 71, 72, § 2o, e 78, II, c).

Art. 71 – Tratando-se de infração continuada ou permanente, praticada em território de duas ou mais jurisdições, a competência firmar-se-á pela prevenção.

COMPETÊNCIA PELO DOMICILIO OU RESIDÊNCIA DO RÉU: Chama-se foro supletivo ou subsidiário. Quando não se tem conhecido o lugar da lide a lei diz e seu art. 72 CPP que o foro é a residência ou domicílio do réu. Esses dois critérios determina a competência territorial

DA COMPETÊNCIA PELA NATUREZA DA INFRAÇÃO: Está relacionado à natureza da infração a *ratione materiae*, ou seja, para determinar o juízo competente para julgar determinada infração, sendo que em uma comarca a dois ou mais juízes será decidido pela natureza da infração, este critério regulariza-se pela organização judiciária, pelo tribunal do júri que esta no artigo 74 do CPP e está estabelecida no artigo 5º, XXXVIII, d, da Constituição Federal. Este critério é para casos em que haja mais de um juiz competente, isso ocorre nos grandes centros como o estado de São Paulo por exemplo.

DA COMPETÊNCIA PELA DISTRIBUIÇÃO: Advém art. 75 do CPP :

A precedência as distribuição fixara a competência quando, na mesma circunscrição judiciária, houver mais de um juiz igualmente competente.

Este determina o foro que será julgado o litígio seja *ratione loci ou ratione domicilii*. Cabe lembrar que nesse local pode haver um ou mais juízes competentes ai haverá a chamada distribuição, isso significa que serão distribuídos os processos, repartidos entre os tribunais competentes e será determinada a vara mais cabível para a solução do litígio.

A COMPETÊNCIA POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO: Está expressa no art. 84 do CPP. É competência originária dos órgãos jurisdicionais superiores. Esta competência denominada *ratione personae*, pois é definida de acordo com o cargo que o indivíduo exerce no estado, pois este tem foro especial para serem julgado, isto tudo em detrimento do cargo que exercem.

Esclarece Fernando da Costa Tourinho Filho:

Há pessoas que exercem cargos de especial relevância no Estado e, em atenção a tais cargos ou funções que exercem no cenário político-jurídico da nossa Pátria, gozam elas de foro especial, isto é, não serão processadas e julgadas como qualquer do povo, pelos órgãos comuns, e sim, pelos órgãos superiores, de instância mais elevada. (Tourinho, 1989, p.108):

Podemos verificar que esta é a chamada prerrogativa de função, da função exercida no estado, o chamado foro privilegiado em detrimento do cargo exercido. Mas tem um ponto negativo pois sendo competência originária tem a desvantagem de reduzir uma instância não momento de manejar o recurso para esses indivíduos .

DA CONEXÃO E DA CONTINÊNCIA: Esta regulada no art. 76 do CPP e nos fala que a conexão que esta neste artigo seria como um nexo nas relações os fatos entre si, e por causa do vínculo formados entre eles devem ser analisadas num só processo assim evitando decisões ímpares e conflitantes. Pode-se entender que estas não determinam competência e sim as modificam. Elas são usadas quando há uma ligação entre dois ou mais crimes sendo que devem ser julgados em um só processo. Há continência quando uma coisa esta ligada a outra e não é possível separa-las por esse motivo que elas modificam a competência pois devem ser julgadas juntas.

CONCLUSÃO

Contudo que foi exposto podemos verificar que as competências em razão do território são atribuídas às competências relativas e as com relação às pessoas e a matéria são competências absolutas. Nota-se também que a competência não é absoluta de um juiz, ou seja, a demanda não

é incidida na jurisdição. Conseguimos conceituar também a jurisdição que é a função estatal que o judiciário exerce e está ligada a aplicar regras abstratas do âmbito jurídico ao caso concreto. Já a competência no sistema processual brasileiro delimita os poderes da jurisdição determinando em quais circunstâncias determinado juiz pode exercer a jurisdição de acordo com elementos importantíssimos para sabermos qual juízo é competente para cada lide em questão.

REFERÊNCIAS

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. V.1. São Paulo: Saraiva, 1984.

VADE MECUM, Saraiva, 15 ed. Atual e ampl. São Paulo : Saraiva, 2013

A EVOLUÇÃO DA LEGISLAÇÃO CIVIL E CONSTITUCIONAL NO BRASIL ENTRE 1500 E 1891

Aléxia Arias
João Vitor Cardoso
Renata Egert

Resumo: O presente resumo tem como objetivo tratar sobre o processo de evolução que a legislação Civil e Constitucional sofreu no Brasil desde meados do século XVI até o século XIX. Começa com o estudo das Ordenações, referentes ao Direito Civil e culmina com a Constituição Imperial de 1824, marco inicial histórico do Direito Constitucional Brasileiro. A importância de estudar os primórdios do Direito em nosso país é que, a partir disso, pode-se discutir sobre a relevância que essas leis tiveram para o desenvolvimento do Direito Positivo. Esta pesquisa foi desenvolvida a partir do método indutivo, através de pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Direito Civil; Direito Constitucional; Direito Comparado;

DESENVOLVIMENTO

O Brasil tem uma história relativamente jovem no que diz respeito ao Direito. Tendo em vista a colonização portuguesa a partir do ano 1500, após o “descobrimento do Brasil” o Direito que vigorou no Brasil até algumas décadas atrás era intrinsecamente de origem lusitana, tanto que, de certa maneira, o Direito Lusitano esteve em vigor por mais tempo em nosso território do que o próprio Direito Brasileiro.

Porém, foi em 1531 que *in facto* vigorou o Direito português no Brasil, pois somente nesse ano aconteceu a confirmação, por meio da Bula Papal do pontífice João II, de que Dom Manuel, Rei de Portugal, era dono das terras brasileiras.

Em Portugal, a princípio sempre foi utilizado, para fins jurídicos, o Direito Romano e Canônico, considerando que a ideia de Constituição era algo ainda distante. Desde meados do século XV, quando “tornou-se mais presente a necessidade de uma compilação que fixasse e sistematizasse devidamente as variadas fontes do Direito, em princípios aplicáveis” (DIDONE, 2013), organizou-se um ordenamento jurídico por meio de “Ordenações”, que ao total foram três.

As primeiras Ordenações foram as Ordenações Afonsinas, editadas em 1446/1447, que tiveram pouca aplicação no Brasil, porque 75 anos depois que foram feitas, foram substituídas, e no aspecto cronológico, percebe-se que na época em que elas estavam vigentes o país ainda era uma terra desconhecida aos europeus.

No entanto, as Ordenações Afonsinas tiveram sim influência no Brasil, devido ao fato de que muito dela se aproveitou nas Ordenações seguintes. Um exemplo desse aproveitamento é a característica de ser dividida em cinco livros, o que se copiou nas outras duas em número, natureza e assunto. Estes cinco livros eram: 1º. *Index* (sobre o juiz); 2º. *Indicium* (sobre o processo); 3º. *Clerus* (sobre o clero); 4º. *Connubia* (sobre o casamento) e 5º. *Crimen* (sobre o crime).

Segundo Raymundo Faoro (1998), as Ordenações Afonsinas tinham como preocupação fundamental as atribuições dos 17 cargos públicos, incluindo dos cargos militares e municipais, assim como os bens e privilégios da Igreja, os direitos do rei e da administração fiscal. O fato de essa legislação dar muitos direitos a poucos e poucos direitos a muitos não é estranho, tendo em vista que naquela época, muito antes da Revolução Francesa, os Direitos Sociais ainda engatinhavam. Apesar disso, as Ordenações Afonsinas ajudaram a resolver o problema da necessidade de sistematizar o Direito português. No entanto, continuou-se a questão de como salvaguardar o seu conhecimento e vigência em todo o reino. Isso se deveu ao fato de que fazer cópia dos seus cinco volumes era muito demorado, além de que com o passar do tempo, muitas leis novas foram expedidas, alterando e suprimindo as Ordenações Afonsinas.

Sendo assim, tornou-se indispensável a compilação de um novo código, e em 1512, as Ordenações Manuelinas (o código tem esse nome porque foi editado durante os reinados de D. João II e D. Manuel I, que emprestou seu nome às Ordenações) tiveram sua primeira impressão, mas somente em 1521 uma edição definitiva.

Nuno J. Espinosa Gomes da Silva (1991) destaca como alteração importante nas Ordenações Manuelinas o fato da legislação relativa aos judeus não existir devido à sua expulsão do Reino em 1496. Da mesma maneira, na edição de 1521, desapareceram as normas relativas à fazenda real, por essas passarem a formar as autônomas Ordenações da Fazenda.

Contudo, é sabido que a alteração mais evidente e notável é a compactação do código (embora a estrutura tenha sido mantida), que ficou muito mais atrativo e menor, sendo de mais fácil divulgação em todo o reino, inclusive nos territórios ultramarinos, tendo em mente que as Ordenações Manuelinas foram o primeiro código a vigorar oficialmente no Brasil. Ficaram vigentes até 1603 (por cerca de 90 anos), quando foram substituídas pelas Ordenações Filipinas.

Um dos motivos que fez com que as Ordenações Manuelinas surgissem em detrimento das Afonsinas foi o elevado número de leis que se sobrepunham ao código. Com o passar do tempo, a mesma história se repetiu. Muitas leis surgiram e as Ordenações Manuelinas começaram a ser consideradas antiquadas.

Nesse contexto, Dom Felipe, rei da Espanha e Portugal (nesse período da história ocorreu a “União Ibérica”, ou seja, o rei Felipe II da Espanha e o rei Felipe I de Portugal eram a

mesma pessoa), mandou confeccionar um novo código, que viria, em sua homenagem, a ser nomeado de Ordenações Filipinas, vigorando em toda União Ibérica e suas respectivas colônias, incluindo o Brasil.

Infelizmente, no entanto, o código nada mais foi que a junção da legislação precedente (Ordenações Manuelinas), a Coleção de Leis Extravagantes e as legislações posteriores do século XVI. Portanto, as Ordenações Filipinas, segundo os doutrinadores da época eram “retrógradas, ultrapassadas, minuciosas e detalhistas”, ou seja, não houve inovação alguma.

Isso provavelmente aconteceu porque Filipe, um rei de naturalidade espanhola, não queria “magoar” o povo português impondo leis novas que poderiam causar algum mal-estar nas relações entre os dois povos, que durante muito tempo nutriram conflitos entre si. Na verdade, as Ordenações Filipinas foram uma tentativa de cativar os lusitanos, exaltando suas leis em detrimento do Direito Canônico e Romano.

Tantos contras e tão poucos prós indicariam que as Ordenações Filipinas teriam uma vida bem curta. Mas, em 18 de agosto de 1769, foi editada, pelo português Marquês de Pombal, a “Lei da Boa Razão”, que não revogou as Ordenações, e sim as modernizou, trazendo-as um “novo ar”. A Lei da Boa Razão norteava como as Ordenações deveriam ser aplicadas e voltava a dar autoridade ao Direito Romano e Canônico, diferentemente do que acontecia antes, porque as Ordenações Filipinas quase que os revogaram do ambiente jurídico.

As Ordenações Filipinas foram a Lei que mais tempo vigorou no Brasil até hoje, pois mesmo após a Independência continuaram tendo vigência no nível de “lei-maior” até 1822. Em 1823, a então Assembleia Constituinte modificou a lei que dizia que a antiga legislação portuguesa era vigente no Brasil e em 1824, com a Constituição Imperial, as Ordenações passam a valer como se fossem um “código civil”. As Ordenações perderam realmente sua vigência somente com a confecção do primeiro Código Civil, na república, em 1916, ou seja, menos de 100 anos atrás.

Em 25 de março de 1824, foi promulgada pelo imperador Dom Pedro I, na então capital do Império do Brasil, Rio de Janeiro, a Constituição Imperial. Esta foi a constituição que mais vida teve até hoje (65 anos). A Constituição de 1824 sofreu influências da Constituição Espanhola de 1812, da Constituição Francesa de 1814 e da Constituição Portuguesa de 1822.

Porém, até a promulgação da primeira constituição do Brasil, percorreu-se um longo caminho. A mesma Assembleia Constituinte que modificou a vigência das Ordenações estava encarregada de redigir a inédita Constituição, mas no dia 12 de novembro de 1823 ela foi dissolvida por meio de um decreto do imperador Dom Pedro I que afirmava que a Assembleia

“não defendia a autonomia e a integridade da nação”. No entanto, provavelmente o imperador temia que a constituição limitasse demasiadamente seus poderes.

No dia 26 de novembro de 1823, dez dias depois da dissolução, Pedro II organizou um Conselho de Estado que era composto por 10 membros de pessoas escolhidas por ele. O Conselho tinha como objetivo discutir e organizar uma Constituição “digna” da aprovação Imperial.

Dom Pedro I controlou por completo a elaboração do texto constitucional e em 25 de março de 1824 foi assinada a Constituição Imperial do Brasil. Em um ponto de vista crítico, a Constituição seguia claramente os interesses da monarquia, não havendo maior participação política da população ou algum tipo de observância de outro poder nacional ou internacional. Em um ponto de vista otimista,

D. Pedro I e os seus constituintes tiveram o bom senso de escolher o melhor regime para a nação tropical, que se emancipava na América, sem copiar os Estados Unidos já consolidados, e as nações hispano-americanas retaliadas por tropelias sem fim, pelo revezamento de breves períodos democráticos e ditaduras caudilhescas (SCATIMBURGO, p.21).

A Constituição de 1824 instituiu a monarquia imperial, hereditária, constitucional e representativa, apoiada na divisão dos três poderes: Executivo, Legislativo e Judiciário, com o acréscimo de um quarto poder de uso exclusivo e pessoal do Imperador. O poder Moderador era inovador, polêmico e questionável, pois nunca cumpriu seu papel filosoficamente idealizado. A ideia de cria-lo

provinha [...] do escritor francês Benjamin Constant, cujos livros eram lidos por Dom Pedro e por muitos políticos da época. Benjamin Constant defendia a separação entre o Poder Executivo, cujas atribuições caberiam aos ministros do rei, e o poder propriamente imperial, chamado de neutro ou moderador. O rei não interviria na política e na administração do dia-a-dia e teria o papel de moderar as disputas mais sérias e gerais, interpretando “à vontade e o interesse nacional”. No Brasil, o Poder Moderador não foi tão claramente separado do Executivo. Disso resultou uma concentração de atribuições na mão do imperador (FAUSTO, p. 152)

O imperador era inimputável, ou seja, não respondia judicialmente por seus atos. Além disso, o Estado adotava o catolicismo como religião oficial e às outras religiões eram permitidos somente cultos domésticos. A Igreja era submissa ao Estado, tendo o Imperador o direito de nomear bispos.

A Constituição do Império também trouxe pela primeira vez ao Brasil uma série de outras questões, antes ignoradas pelas legislações. Positivou em seu texto a liberdade de expressão do pensamento pelas pessoas e pela imprensa, independente de censura (artigo 179, IV); a liberdade

de convicção religiosa e de culto privado, contanto que fosse respeitada a religião do Estado (artigo 5º), estabelecia também o acesso de todos os cidadãos aos cargos públicos (artigo 179, XIX) e a proibição de foro privilegiado (artigo 179, XVI).

Já no campo de Direitos Sociais, assegurava a igualdade de todos perante a lei (artigo 179, XIII); liberdade de trabalho (artigo 179, XXIV); e, instrução primária gratuita (artigo 179, XXXII). Além disso, assegurava o direito à saúde a todos os cidadãos (artigo 179, XXXI), interligada à saúde, dizia que as cadeias deveriam ser limpas e bem arejadas, havendo diversas casas para a separação dos réus, conforme suas circunstâncias e natureza de seus crimes (artigo 179, XXI).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Imperial do Brasil tinha problemas evidentes como o Poder Moderador e a inimizabilidade do imperador. No entanto, quando comparamos a Constituição às Ordenações e outras legislações antigas, são notáveis seus avanços. A Carta Magna de 1824, por exemplo, foi uma das primeiras do mundo a incluir em seu texto uma porção de direitos e garantias individuais, além de ter sido a Constituição com maior tempo de vigência e ter inaugurado no Brasil a legislação constitucional. Junto às Ordenações, mostram sua importância quando pensamos o quanto as leis dessa época influenciaram o Direito Positivo.

REFERÊNCIAS

DIDONE, André Rubens. A influência das Ordenações Portuguesas e Espanhola na formação do Direito Brasileiro do Primeiro Império (1822 a 1831) Disponível em: <<http://repositorio.uscs.edu.br/bitstream/123456789/292/2/tese%20doutorado%20Prof%20Didone.pdf>>. Acesso em: 14 de outubro de 2015.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. 13 ed. São Paulo: Globo, 1998, v. 1.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. EdUSP, São Paulo, 1995.

SCANTIMBURGO, João de. O Poder Moderador. São Paulo: Secretaria de Estado da Cultura, 1980, p.21

SILVA, José Afonso da. Proteção Constitucional dos Direitos Humanos no Brasil: Evolução Histórica e Direito Atual. Disponível em: ><http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista/tes8.htm> Acesso em: 15 de outubro de 2015.

SILVA, Nuno J. ESPINOSA, Gomes da. **História do Direito português**. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991.

A FLEXIBILIZAÇÃO TRABALHISTA E O DIREITO DO TRABALHO

Caroline Cerutti
André Rodrigues

Resumo: A flexibilização vem sendo usada com o intuito de relativizar os direitos trabalhistas, afastando ou diminuindo obrigações impostas ao empregador que é o principal interessado na flexibilização. Isto porque, a relativização é somada como lucro nos resultados da empresa, mantendo-as competitiva no cenário de capitalismo e globalização na qual estão inseridas, bem como é usada para adequar algumas normas á realidade atual.

Palavras-chave: Flexibilização. Globalização. Trabalho. Economia. Tecnologia.

INTRODUÇÃO

No presente trabalho, será abordado acerca da Flexibilização. Assunto de suma importância visto a relativização de direitos trabalhistas que foram adquiridos ao longo dos anos. Será apresentado a evolução e causas da flexibilização do direito trabalhista, sua definição e como ocorrem.

Com o advento do capitalismo e da globalização, as empresas buscam alternativas para permanecer competitivas no mercado, fato que aumenta os níveis de liberdade contratual, afastando o Estado da relação e abrindo espaço á esta moderadora de direito que é a flexibilização.

DESENVOLVIMENTO

O Direito do Trabalho, que regulamenta o trabalho humano, surgiu com a finalidade de proteger a parte considerada mais fraca no contrato de trabalho, buscando a promoção da dignidade humana (GOLDSCHMIDT, 2008). O Estado que era inerte, passou a atuar na relação contratual com o intuito de amenizar os problemas que vinham sendo causados, porém com o decorrer do tempo a necessidade econômica fez surgir o Neoliberalismo, poder que vigora até hoje, onde houve a redução da influência estatal sobre a economia. Aliás, este ramo do Direito é visto por muitos como sendo o responsável pelos problemas econômicos existentes.

Nessa época Neoliberal, encontra-se a tão falada globalização que objetiva eliminar as fronteiras e criar uma cultura comum. Tal fenômeno é anterior ao século XX, pelo fato de as empresas multinacionais emergirem em função da expansão imperialista colonial (GÕES apud ROESLER, 2014), porém só agora que alcançou seu auge. É á fase que tem por característica uma

vinculação estreita entre as nações, criando parâmetros relevantes para o globo terrestre e não apenas, para algumas regiões.

Os principais efeitos do mundo globalizado foi o fim da bipolarização entre Estados Unidos da América e a União Soviética, criação de blocos econômicos e regionais, massificação dos meios de comunicação, enfraquecimento da soberania estatal, o fortalecimento dos países ricos e o empobrecimento dos países pobres.

Ainda, foi a globalização que induziu a revolução tecnológica. Passados em torno de 200 anos da Revolução industrial, o Planeta está vivendo o auge do capitalismo, onde a economia e a tecnologia andam nas mesmas velocidades, submetendo as empresas à aplicação de tecnologias modernas em substituição do trabalho humano, para que possam se manter competitivas no mercado, reduzindo os custos e aumentando os lucros. O autor Octavio Bueno Magano (apud CUNHA, 2010), ressalta que a tecnologia provocou a desintegração da massa trabalhadora, tendo de um lado a elite com salários elevados e de outro uma mão de obra periférica, sujeita às incertezas da conjuntura econômica.

O autor Amauri Mascaro Nascimento, cita alguns efeitos da globalização nas relações laborais, como a ampliação setorial decorrente das transformações da sociedade industrial para pós industrial; descentralização das atividades da empresa através de subcontratos; informalização do trabalho da pessoa física em virtude do crescimento do trabalho autônomo...caracterizando dessa forma, a flexibilização dos direitos trabalhistas. Em decorrência da globalização e surgiram a privatização e a terceirização, outras duas causas da flexibilização trabalhista.

Na privatização se externa a redução da influência econômica estatal sobre a economia, onde o Estado deve apoiar a liberdade da iniciativa privada o que acarreta em redução de salários e precarização de empresas privatizadas (GOLDSCHMIDT, 2008).

Já a terceirização, é o artifício utilizado para que as empresas mudem seu modo de gestão para obter custo mínimo. Nesse sistema de gestão, onde não há a relação empregado e empregador, a empresa tomadora não tem vínculo direto com aquele que presta o serviço, visto que a relação é angular. O que se tem nesse caso, é a busca de baixo custo

A flexibilização que é resultado do pensamento neoliberal, que acredita que quanto mais livres forem as relações de consumo e trabalho, mais crescente será a economia, se caracteriza pela relativização dos direitos dos trabalhadores. Para alguns doutrinadores, a flexibilização seria a forma de adaptar as normas trabalhistas à atualidade, visto que a CLT surgiu em 1943, onde a realidade econômica, tecnológica, política e social era um tanto diferente da realidade presenciada atualmente, prejudicando dessa forma o desenvolvimento econômico.

Para Nascimento, a flexibilização “é o afastamento da rigidez de algumas leis para permitir diante de situações que o exijam, maior dispositividade das partes para alterar ou reduzir os seus comandos.”

No entanto, para outros doutrinadores a flexibilização é vista como risco e atentatório ao princípio basilar do direito do trabalho: o princípio da proteção. A regra do Direito do Trabalho é a aplicação da norma mais favorável, conforme menciona o art. 444 da CLT: “ As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.”, e menciona o art. 468 da CLT, que só será lícita as alterações por consentimento e que não acarretem em prejuízo.

Porém, se antes se previa sempre a norma mais benéfica, com o advento da flexibilização esta poderá ser alterada, pois os direitos são passíveis de renúncia ou transação, através do diversos meios idôneos, como acordo ou convenção coletiva, arbitragem e conciliação. Flexibilização que é prevista na Constituição, mencionada no Art. 7º, VI, XIII e XIV, ao permitir a modificação inclusive de direitos previstos constitucionalmente, através de acordo ou convenção coletiva.

Martins pontua no que consiste a flexibilização nos seguintes termos: “Flexibilizar vem do latim *flecto, flectis, flectere, flexi, flectum*, que possuem o sentido de curvar, dobrar, fletir”. No entender de Átila da Rold Roesler: “flexibilizar significaria criar exceções, dar maleabilidade á rígida lei trabalhista, autorizar a adoção de regras especiais para casos diferenciados.”

No entanto, mesmo que flexibilização não tenha definição, não se pode confundir com desregulamentação, pois desregulamentação é a falta de norma, enquanto flexibilização é a relativização da norma já existente. Poderia sim, ser entendido como a adaptação da norma, ao tempo e ao espaço que se encontra.

Algumas das formas de flexibilizar as normas trabalhistas, são através do banco de horas, acordo de compensação, suspensão do contrato de trabalho, redução de salários, novas formas de remuneração vinculadas á produtividade ...e no entender de Maria Inês Moura S.A Cunha, a maior forma de flexibilizar as normas no Brasil, é através da substituição da tutela legal do trabalhador, pela tutela sindical, compatibilizando os interesses dos trabalhadores aos da empresas, na conjuntura econômica atual.

Essas flexibilizações são aceitas pelo empregado, porque caso não fossem, poderiam resultar na saída do mercado de trabalho. Dessa forma, o Estado vai liberando aos poucos a flexibilização, porque senão fizer, as taxas de desemprego aumentariam.

Mas deve-se atentar, para que estas relativizações não atentem a função social do contrato, que deve promover uma sociedade solidária e a dignidade da pessoa humana (imposta pela Carta Maior), além de não ferir o esteio do Direito do Trabalho, qual seja, o princípio da proteção do empregado que é a parte vulnerável do contrato. Correndo o risco de retornar ao estado anterior, na medida em que aumenta o desemprego e a exclusão social, deixando que aqueles que detém o capital, dominem o poder.

Assim, fica evidenciado que a flexibilização é uma oportunidade de adaptar as normas á realidade econômica e social na qual se vive, auxiliando no impulso da economia, mas por outro lado correndo o risco de ferir o princípio da proteção, basilar no Direito do Trabalho. Frisando, que o trabalho deve ser tratado como elemento principal no Estado, visto que dignifica o homem.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme mencionado, a transformação econômica traz o anseio de afastar o Estado dos contratos de trabalho, visto que os deveres do empregador se enquadram como custo no resultado final da empresa e as normas previstas na CLT, em 1943, não cabem mais na realidade atual e são um tanto pesadas para que os empregadores continuem competitivos. Por isso, o Estado vai se afastando das relações laborais e dando liberdade á flexibilização, por receio de aumentar os índices de desemprego.

REFERÊNCIAS

CUNHA, Maria Inês Moura S.A da. **Direito do trabalho**. 6 . ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GOLDSCHMIDT, Rodrigo. Flexibilização dos direitos trabalhistas: ações afirmativas da dignidade da pessoa humana como forma de resistência. Tese de doutorado. Florianópolis, SC, 2008. Universidade federal de Santa Catarina . Florianópolis – 2008.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 31 . ed. São Paulo: Atlas,2015.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 25. ed. São Paulo: Saraiva,2010.

ROESLER, Átila da Rold. **Crise econômica, flexibilização e o valor social do trabalho**. São Paulo: LTr, 2014

ZAMBOTTO , Martan Parizzi. **Os limites e os riscos da flexibilização das normas trabalhistas. Âmbito Jurídico**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/abrebanner.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12541&revista_caderno=25>. Acesso em out 2015.

A MEDIAÇÃO E A CONCILIAÇÃO NA PERSPECTIVA CONTEMPORÂNEA FRENTE AO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Thaís Sortica Machado¹

Maurício Zandoná²

Resumo: A sociedade contemporânea anseia por uma prestação jurisdicional mais célere, seja na tutela de seus direitos individuais, tampouco nos litígios em que os indivíduos se encontram. Entretanto, os indivíduos se esquecem dos institutos jurídicos da mediação e da conciliação, como meios alternativos para a resolução de conflitos. Assim, sem desrespeitar as normas legais, e obedecendo os princípios desses institutos poderia se alcançar de maneira mais rápida, uma solução ao litígio com o consentimento de ambos os litigantes, evitando não somente o desgaste emocional de ambos, mas o abarrotamento de demandas sociais no Poder Judiciário.

Palavras-chave: Mediação e Conciliação. Sociedade Contemporânea. Novo Código de Processo Civil.

INTRODUÇÃO

O presente se justifica pelos amparos legais sobre os institutos jurídicos da mediação e da conciliação, sendo estabelecidas em apenas alguns artigos do ainda vigente Código de Processo Civil de 1973, e as inovações trazidas pelo então aprovado Código de Processo Civil pela Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015; bem como os princípios norteadores desses institutos e a importância dos mesmos como meios pacificadores da sociedade.

O presente busca em um primeiro momento, apresentar os institutos da mediação e da conciliação como meios alternativos para a resolução consensual dos conflitos inerentes a sociedade contemporânea, além de evidenciar os artigos disciplinados no Novo Código de Processo Civil.

DESENVOLVIMENTO

O Código de Processo Civil ainda vigente é de 1973, na época de sua criação o Poder Judiciário conseguia atender as demandas sociais, a mediação e a conciliação tinham pouca importância no ordenamento jurídico e por isso estavam previstas em apenas alguns artigos do código. Com o aumento das demandas sociais, sobrecarregou as vias judiciais, surgindo uma

¹ Acadêmica do Curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – Câmpus de Frederico Westphalen/RS.

² Mestre em Direito Processual e Cidadania pela Universidade Paranaense – UNIPAR. Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Faculdade de Itapiranga – FAI. Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade de Passo Fundo - UPF. Professor de Graduação e Pós-Graduação na URI/FW. Advogado.

demora nas soluções das controvérsias e uma insegurança na sociedade, pois esta anseia por soluções rápidas em seus dissídios.

No Brasil, as técnicas de conciliação foi prevista em algumas lei que permanecem até os dias de hoje, como é o caso dos Juizados Especiais Cíveis Lei nº 9.099/95 e a na Lei de Arbitragem nº 9.307/96.

Eis que o projeto sancionado em 16 de março de 2015 dava origem ao novo Código de Processo Civil, garantindo tão somente uma duração razoável do processo, como a possibilidade de solucionar conflitos de forma célere através da ampliação da mediação e da conciliação dentro do ordenamento jurídico.

Quando se fala de meios consensuais de solução de conflitos, mostra-se imperioso destacar, inicialmente, aspectos sociopsicológicos que interferem nas inter-relações, gerando conflitos. Tal abordagem estimula o alargamento do campo de visão do profissional de solução de conflitos, que deve estar consciente da existência de paradigmas sociais, de preconceitos (pré-concepções da realidade) e de conceitos baseados em ilusórios e ideologias, que limitam naturalmente sua percepção, assim como das pessoas em suas diversas inter-relações. (VEZZULA, 1998)

Por sua vez, a mediação e a conciliação apresentam como princípios norteadores a autonomia de vontade, a confidencialidade, a imparcialidade e a independência, além da oralidade, da informalidade e da decisão informada. São esses princípios que fazem com que se obtenha soluções rápidas dos conflitos. O principal deles, é a autonomia de vontade, pois os indivíduos em seu íntimo, possuem a liberdade para escolher solucionar ou não seus litígios.

Eis que a mediação e a conciliação, visam reduzir o desgaste emocional dos litigantes, pois muitas vezes seus litígios perduram durante anos, em busca de uma solução. Tendo em vista o abarrotamento do Poder Judiciário para solucionar conflitos, o meios consensuais alternativos em questão, diminuiriam tão somente o tempo para uma resposta da prestação jurisdicional, como uma resolução do conflito de maneira rápida, eficaz e justa, respaldados no princípio da economicidade e celeridade processual.

Previsto nos arts. 165 ao 175 e art. 334 do novo Código de Processo Civil, a mediação e a conciliação são tratadas de forma única. O texto legal apenas dispõe que o conciliador atuará nos casos onde não houver vinculação entre as partes, este não podendo constranger ou intimidar as partes a conciliar, e o mediador atuará nos casos em que há algum vínculo entre as partes, sempre buscando o diálogo entre elas, para que elas identifiquem por si só uma solução para o litígio.

O novo CPC, prevê a regulamentação desses profissionais, que devem passar por um controle externo e interno para atuar, seja na avaliação de suas atividades desenvolvidas, como a

qualidade da sua participação nos litígios, sendo que a sua remuneração deverá ser estabelecida por tabela, esta desenvolvida pelo Conselho Nacional de Justiça.

O novo código prevê ainda, que os mediadores e conciliadores sejam inscritos em um cadastro nacional, também que estes sejam designados no cargo através de concursos públicos com provas e títulos. Estabelece também, os seus impedimento para a realização de audiências, como por exemplo se houver uma atuação inadequada na audiência de mediação ou conciliatória poderão ser afastados do cargo por até 180 dias, podendo o tribunal em decisão fundamentada instaurar processo administrativo.

Qualquer ameaça ou lesão a direito, não será excluído da tutela jurisdicional. Logo o Estado, não deixará de atender as demandas judiciais. Entretanto, o Estado sempre que possível, deverá promover a solução consensual dos conflitos. Para isso, a solução consensual dos conflitos deve ser estimulada por todos aqueles que de alguma forma estão vinculados ao processo, como por exemplo os juízes, advogados, membros do Ministério Público, defensores, mesmo estando em curso o processo judicial. (art.3º)

Os tribunais também possuem agora uma nova função, criar centros judiciários para a realização de audiências, e desenvolver através de programas a orientação, o estímulo e o auxílio a autocomposição, também as câmaras privadas de conciliação e mediação. Como por exemplo, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que apresenta uma política judiciária para a solução de conflitos, o Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos – NUPEMEC/RS, utilizando métodos de conciliação e mediação visando a celeridade e efetividade na resolução das demandas.

Assim, como requisito principal para que o juiz designe audiência preliminar de mediação e conciliação, é preciso que a petição preencha os requisitos essenciais e não seja improcedente o pedido. O juiz para designar a audiência deve respeitar a antecedência mínima de 30 dias, e de 20 dias antes da data marcada para a audiência citar o réu.

A audiência de conciliação somente não se realiza se o assunto em questão não merecer autocomposição, e se ambas as partes, tanto o réu como o autor não manifestar interesse na solução consensual do conflito. Para o autor, que ingressa na ação jurisdicional através da petição inicial deve manifestar o seu desinteresse. Já o réu deve manifestar seu desinteresse em peticao com até 10 dias de antecedência da audiência designada pelo juiz. E nos casos que houver litisconsortes a manifestação de desinteresse deve ser manifestada por todos aqueles litisconsortes.

Além destas, o novo Código de Processo Civil estabelece uma novidade no âmbito jurídico, a possibilidade de multa de até 2% da vantagem econômica pretendida ou o valor da

causa revertido para a União, devido ao não comparecimento injustificado, tanto do autor como do réu na audiência de conciliação ou mediação, pois tal ato será considerado como atentatório a justiça.

O então acordo, a autocomposição das partes em audiência de conciliação e mediação, será reduzida a termo e homologada como sentença, como garantia de que está resolvido aquele litígio entre as partes.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, é notório a importância dos institutos da mediação e da conciliação como meios pacificadores da sociedade, e agora que estão positivados no novo Código de Processo Civil, possuindo uma amplitude maior, não podem ser ignorados, tornando-se um meio pelo qual os indivíduos da sociedade resolvam suas divergências, de forma pacífica e com urbanidade.

Compreende-se que a solução negociada não é apenas um meio eficaz e econômico de resolução dos litígios: trata-se de importante instrumento de desenvolvimento da cidadania, em que os interessados passam a ser protagonistas da construção da decisão jurídica que regula as suas relações. Neste sentido, o estímulo à autocomposição pode ser entendido como um esforço da participação popular no exercício do poder – no caso, o poder de solução dos litígios. Tem, também por isso, forte caráter democrático. (DIDIER, 2014)

Assim, o Poder Judiciário, ao delimitar e instaurar os setores de mediação e de conciliação, está consequentemente revolucionando na prestação jurisdicional, como meio alternativo para resolver os litígios dos indivíduos, de maneira eficiente e hábil, sem desrespeitar as normas legais.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 22. out. 2015.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil. Introdução ao Direito Processual Civil e Processo do Conhecimento**. 16ªed. JusPODIVM. Bahia, 2014.

Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional: guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação. Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe, Caetano Lagrasta Neto, coordenação; com posfácio de Vincenzo Vigoriti. 3ªreimpr. Atlas. São Paulo, 2013.

MEDIAÇÃO, ARBITRAGEM E CONCILIAÇÃO. **Grandes temas da atualidade** v. 7.
Coordenador Eduardo de Oliveira Leite. Forense. Rio de Janeiro, 2008.

VEZZULA, Juan Carlos. **Teoria e prática da mediação**. Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil. Curitiba, 1998.

A PRÉ-TRANSAÇÃO PENAL COMO A PRIMEIRA HIPÓTESE LEGAL DE APLICAÇÃO DA JUSTIÇA TERAPÊUTICA

Kerlin Patricia Greter¹

Andressa Barbieri²

Daniel Pulcherio Fensterseifer³

Resumo: A Justiça Terapêutica é um dos meios apresentados para diminuir os danos causados aos usuários infratores pelo processo penal, sendo utilizada nos casos de crimes que tenham ligação com o abuso de substâncias entorpecentes. A fim de observar as oportunidades legais que permitem a aplicação deste instituto no ordenamento brasileiro, tem-se a pré-transação penal como a primeira oportunidade legal do tratamento. Para realização deste estudo, utilizou-se o método de procedimento dedutivo que se baseia em argumentos gerais, obtidos por meio de levantamento bibliográfico, para chegar em argumentos específicos, transferindo-se a verdade das premissas originais para as que surgem da dedução lógica. Como método de pesquisa utilizou-se a pesquisa bibliográfica, realizada por meio de livros, revistas, periódicos, artigos científicos, levantamentos sobre uso de substância entorpecentes, dados sobre o sistema penitenciário obtidos em sites do governo, cartilhas informativas sobre drogas, Justiça Terapêutica e demais temas pertinentes à pesquisa. Por fim, é possível afirmar que a pré-transação penal pode ser considerada a primeira hipótese de permissão, no ordenamento brasileiro, que autoriza a aplicação do tratamento da dependência através do Programa da Justiça Terapêutica.

Palavras-chave: Pré-transação. Justiça Terapêutica. Hipótese de aplicação.

INTRODUÇÃO

Há tempos já se discute a falência do sistema prisional, que não dá mais conta, se é que algum dia deu, de cumprir seu objetivo ressocializador. Ao contrário, o que se vislumbra quando o indivíduo volta à liberdade é uma maior segregação, devido ao estigma de já ter cumprido pena. Não bastasse isso, o índice de reincidência após o cumprimento da pena nas casas prisionais é extremamente alto, o que apenas reforça o argumento de que a prisão não é a medida mais adequada quando se trata de ressocialização e reabilitação.

Deste modo, é necessário que se busque medidas alternativas que possam mudar esta situação, sendo que uma das medidas apresentadas é a Justiça Terapêutica, a qual propõe tratamento aos dependentes químicos que cometem algum tipo de delito relacionado ao abuso de substâncias entorpecentes.

¹ Graduanda do VII Semestre do Curso de Direito Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões / Câmpus de Frederico Westphalen / RS – URI / FW. E-mail: kerlin_patricia@hotmail.com

² Graduanda do VII Semestre do Curso de Direito Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões / Câmpus de Frederico Westphalen / RS – URI / FW

³ Professor orientador. Doutorando (bolsista CAPES) e Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS, Professor de Direito Penal e Processual Penal da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões / Câmpus de Frederico Westphalen / RS – URI / FW. Pesquisador-Líder do Grupo de Pesquisa Direito e Cidadania na Sociedade Contemporânea

Diversas são as hipóteses legais que admitem que seja aplicado o tratamento aos dependentes químicos por meio da Justiça Terapêutica, porém, no presente estudo, procura-se verificar qual seria a primeira hipótese que permite o tratamento. Isso se justifica pelo fato de que, quanto antes o indivíduo tenha a possibilidade de ser tratado e ter o processo suspenso, melhores serão os resultados obtidos.

1 JUSTIÇA TERAPÊUTICA, UMA OPORTUNIDADE EFETIVA DE TRATAR E RESSOCIALIZAR OS USUÁRIOS INFRATORES

A Justiça Terapêutica pode ser vista como um novo conjunto de entendimentos acerca dos usuários infratores, sendo eles reconhecidos como pessoas que precisam de tratamento para que possam se ver livres de sua situação de dependência, e não unicamente como réus. (FREITAS; SILVA, 2011).

O maior objetivo da Justiça Terapêutica é proporcionar o tratamento aos usuários de substâncias químicas que cometem crimes devido à esta situação, ou seja, eles são tratados clinicamente em vez de sofrerem o processo penal normal ou de lhes ser aplicada uma pena. (FREITAS; SILVA, 2011).

A Justiça Terapêutica é um programa judicial, pois pode ser proposto logo no início, ou ao longo do curso processual. Trata-se de um Programa multidisciplinar, pois a equipe de trabalho que assistirá o sujeito durante o tratamento é composta por profissionais de diversas áreas do conhecimento, sendo estes: operadores do direito, médicos, psicólogos, assistentes sociais, e demais profissionais que diagnosticarão a melhor forma de tratamento para o dependente químico, bem como irão acompanhá-lo no decorrer do tratamento. (GIACOMINI, 2014).

Deste modo, é apresentado o tratamento através da Justiça Terapêutica como um dos melhores meios de amenização dos males causados pelo processo penal e pelo cumprimento de pena. Isso se justifica pelo fato de ser proposto o tratamento ao usuário de substâncias químicas que cometeu algum tipo de delito, o que lhe dá a oportunidade de se ver recuperado da situação de dependência e efetivamente ser ressocializado.

2 O INSTITUTO DA PRÉ-TRANSAÇÃO PENAL, OU ACORDO EXTRALEGAL, COMO A PRIMEIRA OPORTUNIDADE LEGAL DE APLICAÇÃO DA JUSTIÇA TERAPÊUTICA

Este instituto consiste na suspensão do curso normal do processo, por tempo determinado em juízo, em infrações que possam ser apreciadas pelo rito sumaríssimo, previsto na Lei 9.099/1995, que trata dos Juizados Especiais Criminais. (FENSTERSEIFER, 2012).

Apenas podem ser processados pelo rito dos Juizados Especiais Criminais, de acordo com os arts. 60 e 61 da Lei 9.099/1995, os crimes de menor potencial ofensivo, sendo estes as contravenções penais (BRASIL, 2015), consideradas como sendo delitos anões, condutas delituosas que não causem, em um grau de quantidade, grande agressão a um bem jurídico (TOURINHO NETO; FIGUEIRA JÚNIOR, 2011), e os crimes que a lei comine pena máxima não superior a 2 anos. (BRASIL, 2015).

Entende-se, pelo disposto no art. 48, §1º, que podem ser processados por este rito os crimes relacionados às drogas previstos no art. 28 da Lei 11.343/06, sendo eles:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

§ 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica. (BRASIL, 2015).

Vale observar que não há previsão legal expressa quanto à instituição da pré-transação penal, porém, aplica-se por analogia as características do acordo extrajudicial do Juizado Especial Cível, (FENSTERSEIFER, 2012), previsto no art. 57 da Lei 9.099/1995.

O referido artigo dá às partes litigantes a oportunidade de realizarem acordo extrajudicial, sendo que o mesmo poderá ser homologado pelo juízo competente e esta sentença terá valor de título executivo judicial. Continua o parágrafo único do mesmo artigo dizendo que quando o acordo for referendado pelo Ministério Público, terá valor de título executivo extrajudicial. (BRASIL, 2012).

Está claramente demonstrada a intenção da lei no sentido de prestigiar as formas alternativas de solução de conflitos, pois se sabe que a situação na qual se encontra o Judiciário não proporciona às partes uma prestação jurisdicional célere o suficiente para que realmente possam ter algum proveito com a sentença, quando ela finalmente for proferida. Além disso, ressalta-se também que a sentença é ato de imposição do Poder Judiciário, o que não traz para as partes tantos benefícios quanto a situação na qual elas mesmas entram em um acordo. (TOURINHO NETO; FIGUEIRA JÚNIOR, 2011).

No entendimento do próprio texto legal, não há restrição quanto à matéria que pode ser objeto do acordo, ou seja, pode ser feito acordo sobre qualquer matéria, e este pode ser homologado em juízo. (TOURINHO NETO; FIGUEIRA JÚNIOR, 2011). Pelo exposto, nota-se não existir óbice quanto a elaboração de um acordo prevendo a aplicação do Programa da Justiça Terapêutica e possibilitando o tratamento do participante.

No que se refere à realização da pré-transação penal a fim de possibilitar o tratamento por meio da Justiça Terapêutica, vale lembrar que não existem pré-requisitos a ser observados para a sua realização (salvo o de que o crime deve estar relacionado com a dependência química), de modo que a efetivação, ou não, do acordo fica adstrita aos casos nos quais o Promotor e o Juiz julguem ser mais adequada a disponibilização do tratamento (FENSTERSEIFER, 2012).

Uma vez realizado o acordo em audiência, serão determinadas as condições de cumprimento do mesmo e o participante será encaminhado para a equipe de saúde, onde se discutirá qual a melhor forma de ser realizado o tratamento. Se o participante descumprir os termos do acordo firmado, o processo volta a correr do ponto em que foi suspenso (FENSTERSEIFER, 2012).

Vale lembrar que a hipótese de o participante ter recaídas durante o tratamento e, esporadicamente, voltar a usar algum tipo de droga não pode ser entendido como descumprimento do acordo, vez que as recaídas são previsíveis quando se trata do tratamento da dependência química.

Deste modo, é possível perceber que a disponibilização do tratamento é uma forma de dar ao usuário a oportunidade de se ver livre da condição de dependente, porém, caso não aproveite o benefício que lhe é dado, terá de arcar com as consequências de voltar a ver o andamento processual normal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A dependência química é um problema de saúde pública que só vem aumentando nos últimos anos, problema este que é potencializado quando associado à criminalidade.

Desta forma, a fim de resolver estes dois problemas, e todos os demais que surgem para o usuário no decorrer do processo criminal e com o cumprimento da pena, apresenta-se a Justiça Terapêutica como meio de tratamento da dependência química, ao mesmo tempo que se procura ressocializar o usuário, dando-lhe a oportunidade de se ver curado da dependência e com a perspectiva de uma vida melhor.

Como primeira oportunidade de oferecimento do tratamento, nos crimes de competência da Lei 9.099/1995, é apresentada a pré-transação penal, também chamada por alguns de acordo extralegal.

Desta forma, existindo o tratamento e hipóteses legais de aplicação deste, resta apenas que os aplicadores do direito ofereçam essa possibilidade aos dependentes químicos, o que trará benefícios para todos os envolvidos e para a sociedade como um todo, que poderá ver a redução da criminalidade, que está, por diversas vezes, intimamente ligada ao abuso de drogas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2016. **Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em: 18 out. 2015.

BRASIL. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. **Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm>. Acesso em: 18 out. 2015.

FENSTERSEIFER, Daniel Pulcherio. **Varas de Dependência Química no Brasil: um debate realizado a partir de observações da experiência canadense com Drug Treatment Courts.** Porto Alegre: Núria Fabris, 2012.

FREITAS, Carmen Có. SILVA, Ricardo de Oliveira. Justiça Terapêutica: Um programa judicial de redução do dano social. In: **Álcool, outras drogas, informação: o que cada profissional precisa saber.** São Paulo: Casa do Psicólogo, 2011. P. 225-254.

GIACOMINI, Eduarda. A Justiça Terapêutica como alternativa ao Sistema Penal Brasileiro. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 62, mar 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5978>. Acesso em: 19 out. 2015.

TOUTINHO NETO, Fernando da Costa; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Juizados especiais estaduais cíveis e criminais.** Comentários à Lei 9.099/1995. 7. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

ACESSIBILIDADE: ARQUITETURA INCLUSIVA NA UNIVERSIDADE

Jussara Jacomelli¹
Alessandra Gobbi Santos²
Juliana Bonifácio Gewehr³

Resumo: Neste resumo trazemos uma pequena descrição teórica da relação entre arquitetura, legislação e acessibilidade física e pedagógica como condição de inclusão de todas as pessoas na sociedade brasileira. Resultou de um estudo de tipo bibliográfico-descritivo e faz parte da pesquisa “Ensino Universitário no município de Frederico Westphalen: FESAU-IESAU/FURI-URI”, que visa, em um de seus planos de trabalho, o estudo arquitetônico das edificações que constituem a parte física da Universidade. É financiada pelo órgão REDES – URI.

Palavras-chave: Legislação. Universidade. Acessibilidade. Arquitetura.

INTRODUÇÃO

Por muito tempo os planejadores urbanos, no Brasil, se ocuparam sobremaneira no atendimento das demandas da economia, com especial atenção ao escoamento da produção agrícola para a exportação. A partir da República, as políticas públicas passaram a considerar também outras áreas, a exemplo do sanitarismo, do ensino universitário e de uma legislação trabalhista. (JACOMELLI, 2011). Essa realidade interna foi alimentada por processos sociais de reivindicações e pela participação do Brasil na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1948). Com isso, o direito de inclusão e, pelas vias da acessibilidade, lentamente começou a constar nos direitos fundamentais do cidadão brasileiro, sendo regimentado atualmente na Constituição de 1988.

1 DESENVOLVIMENTO

Com a finalidade de atender os aspectos sociais voltados para a habitação e para o planejamento urbano, arquitetos e urbanistas vem debatendo as práticas arquitetônicas. O mesmo acontece em relação às legislações. Esse debate implica em avanços na inclusão de todos pelas vias da acessibilidade, não só física, mas, também, pedagógica. Nesse sentido, determina a absorção de um conteúdo universitário mais social que, para além da teoria, se concretize em condições materiais. (COLIN, 2000).

¹ Dra. em Desenvolvimento Regional - URI FW

² Ms. Infraestrutura Urbana e Meio Ambiente – URI FW

³ Acadêmica de Arquitetura e Urbanismo – URI FW

Para Santos (1988), o século XX foi marcado por um urbanismo que associou a cidade às ideias de progresso e modernização. Leme (1999), ao tratar do urbanismo das cidades brasileiras no período de 1895 a 1964, classifica-o em três momentos. O primeiro (1895-1930), de melhoramento: caracterizado por obras de infra-estrutura, projetos e ajardinamento de parques e praças, pela elaboração de legislação urbanística e por projeções voltadas, em especial, para as áreas centrais das cidades. O segundo (1930-1950): caracterizado por planos para o conjunto da área urbana e visando à articulação entre os bairros, o centro e a extensão das cidades a partir da oferta de vias e de transportes. Nesse, constam as primeiras propostas de zoneamento e de organização de órgãos voltados para o planejamento urbano nos principais municípios.

No terceiro período (1950-1964), conforme a mesma autora, teve início alguns planos regionais em função da realidade de migração campo-cidade, do crescente processo de urbanização, do aumento da área urbana e da conurbação. Encerrou com a Ditadura Militar (1964), quando foi criada a SERFHAU – o Serviço Federal de Habitação e Urbanismo – pela Lei 4380, e com atribuições ligadas a habitação e ao planejamento urbano, contendo diretrizes nacionais e prestando assessoramento aos municípios.

Com o término da ditadura, na Constituição de 1988, o município passou a ser considerado o ente administrativo responsável pelo planejamento urbano. Princípio regulamentado no Estatuto das Cidades que estabelece a organização e criação de Planos Diretores e que disciplina o atendimento aos princípios constitucionais de direitos sociais, como o da acessibilidade. (BRASIL, 2011). Assim, conforme legislação, tanto obras públicas como as de uso comum, devem atender ao princípio da acessibilidade, permitindo uma leitura arquitetônica mais social.

2 ARQUITETURA E LEITURA SOCIAL

A arquitetura de uma cidade é como um livro e nos permite enxergar a evolução ou não de novas técnicas, bem como o conteúdo social no planejamento urbano. A partir da identidade modernizadora brasileira, cuja referência é a construção de Brasília, a escola paulista, por exemplo, passou a apresentar uma opção pelo estilo retilíneo em detrimento do estilo em curva. Também, nesse período, o debate arquitetônico, avançou do tema do edifício e seus aspectos formais, para temas sociais, como habitação e planejamento urbano. (COLIN, 2000).

Atualmente foram incorporadas novas ideias. A ciência arquitetônica passou a ser beneficiada por uma nova orientação: os estudos e realizações arquitetônicas passaram a ter por objetivo também o restauro, a revitalização e a preservação de edifícios e sítios históricos, além

da preocupação em relação a questões ecológicas, ao uso de técnicas vernaculares, e, juntamente uma atitude crítica com relação à cidade. (COLIN, 2000). Para Santos (1988, p. 53), “Cada lugar em uma cidade está carregado do que ali aconteceu antes; é um símbolo de seu próprio passado. Mas é também um molde do que poderá acontecer daí para a frente.” A colocação de Santos mostra o valor do planejamento urbano e de oportunizar ao cidadão informações e conhecimentos necessários, como potencial para a participação, o que requer também, um ensino voltado para a cidadania e com práticas emancipadoras.

3 LEGISLAÇÃO E LEITURA SOCIAL NA UNIVERSIDADE

Em relação à acessibilidade física e pedagógica, o decreto legislativo nº 186, de 2008, normatiza, no artigo 9, a finalidade da observância da acessibilidade nos espaços de usos comuns para que o portador de deficiência tenha as condições necessárias para participar plenamente de todos os aspectos da vida, assegurando-lhes, via políticas públicas, “o acesso, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, ao meio físico, ao transporte, à informação e comunicação, bem como outros serviços e instalações abertos ao público ou de uso público, tanto na zona urbana como na rural.” (BRASIL, 2011, p. 93). No mesmo artigo, constam algumas especificações a serem observadas em edificações, como:

- d) Dotar os edifícios e outras instalações abertas ao público ou de uso público de sinalização em braile e em formatos de fácil leitura e compreensão;
- e) Oferecer formas de assistência humana ou animal e serviços mediadores, incluindo guias, leitores e intérpretes profissionais da língua de sinais, para facilitar o acesso aos edifícios e outras instalações abertas ao público ou de uso público;
- f) Promover outras formas apropriadas de assistência e apoio a pessoas com deficiência, a fim de assegurar a essas pessoas o acesso à informação;
- g) Promover o acesso de pessoas com deficiência a novos sistemas e tecnologias da informação e comunicação, inclusive à internet;
- h) Promover, desde a fase inicial, a concepção, o desenvolvimento, a produção e a disseminação de sistemas e tecnologias de informação e comunicação, a fim de que esses sistemas e tecnologias se tornem acessíveis a custo mínimo. (BRASIL, 2011, p. 93).

Os princípios constitucionais de acessibilidade nos espaços e para as ações das universidades são regulamentados pelo Ministério da Educação, conforme segue:

Isso por que, entendida em seu amplo espectro (acessibilidade atitudinal, física, digital, nas comunicações, pedagógica, nos transportes, etc), pressupõe medidas que extrapolam a dimensão arquitetônica e abrangem o campo legal, curricular, das práticas avaliativas, metodológicas, entre outras. Dotar as instituições de educação superior (IES) de condições de acessibilidade é materializar os princípios da inclusão educacional que implicam em assegurar não só o acesso, mas condições plenas de participação e aprendizagem a todos os estudantes. (MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO, 2013, p. 3-4).

O documento destaca seis características da acessibilidade na educação superior: acessibilidade atitudinal, vinculada à aceitação do outro sem preconceitos; acessibilidade arquitetônica, vinculada à organização dos ambientes viabilizando o acesso e o deslocamento de todos; acessibilidade metodológica, vinculada à pedagogia e o desenvolvimento do conhecimento para a inclusão de todos; acessibilidade programática, vinculada à legislação - as políticas públicas de normatização da acessibilidade; acessibilidade instrumental, visa a inclusão plena pelas vias do trabalho, do lazer, do uso de instrumentais e ferramentas de estudo; acessibilidade nos transportes, com equipamentos próprios para serem utilizados por pessoas com necessidades diferenciadas; acessibilidade nas comunicações e acessibilidade digital. Esses fundamentos político-conceituais ao comporem as ações e os programas nas IES, mostram-nas como espaço de qualidade da educação pra todos. (MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO, 2013).

A oferta de acessibilidade física não vai sanar a deficiência, mas vai possibilitar ao usuário o acesso livre de dificuldades aos ambientes em que deseja realizar alguma tarefa, diminuindo ou até mesmo eliminando as desvantagens. Incorporar esse aspecto da legislação nas obras constitui papel do arquiteto e urbanista; instrumentalizar e viabilizar o acesso ao conhecimento é papel da universidade. Em vista disso, o Ministério da Educação impõe a acessibilidade como condição mínima para o funcionamento das Instituições de Ensino Superior. (LANCHOTI, 2014). A garantia de acessibilidade física é fundamental também para atender a garantia de acessibilidade pedagógica.

CONCLUSÃO

Ao encerrar este pequeno estudo teórico relacionando arquitetura, legislação e acessibilidade física e pedagógica como condição para a inclusão de todas as pessoas na sociedade brasileira, pode-se dizer que a preocupação com social nas políticas de desenvolvimento urbano no Brasil é atual.

Ao longo do processo histórico brasileiro tivemos um planejamento urbano voltado para a ideia de progresso e de modernização. Disso derivou, entre outros aspectos, os variados estilos arquitetônicos que temos no Brasil, tanto em termos de edificações, como em termos de vias de transportes e outros. Nesse sentido, podemos dizer que houve o desenvolvimento de inúmeras técnicas de construção.

Com a redemocratização do País, as técnicas arquitetônicas têm apresentado significativos avanços na área do social. Na Constituição de 1988, estão previstos uma série de direitos fundamentais ao brasileiro, como a acessibilidade física. Correspondendo as demandas legais, a

arquitetura e o urbanismo tem absorvido um significativo papel: garantir, em obras públicas e de uso coletivo, as condições materiais necessárias e adequadas à qualificação do espaço para o atendimento ao princípio da acessibilidade.

Concomitante à legislação de qualificação do espaço físico para o atendimento do critério acessibilidade, houve o desenvolvimento da legislação visando à acessibilidade pedagógica. Nesse sentido, a legislação disciplina para as universidades, a organização de seus espaços físicos para o atendimento da acessibilidade física e a organização para o atendimento da acessibilidade metodológica, a nosso ver, como questões específicas e, ao mesmo tempo, complementares.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 34 ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2011.

COLIN, Sílvio. **Uma introdução à arquitetura**. 4 ed. Rio de Janeiro: UAPÊ, 2000.

JACOMELLI, Jussara. **Políticas públicas e rede de transporte no norte Rio-grandense (1889-1955)**. Passo Fundo: UPF, 2011.

LANCHOTI, José Antônio. **Normativos legais sobre a acessibilidade na arquitetura e urbanismo no Brasil**. Brasília: ABEA, 2014.

LEME, Maria Cristina da Silva. **A formação do pensamento urbanístico no Brasil, 1895-1965**. In: LEME, Maria Cristina da Silva (coord.). **Urbanismo no Brasil**. São Paulo: Studio Nobel, 1999. p. 21-38.

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. **Referenciais de acessibilidade na educação superior e a avaliação *in loco* do sistema nacional de avaliação da educação superior (SINAES)**. Parte I – Avaliação de Cursos de Graduação. Julho, 2013. Disponível em: <http://www.ampesc.org.br/_arquivos/download/1382550379.pdf>. Acesso em: 01 Out., 2015.

SANTOS, Carlos Nelson F. dos. **A cidade como um jogo de cartas**. Niterói: Eduff, 1988.

O AMICUS CURIAE NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Caroline Taffarel Stefanello¹

Mauricio Zandoná²

Resumo: Estudar e entender a razão pela qual se instituiu a figura do *amicus curiae* no Novo Código de Processo Civil mostra-se de grande valia para o momento em que vivemos. Buscar compreender a composição de tal instituto é de suma importância. Para tanto, o presente trabalho trata-se de uma busca bibliográfica, realizada através de pesquisas, leituras, análises e interpretação. O qual representa o “amigo da corte”, um terceiro chamado ao processo a fim de prestar declarações que visem contribuir para a solução da lide, uma vez que o *amicus curiae* já era anteriormente subentendido nas demais formas de intervenção de terceiros no processo previstas no CPC/1973, entretanto, com o NCPC/2015, passa a ser tratado de maneira explícita, no rol do Capítulo V – DO AMICUS CURIAE, art. 138.

Palavras-chave: *Amicus curiae*. CPC 2015. Inovações. Amigo da corte. Intervenção de terceiro.

INTRODUÇÃO:

O presente trabalho visa abordar previsão legal do *amicus curiae* no Novo Código de Processo Civil, uma vez que, por apresentar-se como uma novidade na supracitada legislação o estudo deste tema se faz de grande valia, como também, o compromisso de levá-lo ao conhecimento de todos os demais estudiosos, pesquisadores e leigos do mundo jurídico. Tendo como objetivo buscar entender e melhor compreender o papel do *amicus curiae* no processo, bem como conhecer a nova previsão dada a este instituto no Novo Código de Processo Civil.

Sabe-se que tal instituto é uma das modalidades de intervenção de terceiro no processo, o qual adquiriu previsão expressa com a promulgação do Novo Código de Processo Civil, embora anteriormente fosse subentendido nas demais formas de intervenção de terceiro. Dessa forma, busca responder com este trabalho a seguinte questão norteadora: Qual a nova previsão do instituto do *amicus curiae* no Novo Código de Processo Civil?

Abordará ainda brevemente, de como se dará a atuação do *amicus curiae*, com base no estabelecido no art. 138, do Novo Código de Processo Civil/2015, dispositivo que trata do instituto do *amicus curiae*.

DESENVOLVIMENTO

¹ Autora/Comunicadora. Acadêmica do VI Semestre do Curso de Direito, URI – Câmpus Frederico Westphalen. E-mail: caroltaffstef22@hotmail.com.

² Mestre em Direito Processual e Cidadania pela Universidade Paranaense – UNIPAR. Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Faculdade de Itapiranga – FAI. Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade de Passo Fundo - UPF. Professor de Graduação e Pós-Graduação na URI/FW. Advogado. E-mail: itiozandona@hotmail.com.

O *amicus curiae* compõem o rol da intervenção de terceiro no processo, estando previsto no Título III, Capítulo V, do Novo Código de Processo Civil /2015. O qual pode ser definido como sendo “uma pessoa, entidade ou órgão, com profundo interesse em uma questão jurídica, na qual se envolve como um terceiro, que não os litigantes, movido por um interesse maior que o das partes envolvidas no processo” (SANTOS, 2005, p. 1).

Com forte convicção, a ampliação do instituto do *amicus curiae* é uma das principais alterações no Novo Código de Processo Civil /2015, referente ao tema de intervenção de terceiros. Para Avila (2014, apud DESTEFENNI, 2009) tal expressão significa de forma literal amigo da corte.

O *amicus curiae* não é parte direta no processo, é uma pessoa que pode ser física ou jurídica, a qual possui interesse moral na lide, podendo contribuir com suas informações e seus conhecimentos, para encontrar a melhor solução para o caso em discussão (XIMENES, 2010).

No sistema judicial norte-americano, uma pessoa que possua forte interesse no processo ou opiniões acerca de seu objeto, que não seja parte, pode postular uma permissão para formular uma peça processual, que na verdade visa sugerir um posicionamento compatível com suas próprias opiniões. Tal peça, normalmente, traz questões de amplo interesse público podendo ser apresentada por particulares ou pelo governo. Dessa forma, a “função do *amicus curiae* é chamar a atenção da corte para questões que eventualmente não tenham sido notadas, fornecendo subsídios para uma decisão apropriada” (AVILA, 2014, p. 2, apud DESTEFENNI, 2009).

Tais conceitos demonstram que o *amicus curiae*, é um amigo da corte, que não faz parte do processo, mas que possua algum interesse na questão jurídica em discussão, o qual tem a função de alertar os julgadores, chamando atenção para questões que possam ter passadas por despercebidas, contribuindo assim para uma decisão mais adequada.

Sendo assim, o *amicus curiae* tem previsão no art. 138 do Novo Código de Processo Civil /2015, com a seguinte redação:

Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.

§ 1º A intervenção de que trata o caput não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a hipótese do § 3º.

§ 2º Caberá ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do *amicus curiae*.

§ 3º O *amicus curiae* pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas (BRASIL, 2015, p. 27).

Apesar da figura do *amicus curiae* ser considerada uma inovação no rol da intervenção de terceiros, subentende-se que tal instituto já era utilizado de forma implícita, no momento em que se têm as demais formas de intervenção de terceiros no processo.

Entretanto, ao fazermos uma reflexão sobre o disposto no art. 138, Novo Código de Processo Civil /2015, acima citado, entende-se que tanto o juiz como o relator, considerando matéria relevante, pode por decisão irrecorrível, de ofício ou a pedido das partes ou de próprio terceiro, solicitar ou admitir a participação de um *amicus curiae*, cabendo ao juiz ou relator delimitar os poderes que serão conferidos a este.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como conclusão, verifica-se que o *amicus curiae* é denominado um amigo da corte, o qual é um terceiro que não faz parte do processo, mas é chamado para participar do mesmo, a título de prestar depoimentos que ajudem na solução da lide em discussão.

Em tal contexto, entende-se que a nova previsão deste instituto no Novo Código de Processo Civil /2015, vêm para agregar no rol da intervenção de terceiro no processo, uma vez que o mesmo já era subentendido anteriormente, no entanto não havia previsão legal que o estabelecesse.

Sem dúvidas, este é um tema que ainda ensejará inúmeros questionamentos futuros, embora já fosse considerado por alguns doutrinadores e magistrados, por ser um instituto novo trazido pelo Novo Código de Processo Civil /2015, deverá ser ainda amplamente analisado e discutido pelas jurisprudências e doutrinas.

Deduz-se assim que até o momento em que se forme um posicionamento concreto sobre o tema em questão, cabe-nos fazer uma reflexão criteriosa ao texto da lei, na busca de tentar melhor compreendê-lo, e explorá-lo de forma eficaz e correta, na espera de maiores discussões e debates sobre o tema.

REFERÊNCIAS

AVILA, Kellen Cristina de Andrade. Novo CPC e a introdução do *amicus curiae*. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 4117, 9 out. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/29591>>. Acesso em: 13 out. 2015.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <www2.planalto.gov.br>. Acesso em: 13 out. 2015.

SANTOS, Esther Maria Brighenti dos. Amicus curiae. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 906, 26 dez. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7739>>. Acesso em: 13 out. 2015.

XIMENES, Julia Maurmann. O supremo tribunal federal e a cidadania à luz da influência comunitarista. **Revista direito GV**, vol. 6, no.1. São Paulo, Jan./Jun. 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1808-24322010000100007&script=sci_arttext>. Acesso em: 13 out. 2015.

CLT: DA PROTEÇÃO DOS DIREITOS INDIVIDUAIS DO TRABALHADOR À CONDIÇÃO DE DIREITO SOCIAL

Taís Andréa Busatto¹
Aline Aparecida Gonçalves Ferreira²
Camila De Marchi Marcolan³
Matheus Perlin⁴
Jussara Jacomelli⁵

Resumo: Este artigo foi produzido na disciplina de Realidade Brasileira. Teve como objeto de estudo a CLT e, como intenção, entender um pouco do contexto da institucionalização da proteção dos direitos individuais do trabalhador e a sua elevação à condição de direito social. O estudo foi realizado com metodologia descritiva e bibliográfica e permitiu-nos compreender a CLT como um marco no ordenamento jurídico das relações de trabalho. Nela, constam as normas que garantem os direitos individuais do trabalhador. O período de 1930 a 1943 correspondeu a sua consolidação, quando foram reunidas as leis trabalhistas esparsas e houve a criação de outras em atendimento as reivindicações operárias. De 1943 a 1988, as normas foram sendo consolidadas no sistema jurídico em relação à empresa e o trabalhador, ou seja, houve a expansão da aplicabilidade das mesmas. Na Constituição de 1988, a garantia trabalhista individual foi elevada à condição de direito social. Nesse sentido, o período atual, se configura como marco da definição constitucional de direitos sociais fundamentais. Ao mesmo tempo, a máquina estatal curva-se ao grande capital permitindo a institucionalização da minimização de direitos, como é o caso da flexibilização das leis trabalhistas. Além disso, a subserviência ao grande capital, somada às características formativas da sociedade brasileira, consolidadas historicamente, permitem acúmulos de riquezas, bens e serviços para uma minoria social.

Palavras-chave: Realidade Brasileira. CLT. Direito Individual. Direito Social.

INTRODUÇÃO

O trabalho é uma condição de sobrevivência e de satisfação humana. Por estar relacionado à participação na produção e nos resultados, é uma referência para o desenvolvimento emocional ético/cognitivo da pessoa. Para Marx, trabalho é uma reprodução da vida humana, individual e social. No capitalismo, o trabalho é entendido como mercadoria e a pessoa que o realiza, como proprietário da força de trabalho. Essa noção comercial de assalariamento da força de trabalho teve início com o desenvolvimento do capitalismo. Por isso, desde então, no mundo inteiro, há registros de organizações e manifestações por melhorias nas condições de trabalho. (MAYA, 1996).

¹ Curso de Psicologia - URI-FW

² Curso de Engenharia Civil - URI-FW

³ Curso de Engenharia Civil - URI-FW

⁴ Curso de Engenharia Civil - URI-FW

⁵ Dra. Em Desenvolvimento Regional – URI-FW

A inserção da pessoa no mundo do trabalho e a obtenção de uma remuneração digna constituem direitos humanos. Conforme Alvarenga (2014), esses direitos são previstos em tratados internacionais e considerados indispensáveis para uma existência digna. Assumem contorno amplo, porque são previstos em declarações internacionais e por apresentarem a pretensão de perenidade.

1 DESENVOLVIMENTO

Com o Decreto Lei n 5.452, de 1º de maio de 1943, o Governo de Getúlio Vargas reuniu toda a legislação trabalhista e sindical na CLT – Consolidação das Leis do Trabalho. Com isso, ao mesmo tempo em que reprimiu a ação sindical, atendeu a algumas reivindicações dos trabalhadores. (QUEIROZ, 2007).

O percurso histórico da organização da vida do homem no Planeta Terra mostra diferentes formas de relações de trabalho. Inicialmente, caracterizadas pela cooperação como condição de sobrevivência. Logo a cooperação foi transformada em relações de subordinação, em escravização pelas vias do trabalho. A escravidão fez do trabalhador um indivíduo sem direitos. Na Idade Média, determinadas atividades passaram a ter representações próprias com a criação de corporações de ofício. Cada corporação possuía um estatuto com algumas normas disciplinares sobre o trabalho. Nelas, surgiram formas de trabalho denominadas “locação”. Assim, a relação de trabalho de tipo locação se desenvolveu no período pré-industrial e apresentando-se de duas formas: a de serviços, pela qual uma pessoa se obrigava a prestar serviços durante um tempo à outra, mediante remuneração; a outra, “locação de obra ou empreitada,” que obrigava alguém a executar uma obra mediante remuneração. A locação de serviços deu origem às relações modernas de emprego. (NASCIMENTO, 1994).

Com o desenvolvimento da sociedade industrial, da indústria e do trabalho assalariado, no século XVIII, na Europa, teve origem o Direito do Trabalho. Direito fundamentado em razões econômicas (desenvolvimento industrial), políticas (interferência do estado nas relações de trabalhos), jurídicas (reivindicações trabalhistas e organizações coletivas como sindicais) e na ideia de justiça social (exemplo da *Rerum Novarum* – 1891, da Igreja Católica e a teoria marxista). As primeiras leis trabalhistas tiveram como finalidade proibir o trabalho em determinadas condições, como o de crianças. (NASCIMENTO, 1994).

Assim, observamos que luta por trabalho, condições dignas e participação justa nos resultados do mesmo, faz parte do mundo moderno e da mercantilização das relações de trabalho. Mas afinal, qual o significado do trabalho para a pessoa humana, para a sociedade?

Conforme Passos (2007, p. 183), “[...] o cotidiano está marcado pelo desemprego e a desocupação que corta fundo em cada família, especialmente em nossos jovens.” Para Maya (1995, p. 44):

O trabalho significa para o homem sua objetivação no mundo, a exteriorização de sua personalidade, a forma como se diferenciou de outros animais e a maneira como sustenta sua existência. O trabalho está na origem dos homens, como quando resolveram cooperar pela sobrevivência, o que significa trabalhar, pois o trabalho é uma atividade precipuamente social.

O trabalho, apesar de representar a objetivação do homem no mundo, estabilidade familiar e esperança para o jovem, nem sempre traduz dignidade para a pessoa que o realiza. No Brasil Colônia, segundo Linhares e outros (1990), o trabalho foi vinculado a três grupos de fatores, interligados entre si. Primeiro, as forças produtivas – definindo, para cada situação histórica, os limites das possibilidades. Segundo, os resultantes do impacto do sistema colonial mercantilista na sociedade colonial brasileira. Terceiro, os definidores de mecanismos básicos na estruturação das relações de produção. Ou, para Freyre (1963, p. 69), uma sociedade agrária, na estrutura; escravocrata na técnica de exploração econômica; híbrida do índio – e mais tarde de negro – na composição. E, atualmente, conforme Passos (2007), um Estado de tipo servil ao capital empresarial, soma à fragilização institucional.

Nesse sentido, os limitadores da sociedade brasileira podem ser encontrados na estrutura agrária latifundiária; na produção para a exportação; nas relações de trabalho subumanas e sustentadas por uma teoria de desqualificação do trabalho produtivo e do homem que o realiza e, mais atualmente, no Estado servil à grande empresa. A partir do século XIX, segundo Bueno (2010), com a integração do imigrante europeu na economia de produção, novas relações de trabalho aconteceram. Essas, vinculadas ao modelo capitalista de assalariamento, somam aos aspectos anteriores, contudo sem visar à emancipação do trabalhador.

De 1886 a 1914, quase três milhões de estrangeiros vieram para o Brasil na tentativa de “fazer a América”: foram, mais exatamente, 2,71 milhões os imigrantes que chegaram ao país em 28 anos. Eles fizeram do Brasil uma das três nações do mundo que mais se abriram para o fluxo migratório – EUA e Canadá são as outras duas. As causas dessa vertiginosa transmigração dos povos são várias, e suas consequências duradouras e complexas. Embora seja, em seu fundamento, uma nação luso-africano, o Brasil se tornaria também, em especial no Sul, um país altamente europeizado. Imigrantes japoneses, árabes e judeus viriam a seguir, dando uma contribuição igualmente notável. (BUENO, 2010, p.23).

Ao ingressarem no Brasil, os imigrantes trouxeram junto ideias de melhorias para o mundo do trabalho e do trabalhador. Essas ideias foram desdobradas em manifestações, lutas e organizações, como os movimentos de operários de inspirações anarquistas e socialistas; as

greves em fins de 1800 e início de 1900; o surto industrial e a política trabalhista de Getúlio Vargas (1930). Também, pesou o compromisso internacional, assumido pelo país ao ingressar na Organização Internacional do Trabalho (OIT, 1919), ocasião em que assumiu cumprir normas trabalhistas. Com isso, desde 1934, nas constituições brasileiras, constam normas do direito do trabalho. (NASCIMENTO, 1994).

Destacou-se na Constituição de 1934, o pluralismo sindical estabelecendo o direito à criação de mais de um sindicato da mesma categoria profissional; na de 1937, a concepção política do Estado Novo e as restrições que impôs ao movimento sindical. Na de 1946, os princípios liberais na ordem política, reestabelecendo o direito de greve, e a transformação da Justiça do Trabalho (até então de natureza administrativa) em órgão do Poder Judiciário. A Constituição de 1967, por sua vez, exprimiu os objetivos dos governos militares de controle civil. A de 1988 valorizou o direito coletivo com a proibição da interferência do Poder Público na organização sindical. (NASCIMENTO, 1994).

As primeiras leis ordinárias, vinculadas à regulamentação do trabalho, surgiram no fim de 1800 e começo de 1900 como leis esparsas. Tratavam de temas diversos como: trabalho de menores (1891), Ministério do trabalho, indústrias e comércio (1930), nova estrutura sindical (1931), Justiça de Trabalho (1939) e salário mínimo (1936). Essas leis não foram excluídas por ocasião da Consolidação das Leis do Trabalho (1943). Ao contrário, a CLT foi uma sistematização dessas e outras leis brasileiras, acrescidas de novos institutos. Com isso, a CLT foi um marco no ordenamento jurídico, mas, apresenta em sua trajetória histórica a modernização das leis trabalhistas, especialmente para promover as normas sobre direito coletivo. (NASCIMENTO, 1994, p. 46).

O núcleo central da CLT está na proteção dos direitos individuais do trabalhador, visto que de 1943 a 1988, as normas da CLT, relativas à proteção do contrato individual do trabalho se configuraram como normas que aderiram ao sistema jurídico em relação à empresa e ao trabalhador. Na Constituição de 1988, esse direito foi elevado à condição de direito social. Nesse sentido, a evolução das normas legais de proteção ao trabalhador pode ser classificada em três momentos históricos: o período inicial, de 1930 a 1943, consolidado na CLT; o período de 1943 a 1988, de expansão dos direitos dos trabalhadores; e, o período atual, a partir da Constituição de 1988, caracterizado como marco da definição constitucional de direitos sociais fundamentais. (PASSOS, 2007).

Ao tempo em que na legislação foram consolidadas e expandidas as Leis do Trabalho como direito individual do trabalhador e como direito social, “[...] a máquina estatal que deveria controlar o grande capital, a este ficou submetida e serviu a seus propósitos. E a máquina

institucional controladora do trabalho foi sendo gradativamente desconstruída e desnaturada.” (PASSOS, 2007, p. 193).

2 RESULTADOS

A partir do estudo feito podemos dizer que a trajetória histórica brasileira mostra um processo de luta por trabalho e por condições dignas de trabalho, ao mesmo tempo em que o trabalho produtivo é pejorativamente desvalorizado.

O acesso ao trabalho e a garantia do trabalho permitem suprir uma necessidade básica do ser humano: sentir-se inserido na sociedade e participando da produção e dos resultados da mesma. Nesse sentido, podemos dizer que, o desenvolvimento individual e social de uma pessoa está vinculado à segurança emocional e econômica que o resultado de seu trabalho lhe traz. Contudo, essa segurança precisa ser regulamentada por lei. Ao consolidar as leis do trabalho, Getúlio Vargas consolidou, também, uma referência para o desenvolvimento emocional ético/cognitivo da pessoa do trabalhador.

A CLT pode ser considerada como resultado da organização do trabalhador e, igualmente, resultado de uma política pública, porque sua consolidação ocorreu em um contexto nacional de reivindicações e greves de trabalhadores, concomitantemente à ação de um estado forte, ditatorial, centralizador e intervencionista.

A Constituição de 1988, ao vincular o direito individual do trabalho também como um direito social, efetivou legalmente a relação trabalhador-família-sociedade e, cumpre um dever do Estado, que é garantir o bem estar de sua população, a partir de normas igualitárias.

Se, conforme Maya, o trabalho é a exteriorização da personalidade humana, a nosso ver, negar a uma pessoa o acesso ao trabalho e aos benefícios de seu resultado e de forma justa é subtrair-lhe a condição humana e social que lhe é de direito.

CONCLUSÃO

Ao finalizar esta produção teórica, concluímos que, passados 80 anos da CLT, não houve legislação que a superou em garantia e extensão dos direitos. Vale considerar que, na área psicológica, a conquista da legislação trabalhista permitiu certa estabilidade emocional para o trabalhador que se sentiu mais seguro em relação aos seus direitos e, ao mesmo tempo, houve uma maior responsabilização do empregador no respeito à valorização do trabalhador – entendido agora como ser de direitos.

Apesar da CLT já ter 80 anos, e os direitos individuais ali normatizados serem entendidos também como direitos sociais, seus benefícios não alcançaram a todos. Ao longo de sua existência foi sendo realimentada e, em alguns casos, modificada. Atualmente, a flexibilização, o desemprego, a falta de emprego e a subserviência do Estado ao grande capital, são situações que, agravadas pelo acúmulo de riquezas, vêm gerando instabilidade emocional e social para o trabalhador e sua família. Trabalhador que, como outros cidadãos (liberais e governistas), deve ser entendido como um ser biopsicossocial e, como tal, deve ser tratado.

Humanizar a sociedade requer estender o acesso e os benefícios do trabalho a todos os cidadãos brasileiros. Requer, além do Direito do Trabalho, uma urgente revisão nos fundamentos formadores da sociedade brasileira que vem consolidando-se em uma estrutura para o grande capital, em relações de trabalho subumanas e sustentadas por uma teoria de desqualificação do trabalho produtivo e do homem que o realiza e, em exclusão do acesso ao direito do trabalho e aos seus resultados. Fundamentos que geram: para alguns, desperdícios e acúmulos. Para outros, exclusão. Essa situação infringe a própria Constituição de 1988, na qual as leis do trabalho constam, não só como direito individual, mas como um direito social.

REFERÊNCIAS

ALVARENGA, R. Z. Direitos Humanos e Direitos Fundamentais: Conceito, Objetivo e diferença. **Prática Jurídica**, Brasília, n.154, p.19-23, 2014.

ALVAREZ, M.C., TOMAZI, N. D. Trabalho e Sociedade. In: TOMAZI, N. D (org). **Iniciação à Sociologia**. 2.ed. São Paulo: Atual, 2000. p. 25

CARDOSO, C.F.S. O trabalho na Colonia. In:LINHARES, M. Y. (org.). **História geral do Brasil**. 9.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 1990.

FREYRE, G. M. **Casa-Grande & Senzala**. 12.ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1963.

MAYA, P.V.R. Trabalho e tempo livre: uma abordagem crítica. In: JACQUES, M.G.C.(org.). **Relações Sociais e ética**. Porto Alegre: ABRAPSO, 1995. p. 41-61.

NASCIMENTO, A. M. **Iniciação ao direito do trabalho**. 21.ed. São Paulo: LTr, 1994.

PASSOS, E. Os direitos dos trabalhadores: no limite da desconstituição do sistema legal de contratação do trabalho. In: INÁCIO, J. R. **Sindicalismo no Brasil: primeiros 100 anos?**. Belo Horizonte: Crisálida, 2007. p. 183-211.

QUEIROZ, A. A. de. **Movimento sindical: passado, presente e futuro**. In: INÁCIO, José R. **Sindicalismo no Brasil: primeiros 100 anos?**. Belo Horizonte: Crisálida, 2007. p. 19-43.

SILVA, J. M. Estabilidade macroeconômica, crescimento inclusivo e emprego. **Prática Jurídica**. n. 154, 2015. Brasília, p.6 – 14.

DIREITOS FUNDAMENTAIS E O DESENVOLVIMENTO SOCIAL: A UNIVERSIDADE

Jussara Jacomelli¹
Alessandra Gobbi Santos²
Renata Cavalheiro da Silva³

Resumo: Este estudo é parte da pesquisa “Ensino Universitário no município de Frederico Westphalen: FESAU-IESAU/FURI-URI”, que visa, em um de seus planos de trabalho, o estudo da trajetória histórica da Universidade. É financiada pelo órgão CAPES – CNPQ. Neste texto, apresentamos uma pequena reflexão sobre o papel das instituições universitárias como promotoras do desenvolvimento social. Foi construído com base em estudos bibliográficos e com abordagem sociológica e, tendo como critério de análise a preposição de que as normas sociais interferem decisivamente na inclusão social dos indivíduos.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Desenvolvimento Social. Ensino. Universidade.

INTRODUÇÃO

Tendo presente o viés teórico da sociológica apresentado por Durkheim de que as normas sociais condicionam o modo de vida dos indivíduos e, tendo em vista que o Estado brasileiro é embasado por um corpo legislativo que garante uma série de direitos fundamentais ao cidadão, traçamos como objeto para esta reflexão, a busca de relações entre normas sociais, ensino universitário e desenvolvimento social.

1 DESENVOLVIMENTO

Uma instituição universitária, além de resultar de uma norma social é, também, uma instituição normatizadora de ações. Nesse sentido, participa do desenvolvimento de uma região, de uma sociedade. A palavra desenvolvimento é polifônica, por isso, desenvolvimento, no nosso entendimento, acontece quando envolve o social, o que exige a inclusão da pessoa humana no universo do conhecimento, do trabalho e de seus resultados. Isso só acontece quando as normas sociais viabilizam aos indivíduos acesso às condições mínimas necessárias para o exercício de seu protagonismo. Por isso, cultura, ensino e desenvolvimento, mesmo sendo palavras portadoras de significados complexos devido às diferentes conotações dadas pelos usuários, são constituintes da mesma realidade e interagem no contexto de um território–realidade social de um povo. São, ao

¹ Dra. em Desenvolvimento Regional – URI FW

² Ms. Infraestrutura Urbana e Meio Ambiente – URI FW

³ Acadêmica do Curso de Direito – URI FW

mesmo tempo, resultantes e promotoras de direitos fundamentais e da efetivação dos mesmos na realidade social.

1.1 Direitos fundamentais e inclusão

Os valores da educação, do trabalho, da cultura constam na Constituição Brasileira como direitos fundamentais e inerentes a todos os brasileiros. No entanto, conforme Silva (2015, p. 12), “[...] o grande vilão que gera um dos problemas sociais mais graves e persistentes do Brasil é a elevada desigualdade da distribuição da renda.” Constatada a situação, para o mesmo autor, “O País deve assegurar-se de um crescimento concomitante a uma opção estratégica de desenvolvimento fortemente baseado na inclusão.” (SILVA, 2015, p. 12).

No mesmo sentido, ao tratar de sociedades em geral, Demo (2002) coloca como desafio para promoção do igualitarismo, a organização de sociedades mais cooperativas e solidárias onde as pessoas são constituídas de politicidade e de conhecimento. Sen (2000, p.52), por sua vez, situa o desenvolvimento como um processo de expansão das liberdades reais. Para ele, as liberdades são substantivas e associadas. Como liberdade substantiva situa as “[...] capacidades elementares como ter condições de evitar privações como a fome, a subnutrição, a morbidez evitável e a morte prematura [...]” e, como liberdades associadas, cita o “[...] saber ler e fazer cálculos aritméticos, ter participação política e liberdade de expressão [...]”, entre outros aspectos. (SEN, 2000, p.52).

1.2 Cultura e educação: conteúdos do conceito desenvolvimento

O conceito de desenvolvimento aplicado ou idealizado em, na ou para uma sociedade é um elemento derivado da cultura e, ao mesmo tempo, um elemento criador de cultura. Laraia (2000, p. 99) conceitua a palavra como dinâmica, uma vez que o homem “[...] têm a capacidade de questionar os seus próprios hábitos e modificá-los.” Sen (2000) soma, conceituando-a como portadora de diversidade cultural, o que contradiz as generalizações simplificadas, impostas pelas teorias, para muitas civilizações. Silva (2008), ao utilizar o termo no estudo da sociedade brasileira, mostra como essa palavra pode ser entendida de forma diferenciada e condicionada à aplicabilidade que lhe é dada, e, igualmente, mostra a relação entre desenvolvimento, cultura e ensino:

Cultura popular e educação podem adquirir significados muito diferentes, dependendo do contexto ou da sociedade a partir da qual forem pensadas. Numa sociedade como a

brasileira, profundamente marcada por múltiplas hierarquias e desigualdades, a ideia de “cultura” – antes de tudo associada à sofisticação, à erudição e à educação formal – uma vez aproximada à categoria “popular” produz uma estranha dissonância. Cultura popular identifica, então, o cultivo dos elementos de significados e valores comuns ao povo [...].

No Brasil a ideia de cultura (pelo menos a denominada “cultura de verdade ou a “alta cultura”) remete para um conjunto de bens materiais ou imateriais possível de ser apropriado e elaborado por uma minoria, uma elite endinheirada. Acessíveis a poucos, a perspectiva de universalizar esses bens somente os desvaloriza e apequena. Decorre disso que a escola (e educação) no nosso Brasil continua sendo, de certa forma um lugar de exclusão. (SILVA, 2008, p. 7).

Caracterizada e constituinte do sistema político, econômico e social, a educação, em muito reproduz a ideia de cultura em “voga” ou aplicada e, conseqüentemente, um determinado modelo de desenvolvimento. Rodrigues e Fernandes (2004), ao estudarem a teoria durkheniana, afirmam que a sociedade exerce poder sobre o indivíduo. Como exemplos, citam o sistema monetário, as leis, o relacionamento nas profissões, entre outros.

Segundo Laraia (2000), o homem é o resultado do meio cultural onde foi socializado. É o herdeiro de toda uma trajetória histórica caracterizada por um longo processo acumulativo de conhecimentos e de experiências e produzido por numerosas gerações. Assim, a manipulação adequada e criativa desse patrimônio cultural permite às inovações e às invenções, como produto do esforço de toda uma comunidade e não de um indivíduo isolado. Dessa forma, apresenta o desenvolvimento cultural como simultâneo ao desenvolvimento do próprio equipamento biológico do homem, compreendido, assim, como uma das características da espécie, como o bipedismo e o adequado volume cerebral. (LARAIA. 2000). Isso implica dizer que o indivíduo pode ser considerado resultado do meio em que vive e que os condicionantes sociais são produtos e produtores de formas de desenvolvimento. Refletir sobre estas formas de desenvolvimento; suas normatizações e concretudes e como envolvem os indivíduos, parece-nos fundamental para a promoção do desenvolvimento social.

1.3 Legislação e o direito fundamental de inclusão no desenvolvimento social

A Constituição da República Federativa do Brasil garante proteção à cultura. No Art. 215, consta “O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso as fontes de cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.” (BRASIL,2010). Além disso, esse direito é regulamentado pela Lei 8.069 de 13-07-1990, onde consta como parte dos conteúdos e das atividades escolares. No artigo 58, pode-se ler: “No processo educacional respeitar-se-ão os valores culturais, artísticos e históricos próprios do

contexto social da criança e do adolescente, garantindo-se a estes a liberdade de criação e o acesso às fontes de cultura.”(BRASIL, 1990).

Além de normatizar o acesso aos bens culturais, a Constituição Federal versa sobre a educação. Este direito consta, no art. 205, como um dos direitos sociais garantidos pelo Estado: “A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.” No artigo seguinte, disciplina essa garantia conforme segue:

Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

- I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;
- II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;
- III - pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;
- IV - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais;
- V - valorização dos profissionais da educação escolar, garantidos, na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes públicas;
- VI - gestão democrática do ensino público, na forma da lei;
- VII - garantia de padrão de qualidade.
- VIII - piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos de lei federal.

A garantia constitucional à educação é regulamentada em leis complementares: o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), de 1990; e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB), de 1996. Essas leis têm por finalidade garantir a melhoria das condições de vida dos menos favorecidos, concretizando a igualdade social.

Ainda, no âmbito constitucional, temos os direitos individuais e coletivos destinados à proteção e direito a vida, e a dignidade do ser humano. Na Constituição da República Federativa do Brasil, esses direitos são assegurados no artigo 5º e seus incisos. Esses direitos fundamentais (Constitucionais) estão garantidos também na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, criada em 1948. Segundo Sarlet (2009), os direitos individuais e coletivos garantem:

[...] a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor de mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos 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 proporcionar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (SARLET, 2009, p. 70).

1.4 A Universidade como promotora dos direitos fundamentais

O ensino universitário é recente no Brasil. Os primeiros passos para a adoção das condições atuais encontram-se na Primeira República. Para Severino (2007, p.22):

O ensino superior, tal qual se consolidou historicamente, na tradição ocidental, visa atingir três objetivos, que são obviamente articulados entre si. O primeiro objetivo é o da formação de profissionais das diferentes áreas aplicadas, mediante o ensino/aprendizagem de habilidades, e competências técnicas; o segundo objetivo é o da formação do cientista mediante a disponibilização dos métodos e conteúdos de conhecimento das diversas especialidades do conhecimento; e o terceiro objetivo é aquele referente à formação do cidadão, pelo estímulo de uma tomada de consciência, por parte do estudante, do sentido de sua existência histórica, pessoal e social.

Assim, conforme Severino (2007), o ensino superior foi criado para responder a três princípios básicos: a formação profissional, a formação para a pesquisa e a formação para a cidadania. Esses princípios embasam a triologia ensino, pesquisa e extensão. Na mesma premissa, Siveres (2006, p. 139) chama a atenção para a função de uma universidade: ser “[...] geradora e socializadora de um conhecimento criativo e crítico, contribuindo dessa forma, com o desenvolvimento da sociedade.”

Criada a Universidade, o ensino, a pesquisa e a extensão passaram a constituir a base de suas atividades. Triologia que, mesmo articulada, tem presente que a pesquisa é o ponto básico de apoio e de sustentação para as outras tarefas, o ensino e a extensão, o que significa dizer que “[...] na universidade, o conhecimento deve ser construído pela experiência ativa do estudante e não mais ser assimilado passivamente.” (SEVERINO, 2007, p.25). Essa metodologia de “ativismo” acadêmico viabiliza as condições necessárias para que o mesmo se construa como sujeito integrado, conhecedor e atuante no contexto histórico, político, econômico e social de sua época.

CONCLUSÃO

Iniciamos este texto tendo como propósito realizar uma pequena reflexão sobre o papel das instituições universitárias como promotoras do desenvolvimento social. Para isso, tomamos como suporte teórico a abordagem sociológica e os condicionantes das normas sociais nos comportamentos individuais e, conseqüentemente, na organização da vida em sociedade.

Observamos que as normas no Brasil são provenientes de leis, conceitos, sistemas de valores e outros. Nesse conjunto, implícito estão noções e práticas que podem ser entendidas de diferentes formas e conforme a aplicabilidade (econômico, político, social, separadamente ou no conjunto) dada ao termo desenvolvimento.

Desta forma, as normas, independentemente da origem, são condicionantes comportamentais da vida em sociedade e influenciam nas práticas e na organização social de

forma a promover e/ou priorizar determinados conceitos de desenvolvimento. Nesse sentido, podemos dizer que temos uma legislação que visa à inclusão; temos um projeto educacional que prioriza e coloca o acadêmico como agente do próprio desenvolvimento, mas, não temos as condições mínimas que assegurem o desenvolvimento como social.

Conforme visto, inclusão, na teoria legislativa brasileira, acontece pelas vias da garantia legal deliberada aos brasileiros ao acesso e a permanência de e nos usos da garantia dos direitos fundamentais individuais e sociais. Contudo, limites substanciais e práticos barram essa garantia: a elevada desigualdade da distribuição da renda e a precarização da ideia de organização social cooperativa e solidária. Organização, onde as pessoas são constituídas de politicidade, de conhecimento e de liberdades substantivas e associadas. Nesse contexto, inferimos, se encontra o grande desafio para as instituições universitárias: constituírem-se como elementos, não de reprodução da sociedade, mas de pesquisa e construção de teorias centradas nos limitadores do desenvolvimento social, visando à concretização da inclusão e da permanência de todos na produção, socialização e usos dos benefícios dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Texto consolidado até a Emenda Constitucional nº66 de 13 de julho de 2010.

Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, Senado Federal, 13 jul. 2010.

Disponível em:

<http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988_13.07.2010/art_215_.shtm>
. Acesso em: 13 ago. 2015.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, Casa Civil, 13 jul. 1990. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069Compilado.htm> Acesso em: 13 ago. 2015.

DEMO, Pedro. **Introdução à sociologia: complexidade, interdisciplinaridade e desigualdade social.** São Paulo: Atlas, 2002.

LARAIA, Roque de Barros. **Cultura, um conceito antropológico.** 13 ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade.** São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA, Jordana Mendes. Estabilidade macroeconômica, crescimento inclusivo e emprego. **Prática Jurídica,** Brasília, ano XIV, n.31, p. 6-14, 2015.

SILVA, René Marc da Costa . Cultura popular e educação. In SILVA, René Marc da Costa (Org.). **Cultura popular e educação: Salto para o futuro.** Brasília: UniCeub, 2008. p. 7-11.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federativa de 1988. 8 ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2009.

RIBEIRO, Maria Luisa Santos. **História da Educação Brasileira: a organização escolar**. 17 ed. Campinas, SP: Autores Associados, 2001.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do trabalho científico**. 23 ed. São Paulo: Cortez, 2007.

SGUISSARDI, Valdemar. Universidade no Brasil: dos modelos clássicos aos modelos de ocasião? In: RISTOFF, Dilvo; SEVEGNANI, Palmira. **Modelos institucionais de educação superior**. Brasília: Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira, 2006.

DOMINAÇÃO LEGAL, TRADICIONAL E CARISMÁTICA NA REVOLUÇÃO FARROUPILHA

Mateus Daniel Vargas da Cost¹

Claudir Damião²

Marcos Aurélio Filipiaki³

Thiago Vieira Pontes⁴

Lucas Piovesan⁵

Jussara Jacomelli⁶

Resumo: Neste texto buscamos aplicar alguns conceitos da teoria weberiana em relação à Revolução Farroupilha, a partir de uma abordagem sociológica. A teoria de Weber visa ver na ação social, a conduta humana dotada de sentidos, uma vez que, ao se estabelecer a conexão entre o motivo e a ação, o homem ganha sentido e relevância. A Revolução Farroupilha teve e tem relevância social nas ações e imaginário do povo Rio-grandense e foi “fruto” de uma conduta humana, tendo em vista que foi motivada pelo desejo de um grupo de pessoas que lutaram por melhorias na participação econômica e política em nível nacional, particularizando os interesses da metade Sul do Estado, mas pululando-os como de interesse comum. Para ser concretizado, teve que contar com a participação de cada indivíduo que, mesmo lutando em conjunto, defendiam ideais próprios. Assim, a questão proposta para este estudo foi: Que “tipo de dominação” poderia unir grupos de interesses antagônicos, em uma mesma revolução?

Palavras-chave: Revolução Farroupilha. Tipos de dominação. Rio Grande do Sul. Sociologia. Teoria Weberiana.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A Revolução Farroupilha ocorreu no Estado do Rio Grande do Sul, no período de 1935 a 1945. Apesar de constituírem classes antagônicas e opostas, pecuaristas e charqueadores lutaram ao lado de escravos e índios. Estiveram unidos na mesma ação, mas movidos por ideais diferentes.

A Sociologia engloba um conjunto disciplinado de práticas e um considerável corpo de conhecimento produzido ao longo da história. Por sua dinâmica, constitui-se em um espaço de atividade de continua ampliação do conhecimento, permitindo, por exemplo, comparar o aprendizado do passado com novas experiências. (BAUMAN, 2010). É uma ciência que pode ser aplicada em todas as áreas do conhecimento humano. Na área do Direito, “[...] a sociologia jurídica examina as causas (sociais) e os efeitos (sociais) das normas jurídicas.” Apresenta como objeto da

¹ Curso de Direito – URI FW

² Curso de Direito – URI FW

³ Curso de Direito – URI FW

⁴ Curso de Direito – URI FW

⁵ Curso de Direito – URI FW

⁶ Dra. Em Desenvolvimento Regional – URI FW

análise, “[...] a realidade jurídica na tentativa de responder duas questões fundamentais: porque se cria uma norma ou um inteiro sistema? Quais são as consequências do direito na vida social?” (SABADELL, 2002, p. 50).

São muitos os teóricos que contribuem com propostas metodológicas para a realização de estudos sociológicos. A teoria weberiana, por exemplo, abarca diferentes áreas da convivência social, como a economia, política, músicas e ações sociais e, também, trata de questões metodológicas e epistemológicas para o estudo da sociedade moderna. Para Weber, a marca fundamental da modernidade foi à emergência de uma forma específica de racionalismo. (SELL, 2013). Um dos critérios da emergência dessa forma específica de racionalismo considera que “[...] o indivíduo, através de suas ações é quem constrói a sociedade.” (SANTANA, 2012).

A orientação weberiana para o estudo da sociedade se difere de outros autores como Comte e Durkheim, cujas teorias sociológicas apresentam como base o primado do objeto. Weber, o primado do sujeito. Traz a ideia de que o indivíduo é o elemento fundante na explicação da realidade social. (SELL, 2013).

Seu método de estudo é conhecido como “método compreensivo” e, um dos critérios adotados, é o do tipo ideal. No método compreensivo - comparativo “tipo ideal”, Weber se preocupa em esclarecer qual é a função sociológica e a estrutura dos conceitos com os quais trabalham a consciência humana. Esclarece que dentro dos tipos ideias devem ser considerados dois aspectos importantes. O primeiro: é sempre uma construção mental elaborada pelo sujeito. O segundo: não reproduz a realidade exata porque é uma construção subjetiva, apresenta os conceitos elaborados pelo pesquisador. (SELL, 2013). Assim, para fazer uso de seu método compreensivo, Weber indica a importância da estrutura conceitual, a exemplo dos tipos de dominação:

Na política, Weber buscou compreender os fundamentos da dominação legítima – aquela que é obtida sem o uso da força. Ele identifica três tipos básicos de dominação legítima: a dominação “legal” que é a obediência baseada através de leis, estatutos e normas estabelecidas em sociedade; dominação “tradicional” que é a obediência nas crenças das santidades e das tradições; dominação “carismática” que é obediência no carisma do líder.

Outro ponto importante no pensamento de Max Weber é a educação. Ele descreve uma educação racional, onde os indivíduos são preparados para exercer as funções dentro da sociedade. Para Weber, a educação é um instrumento para estratificação social, ela forma o indivíduo. Uma educação para a qual esse indivíduo vai seguir suas ações. Weber vê a educação como uma ação social. (SANTANA, 2012).

A abordagem sociológica permite compreender melhor a sociedade, suas manifestações e organização. Contudo, é preciso, como explicam os teóricos, ter um método. Para Weber, o método compreensivo permite estudar a sociedade a partir da ação do indivíduo e do tipo ideal,

por exemplo. Assim, buscamos entender a sociedade Rio-grandense por ocasião da Revolução Farroupilha, tendo como critérios a ação do indivíduo; os tipos de dominação e forma de reprodução da sociedade; o tipo ideal de sociedade para os diferentes grupos sociais.

1 DESENVOLVIMENTO

Treze anos após a Independência do Brasil de 1822, o Império Brasileiro foi questionado, por parte da população gaúcha por 10 anos. A Revolução Farroupilha fez parte de um conjunto de manifestações que aconteceram no território brasileiro e que demonstraram descontentamentos com centro administrativo do País, como a Sabinada e a Balaiada. A Revolução Farroupilha, deu-se entre 1835 e 1845 e foi um misto de feitos trágicos e de feitos, ideologicamente caracterizados por escritores gaúchos, a exemplo de Urbim (2001), como “saga épica”.

Na época, o Estado do Rio Grande do Sul constituía a Província de São Pedro do Rio Grande do Sul. Em 1934, a Província contava com aproximadamente 150 mil pessoas. Os porto-alegrenses somavam aproximadamente 15 mil pessoas. Os adeptos da revolução eram um grupo relativamente pequeno que foi aumentando, “a ponto de formar batalhões”. (URBIM, 2001).

A sociedade Sul Rio-grandense era formada, predominantemente, por pecuaristas e estancieiros e por indígenas e escravos negros. Desde o início da ocupação do território, a escravização indígena e, após, a do africano, sustentou a sociedade local. Cada um desses três grandes grupos participou da Revolução Farroupilha, mas que “tipo de dominação” poderia unir grupos de interesses antagônicos em uma mesma revolução?

Na época, o ápice da pirâmide social era formado por pecuaristas e charqueadores a exemplo de Bento Gonçalves da Silva, um rico fazendeiro (WIEDERSPAHN, 1979). Entrou para a carreira militar e, após casar-se, se estabeleceu na banda Oriental (Uruguai), onde além de estancieiro, possuía casa de negócio na região de Melo. Em 1825, com o movimento de autonomia do Uruguai, voltou para o Rio Grande do Sul onde se estabeleceu como rico pecuarista, caracterizando-se como estancieiro-militar. (KÜHNH, 2007).

Na base da pirâmide social, estava o escravo. Este era a mão de obra fundamental em toda a província, menos na zona colonial onde algumas atividades eram exercidas por profissionais liberais e estrangeiros. Eles lutaram na guerra dos farrapos a mando dos donos ou pela promessa de alforria. (URBIM, 2001). Os índios, também constituíam a base da pirâmide social. Na Revolução Farroupilha, realizaram atividades como: de soldados, colonos e artífices.

Também lutaram no exército e na marinha republicana compondo, juntamente com os escravos, o Corpo de Lanceiros Negros.

Os lanceiros negros foram divididos em dois corpos com cerca de 426 soldados cada um, comandados por oficiais brancos e divididos em 8 companhias. Eram negros livres, combatentes de cavalaria, armados de lança, adaga ou facão e boleadeiras. Os melhores atiradores recebiam armas de fogo. (HARTMANN, p. 40).

O primeiro grupo de lanceiros formou-se no ano de 1836. Conforme a guerra se tornava mais intensa, o corpo de lanceiros negros era aumentado. Esse corpo de lanceiros foi de fundamental importância em batalhas decisivas a exemplo da batalha de Seival, em setembro de 1836; de Rio Pardo, em 1838; de Laguna, em 1839 e na de Lages, em 1840. Os lanceiros negros realizavam a parte mais arriscada das missões fazendo uso da tática dos ataques surpresas. Lutando com agilidade e resistência, conseguiam manter em combate, a eficácia da uma tática antiga. As sentinelas avançadas ao avistarem o inimigo, recuavam dispersas simulando receio e, com isso, encaminhavam o adversário para um terreno previamente escolhido. Após, reagrupavam-se e voltavam derrotando os perseguidores. (HASSE, 2005, p.44).

Eram guerrilheiros que lutavam sem muita bagagem, por isso deslocavam-se muito rápido, a cavalo ou até mesmo a pé. Suas armas eram principalmente lanças que chegavam a medir 3 metros, além de adagas, mas quando dispunham de munição, utilizavam também armas de fogo. Por ser um grupo muito grande e por portarem enormes lanças e constituírem linha de frente, eram chamados, por Garibaldi, de “floresta de lanças”. Para protegerem-se, em meio às batalhas, não usavam escudos, mas o poncho enrolado no braço para amortecer os golpes desferidos pelos inimigos. (HASSE, 2005).

A maior parte dos lanceiros foi recrutada nos municípios de Pelotas e Piratini, que na época eram os maiores municípios da metade Sul do Rio Grande. Mesmo tendo prometido a liberdade, os Farroupilhas não eram adeptos da libertação dos escravos, pelo contrário:

Os liberais diziam que os escravos não tinham condições intelectuais de serem livres, tendo como exemplo os capadócijs que recusaram a liberdade oferecida pelos romanos. Os liberais sustentavam que a liberdade é um bem muito importante para ser confiada em mãos de crianças. O governo não libertava os escravos dos legalistas, mas entregava-os aos farroupilhas que podiam explorar seus trabalhos, desde que não os maltratassem, conforme instrução dada pelo próprio presidente da República. (FLORES, 1900).

A República Rio-Grandense não foi abolicionista porque, de acordo com a doutrina liberal, o Estado não pode intervir na propriedade. O cativo era propriedade de alguém e somente seu dono poderia libertá-lo. Por exemplo, caso os farrapos capturassem um escravo do

exército imperial, lhe era dada duas possibilidades: servir o exército republicano, em troca da liberdade, ou ser escravo do Tesouro Nacional, que o alugaria para prestar serviços a chefes revolucionários. (FLORES, 2013).

Além disso, nas conversações para a paz entre Caxias e Canabarro, foi acordado o assassinato de toda a infantaria negra republicana (gaúcha). Isso, porque o Império não queria incluir os libertos na anistia. Desta forma, Canabarro mandou desarmá-los e, na noite de 14 de Novembro de 1944 foi efetuado o massacre. Não foram assassinados índios e brancos pobres. (FLORES, 1990).

2 RESULTADOS

Após este pequeno estudo da Revolução Farroupilha, podemos dizer, em relação à conjunção indivíduo e ação, que a sociedade Sul Rio-grandense era dominada por pecuaristas e charqueadores, indivíduos como Bento Gonsalves, ricos fazendeiros; proprietários de bens e de pessoas e que possuíam interesses particulares no domínio do Estado. Esses pecuaristas e charqueadores uniram seus interesses particulares com seus interesses comuns em defesa do federalismo de estado e do protecionismo estatal. Como escravocratas, não tinham a intenção de promover a abolição de seus escravos, usando-os, inclusive, na guerra para defender seus interesses.

Em relação aos tipos de dominação, o regime de escravização de índios e negros foi considerado uma prática legal. Além disso, a distribuição de terras viabilizou a concentração desse bem nas mãos de poucos que disciplinavam a sociedade, inclusive com milícias particulares, conforme tradição portuguesa no Brasil. Por ocasião da Revolução Farroupilha, a dominação carismática foi utilizada. O uso dessa forma de dominação viabilizou a união dos antagônicos pois ao escravo foi prometida a liberdade.

Em relação aos tipos ideais de sociedade, podemos dizer que houve dois grandes grupos sociais: o dos dominadores e o dos dominados. Os líderes estanceiros e pecuaristas que possuíam uma grande influência, tanto econômica, quanto social, eram os que dominavam. Compunham a parte dominada, sem qualquer tipo de liberdade, os escravos, seguidos pelos índios, usados para o trabalho e como soldados de guerra.

A partir disso, sugerimos que, para a classe dominadora, a sociedade ideal, seria a manutenção da existente, com escravos e índios subordinados, mas avançando na ampliação de seus interesses em nível nacional, tanto no quesito federalismo, como no quesito protecionismo. Já para os escravos, a sociedade ideal era feita de liberdade e com trabalho comunitário, como a

sociedade dos Quilombos ou com assalariamento, como nos saladeiros platinos. Para os índios, o retorno à posse de suas terras e a superação da servidão.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Revolução Farroupilha ocorreu no Estado do Rio Grande do Sul, no período de 1835 a 1845. Apesar de constituírem classes antagônicas e opostas, pecuaristas e charqueadores lutaram ao lado de escravos e índios em defesa do interesse farroupilha, mas movidos por ideais divergentes. Segundo Weber a sociedade está organizada em tipos de dominação nas quais o motivo da ação do indivíduo é a centralidade. A questão posta para o início desse estudo foi: que tipo de dominação uniria indivíduos diferentes para a mesma ação?

Vimos que a dominação legal, oriunda da lei, por exemplo, permitia o recrutamento forçado de escravos para a guerra; a dominação tradicional condicionava índios e negros como inferiores e incapacitados para a vida com liberdade. Porém, as dominações de “tipo legal” e de “tipo tradicional”, não constituíram, a nosso ver, o elo que unificou as diferenças na luta. Esse, encontramos na dominação de “tipo carismática”. A mística da promessa de luta em troca de liberdade foi o motivador que fez o escravo guerrear na Revolução Farroupilha e, em favor de seu algoz.

Como acadêmicos do Direito, esse estudo construído com base em um aspecto da teoria weberiana, nos permitiu realizar uma correspondência entre a teoria do primado do indivíduo com as questões da ação do Direito. Geralmente, o objeto do Direito tem como centralidade os motivos das ações individuais que apresentam repercussão social.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. **Aprendendo a pensar com a sociologia**. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

CASTRO, Ana Maria; DIAS, Edmundo Fernandes, et al. **Introdução ao pensamento sociológico**. 18 ed. São Paulo: Centauro, 2005.

HARTMANN, Ivair. **Aspectos da Guerra dos Farrapos**. Novo Hamburgo: Feevale, 2002.

HASSE, Geraldo; Kolling, Guilherme. **Lanceiros Negros**. Porto Alegre: Já, 2005.

FAGUNDES, Morival de Calvet. **Historia da Revolução Farroupilha**. 2 ed. Caxias do Sul. Martins Livreiro. 1985.

FLORES, Moacyr; FLORES, Hilda Agnes Hübner. **Rio Grande do Sul: aspectos da revolução de 1893**. Porto Alegre: Martins-Livreiro, 1993.

FLORES, Moacyr. **História do Rio Grande do Sul**. 9.ed. Porto Alegre: Martins Livreiro, 2013.

_____. **A revolução Farroupilha**. Porto Alegre: UFRGS, 1990.

SABADELL, Ana Lucia. Manual de sociologia jurídica: Introdução a uma leitura externa do direito. São Paulo: Revisão dos Tribunais, 2002.

SANTANA, Eva Coutinho. **O Pensamento Sociológico de Max Weber**. 28 jan., 2012. Disponível em: <<http://www.adenildobezerra.com/news/o-pensamento-sociologico-de-max-weber/>>. Acesso em: 26 ago. 2015.

SELL, Carlos Eduardo. **Sociologia clássica: Marx, Durkheim e Weber**. 5 ed. Petrópolis: Vozes, 2013.

URBIM, Carlos. **Os Farrapos**. Porto Alegre. Zero Hora. 2001.

WIEDERSPAHN, Oscar Henrique. **Bento Gonçalves e as guerras de Artigas**. Porto Alegre: Instituto estadual do livro, 1979.

INOVAÇÕES TECNOLÓGICAS E A INTERNET: DESAFIOS À PROTEÇÃO DOS DIREITOS AUTORAIS

Gabriel Regis Olesiak Cordenonsi¹

Thiago Luiz Rigon de Araujo²

Resumo: O presente trabalho tem por escopo abordar a questão da proteção dos direitos autorais no panorama social atual, caracterizado por um constante avanço tecnológico, especialmente no que se refere à internet. Para a realização desta obra, utilizou-se do método dedutivo, partindo de ideias gerais sobre a proteção dos direitos autorais, chegando a conclusões específicas, sob a égide do procedimento de pesquisa bibliográfica, consubstanciada na análise, interpretação e dedução de conceitos das obras de estudiosos do direito. Constatou-se nesta pesquisa que a proteção aos direitos autorais está sendo exercida de forma adequada pelo ordenamento jurídico, devendo, no entanto, serem tomadas medidas a fim de promover uma relativização dos preços dos produtos, além de uma mudança cultural na sociedade.

Palavras-chave: Direitos Autorais. Inovações Tecnológicas. Internet. Proteção. Ordenamento Jurídico.

INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, os constantes avanços tecnológicos revolucionaram a sociedade contemporânea, estabelecendo novos comportamentos, dando um impulso definitivo à globalização e principalmente, promovendo um amplo acesso à informação. Neste contexto, em uma sociedade na qual a informação assume papel de destaque, fica clarividente a necessidade de se fazer o estudo acerca da proteção dos direitos autorais diante das inovações tecnológicas e, em especial, da internet.

Este tema possui grande relevância, haja vista a internet se tratar de um lugar fértil à violação dos direitos autorais, sendo, portanto, imprescindível que se questione a eficácia da aplicabilidade da legislação brasileira no que se refere à proteção desses direitos, bem como que se busque soluções alternativas, através da análise das questões relativas aos problemas socioeconômicos e à própria consciência humana.

DESENVOLVIMENTO

No Brasil, ao longo do tempo, houve um gradativo avanço no que se refere à proteção dos direitos do autor, tendo estes sido regulamentados tanto constitucionalmente como

¹ Acadêmico do Curso de Direito da URI – Câmpus de Frederico Westphalen, RS. E-mail para contato: gabrielcordenonsi@gmail.com.

² Professor do Curso de Direito da URI – Câmpus de Frederico Westphalen, RS. E-mail para contato: rigon@uri.edu.br.

infraconstitucionalmente. Dentre os avanços existentes, destacam-se àqueles oriundos da Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, mais conhecida como a Lei dos Direitos Autorais - LDA, a qual expandiu a abrangência de proteção às novas mídias, permitindo a atualização do direito autoral ao contexto tecnológico existente na época.

Nesse sentido, Deborah Fisch Nigri (2006, p. 19) salienta que muitos preceitos adotados pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual – OMPI foram incorporados e ampliados pela LDA, alcançando as novas mídias, como a internet.

Porém, apesar dos diversos avanços, atualmente se questiona a existência de uma eventual crise na Propriedade Intelectual, a qual seria acarretada pelas constantes inovações tecnológicas. Nesse liame, Manuella Santos (2009, p. 10 e 11) confirma tal afirmação, relatando que a revolução digital trouxe uma situação jamais imaginada no âmbito do direito autoral, sendo que, atualmente, é possível encontrar na internet inúmeros sites que disponibilizam gratuitamente livros, músicas, artigos e monografias sem que haja qualquer referência ao autor do trabalho, o que evidencia o fato da rede mundial de computadores ser considerada um terreno fértil à violação dos direitos autorais.

Esta preocupação não é algo oriundo deste século, pois já na década de 90, antes mesmo da nova Lei dos Direitos Autorais, mas já estando em vigência a Lei nº 9.279/96, que regula os direitos relativos à propriedade intelectual, Henrique Gandelman (1997, p. 159) expressa o seu temor com a seguinte afirmação:

O fato é que o ciberespaço modifica certos conceitos de propriedade, principalmente o da intelectual, atingindo também tradicionais princípios éticos e morais, o que vem dando origem a uma nova cultura baseada na “liberdade de informação”. No entanto, se os titulares de direitos autorais não forem remunerados devidamente, se seus direitos não forem integralmente respeitados, corremos o risco iminente de que não se criem e produzam novas obras, num futuro próximo. Isso significaria um empobrecimento cultural de toda a humanidade. E como ser otimista diante do desafio?

Quase 20 anos depois, podemos afirmar que as constantes inovações tecnológicas têm proporcionado um vasto acesso à informação, sendo que a internet ainda será por muitos anos uma alavanca de transformação da vida humana. Tudo leva a crer que a revolução digital deve se manter em ritmo acelerado por muitas décadas, tendo como base a internet, a microeletrônica, as comunicações sem fio e os supercomputadores. (SANTOS, 2009, p. 105).

Nesse contexto, apesar das diversas preocupações existentes no que se refere ao controle dos direitos autorais na era digital em que vivemos, se engana aquele que pensa que a internet é um território sem lei. O denominado “direito cibernético” ganha cada vez mais espaço no

cenário jurídico, sendo que, atualmente, grande parte dos crimes digitais encontram-se tipificados em nossa legislação.

Ademais, no que se refere aos direitos autorais, o art. 7º da LDA define que “São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro”. Ou seja, esse dispositivo legal passa a abranger qualquer tipo de obra, inclusive as encontradas no mundo digital.

Desse modo, verifica-se que a legislação brasileira concede às obras digitais a mesma proteção da obras físicas, sendo necessário que o ordenamento jurídico se mantenha constantemente atualizado. Nesse sentido, Vicente Greco Filho (2000 apud SANTOS, 2009, p. 114) salienta que a internet, a qual é somente mais uma faceta da criatividade do espírito humano, deve ser tratada pelo direito, especialmente o penal. Pondera, ainda, que o direito deve evoluir sim, mas sem querer “correr atrás” e se precipitar, afastando, desde já, a errônea ideia de que a ordem jurídica desconhece ou não está apta a disciplinar o novo aspecto da realidade.

Diante disso, denota-se que o direito brasileiro reúne as condições necessárias para proporcionar um combate adequado à violação dos direitos autorais relativos às novas tecnologias, devendo, em caso de alteração legislativa, primar pelo equilíbrio entre o direito de acesso à informação e o direito do titular da obra.

Quanto ao acesso à tecnologia e seus produtos, não é nenhum absurdo afirmar que eles não chegam ao alcance de todos. Os diferentes mercados, vítimas das altas cargas tributárias, cobram valores elevados por seus itens, sendo que grande parte dos consumidores não tem condições econômicas de adquiri-los. Assim, esses indivíduos passam a recorrer à internet, fazendo da “pirataria digital” uma forma de satisfazer seus desejos de consumo, sem que tenham noção dos graves prejuízos causados pela prática desse crime. Nesse liame, transcreve Iohane Sanches (2012, p. 6):

As questões políticas e socioeconômicas que circundam a prática da pirataria na internet ainda são de tendência obscura. De acordo com parecer de especialistas na área, já é possível aferir, através de índices e indicadores, que a pirataria on line tem trazido prejuízos econômicos ao setor de entretenimento e ao número de empregos formais em todo o mundo. Estima-se que o download ilegal de músicas e outros arquivos pela internet pode deixar mais de 1 milhão de desempregados até 2015, acarretando um prejuízo de 240 bilhões de euros.

Ademais, conforme entendimento de Aires Rover e Djônata Winter (2005, p. 88), os preços incompatíveis com a realidade de muitos usuários, bem como as constantes restrições e dificuldades impostas pelos contratos de licença àquelas pessoas que ainda estão dispostas a pagar

por determinado produto, apenas contribuem para um sentimento de aversão à propriedade intelectual.

Por fim, no que se refere à consciência humana, cujo é uma importante aliada no combate à pirataria e à violação dos direitos autorais, é imprescindível que se desenvolva, perante a sociedade, a ideia da perversidade criminosa que está por detrás da pirataria, bem como que se demonstre a necessidade de que os autores sejam remunerados pelo seu trabalho, de forma a incentivar a produção de novas obras e conseqüentemente, evitar o empobrecimento cultural da sociedade. Assim, impediremos que o temor que Gandelman tinha há quase 20 anos atrás se concretize.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base no exposto ao longo desta pesquisa, podemos concluir que os direitos autorais encontram-se devidamente resguardados pelo ordenamento jurídico, apesar das constantes inovações tecnológicas, haja vista a LDA apresentar uma ampla proteção, indo desde as obras físicas até as digitais. Ainda que alguns possam considerar tais leis deficientes, estas só devem ser alteradas se for em prol do equilíbrio entre o direito de acesso à informação e o direito do titular da obra.

Outrossim, além da necessidade de uma constante fiscalização pelo Poder Público, verifica-se ser necessária a concentração de esforços em medidas que visem a relativização dos preços dos produtos, a fim de diminuí-los, bem como que sejam buscados meios para promover uma mudança cultural na sociedade, de forma a dar uma maior efetividade no combate à violação dos direitos autorais e aos demais crimes relacionados à propriedade intelectual.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998**: altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm.

GANDELMAN, Henrique. **De Gutenberg à Internet**: direitos autorais na era digital. Rio de Janeiro: Record, 1997.

NIGRI, Deborah Fisch. **Cadernos de direito da internet**: direito autoral e a convergência de mídias. vol. II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ROVER, Aires; WINTER, Djônata. A revolução tecnológica digital e a proteção da propriedade intelectual. In: WACHOWICZ, Marcos (Coord.). **Propriedade intelectual e internet**: uma perspectiva integrada à sociedade da informação. 4 tir. Curitiba: Juruá, 2005.

SANCHES, Iohane. **O combate à pirataria na internet e o cerceamento de direitos e liberdades individuais**. Rio de Janeiro: EMERJ, 2012. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2012/trabalhos_22012/IohaneSanches.pdf. Acesso em: 25 de outubro de 2015.

SANTOS, Manuella. **Direito autoral na era digital: impactos, controvérsias e possíveis soluções**. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ARTIGOS CIENTÍFICOS

PARTICULARIDADES DAS TUTELAS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Paula Cristina Delavi¹

Alisson Plaziat Cenci²

Pablo Henrique Caovilla Kunhen³

Resumo: O presente estudo visa, sobretudo, analisar as especificidades da Tutela Provisória prevista no novo regramento instrumentário civil (Lei 13.105/15). O novo Código de Processo Civil Brasileiro se alicerça em alguns pilares, valores imprescindíveis para a hermenêutica do texto recém promulgado, quais sejam: previsibilidade, efetividade e segurança jurídica. Sendo assim, a possibilidade de antecipação de um bem objeto de um litígio foi alterado substancialmente, partindo do gênero “Tutela provisória”, e se dividindo em tutela de urgência (perigo da demora e probabilidade do direito), e tutela de evidência, além da possibilidade de estabilização dos efeitos da tutela concedida em caráter antecedente nos autos, quando não houver recurso da parte adversa. Enfim, as mudanças são várias, específicas e pertinentes, sendo que a análise dos novos institutos deve ser cuidadosa e com um olhar democrático-constitucional, assim como foi a elaboração do novo código.

Palavras-chave: Tutela Provisória. Novo CPC. Agilidade do judiciário. Cautelar. Liminar.

INTRODUÇÃO

A nova lei instrumentária civil (Lei 13.105/2015) veio com o intuito de mudar paradigmas, alterar a realidade e realçar o valor constitucional do Estado de Direito. É cediço, porém, que o judiciário ainda se encontra envolto num problema sério: a morosidade estatal. Sendo assim, as tutelas provisórias, sejam de urgência ou de evidência, incrustadas no novo ordenamento, aliada com o novo espírito célere deste, possibilitam que o direito seja mais rapidamente aplicado ao caso específico, respeitando as regras dos referidos institutos e suas inovações, e conseqüentemente, diminuindo os riscos que uma demanda judicial provoca principalmente àquele que tem razão no feito. (MORAIS, 2015).

É necessário dizer que o NCPC buscou distinguir a tutela definitiva da provisória. Esta é obtida em cognição sumária, na qual a principal finalidade é garantir a eficácia do bem tutelado e a efetividade jurisdicional, contra os males causados pela morosidade jurídica. Aquela, por sua vez, é possibilitada por uma cognição ampla, exauriente, portanto, com maior relevo para as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, visando que a regra seja aplicada devidamente, e assim, dando subsídios para a segurança jurídica na prestação estatal. (DIDIER, 2015).

¹ Autora/Comunicadora. Acadêmica do VIII Semestre do Curso de Direito, URI – Câmpus Frederico Westphalen

² Autor/Comunicador. Acadêmico do VIII Semestre do Curso de Direito, URI – Câmpus Frederico Westphalen

³ Orientador. Mestrando em Direitos Fundamentais (Unoesc/Chapecó-SC). Professor de Direito Processual Civil do Curso de Direito, URI – Câmpus Frederico Westphalen. Advogado.

Sendo assim, a presente pesquisa irá focar nas especificidades da tutela de urgência no novo código de processo civil, seja ela em caráter antecipatório ou cautelar, que além de urgentes, devem apresentar perigo na demora e probabilidade de direito válido, bem como a tutela de evidência, novidade na nova legislação, onde é dispensada a demonstração de perigo do bem jurídico protegido, mas é necessário que o direito nessa espécie seja plausível, provável e consistente, sujeitando-se ambas as espécies de tutela a um procedimento mais célere e sumário. (MEDINA, 2015).

1 DAS TUTELAS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

A nova legislação adjetiva civil estabelece no seu Livro V a chamada “Tutela Provisória”, em que, basicamente, visa aprimorar e resguardar o interesse jurídico da tutela principal, onde será resolvido o conflito de interesses de forma definitiva. Vale ressaltar que, em consonância com a ideia de celeridade e simplicidade dos procedimentos, o instituto em questão não mais é instaurado em processo autônomo, mas tão somente configura-se em incidente no processo. (THEODORO JR., 2015).

O intuito principal das tutelas provisórias é a possibilidade de combater e evitar os riscos que um processo judicial representa, seja no tocante à injustiça ou ao dano, fruto da demasiada demora em que o feito normalmente se desenvolve. São tutelas que o Estado-Juiz presta à parte que tem uma probabilidade de êxito maior na causa, posto que tem um direito protegido pela lei (probabilidade de direito). Além do mais, a parte processual que alimenta a esperança de que seu direito seja resguardado, pelas provas que possui, teria o risco iminente de ver o resultado útil do processo não ocorrer, ou então de perder o bem da vida litigado. (perigo da demora). (THEODORO JR., 2015).

A tutela provisória se divide em tutela de urgência e de evidência. A tutela de urgência tem o espírito de evitar que o processo não se torne efetivo. Partilham de dois pressupostos básicos e necessários: o perigo de dano fruto da morosidade do processo, previsto no art. 300 da nova lei, bem como a probabilidade de existência concreta do direito, também estabelecida no mesmo artigo, fazendo com que o juiz prolate uma decisão se valendo de um procedimento mais célere e sumário. (MEDINA, 2015).

Os pressupostos supracitados consistentes no perigo de dano ou risco ao resultado do processo, bem como a probabilidade do direito, estão explicitados no art. 300 da nova lei. Perigo de dano (*periculum in mora* do CPC/73) é explicado como sendo a possibilidade efetiva de consequências nefastas para o objeto da lide, em virtude da demora do processo. Por outro lado,

a probabilidade do direito (*fumus boni iuris* do CPC/73) significa basicamente um direito provável, demonstrável, digno de existir no plano fático. (MEDINA, 2015).

As tutelas de urgência podem ser concedidas tanto em caráter incidental quanto em caráter antecedente. Isto é, trata-se da análise do momento em que a tutela jurídica foi postulada. Quando incidental, significa que já houve pedido de tutela definitiva, ou seja, é pedido posterior à postulação principal. Já no tocante à antecedente, o pedido de tutela é anterior a qualquer postulação final, tendo como objetivo o de adiantar direitos em razão da morosidade procedimental. (DIDIER JR., 2015).

Conforme Fredie Didier, a competência para ingressar com tais medidas é a seguinte:

De acordo com o art. 299, CPC, a tutela provisória incidental deverá ser endereçada ao próprio juízo ou órgão do tribunal que conduz a demanda e que seja competente para apreciar o mérito da causa; já a tutela provisória antecedente deve ser requerida ao juízo ou tribunal com competência originária para conhecer o pedido principal (i.e., de tutela definitiva). O parágrafo único do art. 299 do CPC dispõe, por sua vez, que “ressalvada disposição especial, na ação de competência originária de tribunal e nos recursos a tutela provisória será requerida ao órgão jurisdicional competente para apreciar o mérito”. (DIDIER JR., 2015, p. 572).

A Tutela de urgência, por seu turno, é dividida em antecipada e cautelar, podendo ambas ser concedidas antes ou durante o processo, conforme dicção do art. 294, parágrafo único, do NCPC. A tutela antecipada, ou também chamada de satisfativa, é aquela que possibilita eficácia de modo imediato ao bem jurídico fruto da lide. (DIDIER JR., 2015).

A tutela antecipatória produz o efeito que somente poderia ser produzido ao final. Um efeito que, por óbvio, não descende de uma eficácia que tem a mesma qualidade da eficácia da sentença. A tutela antecipatória permite que sejam realizadas antecipadamente as consequências concretas da sentença de mérito. Essas consequências concretas podem ser identificadas com os efeitos externos da sentença, ou seja, com aqueles efeitos que operam fora do processo e no âmbito das relações de direito material. (MARINONI, 2011, p. 44).

Portanto, é visível que a tutela de urgência em caráter antecipatório é um cuidado jurídico especial, posto que existe direito e há urgência, sendo reconhecida em cognição sumária, em que se traz para o início do processo um efeito que, em tese, somente seria plausível no deslinde da causa, no seu final. (VAZ, 2002).

A tutela provisória de natureza cautelar difere da antecipada/satisfativa pelo fato de busca preservar, acautelar, resguardar um direito para uma solução definitiva. Essa espécie de tutela dura somente o tempo necessário para manter um direito protegido, além de que também é extinta pela prolação da decisão definitiva. Ou seja, cautelar é sinônimo de resguardo, enquanto que antecipação significa meio efetivo. (DIDIER JR., 2015).

O processo cautelar é, pois, instrumento através do qual se presta uma modalidade de tutela jurisdicional consistente em assegurar a efetividade de um provimento a ser produzido em outro processo, dito principal. Ao contrário do que ocorre com os outros dois tipos de processo (cognitivo e executivo), o processo cautelar não satisfaz o direito substancial, mas apenas garante que o mesmo possa ser realizado em momento posterior, permitindo, assim, uma forma de tutela jurisdicional mediata. (CÂMARA, 2006, p. 4).

De outra banda, no que concerne a outra espécie de tutela provisória, a chamada tutela de evidência, é cediço que somente poderá ser concedida em caráter incidental, ou seja, no curso do processo. Trata-se de espécie de tutela que não necessita de comprovação de perigo de dano iminente, mas que tão somente demonstra um direito plausível, digno de certeza e liquidez, sem caráter definitivo, haja vista que o conteúdo probatório do processo ainda não foi produzido, mas com fortes argumentos e possibilidades claras de êxito na causa. (THEODORO JR., 2015).

Seu objetivo é redistribuir o ônus que advém do tempo necessário para transcurso de um processo e a concessão de tutela definitiva. Isso é feito mediante a concessão de uma tutela imediata e provisória para parte que revela o levado grau de probabilidade de suas alegações (devidamente provadas), em detrimento da parte adversa e a improbabilidade de êxito em sua resistência- mesmo após uma instrução processual. (DIDIER JR., 2015, p. 618).

As hipóteses de concessão de tal espécie de tutela estão elencadas no artigo 311 e seus incisos, do NCPC, tais como o abuso do direito de defesa ou manifesto propósito de protelar a demanda por parte do réu; quando a tese debatida for comprovada por documentos, ou estiver sumulada; prova suficiente em contrato de depósito para possibilitar a entrega do bem; e por fim, no caso de a inicial estar bem fundamentada, com provas robustas, e o réu em nada se opor, devendo em tais hipóteses, devido ao direito líquido e certo, ser deferida a medida e concedida a proteção jurídica a quem tem razão. (MEDINA, 2015).

Cumpra ainda aduzir na presente pesquisa que há a possibilidade de estabilização dos efeitos da tutela antecipada concedida em caráter antecedente, conforme art. 304, caput, e no seu § 1º, do NCPC, oportunidade em que, caso o réu quedar-se inerte e não oferecer qualquer resposta plausível, estabiliza-se a medida e o processo é extinto. (THEODORO JR., 2015).

Para que tal medida seja possível, são necessários alguns requisitos, quais sejam: a necessidade de que o autor peça o deferimento de tutela antecipada incidental; de modo expresso; além disso, o mesmo deve deixar claro que não seguirá com o processo caso a tutela pretendida seja alcançada; ato posterior, e por óbvio, somente será possível tal medida processual se o juiz assim conceder; e por fim, que o réu, deferida a medida, não interponha qualquer medida ou recurso cabível, ou seja, fique inerte. (DIDIER, 2015).

Outra novidade relevante é a possibilidade de estabilização da tutela antecipada concedida em caráter antecedente, sempre que não houver impugnação [...]. De acordo com o CPC de 2015, o réu só poderá rever, reformar ou invalidar a decisão estabilizada através de um novo processo, mediante a propositura de ação autônoma e desde que isso ocorra dentro do prazo de dois anos. Tal decisão, como é natural, não faz coisa julgada diante da inexistência de cognição exauriente. Quanto à estabilidade, dois pontos merecem destaque: a nova ação deverá ter o ônus probatório invertido (o ônus da prova deve permanecer com o autor originário, o qual agora será réu) e a estabilização poderá ser objeto de negociação entre as partes, conforme Enunciado nº 32 da Carta de Belo Horizonte (Fórum Permanente de Processualistas Cíveis) [...] (DOTTI, 2015, p. 1).

Conforme exposto acima, a estabilização da medida não impede que o réu ou mesmo o autor se valham de outra ação para tentar desfazer o efeito criado pela concessão, posto que possam estar insatisfeitos. Contam com o prazo de 2 anos contados do conhecimento da decisão que extinguiu o processo, conforme dicção do art. 304, § 5º, do NCPC, sendo tal prazo decadencial. O juízo que concedeu a tutela objeto de discussão, e, portanto, estabilizou os efeitos, é o competente para conhecer e julgar a nova ação a ser proposta. (THEODORO JR., 2015).

2 A ANÁLISE DAS TUTELAS NO CPC/1973 E NO DE CPC/2015

As tutelas são formas de proteger o direito de alguém quando este passa por um perigo eminente, como já mencionado, o NCPC traz a figura da tutela Provisória, onde esta se subdivide em Tutela de urgência e Tutela de evidência, sendo que a primeira em sua base cautelar busca preservar o bem, ou seja, reter este até que a lide seja resolvida e sua segunda base, tutela antecipatória ocasiona uma eficácia imediata, buscando um efeito que seria produzido só no fim da lide, ambas as bases podem ser pedidas em caráter incidental, ou seja, no início da ação, ou em caráter antecedente que é a qualquer momento no processo.

A Tutela de evidência é aquela que no NCPC independe de prova do perigo da demora ou da fumaça do bom direito, as hipóteses estão previstas no artigo 311, em seus incisos, necessitando agora de abuso do direito de defesa, em causas que a documentação comprove a alegação do autor verdadeira. Portanto, a tutela de evidência vem para reformular o processo, ou seja, com ideia de repetitividade de tema ou alegações documentais, poderá dar-se sentença parcial de mérito para assim exaurir a demanda de processos do judiciário.

As tutelas provisórias de urgência (satisfativa ou cautelar) pressupõem a demonstração de "probabilidade do direito" e do "perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo" (art. 300, CPC).

A tutela provisória de evidência (sempre satisfativa/antecipada) pressupõe a demonstração de que as afirmações de fato estejam comprovadas, tornando o

direito evidente, o que se presume nas hipóteses do art. 311, CPC, examinado mais à frente. (DIDIER JR, 2015, p.567)

No que tange às tutelas no CPC/73, em seu artigo 273, encontramos a tutela antecipada, onde o mesmo diz:

Artigo 273: O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: I – haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ; ou II – fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito de defesa protelatório do réu. (Código de Processo Civil/1973)

Portanto, para o requerimento da antecipação de tutela há a necessidade do Perigo de dano (*periculum in mora*) e a probabilidade do direito (*fumus boni iuris*), tornando assim, alegações que não haja os dois direitos inaptos para a prolação, então entendemos que no NCPC bastará a probabilidade do direito, enquanto no CPC vigente necessitará, além da probabilidade, a verossimilhança da alegação, ou seja, a fumaça do bom direito, tudo o que for alegado tem que haver total verdade. Atentamos também para o difícil reparo ou iminente perigo de dano que é trazido no CPC/73 e no Novo CPC é tratado como o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, ou seja, menos rigorosidade de tratamento na prova para requerer a antecipação de tutela no Novo Código.

O código de processo civil comentado da OAB/RS diferencia as tutelas no código de 1973 e no Código Buzaid:

A tutela de cognição sumária pode ser de *urgência* ou da *evidência*. A tutela da evidência apresenta requisitos ligados ao juízo de verossimilhança, ao passo que as tutelas de urgência exigem, além do juízo de verossimilhança, um juízo ligado à urgência. No CPC de 1973, por exemplo, a tutela antecipada apresentava o *risco de dano irreparável ou de difícil reparação* e a *verossimilhança das alegações* como requisitos do art. 273; e o *risco de ineficácia do provimento final* e a *relevância no fundamento da demanda* como requisitos do art. 461. Já a tutela cautelar tinha como requisitos o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. (Código de processo civil OAB/ RS, 2015, p.234)

Outro ponto importante que deverá ser levado em consideração é a flexibilização, onde no CPC/73 deverá ser observada na obrigação de fazer ou não fazer, pelo juiz, onde levam-se em consideração os artigos 588, 461, §§ 4º e 5º, os quais, o juiz poderá, para ocorrer o cumprimento das tutelas, independente do pedido do autor, assegurar de ofício ou requerimento, impor multa diária, fazer busca e apreensão, remoção de pessoas ou coisas, desfazimento de obras e a fins.

Enquanto isso, no NCPC, é prelecionado de acordo com os princípios do devido processo legal e da proporcionalidade, o juiz, como entender melhor, determinará as medidas cabíveis para que seja respeitada a tutela provisória:

Art. 297. O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória.

Parágrafo único. A efetivação da tutela provisória observará as normas referentes ao cumprimento provisório da sentença, no que couber. (Código de Processo Civil de 2015)

Para o código de 1973, o artigo 798, permite que o juiz aplique na tutela de urgência a técnica da cautelar ou antecipatória, dependendo do caso concreto, já no código de 2015, expressamente o artigo 294 diz que existe a possibilidade de concessão de tutela cautelar e de tutela antecipada em caráter antecedente ou incidental, visando assim, em qualquer fase do processo utilizar essas medidas para a proteção do direito das partes.

3 A AGILIDADE DAS TUTELAS: EFETIVIDADE OU NOVAS CONTROVÉRSIAS?

O novo Código de Processo Civil traz em sua necessidade primordial o desafogamento do judiciário, ou seja, trouxe em vários ditames de seus artigos celeridade ao processo, desta maneira explica muitos fatores das tutelas, como, por exemplo, a tutela de evidência, regulamentada no artigo 311 do Código de processo civil de 2015:

Art.311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

I – ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;

II – as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

III – se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa;

IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente. (Código de Processo Civil de 2015)

Os incisos II e III mostram a possibilidade de liminar, pois trata de demandas repetitivas ou já sumuladas, deste tanto, não tendo o porquê a morosidade de um processo longo, ao tornar-

se caro para o judiciário e exaustivo para as partes, trazendo assim uma forma de julgamento parcial de mérito. Todavia, o que se questiona é como o julgamento antecipado do mérito pela tutela de evidência, onde podemos socorrer o direito da parte de seu caso ser analisado de diferente maneira? O novo código ao trazer essa possibilidade na tutela de evidência pensou somente na agilidade da demanda e não do direito da parte de seu caso ser analisado de acordo com sua particularidade, ou seja, não generalizando todos os casos como iguais.

Todavia, tendo o caráter de coisa julgada, o réu deverá recorrer. Se não o fizer, o processo será extinto. Para rever essa antecipação deverá uma das partes intentar uma nova ação, cabe dizer que o prazo para isso é de dois anos, e essa modalidade compreende o desafogamento do judiciário, ou seja, de acordo com a demanda repetitiva ou sumulada, poderá fazer coisa julgada, a parte lesada terá prazo para recorrer, do contrário será arquivado o processo, mas situação mais ágil, porém, a ideia de recorrer com novo processo não é algo prático, mas mais demanda para o judiciário analisar. Mas, encontramos nessa nova revisão de tal coisa julgada, onde certamente essa faz com que seja reapreciada a decisão, contudo, o entendimento leva a crer que é uma ideia inteligente do novo CPC, tirar o peso do judiciário de encarar novamente a mesma demanda, ou algo que já foi sumulado.

Nesse sentido, nas cautelares e sua função de coisa julgada Didier Jr, afirma:

A temporariedade da tutela cautelar não exclui, como visto, sua definitividade. A demanda cautelar, com o todo ato de postulação, possui um objeto, um mérito, composto por pedido (de segurança) e causa de pedir (remota: plausibilidade do direito acautelado e o perigo da demora; próxima: direito à cautela). Há cognição exauriente do mérito cautelar e, pois, do direito à cautela. A cognição do direito material acautelado é que é sumária, bastando que se revele provável para o julgador (com o exige a fumaça do bom direito). A probabilidade do direito (tradicionalmente chamada "fumus bani iuris") é elemento do suporte fático do direito à cautela. Ou seja: conforme veremos, para que seja reconhecido o direito à tutela cautelar de outro direito, é necessário mostrar que esse outro direito, ou direito acautelado, é provável. Uma vez concretizado esse suporte fático (probabilidade do direito acautelado), o direito à cautela pode ser certificado com definitividade. (DIDIER JR, 2015, p. 564)

Por isso, nas cautelares, viabiliza uma tutela definitiva, dada para proteger o bem, onde no curso do processo essa cautelar será mérito definitivo, mas para efeitos finais será temporária, ou seja, a decisão sempre permanecerá a mesma, mas com o efeito temporário, só com a sentença do juiz passará a uma definitiva, onde assim poderá ao curso do processo o bem protegido em forma definitiva, porém temporária, pois a sentença final dará o ditame da coisa. (DIDIER JR, 2015, p.565)

Conclusão

Portanto, o NCPC trouxe a agilidade para a concessão de tutelas, pois o que se visa é uma proteção de direitos de forma macro, onde o legislador, para a felicidade geral, tratou de evitar os efeitos exaustivos de uma espera no processo, criando assim a antecipação provisória com efeitos de tutela definitiva, tanto para as satisfativas, quanto para as cautelares, tornando assim a proteção de bens para um gozo futuro proveitoso.

A real efetividade das tutelas encontra-se em um rol de artigos no código Buzaid, com incisos que visam não deixar nenhum direito de quem o tenha sem proteção. A principal finalidade das tutelas é cuidar para que o mal do tempo não pereça o direito do indivíduo, tornando assim, como a tutela de urgência, uma praticidade para sua obtenção, deixando de lado as provas inequívocas da verossimilhança, ou seja, com o novo código basta ter uma probabilidade de direito e um perigo de dano, no caso da tutela de urgência, e na tutela de evidência, como o novo já diz, demonstra as evidências da alegação, ou seja, já as induz como verdadeiras, sendo assim a sua aceitação totalmente plausível.

De outro tanto, essas medidas devem ser cabíveis observando o rol de artigos, onde sempre são viáveis que se atendam os requisitos da lei, por outro lado, é inadmissível a morosidade do processo e que este traga transtornos às partes, sendo o que o objetivo real é trazer a resolução de um conflito. Por outro lado, não se pode deixar que o judiciário se torne uma via de processos arcaicos e de difícil resolução, e que, cause um esgotamento nessa máquina celebre, por isso o NCPC traz ideia de agilidade e economia processual, tendo como alicerce os valores fundamentais e a dignidade da pessoa humana, que celebram uma constitucionalização do processo civil.

Referências

BOECKEL, Fabrício Dani de. Espécies de Tutela Jurisdicional. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 89, jun 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9736&revista_caderno=21>. Acesso em 22 out 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**: volume III. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. Fredie Didier Jr.. Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira. 10. ed.- Salvador: Ed. Jus Podivm. V.2. 2015.

DOTTI, Rogéria. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada no CPC de 2015:** Unificação dos Requisitos e Simplificação do Processo. Migalhas. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI218846,101048-Tutela+Cautelar+e+Tutela+Antecipada+no+CPC+de+2015+Unificacao+dos>>. Acesso em: 21 out. 2015.

FUX, Luiz. **Novo Código de Processo Civil: comparado — Lei 13.105/2015.** Coordenação Luiz Fux. Organização Daniel Amorim Assumpção Neves. — 2. ed. revista — Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: MÉTODO, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da Tutela.** 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo código de processo civil comentado.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. **Com novo CPC, tutela antecipada antecedente faz coisa julgada. Consultor jurídico.** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-06/luiz-mourao-tutela-antecipada-cpc-faz-coisa-julgada>> . Acesso em 22 out 2015.

OAB-RS. Novo código de processo civil anotado. **OAB RS.** Disponível em: <http://www.oabrs.org.br/novocpcanotado/novo_cpc_annotado_2015.pdf> Acesso em: 13 out. 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I.** 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TORRES, Paulo José Pereira Carneiro. **Diferença entre tutela antecipada e medida liminar.** Migalhas. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI174631,81042-Diferenca+entre+tutela+antecipada+e+medida+liminar>> . Acesso em 22 out 2015.

VAZ, Paulo Afonso Brum. **Manual da tutela antecipada.** 1. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2002.

ZUFELATO, Camilo. **Tutela da evidência e o Projeto de Novo CPC.** Carta Forense. Disponível em: <<http://www.carteforense.com.br/conteudo/artigos/tutela-da-evidencia-e-o-projeto-de-novo-cpc/9769>>. Acesso em 22 out 2015.

A FILOSOFIA DA GLOBALIZAÇÃO DE GIACOMO MARRAMAO

Sara Marina Pierine Brizolla¹

Vagner Felipe Kühn²

Resumo: A proximidade cultural é fenômeno a acarretar processos de simplificação e de universalização. Ao longo da história recente, o Ocidente tem compreendido que é necessário estender a diferentes culturas as noções de Direitos Humanos alicerçadas pela Declaração de Direitos Humanos de 1948. A filosofia da globalização de Giacomo Marramao aponta as limitações do processo capitaneado no Ocidente, elencando as dificuldades trazidas pelo processo não apenas dentro dos países, mas também na relação entre eles. Para esse autor, apenas se a universalização acolher diferenças será possível equacionar os problemas que se multiplicam em novas ordens de conflitos, especialmente diante da dinâmica cosmopolita, possibilitando que uma nova estrutura pós hobbesiana seja sucedida por um modelo democrático verdadeiramente universal.

Palavras-chave: Giacomo Marramao; Universalismo; Direitos Humanos; Terceira Geração de Direitos; Globalização; Multiculturalismo.

INTRODUÇÃO

Giacomo Marramao é um filósofo italiano, Professor de Filosofia Política na Universidade de Roma III, Doutor em Filosofia pela Università di Firenze e em Ciências Sociais pela Universidade de Frankfurt. Seus estudos são voltados a questões políticas e culturais da globalização. Em sua obra o autor busca refletir sobre a estrutura do mundo, e, a partir da crise do capitalismo, pretende demonstrar o começo da ruptura do Estado-Nação como sujeito histórico hegemônico produzido pelo Ocidente.

O presente trabalho pretende definir os pressupostos filosóficos da obra de Giacomo Marramao, de modo a estabelecer as bases da reflexão sobre o impasse no processo de consolidação de uma nova ordem mundial, com o rompimento das perspectivas “nós” e “outros”, de Ocidente e de Oriente. Tal fenômeno pode redefinir os parâmetros do que é compreendido hoje como soberania e Estado, implicando na necessidade de redimensionar o fenômeno do Direito e da Democracia.

1 A SECULARIZAÇÃO COMO CRITÉRIO DE ANÁLISE

¹ Discente do VI semestre de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, e-mail: biita_sara@hotmail.com

² Mestre em Direito. Especialista em Direito Processual Civil e Direito Eleitoral. Professor de Direito Constitucional e Processo Civil. Advogado.

O ser humano reflete em seus comportamentos a compreensão que tem da noção de tempo. Entretanto, as diversas compreensões acerca da noção de tempo, que respondem a uma precisa vontade, seja ela, por exemplo, política, histórica, econômica, religiosa, não representam fenômeno exclusivo da modernidade. Diversas culturas religiosas, pretensamente universais, foram influenciadas por esse fenômeno. (GINER, 2006, p. 23-35).

Entretanto, como refere Giner (2006, p. 29), apoiando-se nas ideias de Marramao, a diferença, em nossa realidade, o processo de secularização avança, gerando complexidade e compreensões não unívocas da realidade, de modo que as características tradicionais da noção de tempo não permitem mais compreender e simplificar as aspirações sociais.

Não se trata apenas de mudança, mas um processo de mutação radical que, somado a processos de reversão da secularização, traduz a própria sociedade atual como sociedade da diferença. (GINER, 2006, p. 23-35).

Marramao, entretanto, não rechaça o racionalismo e o processo de aumento da complexidade que ele suscita. Ao compreender a instabilidade do processo histórico, apontando a necessidade de *“dare vita a um nuovo iluminismo, in cui la ragione trionfi novamente sul tempo umano e sula storia”*³. (GINER, 2006, p. 34).

2 UM NOVO OLHAR SOBRE UNIVERSALISMO

Para Marramao, a principal questão a ser enfrentada para se conceber o universal não é como as diferenças se olham e sim como cada cultura se imagina e pensa o universal. Uma perspectiva de cada comunidade, com seus valores e suas próprias declarações de direitos fundamentais. Evidentemente, a própria noção de universalização não é amplamente aceita; tal noção enfrenta questões na modernidade-mundo, bem como terá de se entender entre a igualdade e o princípio da diferença. (MARRAMAIO, 2009)

Segundo tal perspectiva de pensamento, a discussão do multiculturalismo passa por uma série de mal-entendidos, uma vez que se está diante de uma passagem destinada a transformar todas as culturas, o que envolve a conversão de conceitos fundamentais, como identidade e diferença, contingência e necessidade. Para essa nova condição se desenvolver, necessita alargar e abraçar as diferentes concepções na ordem constitucional de valores e direitos fundamentais:

Lungi dal costituire un'astratta dimensione ideale o una mera sovrastruttura ideologica, esse ci restituiscono, stando a quanto ci dicono gli approcci più recenti della storia giuridico-costituzionale, la traccia di processi reali: di conquiste e acquisizioni valoriali

³ Em tradução livre do italiano: “necessidade de dar vida a um novo iluminismo, no qual a razão triunfa novamente sobre o tempo humano e sobre a nossa história”.

ottenute, a seconda dei casi, tramite aspri conflitti o soluzioni di compromesso. Il caso, ad esempio, delle dinamiche di costituzionalizzazione presenti in Africa è quanto mai istruttivo, proprio in quanto quelle dinamiche paiono proiettarsi verso un superamento del modello continentale di dogmatica giuridica fondato su una gerarchia rigida delle fonti, dando luogo a una logica diversa, basata sulla circolazione infrasistemica di una pluralità di issues.⁴ (MARRAMAO, 2009, p. 4).

Dessa forma, uma vez superado o velho binômio dos Séculos XIX e XX e apreciados os vários processos de construção normativa em diferentes áreas do planeta, será possível encontrar uma ordem constitucional capaz de reconhecer e fortificar os direitos fundamentais. Trata-se do estabelecimento, no terreno jurídico, de uma sincronia no desacordo, ou seja, múltiplas partes se direcionando a um direito pós-estatal. (MARRAMAO, 2009).

Surge, porém, um grande problema nesse processo, “o problema relativo ao caráter reticular do direito”, um complexo espaço de geometrias variáveis. E, de outra banda, o fato de que não ser possível pensar os processos de universalização segundo o referencial da modernidade. Em outras palavras, não se pode compreender o universalismo de modo completamente homogêneo, mas se deve atentar para a concepção de que existem várias vias para o mesmo resultado, algumas das quais não compreendidas pela atual percepção. (MARRAMAO, 2009)

Esse novo olhar constrói novas premissas para que seja possível considerar as antíteses existentes da esfera global. Não existe um polo Ocidente e um polo Oriente e sim uma pluralidade de culturas, pois dentro de uma mesma nação observa-se conflito. O próprio povo originário sofre com essa estandarização do que é considerado multiculturalismo, trazendo a noção de mais Orientes e mais Ocidentes - uma pluralidade simultânea, mas também evolutiva. (OSTERHAMMEL; PETERSSON, 2003).

Nesse confronto de realidades ambíguas, com formas de culturas diferentes, não se pode perder da consciência as acepções de Estado de Direito, de Liberdade, de Igualdade e de sufrágio universal ampliado às mulheres. Conquistas recentes, mas de busca antiga, obras do Ocidente.

A pluralidade, desse modo, não representa fenômeno apenas *infra*, mas também *intra* sociedade, isto é, intersubjetivo e intercultural. Não é apenas entre identidades, mas interna a cada identidade, seja ela individual ou coletiva. Aqui se extrai principal reflexão de Marramao: a criação do *univresalismo da diferença* – a tentativa de superação do dilema teórico-político entre

⁴ Na tradução de Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira: “Longe de constituir uma abstrata dimensão ideal ou uma mera superestrutura ideológica, elas nos restituem, considerando o quanto nos dizem, as abordagens mais recentes da história jurídico-constitucional, a trajetória de processos reais: de conquistas e aquisições de valores obtidas, segundo o caso, por meio de violentos conflitos ou de soluções de compromisso. O caso, por exemplo, das dinâmicas de constitucionalização presentes na África, é tanto mais instrutivo quanto aquelas dinâmicas pareçam projetar-se em direção a uma superação do modelo continental de dogmática fundado sobre a hierarquia rígida das fontes, dando lugar a uma lógica diversa, baseada sobre a circulação infra-sistêmica de uma pluralidade de issues”.

universalismo identitário e diferencialismo antiuniversalista. Dessa forma, Marramao (2009, p. 13) explica:

Non possiamo dire agli altri: venite e sarete ospitati nella nostra casa, integratevi e sarete annessi alla nostra civiltà del diritto. Si tratta viceversa di negoziare un nuovo spazio comune, di costruire insieme una nuova casa dell'universale. Se saremo in grado di volgere uno sguardo meno viziato da pregiudizi ad altri contesti di esperienza, ci accorgeremo dell'esistenza in altre regioni del mondo di concezioni della libertà e dignità della persona altrettanto nobili (o, in ogni caso, non meno rispettabili) delle nostre.⁵

Combatendo, dessa forma, a ideia intolerância ao não igual vivencia-se algo experimentado e, ao mesmo tempo, ofuscado pela democracia O modelo assimilacionista é passível de observação no exemplo francês de ocultamento das identidades. Algo que suscitou grande violência. Para evitar este tipo de acontecimento, tem de se estabelecer um reconhecimento do individuo e não do grupo, pois isso pode levar uma derrogação ou delegação universal.

Contra essa tendência, é necessário se fazer separação entre direito à diferença e diferença no Direito. O primeiro e fundamental direito é o direito a singularidade. Surgindo vários incidentes:

Naturalmente qui si apre una serie di delicatissime questioni: stiamo attenti, quando ci confrontiamo con gli altri, a ritenere che essi siano effettivamente "rappresentati" da coloro che si propongono come rappresentanti per "autoinvestitura". Spesso gli elementi più attivi e meglio organizzati di un gruppo culturale o religioso sono quelli che poi vengono accolti come rappresentanti effettivi, mentre il più delle volte essi rappresentano in realtà solo una ristretta minoranza di quello stesso gruppo.⁶ (MARRAMAIO, 2009, p. 14)

Então para ocorrer uma política adequada de tratamento dos confrontos multiculturais, não é possível utilizar a fórmula de exportação da liberdade. É necessário o implemento da democracia sobre uma forma autônoma que possibilite autoconstrução. A imposição modelo-

⁵ Na tradução de Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira: "Não podemos dizer aos outros: vinde e sereis hóspedes na minha casa, integrari-vos e sereis anexados à nossa civilização de direito. Trata-se de negociar, vice-versa, um novo espaço comum e de construir conjuntamente uma nova casa do universal. Se estaremos em condição de lançar um olhar menos viciado por pré-conceitos a outros contextos de experiência, nos daremos conta da existência em outras regiões do mundo de definições de liberdade e de dignidade da pessoa também nobres, ou em todo caso não menos respeitáveis, que as nossas".

⁶ Na tradução de Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira: "Naturalmente que se abre aqui uma série de delicadíssimas questões: estamos atentos, quando nos confrontamos com os outros, a não levar a sério aqueles que se definem representantes por autoinvestidura. Frequentemente, os elementos mais ativos e melhor organizados de um grupo cultural ou religioso são aqueles que podem vir acolhidos como representantes efetivos, enquanto o mais das vezes eles representam em realidade somente uma restrita minoria daquele mesmo grupo".

*standard*⁷ tem seus efeitos demonstrados após a queda do muro de Berlim, onde essa forma de pretensa modernização somente ajudou a produzir conflitos.

Assim, afastando-se a ideia de formalismo jurídico, para que passamos ser realmente livres, há que se compreender que a democracia não é apenas o sistema de regras, mas meios de relação. Para que a tolerância seja possível, deve-se buscar em outras culturas princípios e valores diversos dos localmente reconhecidos, sem ceder à ideia de sobreposição, comum ao Ocidente. A busca deve almejar uma *comunidade sem-comunidade*. (MARRAMAO, 2009).

4 A DESTERRITORIALIZAÇÃO DO DIREITO E OS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE E DA DIFERENÇA

Marramao (2007, p. 2) não aponta uma simples solução, mas sim um processo de questionamento. Em sua obra, reflete sobre o passado e o futuro dos Direitos Humanos, sobre a possibilidade de uma ordem jurídica que supere o modelo de hobbesiano, com a desterritorialização do Direito e a consolidação de uma realidade cosmopolita que acolha a diferença. Aduz que a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 representa referencial de direitos válidos em qualquer lugar, “independentemente do contexto do Estado territorial soberano em que se encontra [o indivíduo]”.

Depois da Segunda Guerra Mundial, com a consagração das liberdades individuais e públicas, institui-se uma nova geração de direitos fundamentais, sintetizados na noção de fraternidade - a Declaração Universal de 1948 tem o papel de nortear essa nova geração.

Inegavelmente, a Declaração Universal de 1948 representa a culminância de um processo ético que, iniciado com a Declaração de Independência dos Estados Unidos e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, da Revolução Francesa, levou ao reconhecimento da igualdade essencial de todo ser humano em sua dignidade de pessoa, isto é, como fonte de todos os valores, independentemente das diferenças de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição, como se diz em seu artigo II. (COMPARATO, 2010, p. 238).

Então após a Segunda Guerra Mundial os direitos humanos adquirem relevância internacional, e, conseqüentemente, são acolhidos nas proclamações universais e adicionados nas constituições e nas legislações internacionais. É nesse contexto que se consolida a concepção de Marramao de desterritorialização do direito.

⁷ Modelo-padrão.

Vale dizer: o direito que é desterritorializado nos enunciados da Declaração Universal só podem se re-territorializar, exatamente para poder conferir uma qualificação autenticamente democrática aos ordenamentos democráticos nacionais. A Declaração de 1948, mesmo representando exclusivamente um ideal comum a ser alcançado por todas as nações, como um acordo juridicamente vinculante, não se limitou a universalizar a ideia dos direitos humanos e a promover a sua adoção pelos Estados, mas também atribuiu um valor transterritorial tanto aos direitos civis e políticos, quanto àqueles econômicos e sociais (reunidos pelo historiador do direito Pietro Costa (1999-2004) na fórmula da “liberdade do medo e da necessidade”) e sancionou os direitos das minorias e dos povos, reconhecendo a esses últimos o fundamental direito à autodeterminação. (MARRAMAO, 2007, p. 6)

Sem dúvida foi uma grande esforço cumprido pelas Nações Unidas, com a finalidade transformar esses princípios em normas jurídicas vinculantes, através de pactos internacionais e declarações ou convenções. Porém, essa efetivação ainda está em aberto. Enquanto a comunidade internacional ainda está no processo de garantir os direitos tradicionalmente reconhecidos à sociedade contemporânea, surgem novas reivindicações, como “o direito a viver em um ambiente sadio e não poluído [...]e de ‘quarta geração’, como o direito à integridade do patrimônio genético.” (MARRAMAO, 2007, p. 6)

Tudo isso demonstra que o leque de direitos tende aumentar, pois cada vez a sociedade cresce e se torna mais complexa. A partir desse polo de direitos e declarações, surge um campo de tensão, o princípio da igualdade e o princípio da diferença. Em linhas gerais isso corre pela conquista triunfante e presumida pelo Ocidente, sem há muito tempo perceber que tudo está se inclinando a um fator diferente ao pregado por este universalismo.

A teoria de Marramao, entretanto, foca a ideia de diferença. O problema que a sociedades ocidentais têm a enfrentar, as reivindicações de cidadania dos grupos culturalmente diferenciados que buscam o reconhecimento dos próprios direitos e não estão dispostos a reconhecer o universo do formalismo democrático.

Dessa maneira, indica-se a necessidade de se achar um ponto comum entre a igualdade e diferença. Tais sociedades sentem-se diferentes, mas querem igualdade, sem, contudo, aceitar a igualdade imposta pela democracia. Exatamente nesse contexto que surge o ponto em que Marramao defende que não é possível extinguir a diferença com a régua da universalização.

Esse problema não é limitado a apenas um Estados, mas se difunde em esfera global, onde um cenário paradoxal reflete um tempo unipolar e multicêntrico. A questão que se levanta é a respeito de “qual deveria ser a nova dimensão do universalismo dos direitos em um mundo que só pode ser multipolar, e, assim, aberto a uma pluralidade de experiências e de narrativas diversas”. (MARRAMAO, 2007, p. 12).

Em outras palavras, entender a perspectiva do universalismo, não como um modelo estático e pré-constituído, mas como fazer histórico dinâmico. Como consequência colhida da

Declaração Universal de 1948, uma aquisição evolutiva do “nunca mais” sintetizado pelos horrores de Auschwitz. E apesar de repreensão, horrores não cessaram no cenário das relações internacionais. Surgindo a seguinte questão para o autor: onde está fonte desses acontecimentos?

Como é possível detectar as causas que os produziram e continuam a reproduzi-los? Exatamente para responder a essas perguntas, é necessário conectar a deontologia com a compreensão histórico-estrutural, o momento normativo com o momento crítico-analítico. O apelo ao universalismo dos direitos humanos arrisca, de fato, de se transformar em uma retórica vazia se não se conjuga com o *pathos* analítico, que visa a determinar conceitualmente e a localizar operativamente as raízes efetivas da violência, do poder e da violação da dignidade da pessoa. Para realizar essa conjugação devemos nos voltar para o cenário histórico modificado que temos diante dos olhos: não apenas, assim, à situação do mundo pós-Guerra Fria, mas também aos novos cenários do pós-11 de setembro. (MARRAMAIO, 2007, p. 9)

É possível perceber pela experiência histórica, principalmente do Século XX, que não se está diante de uma progressão linear, nem de um ciclo, e sim “[...] é um tempo feito de estratos, um tempo arqueológico, no qual não podemos nunca dizer nunca – e no qual o “nunca mais” não pode nunca ser dito uma vez por todas [...]”. Inegavelmente, há certa repetição de tempos em tempos. (MARRAMAIO, 2007, p. 10).

Então neste período de transição, dessa não mais da velha ordem interestatal, mostra-se uma nova realidade, a ideia de uma esfera pública que consiga remodelar o universal, construindo-se um universal multicêntrico. Tal perspectiva é totalmente inversa à lógica dominante, pois essas outras universalidades serão vistas como autoevidentes e autofundadas e não mais como problemas.

Havendo cumplicidade e tolerância, sendo esse olhar a única perspectiva libertadora, consolida-se uma transformação radical do mosaico de identidades, introduzindo definitivamente nas relações sociais o critério da diferença. Assim, repensa-se uma sociedade capaz de acolher existências singulares, independente da lógica identitária. Pois, como colocou Marramaio (2009, p. 11), nas palavras de Hamlet a Horácio:

Ma a tale scopodobbiamo ricordare [...] raccomandazione di Amleto ad Orazio: vi sono più cose tra il cielo e la terra di quanto la nostra povera filosofia possa immaginare; vi sono più vie alla democrazia e alla libertà di quanto il razionalismo occidentale abbia immaginato.⁸

CONSIDERAÇÕES FINAIS

⁸ Na tradução de Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira: “Mas para tal fim devemos recordar [...] a recomendação de Hamlet a Horácio: Há mais coisas entre o céu e a terra do que a nossa pobre filosofia possa imaginar; há mais vias à democracia e à liberdade do que nosso racionalismo ocidental havia imaginado”.

Por fim, é possível compreender que a terceira geração de direitos fundamentais no Estado Democrático enfrenta problemas entregues à filosofia do tempo presente, que não podem mais serem respondidos por outros modelos estáticos. E, nessa linha, deve-se reconhecer a perspectiva teórica de Marramao, de modo que seja possível a compreensão do contexto da globalização e universalização pelo qual Ocidente passa.

Marramao, através da ideia de “universalismo da diferença”, afasta o uso da sobreposição dos direitos fundamentais Ocidentais para justificar ações políticas e militares em todo o mundo. Todavia, há que se admitir, não apresenta respostas precisas que indiquem a medida da diferença que é aceitável, isto é, em que grau esta passar a desconstruir o próprio universalismo.

Ainda que o trabalho tenha conseguido compreender as noções centrais da filosofia da globalização do autor, atinente à universalização que congregue diferenças, muitos questionamentos científicos que a obra suscita poderão ensejar outras pesquisas, tais como os seguintes: como conciliar as diferenças para este novo olhar aos direitos humanos? Ou, ainda: como entender a diferença dos tratamentos submissos à frente ao universalismo da igualdade?

Assim, muitas reflexões deverão ser feitas para concretizar as noções de novos direitos na dinâmica da globalização. Entretanto, certamente deverão se apoiar na premissa de que a universalização dos direitos humanos não pode prescindir da diferença.

REFERÊNCIAS

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GINER, Salvador. La secolarizzazione del tempo e il potere. La filosofia della storia di Giacomo Marramao. In: MARTINENGO, Alberto. **Figure del conflitto – studi in onore di Giacomo Marramao**. Roma: Valter Casini Editore, 2006, p. 23-35.

MARRAMAIO, Giacomo. **Passado e Futuro dos Direitos Humanos**. Tradução: Lorena Vasconcelos Porto. Conferência. XVI Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI), 2007..Disponíveis em <http://www.conpedi.org.br/arquivos/ciacomo_marrama.doc> Acessado em: 15 de outubro de 2015.

MARRAMAIO, Giacomo. **Dopo babele: Per un cosmopolitismo della differenza**. Eikasias. Revista de Filosofia. año IV, 25 (mayo 2009). Disponível em <<http://www.revistadefilosofia.org/autmarramao.htm>> Acessado em: 12 de outubro de 2015.

MARRAMAIO, Giacomo. **Cielo y Tierra; Genealogía de La Secularización**. Ed. 1ª – España: Editorial Paidós, 1998.

MARQUES, Rafael Peixoto de Paula. (Re)pensar a fraternidade e a diferença na sociedade mundial: o pensamento de giacomo marramao e eligio resta. **Âmbito Jurídico**. Disponível em

<http://ambito-juridico.com.br/site/index.php/%3C?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12104&revista_caderno=15> Acessado em: 05 de outubro de 2015.

OSTERHAMMEL, Jürgen; PETERSSON, Niels P. **Globalization – a short history**. New Jersey, Princeton University Press, 2003.

AS AUDIÊNCIAS DE CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Emanuele da Silva
Letícia Duarte Sezerotto
Vagner Felipe Kühn

Resumo: O presente artigo visa contribuir para uma melhor compreensão das mudanças trazidas pelo Novo Código de Processo Civil, que deve entrar em vigor em 2016, focando principalmente na instituição das audiências de conciliação e de mediação, apresentada no artigo 334 do referido diploma legal, que tem por objetivo diminuir a judicialização de conflitos, oportunizando às partes, antes que haja a contestação pelo réu, a realização de uma (ou quantas forem necessárias) solenidade, na qual, na presença de um mediador, poderão resolver seus problemas, sem a necessidade do ingresso de uma ação judicial, o que deve diminuir consideravelmente o número de demandas e ajudar o Judiciário a trabalhar com maior celeridade.

Palavras-chave: Conciliação. Mediação. Novo Código de Processo Civil.

INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil pode ser visto como uma das mais importantes legislações de nosso País. Elaborado em 1973, sofreu três grandes alterações, sendo a última delas em 2006, as quais visavam aproximar a lei da realidade brasileira, que passou por incontáveis mudanças nos mais de trinta anos de vigência do referido diploma legal, sendo considerado por muitos como uma “colcha de retalhos” e acarretando uma longa lista de reclamações quanto à demora que proporcionava aos processos.

Diante disso, surgiu a necessidade de elaboração de um novo Código de Processo Civil, que se aproximasse da atual realidade, bem como buscasse sanar os pontos obscuros do Código de Processo Civil de 1973, trazendo maior celeridade aos processos.

Foi então que, em 2009, surgiu a figura do Novo Código de Processo Civil, sancionado em 16 de março de 2015, pela Presidente Dilma Rousseff, que traz em seu texto uma série de mudanças e inovações, dentre elas, as audiências de conciliação e mediação, antes da contestação pelo réu. Tal dispositivo tem por objetivo evitar a judicialização de problemas que possam ser resolvidos previamente em audiência.

AS AUDIÊNCIAS DE CONCILIAÇÃO E DE MEDIAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Com a demanda de processos cada vez mais constante e em maior número, o legislador brasileiro se viu diante de um quadro em que a instituição de meios alternativos para a solução de conflitos deixou de ser uma alternativa e passou a ser uma necessidade.

As audiências de conciliação e mediação aparecem como uma forma de ajudar o já tumultuado Judiciário a respirar com novos ares, pois tem como objetivo submeter as partes a uma conversa acompanhada por profissionais capacitados, que devem auxiliar na solução do problema que os envolve, pois tal ato tem por objetivo maior resolver os problemas, não apenas evitar uma nova demanda judicial.

A solenidade será designada antes do recebimento da contestação do réu, nos moldes do artigo 334 do Novo Código de Processo Civil, o qual reza que:

Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.

A audiência somente não será realizada quando autor(es) e réu(s) manifestarem expressamente o desinteresse na realização do ato, ou nos casos em que não se é admitida a autocomposição.

Não podemos deixar de frisar que o atual Código de Processo Civil já traz a figura da audiência preliminar, como bem afirma Clóvis Brasil Pereira:

O atual Código de Processo Civil, é bem verdade, tem no seu bojo a utilização da conciliação, nas ações de procedimento sumário (art. 275, incisos I e II), como procedimento preliminar à apresentação da defesa pelo réu, em audiência, e nas ações de procedimento ordinário, após o decurso do prazo para a defesa, por designação do juiz, conforme o artigo 331, § 1º. Igual previsão está contida na Lei 9.099/95, que trata dos Juizados Especiais Cíveis.

Acontece que tais audiências, na forma como são apresentadas hoje em dia, não atingem efetivamente grande êxito, pois, podemos ver que grande parte dos processos são regidos pelo rito ordinário e, em que pese a conciliação possa ocorrer em qualquer fase processual, vemos que na maioria dos casos não há interesse das partes ou até mesmo dos Magistrados na sua obtenção.

2.1 O que é conciliação e mediação?

Embora acabem se confundindo e tendo funções muito parecidas, o Conselho Nacional de Justiça define mediação como sendo:

[...] uma forma de solução de conflitos na qual uma terceira pessoa, neutra e imparcial, facilita o diálogo entre as partes, para que elas construam, com autonomia e solidariedade, a melhor solução para o problema. Em regra, é utilizada em conflitos multidimensionais, ou complexos [...].

Enquanto a conciliação pode ser definida como

[...]é um método utilizado em conflitos mais simples, ou restritos, no qual o terceiro facilitador pode adotar uma posição mais ativa, porém neutra com relação ao conflito e imparcial. É um processo consensual breve, que busca uma efetiva harmonização social e a restauração, dentro dos limites possíveis, da relação social das partes [...].

Podemos verificar, portanto, que se trata de meios de solução de conflitos, onde uma terceira pessoa, neutra e imparcial, incentiva e facilita a conversa entre as partes, buscando uma solução para os conflitos de forma menos danosa, demorada e, em muitos casos, ineficaz que é dada em uma sentença, pois não podemos esquecer que na maioria dos casos a sentença põe fim à lide e não ao conflito.

As duas são norteadas por princípios como a informalidade, simplicidade, economia processual, celeridade, oralidade e flexibilidade processual. Os mediadores e conciliadores atuam de acordo com princípios fundamentais, estabelecidos na Resolução 125/2010: confidencialidade, decisão informada, competência, imparcialidade, independência e autonomia, respeito à ordem pública e às leis vigentes, ponderamento e validação.

Segundo Clovis Pereira:

alguns estudos exibidos por especialistas , mostram os inúmeros benefícios que podem ser obtidos pela mediação e conciliação, onde ocorre uma redução do desgaste emocional e do custo financeiro, há também uma melhor compreensão das reais necessidades e possibilidades dos interessados buscando assim, soluções mais adequadas a cada caso, resolvendo-se o conflito com maior rapidez, aumenta-se também a satisfação dos envolvidos, uma vez que impera a informalidade nas sessões de mediação e conciliação.

A mediação mostra-se mais eficaz e adequada nas questões que envolvem conflitos na área de família, já a conciliação é mais utilizada nas questões da área comercial e referentes aos consumidores, evidenciando que podem ser empregadas as duas técnicas quando se tratar de direitos disponíveis com obviedade.

2.2 Como ocorrem as audiências?

A audiência de conciliação e mediação pretende incentivar a autocomposição na fase processual, pois ainda não foi apresentada a contestação do réu. Esta ocorrerá diante de um mediador ou conciliador, em um ambiente menos formal e não na presença de um Juiz. A realização dessas audiências tornou-se de grande importância no âmbito jurídico, não se poderá propor a ação se, por exemplo, o direito das partes não admitir composição por algum motivo,

ou se o autor manifestou o desinteresse na inicial, o réu tem até 10 dias antes da audiência para expressar que não pretende aceitar a conciliação, tendo fundamento legal no artigo 334 incisos I e II do § 4º do Novo Código de Processo Civil, o qual diz que:

Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.

§ 4º A audiência não será realizada:

I - se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual;

II - quando não se admitir a autocomposição.

Com o escopo de permitir a manifestação do réu, sobre seu eventual desinteresse, sua citação precisa acontecer com anterioridade mínima de 20 dias contados a partir da data designada, segundo o artigo 248, § 3º, Novo Código de Processo Civil:

Art. 248 Deferida a citação pelo correio, o escrivão ou o chefe de secretaria remeterá ao citando cópias da petição inicial e do despacho do juiz e comunicará o prazo para resposta, o endereço do juízo e o respectivo cartório.

§ 3º Da carta de citação no processo de conhecimento constarão os requisitos do art. 250.

Quanto aos requisitos da citação válida do réu, à luz do Novo Código de Processo Civil, Cassio Scarpinella Bueno nos ensina que:

O art. 250 cuida dos requisitos que deve conter o mandado de citação, em rol mais bem acabado que o do Código de Processo Civil atual e consentâneo com as novidades propostas pelo novo Código de Processo Civil.

Ainda, segue dizendo:

É o que se dá, de forma mais aguda, com a previsão do inciso IV, segundo a qual o mandado de citação conterá a intimação do réu para comparecimento, acompanhado de advogado ou de defensor público, à audiência de conciliação ou de mediação, ato que, como regra, antecederá o prazo para apresentação da contestação, como se verifica do art. 335, I e II.

Em se tratando de litisconsórcio unitário, se houver desinteresse, deve ser exposto por todos. Já no litisconsórcio simples o desinteresse manifestar-se-á de maneira autônoma, seguindo como termo inicial da contestação de cada um a data do protocolo da própria petição.

Já na suposição de litisconsórcio unitário, o desinteresse deve ser manifestado por todos. Em se tratando de litisconsórcio simples, o desinteresse é manifestado de maneira autônoma, adotado como termo inicial da contestação de cada um a data do protocolo da respectiva petição não realizada, com base no artigo 335, § 1º, Código de Processo Civil de 2015, que refere:

Art. 335. O réu poderá oferecer contestação, por petição, no prazo de 15 (quinze) dias, cujo termo inicial será a data:

§ 1º No caso de litisconsórcio passivo, ocorrendo a hipótese do art. 334, § 6º, o termo inicial previsto no inciso II será, para cada um dos réus, a data de apresentação de seu respectivo pedido de cancelamento da audiência.

Se indeferida a petição liminarmente e feita a apelação interposta pelo autor em oposição à sentença terminativa, o prazo da contestação será calculado a partir da intimação, do retorno aos autos, isto é, sendo devolvidos os autos ao primeiro grau, o réu será intimado para contestar, pois já houve a citação para a oferta de contrarrazões e posteriormente será designada a audiência de conciliação ou mediação, se for o caso.

Temos ainda uma segunda exceção, que dispõe o artigo 340, § 4º:

Art. 340. Havendo alegação de incompetência relativa ou absoluta, a contestação poderá ser protocolada no foro de domicílio do réu, fato que será imediatamente comunicado ao juiz da causa, preferencialmente por meio eletrônico.

§ 4º Definida a competência, o juízo competente designará nova data para a audiência de conciliação ou de mediação.

Se o réu aduzir a incompetência do juízo preliminarmente, poderá apresentar contestação diante do foro de seu domicílio, possibilidade essa de que a defesa será remetida ao juízo diante do qual tramita o processo, suspendendo-se assim, a realização de audiência fortuitamente já designada. Sendo aceita a alegação de incompetência, será cabalmente cancelada a audiência que foi designada pelo juízo incompetente e estabelecida uma nova data, agora, pelo juízo competente. Haverá audiência de conciliação ou mediação diante do juízo competente após a contestação do réu. Há possibilidade, ainda, que as partes sugiram o mediador ou o conciliador, ou que a audiência se realize por vídeo conferência. Como base temos o artigo 236, § 3º.

Reforça-se, ainda, que há possibilidade de que ocorra mais de um encontro, para que se faça a composição. Se alguma das partes não comparecer no dia e hora marcados, pode predispor uma sanção pecuniária por ato atentatório ao exercício da jurisdição, ou seja, as partes devem cumprir os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais de natureza antecipatória, ou final, contribuindo para o bom andamento da lide. Mas se houver o não comparecimento injustificado, será aplicada uma multa, com o fim de punição para a parte que não compareceu, e ainda evitar ainda mais mobilização e atraso, visando

à composição das partes. Conforme o artigo 334, § 10, a parte poderá constituir representante, por meio de procuração específica, com poderes para negociar e transigir.

O objetivo principal da autocomposição é aliviar o Judiciário, visando a que as partes, com assistência de seus advogados, que devem se fazer presentes, resolvam seus conflitos, participando ativamente da resolução da desavença. Ocorrendo a conciliação, o juiz a homologa por sentença, onde coloca fim ao processo, resolvendo o mérito. Não logrando êxito na audiência, prossegue-se com o processo para a etapa seguinte da fase postulatória, a resposta do réu.

A presença do advogado nas audiências de mediação e conciliação é substancial. Como ele tem um primeiro contato com seu cliente, pode esclarecer algumas dúvidas, prestando orientação jurídica no decorrer da audiência, principalmente na discussão do acordo. Os mediadores não podem fazer esclarecimentos legais. As orientações jurídicas devem ser feitas estritamente por um advogado.

2.3 A eficiência das audiências de conciliação e mediação

Ainda que tenha um objetivo nobre, antes mesmo de sua entrada em vigor o texto do artigo 334 do Novo Código de Processo Civil já divide opiniões, quanto a sua real eficácia nos casos práticos.

É de se notar que, como já mencionado anteriormente, as audiências devem ser realizadas, dentre outros, dentro do princípio da confidencialidade, o que, a grosso modo, representa dizer que tudo o que for dito ali, permanecerá ali, e é então que surge o possível problema. Assim é o que podemos entender do artigo 166, parágrafo primeiro, da Lei 13.105/2015, que diz:

“Art. 166. A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.

§ 1º A confidencialidade estende-se a todas as informações produzidas no curso do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes.”

Por se tratar de uma solenidade realizada antes da apresentação da contestação pelo réu, a entrega ao diálogo que deve existir entre as partes poderá ser prejudicada ante ao medo que, embora assegurada que nenhuma das pessoas presentes poderá, de maneira alguma, se utilizar

dos argumentos expostos na sessão, que o que for conversado, no caso de não haver acordo, possa servir como estratégia para a elaboração da contestação do demandado.

Outro aspecto importante se refere à presença obrigatória dos advogados para acompanhar a sessão. Existe desde agora uma discussão a respeito de que, se o causídico acompanhar o ato, se poderá continuar atuando na causa, em sendo o caso de não haver acordo e ocorrer o prosseguimento do feito.

Notem que, em sendo caso positivo, o princípio da confidencialidade fica mais uma vez fragilizado, assim como a segurança, principalmente da parte autora, o que pode levar, na prática, as audiências de conciliação e mediação a serem um fracasso.

É importante se ressaltar que ainda que apresentem algumas fragilidades, as audiências de conciliação e mediação representam um papel muito importante, pois como salienta Clovis Brasil Pereira:

Segundo estudos apresentados por especialistas, são inúmeros os benefícios e vantagens que podem ser alcançados pela mediação e conciliação, tais como: redução do desgaste emocional e do custo financeiro; construção de soluções adequadas às reais necessidades e possibilidades dos interessados; maior satisfação dos interessados envolvidos; maior rapidez na solução de conflitos, quer pessoais, familiares ou de negócios; desburocratização na solução de conflitos, uma vez que impera a informalidade nas sessões de mediação ou conciliação; possibilidade da solução do litígio por profissional escolhido pelos interessados, conforme a natureza da questão e a garantia de privacidade e sigilo.

Portanto, deve haver um cuidado muito grande com a implantação desse método para que os resultados apresentados correspondam aos esperados e para que tal prática não caia em desuso pela falta de interesse das partes, por vê-la como algo prejudicial, e não como uma grande aliada na solução de seus problemas.

Finalmente, devemos alertar do risco que as audiências de conciliação e mediação sofrem ao serem usadas como instrumento protelatório do processo em uma litigância de má fé, onde a parte desinteressada no bom andamento processual, aproveitando-se das pautas de audiências sempre tumultuadas, apresenta falso interesse na obtenção de um acordo e busca a designação de novas sessões de conciliação e de mediação para que ao fim, esgotadas suas estratégias, comece a correr o prazo para a apresentação da contestação.

CONCLUSÃO

Por se tratar de um método relativamente novo para a solução de conflitos dentro do nosso ordenamento jurídico, ainda mais na forma como o Novo Código de Processo Civil

pretende introduzi-lo, pode ser ainda cedo para tomarmos posicionamento e sabermos se as sessões de conciliação e mediação terão o resultado esperado.

Pode-se dizer também que soa um pouco prematuro tentar saber se tal dispositivo será recepcionado com bons olhos e alegria por todas as partes envolvidas no processo, haja vista que uma mudança processual deste porte precisa de certo tempo para ser adaptada à realidade do nosso já tumultuado sistema judiciário.

Muito ainda temos a aprimorar para que possamos mudar a realidade dos fóruns e processos pelo Brasil, mas um primeiro passo foi dado, e somente com o tempo e com a efetiva implantação das mudanças propostas pelo Novo Código de Processo Civil, que deve entrar em vigor no próximo ano, é que poderemos chegar a uma conclusão da importância que a Lei 13.105/2015 teve ao nosso esgotado Sistema Judiciário.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Novo Código de Processo Civil. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm> Acesso em: 11 de outubro de 2015.

BUENO, Cassio Scarpinella – Novo Código de Processo Civil/. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 192-193.

BUZANELLO. Grazielle Mariete, Os objetivos do novo CPC e as alterações trazidas com a terceira onda de reforma e a valorização da jurisprudência. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14285&revista_caderno=21> Acesso em: 11 de outubro de 2015.

Conciliação e mediação. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/conciliacao-mediacao>> Acesso em: 12 de outubro de 2015.

Estudos do Novo C.P.C. Disponível em:

<<https://estudosnovocpc.wordpress.com/2015/06/26/artigo-238-ao-259/>> Acesso em: 13 de outubro de 2015.

<http://www.oab.org.br/noticia/27396/artigo-conciliacao-e-necessidade-de-presenca-do-advogado>

Mediações. Disponível em:

<http://www.pgadvogados.com.br/area_atuacao/index/mediacoes/54> Acesso em: 13 de outubro de 2015.

NÓBREGA. Guilherme Pupe. A audiência de conciliação e de mediação no CPC/2015.

Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/ProcessoeProcedimento/106,MI225789,41046-A+audiencia+de+conciliacao+e+de+mediacao+no+CPC2015>> Acesso em: 13 de outubro de 2015.

PEREIRA. Clovis Brasil, Conciliação e Mediação no Novo CPC. Disponível em:
<<http://www.conima.org.br/arquivos/4682>> Acesso em: 12 de outubro de 2015.

PINHO. Débora. Papel do advogado é extremamente importante na mediação. Disponível em:
<<http://www.conjur.com.br/2015-jun-29/debora-pinho-papel-advogado-fundamental-mediacao>> Acesso em: 13 de outubro de 2015.

ANÁLISE SOBRE AS ALTERAÇÕES DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Luciane Izelinda Brun

Resumo: Este artigo trata sobre algumas reflexões ao novo Código de Processo Civil, Lei 13.105/2015, aprovado em 17/12/2014, que estabeleceu alterações processuais para torná-lo mais célere e menos burocrático. O Código de Processo Civil não só se tornou mais ágil, como também trouxe um novo pensar no mundo jurídico. Faço também um paralelo de contraposição sobre o princípio constitucional do contraditório e o objetivo maior da nova regra que é a celeridade. Entendo que a ideia principal foi a de oportunizar melhorias em sua tramitação em cumprimento e principalmente garantimento dos princípios fundamentais de nossa Constituição Brasileira. Acredito que a nova norma refletirá mudanças de paradigmas e tratará uma nova cultura didática para o povo brasileiro, porém após um período considerável para avaliação das novas implementações teremos com novas investigações a possibilidade de apontar novos rumos.

Palavras-chave: Código de Processo Civil; Alterações; implementação; resultados objetivos.

INTRODUÇÃO

No texto a seguir pretendo realizar algumas reflexões que dizem respeito ao novo Código de Processo Civil, Lei 13.105/2015, que foi sancionado em 16 de março e aprovado no Congresso Nacional em 17 de dezembro de 2014, sendo importante ressaltar que houve vários debates desde o ano de 2009, e desta forma elencar os novos aspectos, contudo sabendo que essa análise não se esgota por si só.

A Lei 13.105/2015 ao substituir o Código de Processo Civil de 1973 estabeleceu uma significativa proposta de alteração processual, com intuito torná-lo mais célere e menos burocrático, haja vista as constantes cobranças oriundas de nossa sociedade, principalmente no que diz respeito aos acúmulos das demandas, com seus reflexos e demoras.

Assim, a implementação e efetiva execução de um novo Código de Processo Civil propõe não só a agilidade esperada, como também induz ao um novo pensar no mundo jurídico, tornando-se assim um significativo marco por diversos dispositivos e princípios que valorizem e busquem a solução dos conflitos, por intermédio de instancias alternativas, porém a problemática ainda estará por vir nos períodos vindouros a sua adaptação e principalmente aceitação.

A referida pesquisa para a presente análise foi realizada a partir da busca na exposição dos motivos do anteprojeto do Novo CPC e principalmente na Lei 13.105, 17/03/2015.

Verificou-se que na exposição de motivos do anteprojeto, a principal motivação dos contribuintes foi a de se resolver os problemas, no entanto sem que houvesse o descomprometimento do processo de seu maior valor de resolução de conflitos, porém outros ainda poderão ser criados, pois as desvantagens só podem ser apontadas por quem vivencia a sua aplicação, diferentemente de quem as elabora e se compromete com todas as suas etapas e metas

de implementação, existindo não obstante como todo aspecto processual de implementação de uma nova lei, os potenciais riscos de como fazer fruir naturalmente sua aceitação.

É de fundamental importância estabelecermos uma conexão entre o universo jurídico e tudo que é envolvido neste, com a vida de cada pessoa, suas crenças, esperanças e o que o povo brasileiro efetivamente espera das novas alterações do Código de Processo Civil.

Grande equívoco seria se ter uma leitura puramente teórica e desagregada sobre as alterações do novo texto e a necessidade de que suas respostas venham a agregar valor social e humano, haja vista a grande demanda processual existente no Brasil.

Fazer a diferença para as pessoas, dar respostas efetivas quanto a tramitação mais célere, oportunizar um maior espaço e momentos de conciliação e verdadeiramente humanizar os processos, deve ser o foco principal do novo código, pois assim não fosse, não teríamos o porque trabalharmos e acreditarmos na justiça de nosso País.

2 DESENVOLVIMENTO

Fazendo um paralelo de contraposição sobre, por exemplo, o princípio constitucional do contraditório e o objetivo maior da nova regra que é a celeridade, para que o alcance esperado de uma duração razoável do processo temos sempre que pensar que, uma maior celeridade não deve e não pode ferir as garantias do contraditório, previsto em diversos artigos da nova legislação, mesmo com a novidade da ordem cronológica para o julgamento, estipulada no art. 12, que busca um tratamento igualitário, para que os processos enfileirados já em condições de julgamento, possam ser devidamente concluídos.

Segundo Marinoni¹, o novo Código de Processo Civil foi “sensível ao fato de que a ausência de unanimidade pode constituir indício da necessidade de um maior aprofundamento da discussão a respeito da questão decidida, ou seja, submeteu o resultado não unânime à ampliação do debate.” Poderá desta forma, por intermédio desse novo procedimento, garantir segurança e debate a no que se refere ao mérito da controvérsia nas decisões que não atingiram votações unânimes.

Importante destaque dever-se-á dar ao artigo 942, da nova norma, que assim dispõe:

quando o resultado da apelação for não unânime, o julgamento terá prosseguimento em sessão a ser designada com a presença de outros julgadores, que serão convocados nos termos previamente definidos no regimento interno, em número suficiente para garantir a possibilidade de inversão do resultado inicial, assegurado às partes e a eventuais terceiros o direito de sustentar oralmente suas razões perante os novos julgadores.

¹ MARINONI, Luiz Guilherme. Novo Curso de Processo Civil. São Paulo: Ed. RT, 2015;

Portanto o devido andamento a se prosseguir do julgamento, garantirá a possível condição do voto minoritário terminar preponderante, pois existe assim a probabilidade de ser acompanhado por, no mínimo, dois outros votos.

Ainda conforme Thiago Affonso de Araújo Costa², em seu Curso de Extensão, sobre o Novo Código de Processo Civil, refere a divisão em duas partes, sendo a primeira a parte geral e a segunda a parte especial, divisão totalmente diferente da existente no CPC/73 e também que alguns institutos que foram extintos, como por exemplo, a nomeação à autoria, os embargos infringentes, o procedimento sumário, a ação cautelar, dentre outros, porém em contrapartida, outros institutos foram incluídos ou reformulados, como os temas atinentes à cooperação jurídica internacional, às férias forenses, à assistência judiciária gratuita, ao incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, à tutela provisória de urgência e evidência, ao procedimento comum.

Nos prazos processuais a alteração com relação a sua contagem de somente em dias úteis, conforme preceitua o art. 219, acredito ser um bom avanço, porém é bom lembrar que não existe mais prazo em quádruplo, mas sim em dobro, e foram incluídos, os escritórios de prática jurídica das faculdades de Direito reconhecidas na forma da lei e às entidades que prestam assistência jurídica gratuita em razão de convênios firmados com a Defensoria Pública (art. 186, §3º).

Ainda merece destaque a possibilidade de fixar um calendário entre o juiz e as partes para prática dos atos processuais, dispensando as intimações às partes daí decorrentes.

Para as intimações é facultado aos advogados promover a intimação do advogado da outra parte por meio do correio, juntando aos autos, cópia do ofício de intimação e do aviso de recebimento (art. 269, §1º) e com a citação no sentido de agilizá-la esta previsto que as empresas públicas e privadas são obrigadas a manter cadastro no sistemas de processo em autos eletrônicos, para efeito de recebimento de citações e intimações, sendo assim efetuadas preferencialmente por esse meio (art. 246, §1º), excetuadas as microempresas e as empresas de pequeno porte.

Saliento que o CPC ainda estabelece o prazo de 30 dias para que as pessoas jurídicas referidas informem o endereço a contar da data de inscrição do ato constitutivo (art. 1051), porém a redação prevê para empresas a serem constituídas, não ficando muito claro com relação as atualmente existentes.

Existem “quatro” procedimentos “comuns”, além dos especiais: a) procedimento comum legal – segue o rito do código; b) procedimento “fixado pelas partes” –relativos a direitos que admitam a autocomposição e partes capazes; c) procedimento “fixado entre as partes sobre o

² Thiago Affonso de Araújo Costa, Alterações do Novo Código de Processo Civil.

negócio jurídico processual”; d) procedimento “fixado entre as partes e o juiz” – de comum acordo; e) procedimento “fixado pelo juiz” – o juiz poderá dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito (art. 139, VI).

Com relação ao *amicus curiae*. O juiz poderá solicitar ou admitir a participação de pessoa física ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada (art. 138) e o procedimento da desconsideração da pessoa jurídica vem previsto no novo Código, sendo um incidente que poderá ser alegado em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial e para ser analisado, é preciso garantir o prévio contraditório (art. 133).

Já quanto aos procedimentos cautelares típicos (art. 813 a 873 do CPC/73) e atípicos (art. 798 do CPC/73) e a tutela antecipada (art. 273 do CPC/73) previstos no sistema atual, a nova legislação instituiu título único destinado às tutelas de urgência e de evidência, que será formulada em caráter antecedente ou incidental, podendo ser de natureza satisfativa ou cautelar e será concedida quando existirem elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. A tutela de evidência não exige a urgência, e sim a clara demonstração do direito.

Nos recursos saliento a padronização dos prazos de 15 dias para interposição, excetuados os Embargos de Declaração (art. 1003, §5º), sendo que o reparo dos recursos teve uma alteração relevante, se for insuficiente o preparo, porte de remessa ou retorno, a parte será intimada para realizar a complementação do prazo de 5 dias e se preparo não for feito a parte será intimada para recolher em dobro (art. 1007, §2º e 4º). Se a parte ainda comprovar o impedimento e este tiver seu acolhimento o argumento é intimada ao pagamento.

Já o agravo de instrumento poderá ser interposto na própria comarca (art. 1017, §2º, inciso II) e o agravo retido foi extinto. Com as novas alterações também se estabeleceu as hipóteses em que o agravo de instrumento poderá ser interposto (art. 1012), e alterou o sistema de preclusões, que não se aplicam para decisões que não possam ser objeto do agravo de instrumento.

Quanto ao juízo de admissibilidade do recurso especial e extraordinário passou a ser realizado pelas instâncias superiores e o destaque é a realização de audiência de tentativa de conciliação antes mesmo da apresentação da contestação, visando desta forma uma solução mais célere como alternativa para as diversas demandas que existem.

Importante ainda referir que a nova norma preocupa-se com o incidente de coletivização ou incidente de resolução de demandas repetitivas, focando-se principalmente quando existir a

repetição de processos que tenham em seu conteúdo controvérsias relativas a mesma questão, unicamente de direito e risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, com o intuito de assim como as alterações anteriormente referidas oportunizar fluidez e velocidade na tramitação processual do Poder Judiciário e principalmente quando se tratar das questões coletivas.

Com as jurisprudências estando de forma uniformes, acredito que estará resguardada a segurança jurídica, exatamente para que não ocorram decisões judiciais conflitantes e para que também não se configure alteração de posicionamento sobre mesmas matérias. Ao se padronizar esses processos teremos uma maior observância quanto ao respeito e igualdade entre as partes.

Segundo Rodrigo Zveibel Goncalves³, há considerações que devem ter um destaque relevante tais como nas ocupações de terras e imóveis, em que o juiz, antes de analisar o pedido de reintegração de posse, deverá realizar audiência de conciliação, como também a guarda de filhos e divórcio terão uma tramitação especial, sempre privilegiando a tentativa de acordo, onde também poderão ser realizadas várias sessões de conciliação, ainda poderá se ter o nome negativado se não cumprir decisão judicial com relação a multas e serão devidos honorários advocatícios também na fase de recursos e cria tabela para causas contra o governo.

Portanto, há de se destacar a objetiva intenção de tentar ser estabelecida a priorização para atos conciliatórios, no que diz respeito à família e à posse.

Posição divergente encontramos na análise do especialista em Direito Processual André Sonehara, que alerta que o novo Código estabelece que a decisão proferida em determinado processo seja aplicada a diversas outras demandas que tratem do mesmo tema, vedando, já em primeira instância, que tais casos sejam individualmente apreciados, trazendo assim uma nova reflexão de que prejuízos podem advir, principalmente nos casos de ações ajuizadas em face de bancos, empresas de telefonia, planos de saúde e outras. Além do mais, o novo CPC determina que as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça devem necessariamente ser seguidas pelos outros tribunais”, diz André Sonehara.

Para André Sonehara⁴ o novo modelo pode trazer sérios problemas, pois as individualidades de cada caso deixarão de ser apreciadas, possibilitando que passem despercebidas peculiaridades que poderiam alterar o resultado final do processo. Muito embora atualmente sejam aproveitadas decisões paradigmáticas no intuito de uniformizar os julgados, ao determinar que as causas sejam julgadas por atacado, o novo CPC estará coibindo a dinamicidade do Direito, característica que permite a constante mutação de entendimentos em adequação às necessidades e à evolução da sociedade.

³ Rodrigo Zveibel Goncalves, Novo CPC - Principais mudanças.

⁴ André Sonehara, Especialistas divergem sobre benefícios do novo Código de Processo Civil, Jornal Estadão, 08 ago. 2015.

Haverá um engessamento das decisões judiciais, o que tornará muito mais complicada a tarefa do advogado de construir uma tese, especialmente se tiver que reverter um posicionamento já sedimentado, muitas vezes retrógrado ou não condizente com determinado caso específico.

Não há que definirmos ainda se os reflexos positivos de darão a curto, médio ou longo prazo, mas não há como não apontarmos aqui que avanços foram sim colocados no novo texto, de forma a tornar o processo mais célere e menos burocrático, visando o desafogamento das demandas já existentes e principalmente facilitando a tramitação dos futuros processos que ainda estarão por vir.

Dos diversos comentários dos especialistas que ora consultamos e que foram objeto de pesquisa do presente artigo, em sua grande maioria, observa-se que existe uma grande esperança e um depósito de fé, no que, principalmente, se destaca a questão da tramitação e uniformidade dos processos.

Claro que ainda e durante um bom período há que se observar como se dará objetivamente a implementação metodológica dos novos aspectos processuais e como será a mudança de paradigmas ao novo texto, pois existe uma boa parcela de nosso universo jurídico que é extremamente resistente a novas propostas, mas também aqui temos que destacar que existe uma grande nova geração de novos Juízes que acreditam e entendem que o Poder Judiciário deve trazer novas respostas à população e fazer de suas gestões uma proximidade maior com as pessoas, sensibilizados de que as demandas judiciais, não só mexe com o mundo de cada um, mas que cada cidadão tem esperança nos julgados brasileiros.

Concordo com o advogado Paulo Henrique dos Santos Lucon⁵, vice-presidente do Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP) e professor da Faculdade de Direito da USP, que afirma que o novo CPC fortalece a jurisprudência. Com o incidente de resolução de demandas repetitivas, a decisão proferida em um único processo pode ser utilizada em outros semelhantes. Com isso, em temas repetidos, como foram os casos de poupança, não haverá decisões diametralmente diversas”, afirma Lucon, que integrou a Comissão Especial do Novo CPC na Câmara dos Deputados. Lucon considera “novidade muito boa” o chamado julgamento parcial, que permite ao juiz decidir parcela do pedido que não dependa de prova, deixando os outros pedidos para o fim da instrução da causa.

Ainda segundo Lucon o novo Código autoriza o juiz a ouvir testemunhas técnicas, que não testemunham sobre fatos, mas sobre algum aspecto técnico. Isso diminui o custo do

⁵ Paulo Henrique dos Santos Lucon, vice-presidente do Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP) e professor da Faculdade de Direito da USP, Especialistas divergem sobre benefícios do novo Código de Processo Civil, *Jornal Estadão*, 08 ago. 2015.

processo, pois evita em muitos casos perícias caríssimas, que impedem o cidadão de defender seus direitos em juízo”, conclui.

Tornar o processo acessível para as pessoas está dentro das premissas de humanização e oportunidade aos menos favorecidos, que por não disporem de recursos necessários na busca de provas, podem defender seus direitos e buscar a reparação universal a todos os cidadãos.

Aqui, se vê claramente que o novo Código de Processo Civil oferece novas possibilidades e possibilita a efetividade de tratamento de igualdade constitucional aos cidadãos brasileiros.

Acreditando que o Novo Código de Processo Civil busca uma efetiva atualização, o advogado Benedito Cerezzo Pereira Filho, sócio do escritório Eduardo Antônio Lucho Ferrão Advogados Associados, relata que o novo CPC é uma exigência “dos novos tempos”. “O atual Código, datado de 1973, está ‘desajustado’ em relação às demandas sociais e principalmente em relação à Constituição Federal. As principais mudanças estão relacionadas à simplificação procedimental, racionalização no uso dos recursos e na ‘coletivização’ das demandas repetitivas. Essas reformas, sem dúvida, diminuirão o tempo gasto em média no Judiciário.”

Benedito Cerezzo Pereira Filho faz um alerta. “A lei em si não é suficiente para alterar o estado de letargia em que se encontra o processo civil atual. É preciso introduzir profundas transformações no sistema judiciário. Não basta mudar o direito substantivo e o direito processual, são necessárias muitas outras mudanças. Está em causa a criação de uma outra cultura jurídica e judiciária. Uma outra formação dos magistrados.”

Essa afirmação vem exatamente na mesma linha anteriormente citada, de que é necessário o Poder Judiciário se aproximar mais das demandas sociais, claro que o novo CPC busca tornar o processo mais célere, entretanto a visão da nova classe de Magistrados brasileiros vem a reafirmar esse compromisso e efetivar essas mudanças.

Importante contribuição também temos do advogado Tiago Asfor Rocha⁶, sócio do Rocha Marinho e Sales Advogados, ressalta por sua vez que o novo CPC traz importantes soluções. “Ele tem muitos pontos altos, como o prestígio alcançado pelos precedentes judiciais na nova sistemática, isto é, a importância que as decisões dos Tribunais passarão a ter, servindo de orientação aos juízes em geral, garantindo tratamento igualitário das questões e preservando a segurança jurídica.”

Para Tiago Asfor Rocha, “outro aspecto positivo é o ‘incidente de resolução de demandas repetitivas’ (até então inexistente), que tem por objeto evitar a proliferação de decisões díspares sobre assuntos idênticos, como ocorre com milhares de ações contra bancos, empresas de telefonia e de cartão de crédito, planos de saúde”.

⁶ Tiago Asfor Rocha, sócio do Rocha Marinho e Sales Advogados, Especialistas divergem sobre benefícios do novo Código de Processo Civil, Jornal Estadão, 08 ago. 2015.

Na avaliação de Asfor Rocha, há outros pontos positivos do novo Código. “As alterações no âmbito recursal, tais como, a possibilidade de o advogado fazer sustentação oral em quase todos os recursos e por meio eletrônico, que até então não era possível, o estabelecimento de prazos para publicação do acórdão e para que os julgadores profiram seus votos-vista. Em alguns casos, a publicação demora mais de ano e pedidos de vista superam 2 anos.”

O advogado cita, ainda, a possibilidade de fixação de honorários advocatícios no âmbito recursal, ou seja, a cada novo recurso a parte vencida poderá ter um valor a mais para pagar a título de honorários, “evitando-se, assim, que as partes recorram apenas para protelar o resultado final da ação”.

Aqui cabe a reflexão de Asfor, em destacar que o novo CPC servirá de orientação aos Magistrados na garantia de tratamento igualitário, preservando a segurança jurídica e também quanto as demandas repetitivas, que tem por finalidade que não tenhamos decisões díspares sobre assuntos idênticos.

Cabe aludir que segundo Rodrigo Klippel⁷, identificadas as funções do ônus da prova no processo, surge a necessidade de expor como o mesmo se distribui entre as partes, sendo esse o tema a marcar a patente diferença entre o Código de Processo Civil e o Projeto de novo CPC, por conta da regra principiológica contida no seu art. 7º. No CPC/73, o ônus da prova é uma regra estanque, universal, aplicada a todo e qualquer caso, descrita no Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. A lógica da regra exposta é a de que o ônus da prova incumbe à parte responsável por alegar o fato. A “paternidade” da alegação é o critério empregado para dividir o encargo, em qualquer hipótese, não importando quais sejam as características da relação de direito material subjacente ao processo.

Segundo Klippel durante muitos anos não se refletiu, quantitativa e qualitativamente, sobre o acerto de uma conclusão tão antiga. A sociedade veio se transformando e a regra continuou a ser a mesma. Passamos do sistema feudal, ao capitalismo inicial, ao monopolista, à era digital e o art. 333 continuou a ser a resposta única fornecida pelo legislador para o non liquet, ou seja, para impedir que o juiz deixe de resolver o conflito por não ter se convencido sobre quem tinha a razão. Dentre as técnicas criadas com o intuito de minorar esse desequilíbrio, se encontra aquela que se denominou inversão do ônus da prova, inserida no art. 6º, VIII do CDC: Art. 6º. São direitos básicos do consumidor: VIII – a facilitação da defesa de seus direitos,

⁷ Rodrigo Klippel, O Juiz e o ônus da prova no Projeto do Novo Código de Processo Civil.

inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência.

Nesse sentido, devemos refletir que são extremamente representativas as situações em que haverá um desequilíbrio de forças entre autor e réu, criando-se para o primeiro deles encargos processuais impossíveis de serem suportados, uma vez mantida, no curso do processo, a regra tradicional de divisão do ônus da prova.

Como bem afirma Klippel é essencial para que o processo possa efetivamente visar à justiça que o juiz tenha poderes que lhe permitam forçar a cooperação daqueles que, sob certas circunstâncias, não têm o interesse de fazê-lo, citando que nesse contexto, um dos melhores instrumentos de que o juiz disporá será a dinamização da regra do ônus da prova, ou seja, o poder de distribuir o onus probandi de forma distinta da tradicional.

Concordo com Klippel quando ele afirma que essa técnica é uma aplicação concreta do princípio da isonomia material, defendida no art. 7º do Projeto de novo CPC, pois dá ao juiz condições de identificar qual é a parte mais apta a comprovar a veracidade de certas alegações de fato, atribuindo a ela o encargo probatório, sob pena de derrota na causa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nesta rápida análise sobre o novo Código, entendo que a nova norma busca de uma forma efetiva resultados que acelerem os processos e principalmente com o estabelecimento de etapas que visem sua organicidade, padronização, simplificação, porém sem que possa existir conflitos com a norma constitucional, com a garantia de uma maior liberdade entre as partes, inclusive com a possibilidade de ajuste de um negócio jurídico no processo.

É importante destacar que a nova proposta de solução dos litígios por intermédio de alternativas viáveis e plausíveis vem revestida de maior motivação a forma processual de se ter um olhar mais coletivo saudável.

Entendo que durante todo processo de produção do conhecimento visando ao planejamento e implementação das alterações que ora encontram-se vigentes no novo Código de Processo Civil, a ideia principal foi a de oportunizar melhorias em sua tramitação em cumprimento e principalmente garantimento dos princípios fundamentais de nossa Constituição Brasileira, para que houvesse com isso mecanismos para servir a sociedade com a celeridade que principalmente todos esperam, sabendo-se que a adaptação e acolhimento destas alterações merecem um período especial para que, ao final, todos nós tenhamos resultados positivos, assim portanto estabelecendo-se os limites deste artigo para apontar soluções efetivas a curto prazo.

Os avanços criados pelo novo CPC não podem e não devem ser desconsiderados, cito por exemplo a chamada tutela de evidência, que permite que a sentença judicial saia já na decisão liminar para garantir um direito urgente ou se houver entendimentos firmados por cortes superiores, trazendo uma visão jurídica para a garantia de direitos.

Sinceramente acredito que a nova norma refletirá mudanças de paradigmas e tratará uma nova cultura didática para o povo brasileiro, porém após um período considerável para avaliação das novas implementações teremos, com novas investigações, a possibilidade de apontar novos rumos ou até mesmo entender a certeza destas soluções.

Como o novo Código de Processo penal oferece menos burocracia e muito mais simplicidade processual, atualizando o já existente CPC que está em vigor desde 1973 e passou por uma comissão com vários juristas especializados em processo civil do Brasil, confio que realmente haverá para além da fronteira de seu planejamento e implementação uma verdadeira realidade de reafirmação democrática nos processos que estarão por vir, com base nessas novas características, com um avanço e até uma adaptação a algumas práticas atuais. O novo CPC busca resgatar uma demanda histórica que temos, formulado com base nos princípios da nossa Constituição.

Esperamos que nossos profissionais do mundo jurídico estejam capacitados e prontos para esses novos tempos e não sejam pegos de surpresa pelas inovações.

O Novo Código de Processo Civil deve, acima de qualquer problema e solução, oferecer benefícios e melhorias no sistema jurídico do Brasil e reservar um bom tempo para rever os resultados de suas principais implementações.

Devemos levar a sério principalmente suas novas propostas e permitir que tenhamos a possibilidade de formação de novos cenários com base no respeito de como será o nosso futuro com relação ao que estamos tentando buscar com essas novas soluções.

O processo de concepção e implementação do novo Código de Processo Civil exigirá uma efetiva participação e envolvimento de todos, os que detém maior experiência até os mais novos advogados para que assim possamos traduzi-lo em direcionadores estratégicos no universo jurídico, com respostas a curto, médio e longo prazo, oportunizando uma verdadeira quebra de paradigmas para os novos tempos e novos desafios.

REFERÊNCIAS

Exposição dos motivos do anteprojeto do Novo CPC. Disponível em www.senado.gov.br, acesso em 10/09/2010;

Lei 13.105, 17/03/2015. Disponível em www.senado.gov.br, acesso em 23/03/2015;

Marinoni, Luiz Guilherme. Novo Curso de Processo Civil. São Paulo: Ed. RT, 2015;

Thiago Affonso de Araújo Costa, Alterações do Novo Código de Processo Civil;

Rodrigo Zveibel Goncalves, Novo CPC - Principais mudanças;

André Sonehara, Especialistas divergem sobre benefícios do novo Código de Processo Civil, Jornal Estadão, 08/08/2015;

Paulo Henrique dos Santos Lucon, vice-presidente do Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP) e professor da Faculdade de Direito da USP, Especialistas divergem sobre benefícios do novo Código de Processo Civil, Jornal Estadão, 08/08/2015;

Para o advogado Benedito Cerezzo Pereira Filho, Especialistas divergem sobre benefícios do novo Código de Processo Civil, Jornal Estadão, 08/08/2015;

Tiago Asfor Rocha, sócio do Rocha Marinho e Sales Advogados, Especialistas divergem sobre benefícios do novo Código de Processo Civil, Jornal Estadão, 08/08/2015;

Rodrigo Klippel, O Juiz e o ônus da prova no Projeto do Novo Código de Processo Civil.

SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO E O PROCESSO ELETRÔNICO: INCLUSÃO OU ISOLAMENTO?

Cristhian Magnus De Marco¹
Pablo Henrique Caovilla Kuhnen²

Resumo: O presente trabalho realiza uma breve reflexão sobre as novas tecnologias e a inclusão social e digital do indivíduo, com vistas a possibilitar a interação no mundo globalizado e de acesso quase que ilimitado à informação. Também trata das objeções apresentadas do direito fundamental de acesso à jurisdição e a um devido processo legal, de forma tempestiva e sem formalismos excessivos. Considerando que nem todo indivíduo encontra-se incluído digitalmente, debate-se quanto à possibilidade de exclusão de parcela da população que não dispõe de meios tecnológicos para solucionar os seus conflitos, quando o processo eletrônico se tornar o único meio de busca pela tutela jurisdicional. Para o desenvolvimento do presente trabalho, foi utilizada pesquisa bibliográfica e documental, analisando as fontes que constam das referências.

Palavras-chave: Informação. Processo Eletrônico. Inclusão Digital.

INTRODUÇÃO

As últimas décadas vêm apresentando uma importante transformação nos tradicionais institutos de comunicação. Nesse contexto, a internet cada vez mais apresenta-se como mecanismo eficaz para conectar o indivíduo com o mundo globalizado, diminuindo o papel que mídias convencionais tradicionalmente ocuparam.

Em constante busca pela evolução, o indivíduo vê-se compelido a estar numa constante atualização destas novas tecnologias, sob pena de ser indiretamente excluído do contexto social em que vive. Desse modo, o cotidiano da sociedade, de modo geral, utiliza-se da internet de forma instrumental, no âmbito do trabalho, das relações familiares e de amizade.

No âmbito do Poder Judiciário de igual modo transformações são visualizadas, haja vista que a partir da edição da Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006 (Lei do Processo Eletrônico) iniciou o desenvolvimento e implantação do Processo Judicial Digital – PROJUDI, sistema em pleno funcionamento na maior parte do País.

Todavia, considerando que boa parcela da população brasileira não obtém acesso a internet, este novo modo de ver o processo pode ser sinônimo de exclusão, considerando que somente pode-se buscar a prestação jurisdicional, em certos casos e seguindo esta tendência moderna, através do processo eletrônico.

¹ Doutor em Direito. Professor da UNOESC, e orientador do coautor Pablo Henrique Caovilla Kuhnen.

² Advogado; professor da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – Câmpus de Frederico Westphalen, RS; Mestrando do PPGD – Chapecó.

Embora o processo eletrônico, também considerado como um meio de garantir o direito fundamental ao acesso ao Poder Judiciário, traga muitos benefícios aos atores do processo, é inegável que a sua obrigatoriedade passa a excluir aqueles que, de uma forma ou de outra, não tem acesso à rede mundial de computadores ou aos mecanismos técnicos do processo virtual.

De qualquer forma, o presente artigo objetiva abordar, de forma sucinta, as inovações trazidas pela atual sociedade da informação, com o viés da recente virtualização do processo.

1 AS NOVAS TECNOLOGIAS: REVOLUÇÃO CIBERNÉTICA

O principal fenômeno decorrente do Estado liberal foi a introdução de forças suficientes destinadas à formação do modelo econômico intitulado globalização. No século XX, descobertas sucederam o pós-guerra, com a inserção de grandes conglomerados e o surgimento da precisão ligada aos computadores (ABRÃO, 2011, p. 03).

Em 1971 surgiram os computadores de 4ª geração, que passaram a ser construídos a partir de circuitos integrados que eram inseridos num minúsculo chip, em que se incluíam processador, memórias, controles de entrada e saída de dados, entre outras funções. Essa tecnologia permitiu a substituição gradativa dos processadores até então existentes – que ocupavam grandes espaços e despendiam grandes quantidades de energia – pelos microcomputadores.

É nesta época que surgiram os principais computadores pessoais (*Personal Computer*), que, no entanto, somente se popularizariam a partir de 1984, quando a Macintosh disponibilizou o seu revolucionário sistema operacional de fácil utilização, com o auxílio do mouse.

Depois disto veio o sistema Windows 95, desenvolvido pela Microsoft, que a partir de então passou a ser aperfeiçoado com novas versões, sendo que atualmente se está no limiar do surgimento de computadores de 5ª geração.

Assim, em curto espaço de tempo se tornaram disponíveis, às pessoas comuns, instrumentos para armazenamento de dados jamais imaginados em passado recente. Ademais disso, a possibilidade de transmissão desses dados pela internet fez com que as noções de tempo e espaço fossem revistas (CELLA, 2012). O território virtual passou a não ter mais barreiras geofísicas e as comunicações são quase que imediatas.

Por conseguinte, a década de 1990 tornou-se a era da expansão da internet, sendo que para facilitar a navegação surgiram ferramentas como o *Internet Explorer* da *Microsoft* e o *Netscape Navigator*, bem como provedores de acesso e portais de serviços *on-line*, contribuindo, deste modo, com o crescimento deste novo modo de comunicação que mudaria a forma das pessoas interagirem.

A internet passou a ser utilizada por vários segmentos sociais. Estudantes passaram a buscar informações para pesquisas escolares, enquanto jovens utilizavam para diversão em *sites* de games. As salas de *chat* tornaram-se pontos de encontro para um bate-papo virtual a qualquer momento. Desempregados iniciaram a busca de empregos através de *sites* de agências de empregos ou enviando currículos por *e-mail*. As empresas descobriram na Internet um excelente caminho para melhorar seus lucros e as vendas *on-line* dispararam, transformando a internet em verdadeiros *shoppings centers* virtuais.

Pode-se dizer, neste cenário, que a criação e desenvolvimento da internet é uma extraordinária aventura humana, pois mostra a capacidade das pessoas para transcender as regras institucionais, superar as barreiras burocráticas e subverter os valores estabelecidos no processo de criação de um novo mundo. Serve também para reafirmar a ideia de que a cooperação e a liberdade de informação podem favorecer mais a inovação do que a concorrência e os direitos de propriedade (CASTELLS, 2004, p. 25).

Daí porque a internet tem um efeito positivo na interação social e tende a aumentar o grau de exposição a outras fontes de informação.

A geração do conhecimento e o processamento da informação são fontes de valor e poder na Era da Informação. Ambos dependem da inovação e da capacidade para difundir em redes que induzem sinergias mediante o intercâmbio da informação e conhecimento (CASTELLS, 2004, p. 265).

A internet, deste modo, modificou substancialmente a vida das pessoas, sendo ainda uma crescente forma de descobertas e aperfeiçoamentos nos mais diversos segmentos da sociedade, onde aqueles que não conseguirem acompanhar esta evolução certamente restarão isolados no contexto globalizado.

Os trabalhadores profissionais passam cada vez mais tempo sobre o terreno, relacionando-se com os seus clientes e sócios, movendo-se através de uma área metropolitana e viajando pelo país e pelo mundo inteiro, sem perder contato com seu escritório através da internet e dos telemóveis. Atualmente as empresas estão a reduzir o espaço de trabalho dos seus empregados para que apenas façam uso dele quando seja realmente indispensável. Consequentemente, o modelo de trabalho que está a emergir atualmente não é tanto do trabalhador como o do trabalhador nômade e o escritório em movimento. O que a internet possibilita é uma configuração múltipla de espaços de trabalho". (CASTELLS, 2004, p. 273).

Pode-se dizer que o desenvolvimento sem internet seria equivalente à industrialização sem eletricidade durante a era industrial, sendo a rede mundial de computadores de fundamental importância para o dia a dia das pessoas. As novas formas de interações sociais, propiciada por

essa enorme quantidade de novas tecnologias, diversificam as artes, a maneira de agir, as profissões e os processos em nossa vivência diária tanto real como virtual.

O ser humano - em constante busca pela evolução – vê-se compelido a estar numa constante atualização destas novas tecnologias, sob pena de ser indiretamente excluído do contexto social em que vive.

Assim, a aprendizagem baseada na internet não depende unicamente da perícia tecnológica: altera-se o tipo de educação necessária, tanto para trabalhar na internet como para desenvolver a capacidade de aprendizagem numa economia e numa sociedade baseada na rede.

O fundamental é trocar o conceito de aprender pelo de aprender a aprender, já que a maior parte da informação se encontra *on-line*, e do que realmente se necessita é de habilidade para decidir o que se quer procurar, como obtê-lo, como processá-lo e como utilizá-lo para a tarefa que desencadeou a procura dessa informação. Por outras palavras, a nova aprendizagem está orientada para o desenvolvimento da capacidade educativa que permite transformar a informação em conhecimento e o conhecimento em ação. (CASTELLS, 2004, p. 299).

2 SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

A sociedade de informação é aquela onde se faz uso das tecnologias de informação e comunicação para propiciar a troca digital entre indivíduos e assegurar a comunicação entre estes. Ela diferencia-se por meio da inovação e da instantaneidade, caracterizando-se pela velocidade no acesso e troca de informações. (PEZZELA, 2014, p. 179).

Diante da rápida transformação que tem passado a humanidade, tendo em vista os avanços tecnológicos, principalmente no setor da informática desencadeados nas últimas décadas, tem sido extremamente difícil descrever a verdadeira dimensão que tais mudanças acarretaram nas reações sociais. Vive-se um momento em que a sociedade faz uso incessante do computador, tornando-se, destarte, um dos grandes símbolos atuais da vida humana. (CELLA, 2012, p. 04).

As inovações ocorridas na área tecnológica fizeram com que a sociedade se adaptasse a essa nova realidade, onde a informação flui a velocidades e em quantidades inimagináveis. Essas novas tecnologias ensejaram o surgimento de novos valores e necessidades, os quais foram absorvidos pela sociedade. A exclusão social daqueles que não obtêm essa ferramenta de comunicação entre os indivíduos é uma realidade diária.

A sociedade da informação, portanto, é um termo que surgiu no fim do Século XX. Este tipo de sociedade encontra-se em processo de formação e expansão, onde as transmissões de dados são de baixo custo e as tecnologias de armazenamento são amplamente utilizadas.

Desse modo, pode-se dizer que a sociedade da informação é uma explosão de informações, caracterizada pela aceleração dos processos de produção e de disseminação da informação, possibilitando um aumento considerável de acesso a fontes de conhecimento. Por óbvio, é uma forma de se estar inserido no novo contexto global de utilização de ferramentas tecnológicas que modificam a vida das pessoas, seja na interação social, seja no trabalho.

Vive-se, portanto, um momento em que a sociedade faz uso incessante do computador e outros meios digitais, acarretando uma maior penetração de tecnologias de informação nas organizações sociais. Esse fenômeno tem radiado seus efeitos em todos os setores da sociedade, delineando no horizonte um novo paradigma. (CELLA, 2012, p. 04).

Daí porque a sociedade não é um elemento estático. Muito pelo contrário, está em constante mutação e, como tal, está inserida num processo de mudança em que as novas tecnologias são as principais responsáveis por este novo cenário global. Identifica-se um novo paradigma de sociedade que se baseia num bem precioso, a informação, atribuindo-lhes várias designações, entre elas a Sociedade da Informação.

Diante deste cenário, apresenta-se de suma importância não só a inclusão social do indivíduo, mas principalmente a sua inclusão digital, com vistas a possibilitar a interação neste mundo globalizado e de acesso quase que ilimitado à informação.

Nesse sentido, importante são os ensinamentos de CASTELLS (1999, p. 57):

As novas tecnologias da informação estão integrando o mundo em redes globais de instrumentalidade. A comunicação mediada por computadores gera uma gama enorme de comunidades virtuais. Mas a tendência social e política característica da década de 1990 era a construção da ação social e das políticas em torno de identidades primárias – ou atribuídas, enraizadas na história e geografia, ou recém construídas, em uma busca ansiosa por significado e espiritualidade. Os primeiros passos históricos das sociedades informacionais parecem caracterizá-las pela preeminência da identidade como seu princípio organizacional.

Observa-se, assim, que a acessibilidade e inclusão são termos inseparáveis, significando igualdade de oportunidades e ganhando mais força como direito da pessoa e obrigação da sociedade, seja no âmbito público, privado. (PEZZELA, 2014, p. 238) ou até mesmo jurídico.

A marca da sociedade pós-moderna ou pós-industrial é o conhecimento e a informação como bases centrais do seu desenvolvimento. As informações são recebidas em tempo real, os produtos passam a ser transnacionais fazendo com que o universal e o mundializado se sobreponham ao singular.

Numa economia global e numa sociedade em rede onde a maior parte das coisas que importam depende destas redes baseadas na internet, estar desligado equivale a estar sentenciado à marginalidade, ou obrigado a encontrar um princípio de centralidade alternativo. Esta exclusão

pode produzir-se por diversos mecanismos: a falta de infraestrutura tecnológica; os obstáculos econômicos ou institucionais para o acesso às redes; a insuficiente capacidade educativa e cultural para utilizar a internet de uma maneira autônoma; a desvantagem na produção do conteúdo comunicado através das redes. (CASTELLS, 2004, p. 319).

Castells (1996) afirma que estar desconectado significa não existir na economia global, sugerindo uma nova economia global estruturada a partir das inovações tecnológicas inseridas em uma nova rede, compreendendo-se, assim, a sociedade sob um novo viés, caracterizada pela justaposição de fluxos.

Este novo cenário de inovação tecnológica de igual modo projetou-se no mundo jurídico, onde a prestação jurisdicional disponibilizada ao cidadão de igual modo passou a ser visualizada de uma forma virtual, com vistas a agilizar a solução dos conflitos pelo Estado-Juiz. Tem-se, assim, a busca por mecanismos virtuais que possam inovar a, fundamentalmente, socializar a jurisdição a todos.

3 DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA DIANTE DAS INOVAÇÕES TECNOLÓGICAS

Conforme se denota do até aqui exposto, nas últimas décadas a humanidade vem passando por importantes transformações na forma de se comunicar e interagir, e com o surgimento de novas tecnologias aparecem querelas nunca antes imaginadas. Por óbvio, estas mutações têm reflexo nos meios de solução dos conflitos, principalmente no processo judicial que precisa se adaptar aos novos tempos.

Na medida em que o Estado tomou para si a administração da justiça, o acesso à jurisdição pôde ser conceituado como o sistema no qual o cidadão reivindica seus direitos e resolve seus litígios sobre a o controle do Estado-Juiz, devendo ser compreendido como acessível a todos e de forma justa.

Atualmente, pode-se até dizer do ponto de vista interno que a conformação e a organização do processo e do procedimento nada mais representam do que o equacionamento de conflitos entre princípios constitucionais em tensão, de conformidade com os fatores culturais, sociais, políticos, econômicos e as estratégias de poder em determinado espaço social e temporal. Basta pensar na permanente disputa entre os princípios da efetividade e da segurança jurídica.

A sociedade, desde os primórdios, sempre esteve moldada por várias normas de conduta e convivência, que são necessárias para uma convivência harmoniosa entre os integrantes e uma sociedade. Essas normas não existem apenas para ditar regras a serem seguidas pelas pessoas pertencentes aos grupos sociais que utilizam essas regras, mas servem, também, e principalmente,

para garantir os direitos constitucionais dos indivíduos, visando sempre um equilíbrio na convivência, ou seja, que esta seja democrática.

Esses direitos foram abarcados na Constituição Federal, que procura conforme que procura garantir a efetividade ao processo, bem como oferecer aos cidadãos canais eficientes para o acesso à justiça. Dessa forma a Constituição é um instrumento que esclarece os direitos constitucionais sempre em conformidade com o Processo Civil existente.

Nery Júnior (1996, p.19) prega a seguinte classificação no que tange ao direito constitucional. Existe um direito constitucional processual, para significar o conjunto das normas de direito processual na Constituição Federal, ao lado de um direito processual constitucional, que seria a reunião dos princípios para o fim de regular a denominada jurisdição constitucional.

Neste contexto, o art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, dispõe que “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”. (BRASIL, Constituição Federal, 2012), inserindo no ordenamento jurídico o direito de acesso à justiça na condição de direito fundamental. Esse princípio pressupõe a possibilidade de que todos possam pleitear as suas demandas junto aos órgãos do Poder Judiciário, desde que obedecidas às regras estabelecidas pela legislação processual para o exercício do direito.

Com efeito, uma vez que todos têm direito fundamental de acesso à jurisdição e em consequência a um processo justo e ao devido processo legal, esse direito fundamental não é simples proclamação de direito subjetivo, mas impõe verdadeiramente uma organização capaz de viabilizar a efetiva tutela jurisdicional, de forma eficiente e justa, com um processo tempestivo e sem formalismos excessivos.

O acesso à justiça pode ser encarado como requisito fundamental – o mais básico dos direitos do homem – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretende garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos (CAPELLETTI, 1988, p. 64).

Quando se pensa a justiça, não se está apenas querendo observar o aspecto formal da justiça, nem seu caráter processual. Argumenta-se com um valor que antecede a lei e o processo. O acesso à justiça pois, nessa perspectiva, é um direito natural, um valor inerente ao homem, por sua própria natureza. A sede de justiça, que angustia o ser humano, tem raízes fincadas na teoria do direito natural. Como direito, o acesso à justiça é, sem dúvida, um direito natural. Como direito, o acesso à proteção judicial, é um direito formal do indivíduo de propor ou contestar uma ação. Nesse sentido é um direito fundamental. (BEZERRA, 2001, p. 120/121)

É notório que a Constituição Federal de 1988, ao inserir em seu texto princípios e regras processuais que orientam e asseguram os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, trouxe além da constitucionalização do processo uma estabilidade de normas e institutos com o fim de harmonizar e equilibrar as relações sociais.

A relevância do processo se origina de sua imprescindibilidade para tornar efetiva a assecuração dos direitos individuais e coletivos. O constituinte ao fixar os princípios e regras norteadores das atividades processuais, procurou tutelar constitucionalmente o processo, com o objetivo de, além de uma estabilidade das normas processuais, dar uma atuação rápida e eficaz na resolução das lides.

Destarte, nos dias atuais não se pode falar em acesso de uma forma *lato senso* sem observar as novas tecnologias e principalmente a informática. O processo não pode se modernizar apenas nas leis ou nas atitudes dos seus operadores, sendo necessário materializar de forma física e palpável o seu desenvolvimento. No mundo globalizado e dinâmico, as novas tecnologias das informações são essenciais. Por isso, o processo eletrônico veio para ficar e contribuir com o acesso de todos a uma ordem jurídica justa.

4 PROCESSO ELETRÔNICO NO DIREITO BRASILEIRO

A introdução de novas tecnologias pelo Poder Judiciário, em especial o processo eletrônico, regulamentado pela Lei nº 11.419/2006, vem seguindo uma tendência mundial que é a utilização de novos avanços tecnológicos para informação e comunicação. Nesse novo contexto de sociedade, o processo eletrônico surge como um meio de concretização do direito fundamental de acesso à justiça e uma razoável duração do processo.

O art. 8º da referida lei prevê que os órgãos do Poder Judiciário poderão desenvolver sistemas eletrônicos para o processamento de ações judiciais, por meio de autos total ou parcialmente digitais, utilizando a rede mundial de computadores e acesso por meio de redes internas ou externas.

Nesse prisma, percebe-se que o principal objetivo é possibilitar o acesso de forma mais ampla possível do indivíduo à jurisdição através da utilização da rede mundial de computadores, passíveis de serem acessados em qualquer lugar em qualquer tempo, bastando, para tanto, apenas um prévio cadastro nos sistemas criados pelos tribunais.

A utilização de novas tecnologias, no caso, o processo eletrônico, vem ao encontro de uma sociedade globalizada, permeada por diversas inovações no campo tecnológico, objetivando a redução de custos e do tempo de realização dos atos processuais, diretamente ligada aos Princípios do Acesso à Justiça e da Celeridade Processual.

A principal virtude do processo eletrônico é de permitir não apenas o acompanhamento de etapas e fases procedimentais, mas, sobretudo, priorizar velocidade compatível com a natureza do litígio. Nas palavras do então Ministro do STJ, Cesar Asfor Rocha, aquela Corte se mostra completamente informatizada, economizando milhões de reais no transporte de remessa de

processos, recebe essa que poderá ser utilizada na contratação de mão de obra e implantação de infraestrutura compatível. (ABRÃO, 2011, p. 07).

Deixado de lado o processo papel, agora o processo eletrônico pode ser acessado a qualquer tempo, em todo o local, e as tutelas antecipadas e de urgência, imediatamente examinadas para prestação jurisdicional efetiva. O próprio Conselho Nacional de Justiça, responsável maior pela disciplina do processo eletrônico, atualmente apenas aceita pela via digital qualquer requerimento sob sua competência. (ABRÃO, 2011, p. 14).

Concretamente, os elementos do processo por meio eletrônico transmitem desde a petição inicial até a decisão final com trânsito em julgado, uma série de etapas e procedimentos, livres de papel ou de volumes, o que é essencial para o reconhecimento da credibilidade de um judiciário de amplo acesso democrático.

Tem como principal objetivo reduzir o tempo de tramitação dos processos judiciais e os seus custos, retirando a burocracia dos atos processuais e permitindo o acesso imediato aos processos, com o objetivo de agilizar a prestação jurisdicional, aumentar a capacidade de processamento de ações judiciais, facilitar o trabalho dos advogados, melhorar a qualidade de atendimento às partes, entre outros.

Entretanto, segundo Andrigui, é preciso avançar mais, sobretudo no atendimento das pessoas que buscam, na imprescindível tutela jurisdicional, a resolução de conflitos, que se não solucionados em tempo razoável, trarão inúmeros prejuízos.

É o fim do papel, mas não da cruel espera. No ponto de partida há a virtualização dos processos, que, por força da máquina, são rapidamente enviados para os Tribunais Superiores. Contudo, no ponto de chegada nada mudou e são os mesmos seres humanos os incumbidos em fazer a análise de cada lide. Esse fato inatacável leva a crer que a celeridade é parcialmente falsa, na medida em que o Ministro continua sendo o único incumbido de julgar os processos que aportam em seu gabinete. A modificação efetivamente palpável é restrita à da rapidez com a qual o processo sai do Tribunal de origem e dá entrada no Tribunal Superior. No simples toque da tecla "enter", nada há de humanitário, porque o computador não é capaz de detectar o grau de angústia que cada processo encerra. Aplauda-se, com efeito, a adoção necessária e imperiosa de um instrumento moderno, como é a do processo eletrônico virtual. Porém, urge que se adotem outros e novos meios para humanizar a identificação dos autos conforme o seu grau de prioridade, sob pena de aniquilarmos o lento avanço da humanização do trabalho judiciário. (ANDRIGHI, 2015)³

O acesso ao sistema somente é facultado aos usuários cadastrados previamente, sendo que se começa a exigir dos advogados a assinatura digital, já implantada, por meio de chip, em seus documentos funcionais da OAB.

³ Texto publicado em 2010 que pode ser obtido no endereço <http://www.conjur.com.br/2010-dez-14/processo-eletronico-olhos-nao-veem-coracao-nao-sente>, acessado em 23 de março de 2015.

No entanto, o processo na sua forma eletrônica não significa somente avanços no campo jurídico, com a impressão de que a demanda será resolvida de forma mais ágil e sem que ocorra a exclusão de alguns atores do processo, como é o caso das partes e do próprio advogado, neste caso daquele que não conseguiu se adaptar aos novos rumos do processo virtual.

A prática dos atos processuais por meio eletrônico não é novidade no Brasil. Contudo, a norma recém editada não se apresenta tão simples de ser adotada, a não ser com o grande trabalho que a doutrina e a jurisprudência deverão apresentar a fim de sanar o grande vazio que se encontra no texto legal. Reprisamos que as decisões judiciais devem estar atentas à evolução da sociedade e do próprio processo, sob pena de verificarmos, como já narramos anteriormente, um verdadeiro anacronismo.(ALMEIDA FILHO, 2011, p. 223)

Portanto, os avanços empregados pela Lei nº 11.419/2006 seguem uma tendência mundial, sobretudo em uma sociedade de informação. Entretanto, como veremos no próximo capítulo, há uma grande parte da população que não tem acesso à rede mundial de computadores, o que acarreta uma enorme exclusão social, ferindo, por conseguinte, o preceito constitucional de acesso à justiça.

5 PROCESSO ELETRÔNICO COMO OBSTÁCULO DE ACESSO À JUSTIÇA

Verificou-se do até aqui que a sociedade de informação adveio da revolução tecnológica, da qual o indivíduo comum e, principalmente, os atores do processo não podem ficar alheios às inovações, pois a tendência é cada vez mais da informatização do processo judicial, com vistas a modernizar e dinamizar a prestação jurisdicional.

Diante do contexto em que a sociedade globalizada se apresenta, o processo virtual sem sombra de dúvidas veio possibilitar as facilidades que as novas mídias digitais têm a oferecer, sobretudo em relação à forma de tramitação dos processos judiciais, alterando o modo e o tempo de comunicação dos atos, possibilitando uma maior celeridade e acesso ao sistema, 24 horas por dia, sete dias por semana.

Além disso, a virtualização do processo faz com que não haja necessidade de abrigar todos os processos físicos, o que representa uma economia diante da desnecessidade de construção de enormes locais para armazená-los.

Todavia, esta cadeia de informação avançada para utilização do processo eletrônico apresenta-se de certa forma complicada, pois é preciso a contratação de pessoal especializado em análise de sistemas e desenvolvimento de softwares. Depois precisa ser desenvolvido um programa de computador que atenda as necessidades de cada juízo. Este é um trabalho árduo que relaciona as regras da ciência jurídica e suas subjetividades às diretrizes de um código fonte de

programação. Após a criação do sistema informatização é necessária a montagem de toda uma estrutura de comunicação e armazenamento de informação.

A criação de um sistema de tramitação de processos exclusivamente virtual ignora a realidade da exclusão digital, que assola grande parte da população, impedindo o acesso à Justiça daquelas pessoas que não obtém qualquer meio de acesso à internet.

Além disso, é preciso o aperfeiçoamento dos operadores do direito, não só os servidores, assessores e magistrados, mas também os advogados públicos e privados e a própria população. Neste sentido afirma Abrão:

Indubitavelmente, não apenas o Ministério Público, os advogados, e demais auxiliares encontrarão dificuldades, as quais também se farão em maior ou menor extensão nas primeira e segunda instância, isto por não haver mais meio de consumo de papel, significa simplesmente abrir um código segurança para que a tramitação seja feita via digital. (ABRÃO, 2011, p. 117)

Chama-se este fenômeno de infoexclusão fundamental, a qual não se mede pelo número de ligações à internet, mas sim pelas consequências que tanto a ligação com a falta de ligação comportam, porque a internet não é apenas uma tecnologia: é o instrumento tecnológico e a forma organizativa que distribui o poder da informação, a geração de conhecimentos e a capacidade de ligar-se em rede em qualquer âmbito de atividade humana. (CASTELLS, 2011, p. 311)

Deste modo, em sendo uma tendência de progressão na implantação do processo eletrônico na atual sociedade da informação, aqueles que buscarem a prestação jurisdicional deverão estar preparados para a utilização das ferramentas atuais colocadas à disposição, o acionamento do Estado-Juiz, como nos casos onde os processos são exclusivamente eletrônicos (por exemplo, Juizado Especial Federal).

À medida que a tecnologia de acesso se complica com o uso de tecnologias mais sofisticadas (por exemplo, com o interface gráfico para o utilizador), os índices de adoção por parte dos grupos com um menor nível educativo podem reduzir-se. (CASTELLS, 2011, p. 296).

Nesse sentido, verifica-se, que o processo eletrônico, que deveria viabilizar ainda mais facilidade ao acesso à justiça em menos tempo, acaba por se dissociar da realidade, e incorrer em um efeito contrario do pretendido.

Segundo dados divulgados na data de 18 de setembro de 2014 pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), a proporção de internautas no país passou de 49,2%, em 2012, para 50,1%, em 2013, do total da população. As informações fazem parte da Pesquisa Nacional

por Amostra de Domicílios (Pnad) referente a 2013. (GLOBO, 2015).⁴ Ou seja, uma parcela significativa da população ainda não dispõe de meios tecnológicos para se conectar adequadamente à internet, podendo-se dizer que existe no Brasil um grande número de excluídos digitalmente.

Neste cenário, surge uma preocupação muito grande no sentido de que o aumento da virtualização do acesso ao Poder Judiciário acabe por excluir a parcela da população que não dispõe de meios tecnológicos para solucionar os seus conflitos, quando o processo eletrônico se tornar o único meio de busca pela tutela jurisdicional.

E não se fala somente do autor ou do réu de uma demanda, mas do próprio advogado, essencial para a administração da justiça, na medida em que terá de se adequar e se aperfeiçoar tecnologicamente para que possa manusear as ferramentas de movimentação processual eletrônica.

Para evitar que as pessoas sejam marginalizadas e excluídas do contexto social e do mercado de trabalho, é necessário estabelecer mecanismos que garantam a dignidade da pessoa humana e a efetividade do princípio da igualdade. (PEZZELA, 2014, p. 195).

CONCLUSÃO

As novas tecnologias trazem consigo facilidades ao cotidiano. As recentes inovações da atual sociedade da informação fazem com que o indivíduo tenha a necessidade de uma constante atualização, seja nas relações interpessoais, seja na sua atividade profissional.

Atualmente não estar conectado à rede mundial de computadores significa estar excluído de parcela da informação a que se tem acesso, bem como as diversas oportunidades que surgiram com o passar dos tempos.

Além disso, a inclusão digital, atualmente, é substancial na sociedade da informação, levando-se em consideração que a inclusão digital se configura como um requisito necessário para o exercício pleno da cidadania.

O Poder Judiciário de igual modo acompanhou esta tendência de modernização, levando ao processo judicial as inovações que a rede mundial de computadores proporciona, com a virtualização das demandas, o que ocasiona a obrigatoriedade, como no caso do Juizado Especial Federal, da utilização do processo virtual para a busca pela prestação jurisdicional.

⁴<http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2014/09/mais-de-50-dos-brasileiros-estao-conectados-internet-diz-pnad.html>. acessado em 04 de janeiro de 2015.

Contudo, não se pode olvidar que não foi levada em conta, neste aspecto, a exclusão digital, que por si só impede ou, na melhor das hipóteses, dificulta o acesso ao processo eletrônico por parte destes excluídos, fazendo com que tal situação seja analisada com ressalvas.

Daí porque a virtualização do processo não pode ser sinônimo de exclusão digital, na medida em que boa parcela da população brasileira ainda não tem acesso pleno a rede mundial de computadores e, por óbvio, a possibilidade de utilização do processo virtual.

Cabe ao legislador e aos operadores do direito a atenção para a este atual cenário, não podendo até mesmo o advogado ser privado da acessibilidade ao processo eletrônico, pois muitas vezes o próprio causídico não detém os meios para ajuizamento de uma demanda exclusivamente virtual.

De qualquer modo, estar em constante acompanhamento das inovações tecnológicas e, em especial, ao direito processual eletrônico, faz com que não haja a respectiva exclusão digital.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Carlos Henrique. **Processo eletrônico: processo digital**. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2011.

ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo, **Processo eletrônico e teoria geral do processo eletrônico: a informação judicial no Brasil**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

BEZERRA, Paulo Cesar Santos. **Acesso à Justiça – Um problema ético-social no plano da realização do direito**. Rio de Janeiro: Renovar. 2001.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 2012.

CAPPELLETTI, Mauro e Garth, Bryant: **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Ed. Fabris, 1988, p. 64

CASTELLS, Manuel. **A era da informação: economia, sociedade e cultura**. Volume 1. A sociedade em rede. Tradução de Roneide Venancio Majer. São Paulo: Editora Paz e Terra, 1999.

_____. **Fluxos, redes e identidades: Uma teoria crítica da sociedade informal**. In Novas Perspectivas Críticas em Educação. Porto Alegre: Artes Médicas. 1996.

_____. **Galáxia Internet – Reflexões sobre Internet, Negócios e Sociedade**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian; 2004 Pg. 299/300.

CELLA, José Renato Graziere. **Sociedade da Informação e Processo Judicial Eletrônico no Brasil**.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

PEZZELA, Maria Cristina Cereser. **A pessoa como sujeito de direitos na sociedade da informação: teletrabalho como forma de inclusão social – um desafio.** Revista Pensar, Fortaleza. v. 19, jane/abr. 2014.

MEDIAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL COMO FORMA DE MINIMIZAR OS CONFLITOS JUDICIAIS

Andressa Carlin¹
Vagner Felipe Kuhn²

Resumo: O presente trabalho abordará o nascimento do Novo CPC, apresentando algumas mudanças importantes com o advento do novo texto legal, que tem como fim a busca permanente pela celeridade e a diminuição da burocracia, além, é claro, de outros fatores que vieram para tentar mudar o cenário jurídico. Buscar-se-á investigar o instituto da mediação, desde sua origem, característica, e aplicabilidade, a fim de compreendê-la de forma mais específica. Será abordada, ainda, a importância do instituto no ordenamento jurídico, sua obrigatoriedade e especificidade, cuja importância é ser um meio de tratamento de conflitos entre as partes litigantes.

Palavras-chave: Mediação. Novo CPC. Mudanças. Conflitos. Partes

INTRODUÇÃO

A proposta do presente trabalho é mostrar a importância da mediação quanto à abordagem e resolução de conflitos, trazendo conceitos básicos e analisando possibilidades de aplicação à luz do Novo Código de Processo Civil, bem como suas vantagens, eficácia e desafios, mostrando-se como ferramenta útil e benéfica para a sociedade.

O Novo CPC traz inúmeras novidades, e aqui serão externadas as principais delas, cuja importância se torna real para o andamento das demandas. A proposta do novo Código de Processo Civil vem para acompanhar as mudanças trazidas pela sociedade, que a cada momento vem se modificando. Dentro do novo CPC, tem-se a mediação, que visa acompanhar essas mudanças, a fim de trazer uma nova visão em relação à resolução de conflitos.

Observa-se que hoje existe um alto índice de demandas processuais, que aliadas ao formalismo das práticas forenses, lentidão e morosidade processual, bem como o nascimento de novas normas, acabam prejudicando a eficiência e a celeridade na prestação jurisdicional adequada. Esses entraves judiciais fazem com que a sociedade opte por outras formas de resolução de conflitos, com a esperança de ver suas necessidades sanadas através de uma forma alternativa. É diante disso que a mediação se apresenta como mecanismo apto a sanar a busca pela solução tão desejada por aqueles que estão em busca da justiça.

¹ Acadêmica do 8º Semestre do curso de Direito da URI - Câmpus de Frederico Westphalen.

² Professor do Departamento de Ciências Humanas da URI – Câmpus de Frederico Westphalen, Mestre em Direito e orientador do projeto.

Através de uma breve amostragem, abordar-se-á sobre o Novo CPC e suas mudanças, além, é claro, do instituto da mediação e seus benefícios, analisando-se também a figura do mediador.

1 O NOVO CPC

O novo Código de Processo Civil teve a sua origem em 2009, quando uma comissão foi criada para a elaboração do projeto. Após isso houve a conversão na PLS 166/2010 e, depois de algumas análises, o texto foi para a Câmara dos Deputados, onde recebeu alterações. Em 2014 foi para o Plenário para a votação que ocorreu em dezembro do mesmo ano.

Após esse trajeto, o Novo CPC foi enviado para sanção em fevereiro de 2015, e no dia 16 de março ocorreu, no Palácio do Planalto, a cerimônia que sancionou o novo Código de Processo Civil.

O CPC é um instituto altamente importante dentro do Direito, pois tem a função de regular algumas situações que ocorrem diariamente no seio da sociedade, desde litígios menores até demandas mais abrangentes. Pode ser considerada a lei ordinária mais importante do país, pois é ela que tem o condão de regular regras sobre direito de família, sucessões, consumidor, administrativo, bancário, tributário, dentre tantos outros temas e áreas do Direito. O novo CPC, contudo, tem o dever de melhorar essas regras, buscando trazer mais efetividade na aplicação das demandas.

Diante disso, subentende-se a importância do Novo Código de Processo Civil:

O Código de Processo Civil regula a tramitação das ações judiciais, os prazos, atos e procedimentos referentes a essas medidas. A reforma do texto tem o objetivo de simplificar processos e acelerar decisões da Justiça, inclusive eliminando parte dos recursos hoje permitidos. Entre os mais de mil artigos do código, está o que prevê uma fase prévia de conciliação e mediação entre as partes, por meio de centros de solução de conflitos, para tentar evitar a solução de problemas por via judicial. (AGÊNCIA BRASIL, 2015)

Nítida é a atuação do CPC no cenário jurídico, pois é ele que regula todas as ações que são executadas dentro do processo, desde prazos até procedimentos específicos. A reforma do texto legal tem por objetivo trazer simplicidade e celeridade nas demandas judiciais. E, dentre os vários artigos do código, está o que prevê a mediação entre as partes, cuja principal característica, além da celeridade, é buscar solucionar os conflitos, evitando, a tramitação de mais demandas processuais através das vias judiciais.

O processo civil é um ramo do direito público que designa normas de atuação no caso de atos que conduzem à aplicação do direito subjetivo, com o objetivo de solucionar algum tipo de conflitos de interesses.

O Código de Processo Civil orienta o processo civil como um todo, atuando de forma pública e orientando-se diante de atos e fatos subjetivos, buscando, como fim, solucionar conflitos de interesses entre as partes.

2 PRINCIPAIS ALTERAÇÕES DO NOVO CPC

O Novo Código de Processo Civil brasileiro tem como principal objetivo a busca pela celeridade na tramitação das demandas, visando trazer soluções àqueles que diariamente operam o Direito no Brasil. Porém, o texto recentemente sancionado traz inúmeras alterações, tendo, é claro, o intuito principal de desafogar os armários dos Fóruns espalhados pelo território brasileiro e trazer clareza, simplicidade, agilidade e diminuição da burocracia.

Abaixo seguem algumas alterações significativas do Novo CPC:

a) Celeridade: mesmo que a expectativa esteja empregada no novo CPC, alguns juristas atentam que a lentidão não pode ser resolvida apenas com as mudanças presentes na legislação, e que o problema, nesse caso, é de gestão. Mas não se deve negar que o novo texto é um aliado da agilidade e combate, mesmo que de forma mínima, a morosidade que enevoa o cenário jurídico atual.

b) Conciliação: o novo CPC vem para estimular a conciliação entre as partes, buscando solucionar conflitos antes mesmo que o litígio possa virar processo. Isso evita que mais demandas adentrem no poder judiciário, podendo levar anos até o seu desfecho final, sem solução para nenhum dos litigantes.

c) Menos burocracia: os procedimentos, conforme o novo CPC, são simplificados. Há excesso de formalidade devido a preocupação de fraudes, por isso que existem muitos carimbos e assinaturas. Essa formalidade torna o processo moroso e muito burocrático. O novo CPC vem para suprir essas formalidade e complicações.

d) Processo eletrônico:

O processo eletrônico, enquanto meio de acesso à justiça, contribui ao desafogo da carga de trabalho dos tribunais, propiciando assim a eficiência da prestação jurisdicional.

[...]

A tramitação de documentos digitais assinados eletronicamente confere maior segurança que aquela emanada de documentos de papel, porque estes últimos são

comumente objeto de falsidade material, o que não ocorre com facilidade no caso de documentos eletrônicos. (RECINOS, 2012)

e) Prazos: a contagem dos prazos será feita apenas em dias úteis e suspensos no final de ano. Os recursos serão de 15 dias e somente no caso de Embargos de Declaração é que o prazo terá 5 dias.

f) Ordem Cronológica dos Processos: os juízes deverão seguir a ordem cronológica das demandas processuais, evitando, assim, que algum seja esquecido. As prioridades já previstas em lei, como para idosos e portadores de doenças graves, foram mantidas.

g) Respeito à jurisprudência: deverá, haver obrigação por parte dos magistrados com relação a julgamentos do STF e STJ, respeitando-os. O juiz também poderá arquivar o pedido que é contra a jurisprudência, sem que inicie a análise processual.

h) Ações Coletivas: casos que tratem do interesse de um mesmo grupo, como por exemplo vizinhança ou ações de uma empresa, poderão ser convertidos em processo coletivo e a decisão valerá igualmente para todos.

i) Os Atos Processuais: o juiz e as partes poderão acordar com relação aos atos e procedimentos processuais, podendo alterar o trâmite do processo, independente do curso da demanda.

3 CONCEITO DE MEDIAÇÃO

Trata-se de um procedimento informal, revestido de conversação e negociação, que obedece aos princípios da imparcialidade, confidencialidade, voluntariedade e que segue uma metodologia com regras e técnicas específicas, conforme orientações do Código de Processo Civil.

Mediação nada mais é do que um método de resolução de conflitos que consiste na intervenção de um terceiro (pessoa física) independente, imparcial, competente, diligente e escolhido em consenso, que coordena reuniões conjuntas ou separadas para que as pessoas envolvidas em conflitos construam conjuntamente a melhor e mais criativa solução. Este método pode ser empregado em inúmeras áreas, contudo, costuma-se afirmar que é eficaz na resolução de qualquer tipo de conflito onde existam vínculos passados ou a ser desenvolvidos no futuro entre as pessoas, sejam físicas ou jurídicas. (NETO, 2012)

Mediação é um meio em que um terceiro é chamado para acompanhar as partes até a chegada de uma resolução ou acordo, é um meio extrajudicial onde as partes são encaminhadas a realizar acordos sem a interferência direta do mediador, deixando claro que a resolução direta será sempre das partes, sem vínculos com quem mediará. Tem a mesma relação jurídica de um contrato em que as partes devem estar de acordo com o que for combinado e se responsabilizam pelas alterações no direito. Também deve se tratar de objeto lícito que completará as características formadoras de um contrato. Será objeto da mediação todo negócio jurídico que não incida em sanções penais e que não atente contra a moral e os bons costumes. Quando as partes formularem seus acordos e for necessária homologação de juiz, serão remetidos ao MP, que avaliará se os mesmos fazem preservação de interesses das partes ou de seus filhos, caso não seja vista preservação será recusado e deverá fazer um novo pedido, uma nova mediação ou retomar a continuação do processo. (ROSA, 2012)

Sobre o campo de atuação da mediação, é de saber:

O campo de aplicação pode abranger conflitos comerciais, empresariais, civis, familiares, trabalhistas, internacionais, cíveis, de consumo, ambientais, hospitalar, penais (quando envolve questões de crianças e adolescentes infratores e de menor potencial ofensivo), bem como conflitos escolares, de vizinhança, condominiais, comunitários. Compõe uma área muito grande de aplicação. Costumava ser muito utilizada em conflitos com indivíduos apenas, porém, com seu sucesso, tornou-se mais popular na área empresarial e então trabalhista. Por lidar diretamente com casos em que as emoções são uma marca extremamente forte, a mediação se tornou mais maleável ao tratar dos conflitos, que fica aliviada a tensão ao se tratar do caso com o cuidado de um mediador de forma menos procedimental, digamos ao supor que nesses casos se tem mais clara a intenção de cada parte justamente pela ausência da autoridade na figura do mediador. O mediador, profissional do Estado ou da iniciativa privada, pode ser indicado pelo juiz da causa. As características principais de um mediador são a neutralidade ao estabelecer o que foi acordado pelas partes, a não autoridade ao impor uma decisão às partes e ter conhecimento de que as partes não chegaram a um acordo completo até que cada um aceite todos os termos expostos. (ROSA, 2013)

A atividade da mediação deve possuir confidencialidade com relação a qualquer informação que será apresentada no decorrer do processo. Constitui-se em foro sigiloso para que as pessoas possam se sentir à vontade, a fim de que elas possam falar abertamente sobre o que está passando com elas e, para que ao mesmo tempo, fatores externos não venham a interferir no processo. Por isso que a cada dia cresce a opção de pessoas físicas e jurídicas pela mediação, justamente por ter essa característica sigilosa e protetora, evitando, assim, que terceiros tenham conhecimento do conflitos instalado entre as partes.

O objetivo final da mediação é prestar assistência como forma de obter acordos, ambientado de forma colaborativa, onde as partes possam dialogar de forma produtiva sobre suas necessidades. É um alternativa de resolução de conflito mais humana, pois está próxima da sociedade e dos cidadãos, respondendo com mais eficácia aos anseios de uma justiça mais eficaz e justa.

3.1 O instituto da mediação no ordenamento jurídico

Segundo o novo Código de Processo Civil, a mediação está prevista na seção V – Dos Conciliadores e Mediadores Judiciais, e se apresenta desde os artigos 165 até 175 do novo texto legal.

A Mediação já existia desde o momento em que uma terceira pessoa intervinha no conflito tentando resolvê-lo. A história da mediação teve início nos anos 70, nos EUA, espalhando-se para o Canadá, a China e alguns países da Europa. Diversos são seus meios de atuação: meio ambientes, trabalhistas educacionais, familiares, comerciais, comunitários e relações internacionais, e firmou-se pela própria sociedade que buscava resolver seus próprios conflitos. (DRAPULGA, 2009)

Como se pode perceber, a mediação já possui décadas de existência, tendo seu início através da intervenção de um terceiro, que buscava resolver o conflito existente entre as partes que estavam discutindo.

No Brasil a mediação surgiu com o intuito de tentar solucionar os penosos obstáculos de acesso à justiça e a ineficiência dos sistema judiciário como um todo. As relações extrajudiciais já eram citadas na Constituição Imperial de 1824, em seus artigos 160 e 161. A Carta Magna cita algumas soluções para a resolução desses conflitos, como a conciliação. A Constituição Federal de 1988 também faz citação dessas soluções no artigo 98, inciso I e II. (DRAPULGA, 2009)

Com o passar dos anos a aplicabilidade da mediação tem alcançado uma presença cada vez mais notável no contexto do ordenamento jurídico, servindo de auxílio para o poder judiciário. Diante da complexidade que as relações vêm apresentando, acrescida às grandes e sobrecarregadas cargas de trabalho dentro do sistema jurídico, muitas vezes ineficaz quase inviável devido ao seu parco acesso, o cidadão passa a olhar com olhos diferentes para outra forma de solucionar seus problemas. É aí que entra o instituto da mediação, que, aos olhos da sociedade, passa a ter um retorno mais rápido e objetivo, não precisando se preocupar com tempo e com o desgaste mental, e muitas vezes físico, da espera angustiante que talvez não esteja de acordo com o que se espera.

O novo CPC dá um destaque especial à mediação, prevendo e disciplinando sua aplicabilidade em várias oportunidades, dentre elas: a) a Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos; b) são auxiliares da Justiça, além de outros cujas atribuições sejam determinadas pelas normas de organização judiciária, o mediador e o conciliador judicial; c) o mediador auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos; d) a mediação será informada pelos princípios da

independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada; e) A mediação será regida conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais; f) a mediação pode ser realizada como trabalho voluntário, observada a legislação pertinente e a regulamentação do tribunal; g) Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação.

Sobre os mediadores, subentende-se:

Mediadores são profissionais habilitados e imparciais que se utilizam de técnicas específicas, visando aumentar a comunicação entre as partes, ampliar o diálogo e encontrar soluções para os problemas que envolvem a disputa.

O mediador facilita, mas não impõe soluções.

Para se escolher um mediador, assim como se escolhe qualquer outro especialista, é necessário considerar três fatores de extrema relevância: a qualificação específica (teoria e prática) na área da negociação e mediação, o conhecimento genérico na área material do litígio e finalmente uma grande e diversificada experiência de vida.

Deve-se também levar em consideração a formação acadêmica, a vivência profissional e pessoal do Mediador. Além disto, é muito importante que o mediador tenha atributos naturais como empatia, sensibilidade, paciência flexibilidade e perspicácia. (CEBRAME, 2008)

O mediador atua como interlocutor das partes que querem ver seus conflitos resolvidos. Ele precisa saber lidar com situações de negociação, tendo habilidade de escuta, sabendo manter o sigilo, ética e cooperação. Os mediadores estarão alinhados com o programa de mediação e organização e serão certificados pelo Tribunal para sua devida atuação.

Os mediadores são treinados, fato que lhes permite identificar questões mais importantes, a fim de atender as reais necessidades das partes, auxiliando-as a encontrar alternativas para que se possa chegar ao acordo. Mediadores são neutros, portanto não podem dar conselhos e nem tomar decisões em nome das partes. O seu papel é facilitar um diálogo positivo que vise a resolução de um conflito, criando uma atmosfera apta à identificação das necessidades específicas das partes. (Pjerj)

A Mediação pode ser usada em diversos níveis e contextos, pessoal, organizacional ou em todo e qualquer caso onde houver controvérsia, disputa e posições antagônicas, enfim, onde existir a necessidade de tomar decisão ou resolver problemas.

No processo de resolução de disputas um dos maiores desafios é determinar sobre o que é realmente a disputa e descobrir os interesses existentes sob as posições tomadas. Através da Mediação os participantes podem concordar com a extensão do litígio, estreitando o âmbito do conflito até chegar à essência da questão ou das questões a serem resolvidas.

Um dos principais usos da Mediação é ajudar as partes a definir conjuntamente quais são as questões a serem resolvidas, desenvolver opção e chegar a soluções possíveis que sejam aceitas mutuamente.

A definição da natureza do conflito é muito importante e pode determinar quais os melhores instrumentos a serem utilizados em sua resolução. (CEBRAME, 2008)

A mediação pode ser instaurada em diversas situações, desde que alcance o seu fim, que é solucionar o litígio instaurado entre as partes. Ela pode ser usada sempre que houver controvérsias ou onde existir a necessidade de tomar decisão e resolver problemas.

3.2 Estilos de mediação

Atualmente existe mais de uma espécie de mediação. Até a década de 1960 e 1970, havia apenas um tipo de mediação, que era ensinada e praticada, e que hoje é chamado de Mediação Facilitadora.

Na mediação facilitadora, as estruturas mediadora constrói processos para ajudarem as partes a chegarem a uma solução mutuamente aceitável. O mediador faz perguntas; valida e normaliza os pontos de vista das partes; procura por interesses debaixo das posições assumidas pelos partidos; e ajuda as partes a encontrar e analisar opções para a resolução. O mediador facilitador não faz recomendações às partes, dar o seu próprio conselho ou parecer quanto ao desfecho do caso, ou prever o que um tribunal faria no caso. O mediador é encarregado do processo, enquanto as partes estão a cargo do resultado. (CENTROMEDIAR, 2015)

Essa espécie de mediação cresceu no tocante à resolução de conflitos voluntários, onde os mediadores não eram obrigados a terem conhecimentos importantes sobre litígios, e quando, na maioria das vezes, não havia a presença de advogados.

Além da mediação facilitadora, existem ainda mais duas espécies, a Mediação Avaliativa e a Avaliação Transformadora.

Mediação avaliativa é um processo modelado em decisão mantidas por juízes. Um mediador avaliador ajuda as partes a chegarem a resolução, apontando os pontos fracos de seus casos, e prevendo o que um juiz ou júri seria susceptível de fazer. Um mediador avaliador pode fazer recomendações formais ou informais com as partes quanto ao resultado das questões. Mediadores Avaliativos estão preocupados com os direitos legais das partes, em vez de necessidades e interesses, e avaliam baseados em conceitos jurídicos de equidade. Mediadores avaliativos atendem na maioria das vezes em encontros separados com as partes e seus advogados, praticam a “diplomacia”. Eles ajudam as partes e advogados avaliarem a sua situação jurídica e custos versus os benefícios de seguirem numa resolução legal, em vez de se estabelecerem-se em mediação. As estruturas mediadora avaliadoras do processo, influenciam diretamente no resultado da mediação. (CENTROMEDIAR, 2015)

A Mediação Avaliativa surge a partir do mandado judicial ou através de indicação do tribunal. Nesse caso os advogados normalmente escolhem o mediador juntamente com a corte, e são participantes ativos na mediação. As partes do litígio são mais presentes, mas o mediador pode se encontrar sozinho com os advogados, bem como com as partes e seus procuradores. A

maioria dos mediadores nessa espécie de mediação são advogados, por causa da conexão com os tribunais.

Há ainda uma terceira e última espécie de mediação:

Mediação transformadora é o mais novo conceito dos três, nomeado por Folger e Bush em seu livro *A PROMESSA DE MEDIAÇÃO* em 1994. Mediação transformadora baseia-se nos valores de “empowerment” de cada uma das partes, tanto quanto possível, e “reconhecimento” por cada uma das partes e suas necessidades, interesses, valores e pontos de vista. O potencial de mediação transformadora é que qualquer ou todas as partes ou seus relacionamentos podem ser transformados durante a mediação. Mediadores transformadores se reúnem com as partes uma vez que só eles podem dar um ao outro “reconhecimento”. (CENTROMEDIAR, 2015)

Alguns defensores entendem que as mediações facilitadora e transformadora capacitam as partes e as ajudam a assumir a responsabilidade sobre suas disputas e seus desfechos. Dizem ainda que essas espécies de mediação demandam mais tempo, e não raro termina sem acordo. Eles temem que os resultados podem afetar os padrões da justiça.

Já os defensores da mediação avaliativa dizem que as partes querem um retorno, e que se não puderem chegar a um acordo, querem que o resultado seja justo. As partes estão optando mais por essa espécie de mediação.

Há espaço na prática de mediação para muitos estilos, incluindo facilitadora, avaliativo e mediação transformadora. Cada um tem a sua utilidade e o seu lugar no panteão dos processos de resolução de litígios. Imperati acredita que a maioria dos mediadores usam uma combinação desses estilos, dependendo do caso e das partes na mediação, bem como a sua própria abordagem principal para a mediação. Alguns mediadores sofisticados aconselham os clientes e advogados sobre o estilo eles acham que seria mais eficaz para o seu caso. Algumas das partes e advogados são sofisticados o suficiente para saber a diferença entre os tipos de mediação e mediadores de pedirem para um tipo específico em um caso específico. Parece que seria útil para os mediadores, no mínimo, para informar a partes e advogados do estilo (s) que eles geralmente utilizam, e os pressupostos e valores desses estilos e em que se baseiam. Isso permite que os clientes, atuem como consumidores melhores e/ou mais satisfeitos. E campo de mediação seja mais claro sobre o que está oferecendo. Ela só poderá reforçar a credibilidade e a utilidade da mediação. (CENTROMEDIAR, 2015)

Independente do estilo de mediação a ser adotado, o importante é que ela chegue ao seu determinado fim, que é a resolução do conflito sem a entrada de causas em vias judiciais. Parece notório que os três estilos de mediação, embora com certo grau de diferenciação, caminham para o mesmo resultado. Na verdade parece pouco importar o estilo, desde que as partes possam chegar ao resultado almejado, tendo como princípios a celeridade, a diminuição da burocracia e a simplicidade.

3.3 Mediação como instrumento de solução de conflitos no novo CPC

Visando solucionar conflitos presentes na jurisdição estatal, surgiu o modelo da mediação, que visa colocar as partes frente a frente para resolver seus problemas. O modelo de conciliação tem como principal objetivo permitir que ambas as partes saiam como ganhadoras, utilizando-se de meios colaborativos, com foco no interesse mútuo.

A mediação, contudo, pode ser considerada um dos principais meios de resolução de conflitos, tornando-se eficiente na solução de controvérsias, isso porque na mediação prevalece a vontade das partes, as quais identificam seus próprios conflitos, entendendo suas características e peculiaridades, para que, então, consigam chegar a um consenso e pacificação social.

O procedimento da mediação de conflitos não possui uma forma pré-estabelecida do mesmo modo que os processos judiciais. Ele é passível de adaptações de acordo com o tipo de conflito, o interesse das partes e o ambiente onde acontece. No entanto, existem princípios norteadores consolidados que se mostram indispensáveis, já que na ausência de qualquer deles, o procedimento da mediação se torna ineficaz. São eles: liberdade das partes, não-competitividade, poder de decisão das partes, participação de um terceiro imparcial, competência do mediador, informalidade processual e confidencialidade no processo. (CARNEIRO, 2010).

Além de solucionar os conflitos de interesses das partes, a mediação possuiu também a vantagem de uma possível fuga dos desgastantes processos judiciais que perambulam pelo poder judiciário, resolvendo, por conseguinte, suas questões de forma extrajudicial, o que se torna mais rápido em comparação com o tribunal.

A mediação possuiu algumas características importantes, quais sejam: a voluntariedade; a confidencialidade, a flexibilidade e a participação ativa.

Emana a voluntariedade do fato do mediador ser indicado ou aceito pelas partes envolvidas na controvérsia.

A confidencialidade se manifesta no aspecto das partes não terem conhecimento das informações descobertas pelo mediador, bem como a promessa de que os fatos revelados estão garantidos pelo sigilo profissional.

Quanto à flexibilidade, está se caracteriza em função do mediador possuir ampla margem de liberdade para ditar as regras do processo, ressalvados alguns princípios básicos, pois o mediador pode definir o cronograma, o local e tipo de reunião, valendo-se de sua experiência, atentando a peculiaridade do conflito e as características das partes.

No último aspecto fica demonstrada a capacidade das partes realizarem o acordo sem delegar ao mediador a tomada de decisões, pois a mediação é instrumento que permite a participação ativa dos indivíduos na busca de uma solução para os seus conflitos. (VIANNA, 2015)

Um dos principais auxílios que a mediação pode oferecer à sociedade é a proposta de evitar o surgimento de conflitos, e com o fortalecimento da comunicação entre as partes, se

afastar de futuras divergências que venham a ocorrer sem a chance de diálogo entre as partes. No momento em que os cidadãos retornam ao diálogo, seus descontentamentos podem se tornar passíveis de conversação e negociação, e eles atuam, no fluxo da discussão, por conta própria.

Entre os motivos pelos quais a mediação pode ser recorrida, destacam-se alguns exemplos de tipos de conflitos ou áreas onde pode haver necessidade de tomada de decisão:

a) Conciliação ou reconciliação de casal/família/relacionamentos: desacordos diversos entre o casal; educação dos filhos; discordâncias financeiras ou orçamentais; questões de saúde e cuidados com parentes; conflitos entre pais e filhos adolescentes ou adultos e adoção.

b) Separação – divórcio – custódia: pensão e apoio financeiro ao cônjuge e visita e guarda compartilhada.

c) Empresas familiares/sucessão: disputas financeiras em família e conflitos de irmãos adultos.

d) Empresarial/trabalhista: rescisão abusiva, assédio, insatisfação; gestão, questões trabalhistas; discriminação de sexo, raça, idade e qualquer condição especial (social e financeira).

e) Litígios que envolvam as seguintes questões: Inquilino e proprietário de imóvel; associações e administradoras de imóveis; condomínios e utilização de imóvel; empreiteiros, habitações e criadores; contratos de qualquer natureza; negligência médica e convênios; questões de ética, médica, tratamento e saúde; danos pessoais; sociedades e parcerias; fornecedor e cliente; organizações sem fins lucrativos; comunidades de qualquer tipo; questões da juventude e conflitos de geração; escola: pais- alunos- professores e prevenção à violência.

A mediação pode ser considerada uma grande oportunidade de conversar com profissionais especializados, expondo os problemas que possam ser resolvidos conforme o caso, sem arcar com o custo emocional e financeiro de uma lide judicial. Esse instituto vem para acabar com a dúvida em relação ao desfecho do processo em juízo e concede às partes o tempo que elas necessitam para buscar a solução de seus empecilhos.

Na mediação, os mediadores conduzem o diálogo direcionado para as questões em debate, sem dar opinião ou sugerir ideias. No procedimento, ele falará com as partes de maneira separada ou em conjunto, solicitando que cada uma anote por escrito todas as questões que

queiram debater. As sessões possuem normalmente duas horas de duração e, em alguns casos, é preciso de três ou até mesmo quatro horas para que se possa alcançar alguma solução.

Após chegar a um acordo as partes precisam registrar o ato convencionado. Em alguns países, como Estados Unidos, Reino Unido e na maioria da Europa, os mediados só querem fazer um memorando ou relato do acordo. Porém, em outros casos, o acordo final da mediação pode vir a se tornar um contrato. É aconselhável, contudo, que ao final da mediação, as partes solicitem os serviços de um profissional da advocacia que redija o contrato nas formas da lei, a fim de tornar o acordo legal. Uma vez homologado pelo Tribunal, aí sim passa a ter implicações jurídicas, mas somente após o conflito ter sido resolvido entre as partes.

Vale lembrar, ainda, que as partes que entram em mediação não perdem nenhum dos seus direitos, e caso não cheguem a nenhum acordo na forma extrajudicial e o litígio não puder ser solucionado, elas podem, se assim desejarem, ingressar com demandas em juízo, a fim de buscar a solucionar o conflito.

CONCLUSÃO

Analisando a maneira como a sociedade se transforma, e diante da crescente demanda de ações que são submetidas ao judiciário, necessária se faz a constante atualização dos meios de solução de conflitos. Com esse intuito a mediação surge, como uma proposta de diálogo onde os indivíduos possam escolher e acordar sobre o que consideram mais benéfico a eles. Com isso pode-se perceber que não necessariamente será desafogado o Poder Judiciário, mas evitará que o sistema fique sobrecarregado.

A mediação é um método que vem para colaborar com a cidadania e com a incessante busca por uma nova maneira de pensar da jurisdição vigente. Ela, sem dúvida, se apresenta como um vigoroso instrumento para a pacificação e solução de conflitos em quase todas as áreas do direito.

O novo Código de Processo Civil positiva de forma objetiva onde e quando será aplicada a mediação, cabendo aos operadores do direito se adaptarem aos novos tempos, e participarem de forma efetiva na busca da paz social, única forma que se poderá obter a melhor atuação do Poder Judiciário e a prestação jurisdicional mais eficaz. Até porque, o que realmente importa é encontrar a solução dos conflitos, independentemente do meio que será adotado.

A mediação, desde que seja bem empregada, pode contribuir mais do que simplesmente solucionar conflitos, ela pode se tornar um instrumento educacional, agindo de forma preventiva, evitando, assim, futuras disputas extrajudiciais ou judiciais, criando para os que estiverem envolvidos a ideia de que eles mesmos podem resolver seus conflitos, promovendo

mudanças profundas nos relacionamentos sociais. E, constatando tudo isso, se pode perceber que a aplicação da mediação contribui para a diminuição de processos judiciais, permitindo, outrossim, que os juízes ocupem seu tempo à dedicação de demandas que realmente precisam de uma apreciação judicial de forma mais minuciosa.

Por fim, subentende-se que o Novo CPC vem para fortalecer a mediação, trazendo benefícios ímpares para a sociedade. Afinal, faz-se necessário uma mudança de comportamento entre aqueles que operam o direito, permitindo que revejam seus conceitos quanto à resolução de conflitos. Assim, valoriza-se a mediação, que, como meio alternativo, contribui para o fortalecimento do Judiciário. Porém, não se deve ver a mediação como a solução de todos os imbróglios que impedem a realização de justiça, e sim, como uma alternativa a mais na busca por soluções, permitindo a melhoria no serviço jurisdicional brasileiro.

REFERÊNCIAS

CARNEIRO, Daniel Carneiro. A mediação de conflitos como instrumento de acesso à justiça e incentivo à cidadania. **Jus navigandi**. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/17698/a-mediacao-de-conflitos-como-instrumento-de-acesso-a-justica-e-incentivo-a-cidadania>>. Acesso em: 20 out. 2015.

CENTRO BRASILEIRO DE MEDIAÇÃO. Disponível em: <<http://www.centrobrasileirodemediacao.com.br/oquee.html>>. Acesso em: 21 out. 2015
MEDIAÇÃO: facilitadora, avaliadora e transformadora. **Centromediar**. 22 jul. 2015. Disponível em: <<http://www.centromediar.com.br/estilos-de-mediacao/>>. Acesso em: 18 out. 2015.

NETO, Adolfo Braga. Mediação de conflitos: princípios e norteadores. Uniritter. 2010. Disponível em: <<http://seer.uniritter.edu.br/index.php/direito/article/view/459/283>>. Acesso em: 19 out. 2015.

NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL É SANCIONADO. **Direitonet**. 16 mar. 2015. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/noticias/exibir/16126/Novo-Codigo-de-Processo-Civil-e-sancionado>>. Acesso em: 20 out. 2015.

O HISTÓRICO DA MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM NO BRASIL. **Drapulga**. 15 mar. 2009. Disponível em: <<http://drapulga.blogspot.com.br/2009/03/o-historico-da-mediacao-e-arbitragem-no.html>>. Acesso em: 19 out. 2015

PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/web/guest/institucional/mediacao/estrutura-administrativa/o-que-e-mediacao>>. Acesso em 19 out. 2015.

RECINOS, Orlando Ernesto Merino. A importância do processo eletrônico, enquanto mecanismo célere de acesso à justiça e diagnóstico de sua viabilidade em El Salvador. **UFRGS**. 2012. Disponível em:

<<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/61626/000866247.pdf?sequence=1>>. Acesso em 20 out. 2015.

ROSA, Graziela Matos Souza. Arbitragem, conciliação e mediação, seus benefícios e desafios. **Conteúdo jurídico**. 02 ago. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,arbitragem-conciliacao-e-mediacao-seus-beneficios-e-desafios,44587.html>>. Acesso em: 21 out. 2013.

VIANNA, Marcio dos Santos. Mediação de conflitos: um novo paradigma na administração da justiça. **Âmbito jurídico**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6991>. Acesso em: 18 out. 2015.

PENALIZAÇÃO DO ADOLESCENTE: INVALIDADE PRINCIPIOLÓGICA DA AMPLIAÇÃO DA INTERNAÇÃO

Decio Franco David¹
José Henrique de Goes²

Resumo: O trabalho tem como objetivo analisar a validade da proposta de lei que visa a aumentar o tempo de internação de adolescentes que cometem ato infracional correspondente a homicídio doloso e crimes hediondos, a partir da doutrina da proteção integral. A análise se deu sobre o Projeto de Lei Substitutivo- PLS 333/2015, e identifica em sua justificativa por parte de seus favoráveis, intenção de necessidade de punição antecipada do sistema penal, configurada no aumento da internação por suposta gravidade da conduta em abstrato.

Palavras-chave: Penalização do ato infracional. Proteção Integral. Invalidade.

INTRODUÇÃO

O Projeto de Lei Substitutivo- PLS 333/2015, aprovado no Senado em julho de 2015, propõe a ampliação do prazo da medida socioeducativa de internação para dez anos, em Regime Especial de Atendimento Socioeducativo- REA, quando o agente tiver praticado, mediante violência ou grave ameaça, o crime de homicídio doloso, ou crime definido como hediondo³.

Porém, assim como a modificação do marco de imputação penal, a ampliação do prazo de internação não é mera opção político-criminal passível de modificação. Com o advento da Constituição de 1988, houve uma modificação epistemológica da disciplina afeta a menores de dezoito anos: substituiu-se o paradigma da incapacidade pelo da condição de pessoa em desenvolvimento⁴.

¹ Décio Franco David é Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Mestrando em Direito Penal pela Universidade de São Paulo (USP). Coordenador do Curso de Direito e Professor de Direito Penal da Faculdade Santa Amélia (SECAL). Professor Colaborador de Prática Forense Penal da Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG). Professor de Direito Penal da Fundação de Estudos Sociais do Paraná (FESP). Professor da Pós-graduação em Direito Penal e Processual Penal da Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst). Diretor do Instituto Brasileiro de Direito Penal Econômico (IBDPE). Colunista do site Justificando. Advogado. Email: decio@secal.edu.br

² Especialista em Direito Público pela Escola Superior da Magistratura Federal – ESMAF/Unibrasil. Mediador Judicial junto ao Centro Judiciário de Solução de Conflitos – CEJUSC – Ponta Grossa – PR. Membro integrante do Projeto ‘Fortalecimento do Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente’ do Núcleo de Ensino, Pesquisa e Extensão e Assessoria sobre Infância e Adolescência – NEPIA, da Universidade Estadual De Ponta Grossa – UEPG. Professor do Curso de Direito das Faculdades SECAL de Ponta Grossa – PR. Email: henriquedeagoes@hotmail.com

³ Texto constante na proposta original de criação do §3º para o art. 122 do ECA.

⁴ SARAIVA, João Batista Costa. **Compêndio de Direito Penal Juvenil:** Adolescente e ato infracional. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 23.

Diversamente do que parte da mídia propaga por meio de casos específicos (*v.g.* como o “Liana Friedenbach e Felipe Caffé⁵” e o “João Hélio Fernandes Vieites⁶”), “[...] os menores de 18 anos estão fora do Direito Penal, mas não estão fora do Direito!”⁷.

O aumento do período de internação baseado na suposta gravidade da conduta, em abstrato, implica em invalidade em relação à Constituição, analisada, no presente trabalho, à luz da doutrina da proteção integral.

Por meio de pesquisa foi bibliográfica e documental, utilizando-se o método dedutivo, objetivou-se a análise de tal hipótese.

A DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL E A PENALIZAÇÃO DO ATO INFRACIONAL NO PROJETO DE LEI SUBSTITUTIVO 333/2015

Como ressalta Mário Luiz Ramidoff, os artigos 227 e 228 da Constituição consubstanciam a “síntese da doutrina da proteção integral”⁸, entendida como “a identificação, reconhecimento e asseguramento jurídico-legal dos direitos humanos destinados especificamente à criança e ao adolescente”⁹. Por esta doutrina (que também possui previsão normativa no primeiro artigo do ECA¹⁰), reconhece-se que as crianças e os adolescentes são sujeitos de direito, e não meros objetos de proteção¹¹. Igualmente, o reconhecimento da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento é o suporte ontológico da legislação da infância e juventude¹²,

A compreensão de que crianças e adolescentes possuem um sistema próprio às suas condições (heterogêneo¹³) não implica na inexistência de impunidade ou na aceitação de atos graves praticados por adolescentes¹⁴. A medida de internação é a mais grave prevista no ECA,

⁵ Homicídio de Felipe Silva Caffé e estupro e homicídio de Liana Bei Friedenbach, de 16 anos, por Paulo César da Silva Marques, Roberto Aparecido de Alves Cardoso, adolescente, Antônio Caetano, Antônio Matias e Agnaldo Pires.

⁶ João Hélio Fernandes Vieites tinha 6 anos quando foi vítima de homicídio durante assalto cometido por adultos e um adolescente de dezesseis anos que foi o responsável por render a mãe da criança dentro do veículo em que ocorreu a ação. O menino foi arrastado pelas ruas, preso ao carro, enquanto ocorria a ação.

⁷ BRANDÃO, Cláudio. **Teoria Jurídica do Crime**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 139.

⁸ RAMIDOFF, Mário Luiz. Abolicionismo Penal. In: ZILIO, Jacson; BOZZA, Fábio. Estudos críticos sobre o sistema penal: homenagem ao Professor Doutor Juarez Cirino dos Santos por seu 70º aniversário. Curitiba: LedZe Editora, 2012, p. 368.

⁹ RAMIDOFF, Mário Luiz. *Op. cit.*, p. 369.

¹⁰ Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente.

¹¹ RAMIDOFF, Mário Luiz. *Op. cit.*, p. 370.

¹² SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Sistema de garantias e o Direito penal juvenil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 161.

¹³ Sobre o assunto: ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da Criança e do adolescente comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 55 e ss.

¹⁴ Como bem assevera criticamente Maurício Gonçalves Saliba ao confirmar que o controle da criminalidade juvenil se dá por uma sanção normalizadora da vida do indivíduo: “o adolescente infrator não é punido pela força coercitiva da lei, cuja violência é visível e se expressa na privação de liberdade e nas violências das prisões. A punição da lei possui uma coerção que todos percebem, pois tem como principal característica a opressão física do

por isso deve ser aplicada com parcimônia e em última opção¹⁵, sempre em obediência às diretrizes e propostas contidas no mesmo estatuto, sob o estandarte principiológico contido também na CF.

A leitura da justificção original do PLS 333/2015 denuncia a intenção da proposta, pois, ao refutar qualquer tentativa de reduzir a maioria penal em virtude da politização sobre o tema, o Senador José Serra afirma que “Há, porém, um caminho mais curto, eficaz e viável para punir os crimes violentos praticados por jovens que têm plena consciência dos seus atos”¹⁶.

A proposta de ampliação do prazo de internação corresponde a uma antecipação da aplicação do Direito Penal. Principalmente, por fundamentar sua incidência em delitos hediondos— cometidos com violência ou grave ameaça— e homicídios dolosos, uma vez que o emprego da internação estendida se daria com base na gravidade abstrata dos delitos, prática reconhecidamente ilegal conforme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal¹⁷.

Ademais, a ampliação do prazo de internação retira o fundamento educativo e socializante da medida excepcional de internação, para convertê-la em mera retribuição, o que é evidentemente contrário ao princípio da proteção integral¹⁸, segundo consolidado entendimento jurisprudencial¹⁹. Especificamente quanto à medida de internação, sua aplicabilidade deve obedecer sempre os princípios da brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento (art. 227, § 3º. CF e art. 121, ECA).

Além disso, de acordo com o projeto encaminhado à Câmara dos Deputados, a internação estendida deve ser cumprida em “Regime Especial de Atendimento” (REA), o qual será cumprido em estabelecimento específico ou em ala especial, assegurada a separação dos

criminoso e não possui, como no caso do criminoso adulto, uma violência que possa ser vista. É por isso que carrega sobre si a pecha de que “a justiça de menores não faz nada”. Essa forma de *coerção invisível* está por trás das campanhas para diminuir a idade penal. Tem-se a impressão de que a punição só se realiza quando permeada pela violência física” (SALIBA, Maurício Gonçalves. **O olho do poder**: Análise crítica da proposta educativa do Estatuto da Criança e do Adolescente. São Paulo: editora Unesp, 2006, p. 128).

¹⁵ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Op. cit.*, p. 204.

¹⁶ Proposta original do PLS 333/2015, p. 7. A citação contida no texto de justificção é parte de artigo de autoria do próprio senador Serra publicado no jornal O Estado de São Paulo, disponível na internet em: <<http://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral,hora-de-mudar-o-eca-imp-,1025245>>.

¹⁷ “A medida socioeducativa de internação imposta com base apenas na suposta gravidade abstrata do ato infracional ofende a garantia da excepcionalidade da aplicação de qualquer medida privativa de liberdade determinada pelo texto constitucional (art. 227, § 3º, V)” (STF - HC: 122886 SP, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 19/08/2014, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-178 DIVULG 12-09-2014 PUBLIC 15-09-2014)

¹⁸ Nesse sentido: ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. *Op. cit.*, p. 333.

¹⁹ Por todos, STJ - HC: 88043 SP 2007/0178197-5, Relator: Ministro OG FERNANDES, Data de Julgamento: 14/04/2009, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 04/05/2009; STJ - HC: 47178 SP 2005/0139543-0, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 19/10/2006, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 27.11.2006 p. 293; TJ-DF, Relator: SILVÂNIO BARBOSA DOS SANTOS, Data de Julgamento: 24/02/2011, 2ª Turma Criminal.

demais detentos²⁰. Isto é, o “REA” é um mecanismo bastante análogo ao Regime Disciplinar Diferenciado (RDD). O próprio texto original do PLS 333/2015 confirma isso ao prever que o maior de dezoito anos, ainda internado, que participar de motins ou rebeliões, será encaminhado ao “REA”. Do mesmo modo, o parecer final do substitutivo afirma claramente se tratar de “uma modalidade especial de aplicação do regime de internação”.

Não obstante tais irregularidades, há também o problema de imputação previsto no Substitutivo, quanto à associação criminosa com menores de dezoito anos e a incidência de uma agravante genérica no artigo 62, para quando o delito for praticado na presença ou conjuntamente com menor de 18 anos. Tais dispositivos representam *bis in idem* do delito de corrupção de menores, principalmente após a edição da Súmula 500 do STJ, que o defende como formal.

Outrossim, o Substitutivo, em gritante impropriedade legislativa, propõe como “solução” a criação de dois tipos, um formal e outro material para a mesma conduta. Desta forma, o art. 244-B passaria a ser material e o novo artigo 244-C trataria a conduta criminosa na modalidade formal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A proposta, ao antecipar a incidência do sistema penal, comprova a ineficiência estatal em efetivar os mecanismos e diretrizes propostos pela doutrina da proteção integral. A ampliação do prazo de internação representa, ao lado das propostas de redução da maioridade penal, a tentativa de esvaziamento do conteúdo reflexo da doutrina da proteção integral, como resposta à sensação de aumento da criminalidade por adolescentes, bem como da proclamação midiática de que não há qualquer conjuntura individual ou social que influencie uma decisão pelo comportamento ilegal.

REFERÊNCIAS

BRANDÃO, Cláudio. **Teoria Jurídica do Crime**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

BRASIL. LEI 8069/1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm> Consulta em 25 set 2015.

BRASIL. STF - HC: 122886 SP, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 19/08/2014, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-178 DIVULG 12-09-2014 PUBLIC 15-09-2014)

²⁰ Parágrafos 1º e 2º do da proposta de modificação do artigo 123.

BRASIL. STJ - HC: 88043 SP 2007/0178197-5, Relator: Ministro OG FERNANDES, Data de Julgamento: 14/04/2009, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 04/05/2009; STJ - HC: 47178 SP 2005/0139543-0, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 19/10/2006, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 27.11.2006 p. 293; TJ-DF , Relator: SILVÂNIO BARBOSA DOS SANTOS, Data de Julgamento: 24/02/2011, 2ª Turma Criminal

RAMIDOFF, Mário Luiz. Abolicionismo Penal. In: ZILIO, Jacson; BOZZA, Fábio. **Estudos críticos sobre o sistema penal**: homenagem ao Professor Doutor Juarez Cirino dos Santos por seu 70º aniversário. Curitiba: LedZe Editora, 2012.

ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da Criança e do adolescente comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

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. **Compêndio de Direito Penal Juvenil**: Adolescente e ato infracional. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SERRA, J. Hora de Mudar o ECA. **O Estado de São Paulo**, São Paulo, 25 abr. 2013. Disponível em: <<http://opinio.estado.com.br/noticias/geral,hora-de-mudar-o-eca-imp-1025245>>. Consulta em: 25 set 2015.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Sistema de garantias e o Direito penal juvenil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

A MEDIAÇÃO ENQUANTO INSTRUMENTO DE GESTÃO E SOLUÇÃO DE CONFLITOS FAMILIARES

José Henrique de Goés¹
Lais Mary Dal Molin Folador²

Resumo: O trabalho objetiva analisar a mediação judicial como possibilidade adequada de solução autocompositiva de conflitos familiares, a partir de técnicas que possibilitam a abertura a diálogo qualificado. Inicialmente, versou acerca da evolução do conceito de família e acerca dos conflitos típicos das relações familiares. Abordou-se a função da mediação em relação a criação ou reestabelecimento do diálogo. Finalmente, aborda-se a adequação da mediação como forma de garantia do direito de Acesso à Justiça. A metodologia utilizada foi a dedutiva, a partir de técnica de pesquisa documental e bibliográfica. Ainda, relatou-se experiência em relação às práticas no Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania de Ponta Grossa- Paraná.

Palavras-chave: Mediação judicial. Famílias. Solução de conflitos.

INTRODUÇÃO

Com o advento da modernidade, a reestruturação familiar sofreu mudanças profundas. O modelo tradicional foi rompido, especialmente a partir da entrada da mulher no mercado de trabalho. A estrutura familiar patriarcal, com o homem sendo o pilar hierárquico dentro e fora da casa, dissolveu-se, dando lugar ao poder familiar exercido em uma estrutura onde seus membros são unidos por laços de afeto e dever de solidariedade, com finalidade eudemonista. As novas características da família fizeram com que novos arranjos fossem reconhecidos pelo Estado, como é o caso das famílias recomposta, mosaica ou multiparental, anaparental e homoafetiva.

Por representar o primeiro meio social onde se insere o ser humano e, considerando a gama de sentimentos que permeiam as relações familiares, os conflitos – intrínsecos aos seres humanos e típicos de qualquer relação interpessoal, recebem contornos específicos e uma carga emocional elevada que, somada à ausência do diálogo e à visão negativa do conflito, fortalecidos pela Jurisdição, conduzem à ideia de que não se pode encontrar uma solução pacífica, dentro ou fora do Judiciário.

Aliás, é comum atribuir-se o fortalecimento da visão negativa do conflito e de

¹ Especialista em Direito Público pela Escola Superior da Magistratura Federal – ESMAF/Unibrasil. Mediador Judicial junto ao Centro Judiciário de Solução de Conflitos – CEJUSC – Ponta Grossa – PR. Membro do Projeto ‘Fortalecimento do Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente’ do Núcleo de Ensino, Pesquisa, Extensão e Assessoria sobre Infância e Adolescência – NEPIA da Universidade Estadual De Ponta Grossa – UEPG. Professor do Curso de Direito das Faculdades SECAL de Ponta Grossa – PR. Email: henriquedeagoes@hotmail.com

² Acadêmica do 6º semestre do Curso de Direito das Faculdades SECAL de Ponta Grossa – PR. Membro do Grupo de Pesquisa “Política Pública de Acesso à Justiça: práticas de mediação, conciliação e justiça restaurativa”. Email: laismfolador@hotmail.com

enfrentamento necessário a partir da jurisdição, tendo o Juiz, representante do Estado, o monopólio da pacificação social, por meio da coerção. Esse processo, se foi necessário, possui, entre tantos efeitos, a supressão do exercício do diálogo e da cooperação na gestão do conflito, retirando o poder e autonomia das partes, tornando-as dependes do Poder Judiciário, o que pode ser medido pelo fenômeno da judicialização, que não apenas não alcança satisfatoriamente a justiça como acaba por engessar o próprio sistema judiciário. A satisfação das necessidades é algo incomum em processos das Varas de Família, embora haja satisfação de tutelas jurisdicionais pretendidas. Isto por que a tutela jurisdicional está adstrita ao juridicamente tutelado e por que o juiz oferece uma solução imposta e externa do conflito, impossibilitada, portanto, de abarcar outros componentes, como os sentimentos, os interesses mediatos e as necessidades imateriais.

A mediação familiar, enquanto método alternativo de solução de conflitos, tem se apresentado como uma forma humanizada, célere, confiável e democrática de gerir e solucionar os conflitos familiares, especialmente por preservar ou resgatar os laços de afeto típicos dessas relações. Nos processos familiares existe uma realidade diferente de todos os outros processos no âmbito jurídico. Não há crime, não há contrato descumprido, não há juro abusivos, ou má-fé contratual.

Nos processos familiares existem famílias desestruturadas, casamentos abalados, alienação parental, emoções, e principalmente a necessidade de ser ouvido.

Nem sempre o que chega ao judiciário em forma de petição inicial é aquilo que realmente é necessário. Na espiral do conflito, o problema inicial ganha dimensões tamanhas que foge à percepção das partes quanto à realidade fática, o problema em questão e o que pode ser pedido.

As características de escuta sensível, acolhimento, inclusão e resgate do diálogo, típicas do instituto da mediação, permitem que se busque uma solução para o conflito que ultrapasse os seus aspectos jurídicos.

Nesse sentido, a proposta do presente texto é analisar as possibilidades da mediação judicial delineada pelo Conselho Nacional de Justiça- CNJ enquanto instrumento de alternativo à jurisdição para resolução de conflitos familiares.

1 FAMÍLIAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O conceito de família na doutrina, traduzindo o paradigma da manutenção do instituto casamento, indicava-a como núcleo advindo do casamento, formado por membros

participantes ou decorrentes da sociedade conjugal³. O paradigma da afetividade, fundado na ótica eudemonista, a partir de princípios como Igualdade e Solidariedade, reconhecidos pela Constituição Federal de 1988 baliza os novos conceito de família para o direito, pelo qual família é um grupo de pessoas ligadas por afetividade, por coresidência e/ou consanguinidade ou conjugalidade, com objetivos comuns e comunhão de vida. A autora Berenice Dias explica:

O novo modelo de família funda-se sobre os pilares da repersonalização, da afetividade, da pluralidade e do eudemonismo, impingindo nova roupagem axiológica ao direito de família. Agora, a tônica reside no indivíduo, e não mais nos bens ou coisas que guarnecem a relação familiar. A família-instituição foi substituída pela família-instrumento, ou seja, ela existe e contribui tanto para o desenvolvimento da personalidade de seus integrantes como para o crescimento e formação da própria sociedade, justificando, com isso, a sua proteção pelo Estado⁴.

No novo modelo familiar, os membros do grupo recebem uma responsabilidade positiva para o crescimento e proteção. Ainda, para Maria Berenice Dias a família tem como objetivo a busca da felicidade (eudemonismo⁵).

Entre os novos arranjos familiares admitidos pela Constituição, que contém modelo paradigmático aberto (portanto, não contém rol de tipos de família admissíveis) e a garantia de proteção do Estado, estão a família homoafetiva, a monoparental, a anaparental e a pluriparental. Sucintamente conceituando-as, a união homoafetiva é dada mediante certidão em cartório como união estável, passível de conversão em casamento. A possibilidade de unir-se com pessoas do mesmo sexo trouxe também a capacidade de adoção de crianças para construir uma família.

A Família monoparental destaca-se pela formação de qualquer dos pais com seus descendentes. A família anaparental constitui-se pela união de pessoas entre as quais haja grau de parentesco ou não, porém havendo comunhão de vida e inexistência de pais. A família pluriparental, também denominada mosaico, se origina pela pluralidade de relações parentais, como casais separados que tem filhos advindos do primeiro relacionamento e resolvem unir-se.

Destarte, a família em si, seja ela alicerçada nos novos conceitos ou da forma tradicional, traz consigo inúmeros conflitos. O simples fato de conviverem diferentes pessoas no mesmo ambiente gera divergências de opiniões, gostos, e pensamentos.

Maria Coleta Oliveira aborda a geração de conflitos, de forma unânime em várias famílias, quando os papéis sociais requerem a necessidade de serem divididos:

³ STOLZE GAGLIANO, P. PAMPLONA FILHO, R. **Novo Curso de Direito Civil**: Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 59.

⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 41.

⁵ Idem, p. 52.

As mudanças nos papéis sociais de homens e mulheres, com o compartilhamento do chamado pátrio poder entre pais e mães, a expansão do divórcio e as novas formas de união conjugal e de arranjos familiares - várias delas reconhecidas no Brasil pela Constituição de 1988 - produziram a necessidade de ressignificar a família e seus conflitos, levando em conta seus aspectos mais complexos ⁶.

A existência de um conflito dentro de um sistema familiar traz um desgaste físico e emocional para todos os integrantes da mesma. Não há possibilidade de isolar o problema sem que este afete de uma forma ou outra as pessoas em questão e ao redor. Outrossim, é visível a necessidade de uma reestruturação de diálogo e comunicação flexível para obter uma solução saudável.

2 O CONFLITO E SUA ESPIRAL

O conflito tem sido visto de forma negativa, a partir de posições que demonstram as formas desejadas de sua solução, a partir do referencial pessoal e da situação específica do envolvido. Porém, pode ser propulsor para a realização de mudanças, o diagnóstico de problemas crônicos e para a determinação de diretrizes à solução.

Luis Warat afirma o real pensamento que existe acerca do juízo de valores no âmbito jurídico do conflito. "O conceito jurídico de conflito, como litígio, representa uma visão negativa do mesmo. Os juristas pensam que o conflito é algo que deve ser evitado"⁷.

A espiral do conflito⁸ é teoria que entende o conflito em forma espiralada, ou seja, o problema inicial desenvolve um problema secundário, que desenvolve um problema subsidiário ligado tanto ao primeiro conflito quanto ao segundo, e assim sucessivamente desencadeiam-se conflitos menores e maiores espiralando-se e tangendo-se no decorrer do processo.

Nas famílias contemporâneas, cuja evolução social resultou na mudança de paradigma, inclusive quanto à função social do poder familiar, que, ligada à função eudemonista da família, autoriza a conclusão de que a garantia dos direitos dos membros da família implica na possibilidade de proporcionar a realização de diferentes projetos de vida, é possível identificar a aplicação da teoria.

Os conflitos ligados à criação dos filhos, por exemplo, incluem diferentes valores, morais, costumes, e, quando refletidos em questões relativas ao término da sociedade conjugal, costumam ser alvo das discussões em torno da guarda. As discussões sobre a guarda implicam

⁶ OLIVEIRA, Maria Coleta. [et. al.] - **Mediação familiar transdisciplinar**: uma metodologia de trabalho em situações de conflito de gênero - São Paulo: Summus, 2008, p. 35.

⁷ WARAT, Luis Alberto. **O Ofício do mediador** – Florianópolis: Habitus, 2001, p. 81.

⁸ RUBIN, Jeffrey; PRUITT, Dean.; KIM, Sung. **Social Conflict**: Escalation, Stalemate and Settlement. New York: McGraw-Hill, 1994. p. 168.

em discussões sobre os alimentos, uma vez que se costuma ligar, erroneamente, o raciocínio sobre o dever alimentar à questão da guarda. Por sua vez, as questões da guarda costumam ser ligadas à partilha dos bens, uma vez que se considera o local de residência dos filhos⁹.

Estas questões, ainda, costumam ser reforçadas por imbróglis relativos ao término da relação conjugal, cujos sentimentos decorrentes costumam pautar a possibilidade de abertura da parte ao diálogo¹⁰.

Não são elementos abarcados pelo processo judicial, cujas limitações procedimentais abarcam a intenção de solucionar processos, não abarcando a lide social.

3 A MEDIAÇÃO JUDICIAL

O método da mediação de conflitos utilizado nos cursos de formação em mediação judicial ministrados em conformidade com a normativa do CNJ surgiu no curso de Direito da Universidade de Harvard¹¹, inicialmente o pressuposto da mediação era uma alternativa extrajudicial para auxiliar a alta demanda de processos. Os métodos autocompositivos, entendidos como aqueles em que as partes chegam à solução do conflito, a partir de técnicas em que o terceiro apenas promove o diálogo, ganharam destaque a partir de 1970 nos Estados Unidos, como políticas de pacificação¹².

A mediação consiste numa forma pacífica de resolução de conflitos, onde a vontade das partes prevalece de forma suficiente para encontrarem interesses em comum, e, assim, chegarem a uma solução. Esse processo autocompositivo parte da ideia de que a satisfação de interesses comuns implica na inexistência da necessidade de verificar quem tem razão, especialmente diante do direito positivo, e é embasado na capacidade de diálogo que intenciona a compreensão das necessidades do outro.

Maria Coleta Oliveira extrai a essência da mediação ao afirmar que:

(...) a mediação de conflitos solicita de cada pessoa envolvida a explicitação de seu posicionamento diante de suas necessidades, crenças e expectativas. Em seguida, convida a pessoa a adaptar essas necessidades às possibilidades reais de um acordo a ser cumprido. Isto é, transfere a responsabilidade das decisões para as partes interessadas, retirando de um terceiro – juiz ou mediador – o poder de julgamento.”¹³

Portanto, objetiva-se o empoderamento das partes acerca de seu próprio conflito e

⁹ GRUNSPUN, Haim. **Mediação Familiar**: O mediador e a separação de casais com filhos. 1ª ed., São Paulo: LTR, 2000. P. 87.

¹⁰ *Ibidem*, p. 88.

¹¹ OLIVEIRA, Maria Coleta. [et. al.] - **Mediação familiar transdisciplinar**: uma metodologia de trabalho em situações de conflito de gênero - São Paulo: Summus, 2008, p.20.

¹² *Ibidem*, p. 23.

¹³ *Ibidem*, p. 21.

retira-se do Estado a possibilidade de responder à situação fática apresentada com a solução mais adequada às disposições legais. Não havia, porém, em casos em que o conflito envolve questões emocionais, interesses e necessidades imateriais, satisfação plena com resultados materiais, o que resultava novas demandas com pedidos relativos a bens materiais, mas motivados por questões relacionais.

Partindo do método de Harvard, considerando experiências brasileiras em Estados que mantinham práticas ligadas à mediação extrajudicial, o CNJ instituiu política de mediação a partir da resolução 125/2010, que determinou aos Tribunais a criação de Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos-NUPEMEC's a fim de instaurar em suas esferas de competência a formação de mediadores e de Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania- CEJUSC's, responsáveis pela realização dos procedimentos de mediação pré-processual, e em processos encaminhados por Varas Cíveis, e de Família.

Recentemente, sob as mesmas bases principiológicas, foi aprovada a lei que dispõe e regulariza a mediação. A Lei 13.140 de 26 de junho de 2015 modificou o processo civil. A mediação passa a ser obrigatória.

3.1 Do mediador

Com a normatização específica da mediação, os critérios para realizar a mediação ficaram mais sistematizados, como a necessidade de inscrição no cadastro de mediadores judiciais, o curso de capacitação para realizar a mediação e a exigência de ser graduado em curso superior há pelo menos dois anos.

Flávia Pereira Hill¹⁴ expõe desde o projeto de lei nº 94/2002, quando estava em discussão a exigência do cadastro do Registro de Mediadores, o principal questionamento que surgiu foi o de que o exercício da função do mediador deveria ser, em sua essência, informal, baseado fundamentalmente na confiança que as partes depositam na pessoa do mediador, prescindindo de qualquer registro". Porém, no caso dos métodos conciliadores há necessidade desse cuidado e especialização. A eficiência de uma mediação com sucesso é dada a partir das ferramentas utilizadas e da técnica devidamente aplicada. O CONIMA (Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem) destaca que a credibilidade e o sucesso da mediação depende diretamente do respeito que os mediadores conquistam através do desenvolvimento ético e da alta qualidade técnica¹⁵.

O curso de capacitação em escola ou instituição de formação de mediadores inclui o

¹⁴ HILL, Flávia Pereira. **Teoria geral da mediação**. À luz do projeto de lei e do direito comparado/ Humberto Dalla Bernadina de Pinho – coordenador - [et. al.] – Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 104.

¹⁵ *Ibidem*, p 105.

ensino e a prática simulada quanto à reestruturação do pensamento sobre o conflito e perspectivas diferentes sobre o mesmo, bem como o ensino e aplicação simulada e orientada de técnicas para a facilitação da estruturação da comunicação e a ampliação do diálogo entre as partes. Maria Coleta de Oliveira, alerta acerca da necessidade especial do mediador ser devidamente capacitado, para poder atender no ramo familiar:

Para atender questões de família é preciso conhecimento da equipe multidisciplinar envolvida seja igual no tocante as relações de gênero e violência intrafamiliar, com formação ou capacitação específica em ambos, pois não se pode pressupor que a formação em Direito, Psicologia ou Serviço Social supra as dimensões dos conflitos comuns a clientela. Portanto, o planejamento e a implantação de um serviço de assistência que utilize a mediação familiar transdisciplinar requerem a previsão de programa de capacitação prévio dos profissionais envolvidos. É recomendável, ainda, que essa capacitação seja objeto de atividades de reciclagem contínuas ou periódicas para apoiar a atuação profissional nos atendimentos¹⁶.

Os mediadores são voluntários, assim como o procedimento de mediação e a realização de consenso, sendo missão do mediador a informação quanto à adequação para a solução do conflito.

3.2 Princípios, regras e aspectos procedimentais

A mediação deve se realizar, segundo as instruções do CNJ, em procedimento conduzido por um mediador e um comediador (aspecto não constante da Lei de mediação); com sigilo e confidencialidade (participação apenas das partes e de advogados com poderes para transigir, além do mediador, do comediador e de mediadores observadores, a fim de controlar o procedimento), quebrado apenas em caso de cometimento de crime durante a sessão; voluntariamente (desistência a qualquer momento antes de firmado e homologado eventual acordo); informalmente (o procedimento, além das regras, princípios e delineamentos básicos, não possui outras regras, é oral e não produz documentos).

Apenas o resultado da sessão é reduzido a termo a fim de receber a homologação judicial que produz título executivo. Os processos são originados dos Cejusc's (casos pré-processuais) ou das Varas comuns (processuais), cujos juízes homologam os acordos produzidos nos Cejusc's.

3.3 A Função da Mediação Familiar

¹⁶ OLIVEIRA, Maria Coleta. [et. al.] - **Mediação familiar transdisciplinar: uma metodologia de trabalho em situações de conflito de gênero** - São Paulo: Summus, 2008, p. 50.

A mediação familiar em processos que envolvam direitos de família torna-se peça fundamental para a manutenção ou reestabelecimento do diálogo entre os indivíduos, possibilitando-os tratar questões relativas a sentimentos e relações e dar enfoque prospectivo para a solução de questões práticas a partir dos interesses em comum, e não de posições estáticas baseadas em decisões sobre a melhor forma de resolver um conflito.

Ademais, devolve a indivíduos e seus familiares a possibilidade de resolver o próprio conflito a partir da perspectiva própria daquele grupo.

Referindo a questões de violência intrafamiliar, Maria Coleta explica como o método pode ser funcional: "O método baseia-se na premissa de que a violência intrafamiliar requer alternativa de intervenção pacífica e construtiva, capaz de transformar mentalidades e proporcionar novas formas de comunicação"¹⁷.

Neste momento vale ressaltar a necessidade da mediação familiar depender de mais sensibilidade do que comumente é necessário. A família em si, é envolvida por laços de afetividade, de forma que, quando um conflito emerge dentro desse sistema, as bases de convivência e os laços emocionais tornam-se melindrados pelo problema em questão. O mediador necessita de controle suficiente para manter a imparcialidade equilibrada com uma alta dose de empatia.

A imparcialidade não pode transformar a sessão de mediação em descaso com as necessidades expostas. Existe sim a conveniência clara da validação dos sentimentos, das situações encontradas, porém, sem se identificar um dos polos com razão. Assim, a imparcialidade deve estar embasada na inexistência de responsabilidade do mediador pela solução do conflito, que deve ser totalmente empoderada pelas partes, resguardada apenas a legalidade.

Maria Coleta faz um alerta objetivo para os mediadores:

Porém, as pessoas que demandam de assistência na área da família trazem situações, emoções e experiências de vida complexas e com conteúdos distintos, cuja identificação deve ser feita sem reduções e cuja tradução não deve trair seu sentido. Por isso, é fundamental que todas as pessoas envolvidas no trabalho tenham capacitação em mediação, independentemente do nível de contato que venham a ter com quem procura o serviço¹⁸.

A mediação realizada de forma adequada deve validar os sentimentos dos envolvidos, buscar o interesse de ambos, e auxiliar a satisfação mútua com uma solução encontrada que partirá deles. No decorrer da sessão é pertinente que o mediador traga na conversa realizada as

¹⁷ OLIVEIRA, Maria Coleta. [et. al.] - **Mediação familiar transdisciplinar**: uma metodologia de trabalho em situações de conflito de gênero - São Paulo: Summus, 2008, p. 48.

¹⁸ *Ibidem*, p. 50.

fases do divórcio, e a responsabilidade dos pais com os filhos, posterior o término da relação conjugal.

Essas intervenções realizadas pelo mediador auxiliam as partes a entenderem o que está acontecendo, e em que estágio se encontram, assim pode haver maior facilidade de um questionamento intrínseco para o início do desenvolvimento de uma busca de solução em conjunto.

A autocomposição assistida pelo mediador torna-se apropriada para as partes verificarem que há possibilidade de restabelecer a comunicação, tornando-se desnecessário o julgamento sem conhecimento da real circunstância, dada pelo juiz.

4 RELATO DE EXPERIÊNCIA – CEJUSC PONTA GROSSA - PR

Trata-se de sessão de mediação familiar ocorrida em 21 de setembro de 2015, a partir de 15h30min, no CEJUSC situado na cidade de Ponta Grossa, Estado do Paraná, conduzida pela pesquisadora.

Iniciada a sessão, foi realizada a apresentação da mediadora e solicitado que as partes dissessem como preferiam ser chamadas. Executada na sequência a declaração de abertura e, confirmada a aceitação das partes quanto às regras, foi dada a palavra para a senhora C.P.S¹⁹, que havia dado início à demanda na Vara de Família.

A senhora C.P.S relatou que havia a necessidade de rever os valores pagos em razão de alimentos oferecidos pelo senhor C.L.M²⁰ em favor das filhas que tiveram, fruto da relação fíndia.

A senhora demonstrou a preocupação com o futuro das filhas, uma de 17 anos e outra de 14, relatando ser difícil arcar com as despesas da filha mais velha, que entrara na faculdade, mesmo com esta trabalhando. Achava que seria melhor se a filha só estudasse, mas não tinha condições. Relatou situações que retratavam sentimentos de mágoa e entristecimento das filhas em relação ao pai pela dificuldade financeira em que viviam. Solicitava o pagamento em razão de alimentos no valor de dois salários mínimos e requeria a guarda das filhas, que ainda constava em posse do pai por deferimento anterior, em juízo.

Na sequência, foi disponibilizada a palavra ao senhor C.L.M, para relatar. Este descreveu que na época em que foi realizado o acordo de pagamento de pensão e guarda, não detinha condições suficientes para custear o sustento das filhas, porém a senhora C.P.S não quis ficar com as meninas por não ter como criá-las, assim ficando o pai com a guarda das mesmas.

¹⁹ O nome da parte foi omitido em razão de segredo de justiça.

²⁰ O nome da parte foi omitido em razão de segredo de justiça.

Posteriormente, o senhor C.L.M melhorou sua condição financeira, e as filhas solicitaram para o pai morarem com a mãe por tempo indeterminado, que estendeu-se até o dia da sessão. Reconheceu a criação e educação dada pela mãe às meninas, e que, por esse motivo não teria problema em repassar a guarda das filhas para C.P.S, sendo que já encontravam-se com ela, mas alertou que, em virtude dos rendimentos que obtêm, o máximo que poderia ser pago de pensão seria o valor de 33% do seu rendimento, estimado em R\$ 1.500,00.

Sendo assim, baseado, na situação que ambos colocaram, com o auxílio da mediadora, as partes decidiram acordar que o mediando C.L.M pagará o valor fixado em 33% de seus rendimentos, somado a gastos extras que as filhas eventualmente tenham e solicitem para o pai que seja pago; a guarda foi concedida à mãe; e as visitas ficaram abertas para que o pai viesse quando pudesse, devido a rotina de constante trabalho.

Durante a mediação, pode-se notar que, a partir dos estímulos realizados pela mediadora, através de técnicas de validação de sentimento, recontextualização e audição de propostas implícitas, desenvolveu-se de forma natural a obtenção de uma solução que foi satisfatória para ambas as partes.

As técnicas auxiliaram na organização do pensamento das partes, bem como no entendimento de questões implícitas que não estavam resolvidas e que foram tratadas durante a sessão. Após a fala de cada parte, a mediadora realizou resumo quanto aos sentimentos, interesses e questões a serem trabalhados para solução do conflito.

A partir disso, as partes esclareceram situações e motivações de suas atitudes perante as mesmas, o que motivou mudança de postura e aceitação da parte oposta e, assim, facilitou sua aceitação quanto a pedidos da outra.

A sessão foi finalizada após a assinatura das partes no termo de acordo, que posteriormente foi juntado ao processo para homologação judicial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A mediação judicial familiar está estruturada a partir de princípios e regras instituídos em resolução que orienta a política pública do Judiciário quanto à solução de conflitos, firmada sobre a autocomposição, a partir do entendimento de que o acesso à Justiça depende do tratamento de questões não tuteladas pelo processo comum, dependendo do empoderamento das partes.

As técnicas e procedimento oferecidos pela mediação são adequadas às questões de família, uma vez que permitem um ambiente seguro e que facilita o diálogo a partir do reconhecimento e recontextualização de situações, permitindo a criação de empatia e de

retomada de situações de conflito enquanto oportunidades de retomar relações.

Os resultados da mediação dependem do grau de voluntariedade da parte e da qualidade das técnicas empregadas, portanto das capacidades e habilidades pessoais e da formação dos mediadores.

A experiência relatada demonstra que a mediação torna o Judiciário capaz de absorver as demandas sociológicas existentes de forma implícita em processos judiciais, possibilitando soluções de conflitos, e não apenas de processos, efetivando o objetivo do Acesso à Justiça, ou seja, a pacificação social.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA**. Azevedo, André Gomma de (Org.). Manual de Mediação Judicial, 5ª Edição. Brasília, 2015.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

RUBIN, Jeffrey; PRUITT, Dean.; KIM, Sung. **Social Conflict: Escalation, Stalemate and Settlement**. New York: McGraw-Hill, 1994.

GRUNSPUN, Haim. **Mediação Familiar: O mediador e a separação de casais com filhos**. 1ª ed., São Paulo: LTR, 2000.

HILL, Flávia Pereira. **Teoria geral da mediação. À luz do projeto de lei e do direito comparado**/ Humberto Dalla Bernadina de Pinho (coord) - [et. al.] – Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

HILL, Flávia Pereira. Teoria geral da mediação. À luz do projeto de lei e do direito comparado/ Humberto Dalla Bernadina de Pinho – coordenador - [et. al.] – Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 105. In.: **Código de ética para Mediadores**. Disponível em: <www.conima.org.br> Acesso em: 19 dez. 2006.

OLIVEIRA, Maria Coleta. [et. al.] - **Mediação familiar transdisciplinar: uma metodologia de trabalho em situações de conflito de gênero** - São Paulo: Summus, 2008, p. 48.

OLSON, David H. **Circumplex Model of Marital & Family Systems**. Disponível em: <<http://www.uwagec.org/erurfamilies/ERFLibrary/Readings/CircumplexModelOfMaritalAndFamilySystems.pdf>>, p. 3. Acesso em: 24/09/15.

STOLZE GAGLIANO, P. PAMPLONA FILHO, R. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2011.

WARAT, Luis Alberto. **O Ofício do mediador** – Florianópolis: Habitus, 2001.

A DISCUSSÃO DA MAIORIDADE PENAL SOB A ÉGIDE DA DECLARAÇÃO UNIVERSAL SOBRE BIOÉTICA E DIREITOS HUMANOS DA UNESCO

Caroline Taffarel Stefanello¹

Patricia Luzia Stieven²

Resumo: Estudar e entender a razão pela qual se discute uma possível redução da maioridade penal no Brasil mostra-se de grande valia para o momento em que vivemos. Buscar entender a compatibilidade existente entre a possível redução e os direitos estabelecidos pela Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos da UNESCO é de suma importância. Para tanto, o presente estudo trata-se de uma busca bibliográfica, realizada através de pesquisas, leituras, análises e interpretação. O qual reafirma o confronto existente entre a redução da maioridade penal e os direitos das crianças e adolescentes, uma vez que os interesses e o bem-estar do indivíduo devem prevalecer às demais conveniências da ciência e da sociedade, entendendo que tal redução não pode basear-se no argumento de que os adolescentes ficam impunes, pois quando autores de atos infracionais são submetidos a medidas socioeducativas estabelecidas pelo ECA.

Palavras-chave: Criança; Adolescente; Maioridade penal; Bioética; Direitos humanos.

INTRODUÇÃO

A busca deste trabalho é a temática da criança e do adolescente, diante da discussão da redução da maioridade penal, à luz da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos da UNESCO, que, objetiva esclarecer se a possibilidade de redução da maioridade penal no Brasil se faz compatível com os direitos preconizados pela Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos da UNESCO, a fim de conhecer o real direito por ela assegurado, uma vez que, o estudo deste tema, por ser de grande importância, faz-se necessário, como também, o compromisso de levá-lo ao conhecimento de todos os demais estudiosos, pesquisadores e leigos do mundo jurídico.

Tratar de entender os motivos que levam a essa discussão é indispensável, entretanto, ter o conhecimento do posicionamento da Bioética e dos preceitos estabelecidos dentro da Declaração de Direitos Humanos é ainda de maior importância. Da mesma forma, examinar e investigar quais as possibilidades da redução da maioridade penal em trazer benefícios ao menor infrator e à sociedade é imprescindível para qualquer estudo acerca deste tema. Para tanto, busca-se atender a seguinte questão norteadora: Qual a compatibilidade existente entre a discussão da redução da maioridade penal no Brasil e os direitos das crianças e adolescentes preconizados pela Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos da UNESCO?

¹ Acadêmica do VI Semestre do Curso de Direito, URI – Câmpus Frederico Westphalen

² Pesquisadora em Direitos Fundamentais Cíveis e Biodireito. Mestranda em Direitos Fundamentais (Unesc/Chapecó-SC). Especialista em Função Social do Direito (Unisul/Tubarão-SC). Professora universitária na URI/FW. Advogada

O presente trabalho apresentará um breve histórico da evolução dos direitos das crianças e dos adolescentes no mundo, abordando os conceitos de direitos humanos, condição de dignidade da pessoa humana e garantias fundamentais dos indivíduos.

Estudará os princípios gerais estabelecidos pela referida Declaração, bem como aqueles previstos pela Organização das Nações Unidas (ONU), na Declaração dos Direitos da Criança, fazendo uma reflexão destes ao que se alude à defesa dos direitos e garantias fundamentais das crianças e adolescentes, numa perspectiva direcionada à análise da discussão da redução da maioridade penal.

Buscará, na Convenção sobre os Direitos da Criança, promulgada no Brasil em 1990, suportes para assegurar os direitos e garantias necessários para a proteção desta, visando à preservação de seu bem estar e da condição de indivíduo dotado de dignidade humana. Analisando também a previsão legal que constitui o Estatuto da Criança e do Adolescente, visando compreender as garantias das crianças e dos adolescentes por este assegurado.

Dessa forma, uma vez que, a norma surge para proteger um direito, ou para punir a quem o fere, qualquer meio que possa ferir os direitos das crianças e adolescentes deve com toda a convicção, ser motivo de intensa atenção, estudo, reflexão e debate, o que vem para justificar ainda mais a importância da realização do presente estudo, o qual se apresenta como indispensável nos dias em que vivemos, já que, as crianças de hoje serão os adultos do amanhã.

1 DESENVOLVIMENTO

Após duas décadas de regime ditatorial, o processo de redemocratização promoveu no Brasil a emergência dos ideais de afirmações dos direitos humanos infanto-juvenis. Diante de uma conjuntura internacional favorável, o Brasil eleva a criança e o adolescente ao status de prioridade absoluta, reconhecendo sua condição de pessoa em especial processo de desenvolvimento (ALENCAR, 2012).

Em 1959, a Organização das Nações Unidas proferiu a Declaração dos Direitos da Criança, que passou a considerá-la como sujeito coletivo de direito, estabelecendo diversos princípios que fazem referência aos direitos das crianças:

[...] Princípio I: Universalização dos direitos a todas as crianças, sem qualquer discriminação; Princípio II: As leis devem considerar a necessidade de atendimento do interesse superior da criança; Princípio III: Direito a um nome e a uma nacionalidade, devendo ser prestada assistência à gestante; Princípio IV: A criança faz jus a todos os benefícios da previdência social, bem como de desfrutar de alimentação, moradia, lazer e outros cuidados especiais; Princípio V: Aqueles que necessitarem devem receber cuidados especiais (como ocorre com as crianças com necessidades especiais), bem como de receber amor e cuidado dos pais; Princípio VI: Criança

deverá crescer sob o amparo de seus pais, em ambiente de afeto e segurança, podendo a criança de tenra idade ser retirada de seus pais somente em casos excepcionais; Princípio VII: Direito à educação escolar; Princípio VIII: criança deve figurar entre os primeiros a receber proteção e auxílio; Princípio IX: Criança faz jus à proteção contra o abandono e a exploração no trabalho; Princípio X: Criança deve crescer dentro de um espírito de solidariedade, compreensão, amizade e justiça entre os povos (ROSSATO, 2012).

Com a promulgação da Convenção sobre os Direitos da Criança (BRASIL, 1990), esta ganhou maior ênfase e preocupação por parte da sociedade, e em seu artigo 3º estabeleceu-se:

1. Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança.
2. Os Estados Partes se comprometem a assegurar à criança a proteção e o cuidado que sejam necessários para seu bem-estar, levando em consideração os direitos e deveres de seus pais, tutores ou outras pessoas responsáveis por ela perante a lei e, com essa finalidade, tomarão todas as medidas legislativas e administrativas adequadas.
3. Os Estados Partes se certificarão de que as instituições, os serviços e os estabelecimentos encarregados do cuidado ou da proteção das crianças cumpram com os padrões estabelecidos pelas autoridades competentes, especialmente no que diz respeito à segurança e à saúde das crianças, ao número e à competência de seu pessoal e à existência de supervisão adequada.

Esse norte, reflete o pensamento de que o interesse e o bem estar da criança devem ser prioridades, ressaltando que o Estado tem o dever de assegurar a toda criança a proteção e o cuidado que necessitar, considerando os direitos e deveres de seus pais ou responsáveis ao tomar medidas legislativas e administrativas. Ficando, ainda, sob a responsabilidade do Estado, o reconhecimento do cumprimento das instituições, serviços e estabelecimentos, que estes sejam efetivos no cuidado ou proteção às crianças. Entretanto, sabe-se que a realidade vivenciada atualmente foge à regra prevista na legislação.

Contudo, sabe-se que os Direitos Humanos são universais e se projetam cada vez mais, mantendo seu caráter de temporalidade, “sendo, portanto, *históricos*, não definitivos, exigindo a todo instante, não apenas o reconhecimento de situações novas, como também a moldagem de novos instrumentos de resguardo e efetivação” (MORAIS, 2011, grifo do autor).

Dessa forma, é certo que as crianças e os adolescentes gozam de todos os direitos reconhecidos a todo ser humano, porém, “além dos direitos estendidos a todas as pessoas em geral, a Criança e o Adolescente possuem proteção característica por apresentarem a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento” (RICHTER, 2006), a citar, o direito fundamental de tutela da liberdade, direito à convivência familiar, direito ao não-trabalho, direito à profissionalização.

Nessa perspectiva, diante de um vasto rol de direitos das crianças e adolescentes, a discussão da possibilidade da redução da maioridade penal no Brasil abre diversas portas para inúmeros debates e trocas de ideias, tendo em vista que tal discussão afeta diversos olhares sobre um mesmo fato, o que gera fortes conflitos e impactos para a sociedade.

A título conceitual, conforme estabelecido no artigo 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990), “considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade”, sendo estes inimputáveis às penas aplicadas aos adultos, cabendo-lhes a realização de medidas socioeducativas.

Edson Sêda (2007) entende que a capacidade humana se constrói ao longo de toda a evolução da infância, prosseguindo no evoluir da vida adulta. Afirma, ainda, que cada criança e cada adolescente cria nas relações que mantém ao seu redor, seus princípios íntimos, individuais, intransferíveis, de cidadania, de mal-estar ou de produção do bem comum.

Assim, esse contexto leva-nos a entender que a criança e o adolescente colhem do meio em que vivem todos aqueles princípios que irão constituir sua personalidade, onde sua capacidade humana é formada ao longo de seu desenvolvimento. Tal informação nos leva a pensar quais os benefícios e ganhos, sociais e morais, que um adolescente de 16 anos, preso com um delinquente de 30 anos, irá conseguir converter para a formação de sua identidade pessoal.

Richter (2006) menciona certos conceitos de Paulo Gustavo Gonet Branco, fazendo a distinção entre a capacidade de direito e a capacidade de fato, destacando que a primeira é a aptidão para ser titular de direitos e obrigações, enquanto que a segunda é a aptidão concreta para o seu exercício. Trazendo ainda como exemplo, o fato de que uma criança pode ser titular do direito de propriedade, sem ter capacidade para exercer as faculdades peculiares a esse direito.

Ainda utilizando dos argumentos de Branco, Richter (2006) apresenta a justificativa para se respeitar tal distinção:

Quanto aos direitos fundamentais que não implicam exigências de conhecimento ou tomada de decisão, não seria possível cogitar da distinção entre capacidade de fato e capacidade de direito, pois o direito fundamental não poderia ser visto como dependente de limitação de idade, já que a sua fruição não dependeria da capacidade intelectual do titular. Seria o caso do direito à vida ou à integridade pessoal. Outros direitos, que não prescindem de um grau de maturidade para serem exercidos, teriam a sua titularidade vinculada às exigências de idade mínima, fixadas na lei civil.

Tal explicação faz pontuar a questão na qual a criança ou o adolescente não possui capacidade de fato para se responsabilizar, penalmente, por possíveis atos infracionais

cometidos, uma vez que, por ser tratarem de direitos complexos, requer a existência de um grau de maturidade superior para a devida compreensão dos fatos, o que justifica a exigência de idade mínima, estabelecida por lei.

Segundo o entendimento de Saraiva, Koerner Júnior e Volpi (2006), o conceito de responsabilidade penal para os jovens nos sistemas jurídicos, em seu começo, não deverá ser fixado numa idade demasiado precoce, levando-se em consideração as circunstâncias que acompanham a maturidade emocional, mental e intelectual destes.

Entendendo, assim, que não é viável a responsabilização penal para jovens em idade precoce, uma vez que estes não possuem sua maturidade formada, não possuindo plena compreensão dos atos praticados, bem como das consequências destes.

Vale ressaltar aqui, a análise do artigo 227 da Constituição Federal, que expressa:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, 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 (NERY JUNIOR e NERY, 2013, p. 42).

De maneira semelhante, apresenta-se o artigo 4º, do ECA (1990):

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

Nota-se que tanto o Estatuto da Criança e do Adolescente, quanto a Constituição Federal, “veem a Criança e o Adolescente como cidadãos merecedores de direitos próprios e especiais, em razão de sua condição específica de pessoas em desenvolvimento, que estão a necessitar de uma proteção especializada, diferenciada e integral” (RICHTER, 2006).

Se ambos dispositivos legais tratam as crianças e os adolescentes como prioridades absolutas, especificando um amplo rol de direitos peculiares à condição de indivíduos em desenvolvimento que são, o que justifica tamanhas discussões acerca da redução da maioridade penal? Tais discussões possuem fundamentos legais relevantes para tanto?

A Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, a qual, entre outros objetivos, visou incorporar os princípios que norteiam o respeito pela dignidade humana, pelos

direitos humanos e pelas liberdades fundamentais, estabeleceu em seu artigo 3º, 1 e 2, respectivamente, que “a dignidade humana, os direitos humanos e as liberdades fundamentais devem ser plenamente respeitados”, bem como “os interesses e o bem-estar do indivíduo devem prevalecer sobre o interesse exclusivo da ciência ou da sociedade” (UNESCO, 2005).

Para Cruz, Oliveira e Portillo (2010), a Declaração:

[...] define sua vocação orientadora com base nas legislações internacionais sobre direitos humanos, respeito à dignidade humana e às liberdades fundamentais como essencial para o desenvolvimento dos princípios bioéticos nela apresentados. No preâmbulo, reconhece a liberdade da ciência e da pesquisa, enfatiza que os desenvolvimentos científicos e tecnológicos devem sempre buscar promover o bem-estar dos indivíduos, famílias, grupos ou comunidades e da humanidade como um todo no reconhecimento da dignidade da pessoa humana e no respeito universal e observância dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, sendo a sensibilidade moral e a reflexão ética essenciais a esse processo de desenvolvimento.

Expressa-se que a supracitada Declaração atua como base orientadora para as legislações internacionais que versam sobre direitos humanos, respeito à dignidade humana e às liberdades fundamentais, estabelecendo que os desenvolvimentos científicos e tecnológicos devem visar sempre a promoção do bem estar dos indivíduos, famílias, grupos ou comunidades, reconhecendo a dignidade da pessoa humana, respeitando os direitos humanos e as liberdades fundamentais.

Em seus artigos 10º e 11º, respectivamente, traz expresso que:

Artigo 10º - A igualdade fundamental de todos os seres humanos em dignidade e em direitos deve ser respeitada para que eles sejam tratados de forma justa e equitativa.

Artigo 11º - Nenhum indivíduo ou grupo deve, em circunstância alguma, ser submetido, em violação da dignidade humana, dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, a uma discriminação ou a uma estigmatização (UNESCO, 2005).

Ao tratar da igualdade, justiça e equidade, a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos preocupou-se em deixar claro que todos devem ser tratados de forma justa e equitativa, para que seja assim efetiva a igualdade fundamental de todos os seres humanos em dignidade e direitos. Fazendo-nos refletir se é justo com a dignidade humana e a liberdade fundamental do adolescente, que ainda não possui completa maturidade, ser julgado e submetido a tratamentos aplicáveis aos adultos.

Demonstra, ainda, que nenhum indivíduo pode ser submetido à discriminação ou acusação/condenação, em quaisquer circunstâncias, que violem sua dignidade humana, seus direitos humanos e suas liberdades fundamentais.

No que se refere à exclusão dos atos contrários aos direitos humanos, às liberdades fundamentais e à dignidade humana, previsto no artigo 28 da Declaração em estudo, tem-se a

previsão de que nenhuma disposição nela presente pode ser interpretada e invocada para uma atividade ou prática de algum ato que vise fins contrários aos direitos humanos, às liberdades fundamentais e à dignidade humana.

Nessa perspectiva, apresentemos o pertinente entendimento de Möller (2007):

Em suas Disposições Finais, no art. 28, a Declaração de 2005 prevê a salvaguarda dos direitos humanos, das liberdades fundamentais e da dignidade humana com relação à interpretação, afirmando que nenhuma de suas disposições pode ser interpretada no sentido de conferir a um Estado, grupo ou indivíduo direito a empreender atividades ou realizar atos contrários àqueles valores. Não obstante, parece-nos claro que os princípios universais proclamados na Declaração possuem certo grau de abertura com relação à determinação de seus conteúdos. Os contextos culturais particulares, assim como as peculiares circunstâncias presentes em casos concretos envolvendo questões bioéticas, podem influir legitimamente na definição de um conteúdo de dignidade humana ou de determinada liberdade fundamental, sem implicar a negação da idéia essencial que dá forma a tais valores.

Em tal contexto, Möller (2007) pontua os princípios gerais de caráter internacionais presentes na Declaração:

[...] dignidade e direitos humanos; autonomia e responsabilidade individual; consentimento; respeito da vulnerabilidade humana e da integridade pessoal; privacidade e confidencialidade; igualdade, justiça e equidade; não discriminação e não-estigmatização; respeito da diversidade cultural e do pluralismo; solidariedade e cooperação; responsabilidade social e saúde; aproveitamento partilhado dos benefícios; proteção das futuras gerações (em particular de sua constituição genética); e proteção do meio-ambiente, da biosfera e da biodiversidade.

É possível concluir, que tais princípios servem como base para toda e qualquer forma de defesa dos direitos e garantias do ser humano. Vale ressaltar, que ao prever o princípio da proteção das futuras gerações, encontramos mais um alicerce na defesa dos direitos da criança e do adolescente, bem como um argumento de extrema relevância, em contrariedade à redução da maioria penal.

Esses princípios devem reger tanto as decisões dos Estados ao formular sua legislação e suas políticas quanto às ações dos indivíduos, grupos e comunidades. Ao associar-se a esse documento internacional, o ECA, como já visto, preconiza prioridade absoluta à criança e ao adolescente com vistas à sua proteção integral. Dessa forma, verifica-se que o Brasil possui uma legislação atenta à proteção de situações de violências vivenciadas por crianças e adolescentes. A identificação, o enfrentamento e o combate da violação dos direitos das crianças e adolescentes não constituem apenas um compromisso bioético, mas também representam uma tarefa legal, tendo em vista a garantia do cumprimento da lei (SIQUEIRA, ALVES, LEÃO, 2012).

Isso tudo reafirma o posicionamento contrário à redução da maioridade penal, uma vez que se a dignidade humana, os direitos humanos e as liberdades fundamentais devem ser plenamente respeitados e da mesma forma que os interesses e o bem-estar do indivíduo devem prevalecer aos demais interesses, entende-se, assim, que os direitos humanos e o bem-estar do adolescente devem sobressair aos demais interesses da sociedade, pois estando presos e sendo tratados como adultos, esses adolescentes estarão tendo seus direitos violados, o que resultará num grave prejuízo na formação de sua cidadania subjetiva.

Entretanto, sabe-se que é constante o equívoco de acreditar que os jovens infratores ficam impunes, e muitas vezes confunde-se sua situação de incapacidade com a condição de inimputabilidade daqueles que sofrem de incapacidade mental. Nesse sentido, Saraiva (2013), conclui que:

Todavia, há quem, desconhecendo o sistema de responsabilidade penal juvenil contemplado no Estatuto da Criança e do Adolescente, corolário da normativa internacional que regula a matéria, insista em confundir inimputabilidade penal com impunidade, pleiteando a extensão do Sistema Penal Adulto ao adolescente em conflito com a Lei, buscando a redução da idade de imputabilidade penal, fixada em dezoito anos.

O ECA estabelece um mecanismo de sancionamento, de caráter pedagógico em sua concepção e conteúdo, em sua forma, retributivo, articulado sob o fundamento do garantismo penal e de todos os princípios norteadores do sistema penal, enquanto instrumento de cidadania, fundado nos princípios do Direito Penal Mínimo (SARAIVA, 2013).

Assim, Saraiva (2013) ensina que “a crise no sistema de atendimento a adolescentes infratores privados de liberdade no Brasil só não é maior que a crise do sistema penitenciário, para onde se pretendem transferir os jovens infratores de menos de dezoito anos”.

Tais argumentos apontam que aqueles que desconhecem o sistema de responsabilidade penal dos jovens, de forma equivocada, acreditam que os mesmos ficam impunes de seus atos, convencendo-se de que a redução da maioridade penal seja a solução quando não é, o que se confirma ao saber da crise do precário sistema penitenciário brasileiro.

O sistema dos adolescentes não deixa de ter “um perfil prisional em certo aspecto, pois é inegável que do ponto de vista objetivo, a privação de liberdade decorrente do internamento faz-se tão ou mais aflitiva que a pena de prisão do sistema penal” (SARAIVA, 2013).

Em tal contexto, nota-se que vários indicadores apontam falhas no sistema, e a inviabilidade da redução da maioridade penal, uma vez que tal discussão vai de encontro aos direitos e garantias preconizados pelos diversos documentos de alcance internacional, bem como aqueles estabelecidos pela Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos,

visando assegurar o direito à dignidade humana, à liberdade fundamental e aos interesses individuais.

Acreditar que a redução da maioria penal se fundamenta no argumento que o adolescente infrator fica impune é inaceitável, pois o ECA estabelece diversas medidas socioeducativas a esses adolescentes, os quais podem até mesmo ser submetidos à internação em estabelecimento educacional, o que não pode ser justificativa para uma possível redução da maioria penal no Brasil, visto que lugar de criança e adolescente é nas escolas como instituições de ensino, e não nas escolas do crime, como são hoje consideradas as penitenciárias do sistema carcerário brasileiro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como conclusão, verifica-se que a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos da UNESCO é um pontapé inicial para a defesa de todo e qualquer direito que esteja exposto a algum tipo de violação, tendo em vista que a mesma estabelece que a dignidade e os direitos humanos, bem como as liberdades fundamentais, devem ser plenamente respeitados, como também que os interesses individuais devem se sobressair aos interesses da sociedade.

Nota-se que os princípios previstos na Declaração dos Direitos da Criança da ONU complementam-se aos estabelecidos pela Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos da UNESCO, formando fortes bases para a defesa dos direitos das crianças e dos adolescentes na discussão da possibilidade da redução da maioria penal no Brasil.

Também na Convenção sobre os Direitos da Criança, promulgada pelo Brasil em 1990, estabelece-se que o interesse e o bem estar da criança devem ser prioridades, sendo dever do Estado assegurar a toda criança a proteção e o cuidado que necessitar. Vale ressaltar que tanto o Estatuto da Criança e do Adolescente, quanto a Constituição Federal, veem a Criança e o Adolescente como cidadãos dignos de direitos próprios e especiais, em razão de sua condição peculiar de pessoas em desenvolvimento, que necessitam de uma proteção especializada, diferenciada e integral.

Em tal contexto, entende-se que a redução da maioria penal fere os direitos humanos e as liberdades fundamentais das crianças e adolescentes, uma vez que estes constituem sua personalidade e cidadania ao longo da evolução de sua infância e adolescência, baseadas nas relações estabelecidas no meio social em que vivem. Sendo assim, um adolescente, que ainda não possui seu discernimento completo, se for preso e receber os mesmos

tratamentos que os adultos, terá gravemente violado o seu direito ao pleno desenvolvimento, e da mesma forma, sofrerá restrições na construção de sua capacidade humana.

Sem dúvidas, este é um tema que ainda ensejará inúmeras discussões, pois gera marcantes confrontos de interesses e opiniões. No entanto, devemos em todas as hipóteses, primordialmente, zelar pelos direitos e bem-estar de nossas crianças e adolescentes, uma vez que são estes que irão construir o futuro que almejamos, e cabe a nós a responsabilidade de educá-los de maneira que se tornem adultos melhores e capazes de criar, no amanhã, uma sociedade melhor que a em que vivemos hoje.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, V. S. Violência sexual contra crianças e adolescentes: para além do direito penal. **Espaço Jurídico**/Universidade do Oeste de Santa Catarina, Joaçaba, v. 13, n. 2, p. 269-280, jul./dez. 2012. p. 270-271.

BRASIL. **Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990**. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em: 25 ago. 2015.

_____. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/18069.htm>. Acesso em: 26 ago. 2015.

CRUZ, M. R; OLIVEIRA, S. L. T; PORTILLO, J. A. C. **A Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos** – contribuições ao Estado brasileiro. *Revista Bioética*, 2010; 18 (1): 93 – 107. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/538/524>. Acesso em: 27 ago. 2015.

UNESCO. **Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos**. Comissão Nacional da UNESCO – Portugal, 2005. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146180por.pdf>>. Acesso em: 10 mai. 2015.

MÖLLER, L. L. Bioética e direitos humanos: delineando um biodireito mínimo universal. **Filosofazer**. Passo Fundo, n. 30, p. 153-172. jan./jun. 2007. Disponível em: <http://www.unesp.br/observatorio_ses/mostra_arq_multi.php?arquivo=7902>. Acesso em: 27 ago. 2015.

MORAIS, J. L. B. **As crises do estado e da constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 86.

NERY JUNIOR, N; NERY, R. M. de A. **Constituição Federal comentada e legislação constitucional**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 921.

RICHTER, D. **As cláusulas pétreas constitucionais como elementos fundamentais para o enfrentamento do problema da redução da idade à responsabilização penal.** nov. 2006. 224 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2006.

ROSSETO, L. A; LÉPORE, P. E; CUNHA, R. S. **Estatuto da criança e do adolescente comentado:** Lei 8.069/1990: artigo por artigo. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 59-60.

SARAIVA, J. B. C. **Adolescente com conflito com a lei:** da indiferença à proteção **integral:** uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil. 4. ed. rev., e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 94-103.

SÊDA, E. **A criança, a Polícia e a Justiça:** o crime, a prevenção, a repressão e a ética. Edição Adês. Rio de Janeiro: MMVII, 2007. p. 15.

SIQUEIRA, A. C; ALVES, C. F; LEÃO, F. E. A violação dos direitos da criança e do adolescente na perspectiva de professores. **Psicologia:** teoria e prática, São Paulo, vol.14, n. 3, dez.2012. Disponível em:
<http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-36872012000300005>. Acesso em: 26 ago. 2015.

VOLPI, M (Org.); SARAIVA, J. B; KOERNER JÚNIOR, R. **Adolescentes privados de liberdade:** a normativa nacional e internacional & reflexões acerca da responsabilidade penal. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2006. p. 42.

DIREITOS HUMANOS E A HUMANIZAÇÃO DAS PENAS

Claudionei Vicente Cassol
Paula Marcolan Toso

INTRODUÇÃO

Durante muitos séculos o homem viveu à mercê de regras ditadas por seus superiores, ou seja, os detentores do poder político e econômico. Não havia nenhuma garantia de direitos, seja de propriedade, seja de seu próprio corpo. Devido a esse fato, o mesmo sentiu-se obrigado a lutar por seus sentimentos de igualdade entre os demais seres de sua espécie. Graças a isso, a história do direito foi construída por revoluções e movimentos sociais promulgados para a satisfação dos desejos do homem de gozar de seus direitos, sem sentir-se oprimido pelos detentores do poder.

Para que a garantia desses direitos fosse íntegra, foi necessária a criação de um documento que gerasse uma proteção aos direitos dos indivíduos (na época ainda haviam restrições, uma vez que a classe baixa não gozava dessa série de normas protetivas). O primeiro documento escrito, que restringia o poder da monarquia foi a chamada *Magna Charta Libertatum*, de 1215, seguida pela *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, (Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão) de 1789, Nesse período, surgiram as primeiras concepções do que hoje conhecemos por direitos humanos, que nada mais presam do que a proteção da dignidade de todos os seres humanos pelo simples fator de ter nascido como tal.

Por fim, deve-se salientar que na era contemporânea, o homem procura meios para que não haja retrocesso em relação à aplicação das penas. O caminho para a humanização das penas e a diminuição da reincidência criminal estão começando a ser construídas através de críticas as penas que têm como objetivo intimidar a sociedade, a qual está tomando consciência de que a solução para diminuir a criminalidade e a violência não é a pena privativa de liberdade, mas sim, a prevenção ao crime bem como a reincidência delituosa.

METODOLOGIA

A pesquisa é bibliográfica, com enfoque qualitativo, procurando explicar o problema a partir de referências teóricas sobre a necessidade de discussão sobre quais as medidas devem ser tomadas para que a garantia da dignidade seja atribuída a todos os seres humanos, sem distinção de qualquer natureza, conforme prega a Constituição Federal (1988)

RESULTADOS E DISCUSSÕES

A CF Brasileira de 1988, prevê algumas penas que são proibidas no Brasil, em razão do princípio da humanização das penas. É necessária a proibição constitucional de algumas espécies de pena em razão de, apesar de o apenado ser condenado pela prática de um crime, seja ele qual for, o mesmo, permanece com a dignidade, porém isso não faz parte do mundo penal, tampouco da operação jurídica relacionada com a questão da pena.

É cotidiano perceber que em muitos casos a dignidade da pessoa humana é eliminada quando se trata do cumprimento da pena, em especial, da privativa de liberdade. Há casos de presos com doenças como sarna, tuberculose, HIV, entre tantas outras, permanecerem meses padecendo sem tratamento médico devido. Além desses, existem outros problemas como alimentação inadequada, falta de higiene, etc.

O fato de o indivíduo ser condenado pela prática de um crime, não o torna desumano, ou seja, não o priva de sua dignidade, mas sim apenas dos direitos atingidos pela sentença condenatória. A condenação (e em alguns casos a mera acusação) o priva da liberdade, mas não de cuidados médicos, da alimentação, ou de todos os demais direitos assegurados na constituição, e tantos outros expressos na própria lei de execução penal.

No que tange à questão da dignidade, Kant leciona:

No reinos dos fins, tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo o preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade (...) o que se faz condição para alguma coisa que seja fim em si mesma, isso não tem simplesmente valor relativo ou preço, mas um valor inteiro, e por isso quer dizer, dignidade. Ora, a moralidade é a única condição que pode fazer de um ser racional um fim em si mesmos, pois só por ela lhe é possível ser membro legislador do reino dos fins. Por isso, a moralidade e a humanidade enquanto capaz de moralidade são as únicas coisas providas de dignidade (2004, p. 65)

Logo, podemos entender através do pensamento de Immanuel Kant, que a vida humana tem valor por si só, independentemente de o agente ter sido autor de prática criminosa.

A Constituição Federal Brasileira de 1988 proíbe as seguintes penas: A pena de morte (salvo em casos de guerra declarada), a prisão perpétua, os trabalhos forçados, o banimento e as penas consideradas cruéis.

A prisão, ou qualquer pena de caráter perpétuo, tem sua proibição com o objetivo de garantir ao apenado uma esperança, ou seja, um estímulo de continuar vivendo, uma vez que apesar de esta modalidade de prisão, por um lado assegurar a integridade do corpo, a mesma fulmina a alma, pois o indivíduo tem ciência de que jamais terá oportunidade de ter sua vida reconstruída. Em virtude disso, o art. 75 do CP estabelece que o tempo máximo de pena

permitido no Brasil é de trinta anos, uma pena que ultrapasse esse limite será considerada perpétua, logo, é vedada pelo regimento penal Brasileiro.

Já a pena de morte, gera uma situação ainda mais agravosa, uma vez que inviabiliza completamente o sujeito de retornar ao convívio social. Outro fator agravante da pena de morte é de que a espera que o sujeito enfrenta antes de receber a pena, é considerada desumana, logo, fere todo e qualquer direito que trate da dignidade da pessoa.

A pena de trabalho forçado, também é vedada pela CF, é aquela que força o sujeito, mediante ameaça de sofrimento físico ou psíquico, realizar determinado trabalho. O banimento, ou seja, a retirada forçada do sujeito do território nacional, por sua vez, também é vedado, uma vez que é direito humano fazer parte de uma pátria.

Por fim, também é vedada a pena cruel, ou seja, aquele em que é o sujeito submetido a ilegal ou intenso sofrimento. Essa modalidade é extremamente proibida, porém, não é o que ocorre na modalidade que rege o atual sistema penal, sendo ele a pena privativa de liberdade.

Assim, pode-se perceber o quão utópica é a CF de 1988. Já que, a falta de cuidado médico, alimentação adequada, entre outras formas desumanas em que são submetidos os apenados, torna a pena privativa de liberdade em pena miseravelmente cruel. Como visto, o tratamento em que são submetidos os apenados, pode sim caracterizar penas cruéis, uma vez que estão expostos a condições insalubres de vida.

Tanto o poder executivo quanto o poder legislativo brasileiro encontram uma série de dificuldades em interpretar o que seria pena cruel, caso contrário, acatariam de maneira efetiva o disposto na CF.

De acordo com pesquisas realizadas pela Associação Nacional de Defensores Públicos (ANADep), a taxa de encarceramento no Brasil triplicou nos últimos 15 anos e a população carcerária já ultrapassa meio milhão de pessoas (513.802). Nesse contexto, 93% são homens e 48% são pessoas com idade inferior a 30 anos. Segundo o Sistema de Informações Penitenciárias do Ministério da Justiça (Infopen, 2011), os presos em grande maioria são negros, pardos e com baixa escolaridade.

Contradizendo a lei 7.210 de 11 de julho de 1984 que dispõe que o Estado deve promover a elevação da escolaridade, a assistência aos apenados, egressos e internados, bem como a profissionalização, integração ao mercado de trabalho e geração de renda, o que se verifica nos presídios é a superlotação e a falta de assistência médica e sanitária.

O sistema de progressão da pena, muitas vezes passa despercebido. Os condenados acabam cumprindo toda a pena em regime fechado, ou cumprindo mais pena do que fora condenado. Atualmente, apenas 84.816 presos trabalham, dos quais cerca de 90% realizam

atividades dentro dos estabelecimentos, e cerca de 10% atuam externamente. Somente 8% dos presos estudam. Além disso, grande parte das prisões são cautelares, ou seja, o sujeito ainda é réu, sem sentença transitada em julgado.

Os dados citados acima, não deixam dúvidas sobre a necessidade de continuar discutindo sobre a atual forma de aplicação das penas, adotada pelo regimento Brasileiro.

CONCLUSÃO

Com base nos fatos citados acima, podemos concluir que, quando se trata de matéria de pacificação do direito penal, esta não poder ser buscada através da violência, dos maus tratos e da intimidação, mas sim, pelo trabalho e pela educação.

Não deve restar dúvida que a reflexão sobre o tema e a educação é o meio máximo, mais eficaz e absoluto de se prevenir o crime e a violência.

Deve-se primeiramente, afastar a ideia de que o encarcerado está preso para que sofra as consequências da ação que cometeu. Como já visto, a vida humana tem valor por si só, e é direito de todos a garantia da oportunidade de voltar a fazer parte do corpo social como um cidadão de bem. Para que isso ocorra é necessário que a lei seja cumprida através da reforma prisional e principalmente da consciência dos indivíduos, quem devem ter ciência de que, apesar de terem contrariado a legislação penal, também precisam de tratamentos mínimos para que possam viver e cumprir sua pena com dignidade.

Referências

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2006.

BOFF, Leonardo, **O Cuidado Necessário - na Vida, na Saúde, na Educação, na Ecologia, na Ética e na Espiritualidade**, Rio de Janeiro, Vozes, 2012.

BRASIL. ANADEP (Associação Nacional dos Defensores Públicos), **Defensores Públicos: Pelo direito de recomeçar**, Secretaria de Reforma do Judiciário, Ministério da Justiça, 2011.

BRASIL. **Código Penal**.

BRASIL. **Constituição Federal**.

KANT, Immanuel, **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**; tradução de Leopoldo Holzbach, São Paulo: Martin Claret, 2004.

MIRABETE, Júlio Fabrini, **Manual de Direito Penal. V.I**, São Paulo: Atlas, 1997.

LEWIS,M.B; RANINCHESKY,S. **Desafios aos direitos humanos no Brasil Contemporâneo**, Social orgs, 2001 Disponível em: <<http://www.social.org.br/desafios.pdf>> Acesso em 20nov. 2013.

LIMA, João Batista de Souza, **As mais antigas normas de Direito**, Valença, 1980.

PLATÃO, **A República**, São Paulo, Martin Claret, 2000.

ROSSATO, Leonardo. **O individualismo e a sociedade**. Aleatório, Eventual & Livre, 2011. Disponível em: <http://leorossatto.wordpress.com/2011/11/29/o-individualismo-e-a-sociedade/> Acesso em 18 nov. 2013.

EXPERIÊNCIAS DE UM SURDO NO ENSINO SUPERIOR: A PROBLEMÁTICA DA INCLUSÃO PARA GARANTIAS REAIS DE DIREITOS.

Douglas Karnoski
Salette Casali Rocha

Resumo: Utilizando-se do método indutivo o artigo em tela tem a finalidade de investigar por meio de pesquisas realizadas em diversas partes do país, e por meio de questionário junto a um acadêmico do curso de Arquitetura e Urbanismo, as metodologias adotadas pelas instituições de ensino, para que a pessoa surda consiga aprender como as demais. Observando e questionando se as metodologias adotadas tratam o surdo na medida da sua desigualdade, apoiando e incentivando a construção do conhecimento. Tendo em vista as dificuldades que toda pessoa surda tem, analisaremos se realmente está acontecendo a integração após a inserção e inclusão do surdo dentro da sala de aula. .

Palavras-chave: Pessoa surda; Inclusão; acessibilidade; Integração.

INTRODUÇÃO

Desde os tempos antigos da humanidade as pessoas têm encontrado dificuldades em aceitar as diferenças. Os surdos, mais especificamente, sempre foram excluídos ou destituídos de sua comunidade, por diversos fatos e argumentos que os impunham falsas alegações, até sendo tratados como objeto. Conquistando direitos por todo o mundo, os surdos começaram a desenvolver atividades, trabalhar, ganhando o próprio sustento. Sua liberdade começou ser aberta, e hoje surdos estudam, e ingressam na faculdade, para que também como todos ouvintes, possam construir um conhecimento científico.

Muito se fala em igualdade de direitos, tratar os desiguais na medida de suas desigualdades, trabalhar para a inclusão social, adotar metodologias de ensino específicas para surdos, para que devido a sua forma de linguagem ser a LIBRAS, por meio de sinais, possam obter resultados iguais, mas por formas diferentes de aprendizagem, discussão que se passa durante o ensino básico, fundamental e médio.

Como observaremos, há muita discussão pela falta de instrução das pessoas surdas que, antes de adentrarem pelas portas do ensino superior, saem despreparadas para prestarem vestibular, contando também com a falta muitas vezes de um direito básico de ter intérprete de libras. Com muito esforço, conseguem alguns ingressar na graduação, contando com novos desafios e problemas.

Com a graduação vêm outros problemas, e o maior deles, é a metodologia usada pelos professores no ensino. Na grande maioria de forma expositiva, utilizando-se de argumentos que os alunos, quando entram em uma universidade, devem já saber conteúdos básicos e noções de

determinadas áreas, fugindo assim de sua função social e se distanciando da realidade, onde muitos desses alunos até mesmo ouvintes, não lembram ou não foram ensinados corretamente nem cobrados corretamente quanto a conteúdos básicos. Devendo em uma não longe utopia, o professor universitário revisar, e ajudar cada aluno, envolvido em um espírito de fraternidade e igualdade entre acadêmicos e professores.

Assim questionaremos as metodologias usadas atualmente na grande maioria das salas de aulas, e provaremos se estas, estão cumprindo com a legislação, fazendo com que o acadêmico surdo consiga se manter em uma universidade de forma igualitária para com os demais.

OBJETIVOS

O artigo em tela propõe:

- a) Analisar a metodologias de ensino nas universidades.
- b) Questionar se essas metodologias estão sendo meio de inclusão e integração.
- c) Compreender como é pensado um ensino ideal para surdos.

METODOLOGIA

A pesquisa realizada foi do tipo bibliográfica, com estudo de caso, através das experiências de um surdo acadêmico de uma universidade, por meio de questionário. Também com artigos científicos.

APRESANTANDO O PROBLEMA

A discussão que se segue é recente, sempre houve dificuldades em como trabalhar com pessoas surdas, como agir e como efetivamente incluir essas pessoas na sociedade e no mercado de trabalho.

Por meio de muita luta da comunidade surda e seus grandes aliados como pais e amigos, houve a criação da lei 10.436 de 24 de abril de 2002 que dispõe em seu Art. 3º que: "As instituições públicas e empresas concessionárias de serviços públicos de assistência à saúde devem garantir atendimento e tratamento adequado aos portadores de deficiência auditiva, de acordo com as normas legais em vigor." (BRASIL, 2002). Conforme explica GRASSI (2009, p. 13):

O Brasil fez opção pela política inclusiva e, ao concordar com a Declaração Mundial de Educação para Todos, e ao mostrar consumância com os postulados produzidos em Salamanca, (Espanha em 1994), documento de referência mundial e orientador do processo da inclusão, que defende a “importância de uma educação pautada no direito e reconhecimento da língua natural do indivíduo” e que “todas as crianças, de ambos sexos, têm direito fundamental à educação e que a ela deva ser dada a oportunidade de obter e manter nível aceitável de conhecimento” e “cada criança tem características, interesses, capacidades e necessidades de aprendizagem que lhes são próprios”.

Assim, frisando-se a lei onde assegura que as instituições públicas incluindo as universidades federais, devem fornecer atendimentos qualificados para pessoas surdas. Segundo ANSAY (2010, p. 121):

No final dos anos 90 com as políticas educacionais de inclusão escolar, houve um aumento significativo no ingresso de alunos com necessidades educacionais especiais (NEE) no ensino superior no Brasil, considerando a exclusão histórica deste alunado nas décadas anteriores. Ao analisarmos os dados do MEC/INEP (2006), relacionados à evolução de matrículas de alunos com NEE no ensino superior entre de 2003 e 2005, observamos que o número total de alunos passou de 5.078 para 11.999, mostrando um crescimento de 136% de aumento nas matrículas. Quanto aos dados referentes à inclusão de alunos surdos no ensino superior os dados mostram que o número era de 665 alunos no ano de 2003, em 2004 o número cresceu para 974 alunos e em 2005 chegou a 2.428 alunos, havendo um crescimento entre 2003 a 2005 de 265 % de matrículas desse alunado no Ensino Superior.

Também trazendo outros dados Daroque (2012, p. 24) nos diz que:

Segundo dados do MEC/INEP relativos ao censo de 2011, 8.961.724 alunos se matricularam no ensino superior brasileiro. Destes, 29.033 (0,32%) possuíam algum tipo de necessidade educacional especial (NEE), sendo 5.065 (17,44% do total) com deficiência auditiva, 2.067 (7,11%) surdos e 211 (0,72%) com surdo-cegueira.

Assim observamos que temos uma grande demanda de pessoas surdas adentrando no ensino superior. Com isso vêm algumas questões a ser resolvidas como explica Daroque (2012, p. 5) que:

Questões em relação à má formação de alunos em geral existem em todo o Brasil. Presenciamos o fato de muitas instituições de ensino superior possuírem alunos que apresentam diversas dificuldades, embora não sendo deficientes. É fundamental que haja compreensão sobre este fato para que se caminhe na direção de superar também as dificuldades que as minorias linguísticas e étnicas apresentam dentro destas instituições. Para permitir a presença dos alunos com deficiência é preciso rever as políticas públicas e, programar ações que garantam o acesso e a permanência a esses alunos.

Sabemos que há muita dificuldade na qualidade de ensino principalmente na rede pública, onde muitos alunos acabam saindo despreparados. Estes conseguiram vencer muitas barreiras como comenta ANSAY (2010, p. 126):

O aluno surdo que ingressa no Ensino Superior é um sujeito que superou barreiras de comunicação, atitudinais, econômicas e sociais. É um sujeito que ao longo de sua escolaridade construiu e apropriou-se de saberes que foram construídos historicamente possibilitando desta forma avanços em sua escolaridade. Ingressar, permanecer e concluir um curso no Ensino Superior é um grande desafio sobretudo para alunos surdos.

Ainda para ANSAY (2010, p. 126)

Para acontecer a inclusão efetivamente, não basta inserir um surdo em uma sala de aula com ouvintes, pois a presença do intérprete não significa e nem garante que haverá inclusão. Para que o intérprete consiga ter uma boa atuação, é necessário que conheça antecipadamente a disciplina que será interpretada, tendo uma boa relação também com o professor da disciplina.

Para a autora LAMB (2013, p. 89)

Vários obstáculos na comunicação entre surdos e as pessoas que ouvem acarretam uma limitação na criação de vínculos afetivos, em suas relações interpessoais, refletindo assim na construção do conhecimento e aquisição do conhecimento. O que explicaria o fator responsável pela tentativa dos surdos buscarem um lugar onde serão bem entendidos.

Nesse sentido também comenta Daroque (2012, p. 21) que:

O número de alunos surdos que conseguem chegar ao ES ainda é muito pequeno e está aumentando devido a um movimento social significativo das comunidades surdas, que passaram a se ver também com direitos à educação em sua língua. No entanto, apesar dos ganhos inegáveis deste movimento e da possibilidade de ingresso no ES, os estudantes universitários surdos ainda se deparam com a dificuldade para se apropriarem dos conteúdos acadêmicos pela falta de formação na educação básica e pelo despreparo dos profissionais.

É necessária uma visão mais real e contextual da situação das pessoas surdas dentro das universidades. Assim podendo compreender as dificuldades dessas pessoas, podemos ajudá-las a construir o conhecimento.

DIREITO A SER SURDO

Deveras importante sabermos que em nossas vidas utilizamos a todo tempo a audição, e aprendemos a falar, a ler e até pensar, falando. Os surdos são diferentes nesse aspecto, a grande maioria nunca ouviu para falar, ler e pensar como nós, por isso, a LIBRAS - Linguagem Brasileira de Sinais é utilizada como sua primeira língua, fundando suas bases no português. A linguagem dos surdos é diferente da nossa. A Libras é a língua oficial dos surdos, e segunda

língua oficial do país, (segundo a lei nº 10.436, de 24 de abril de 2002). No que se refere à língua dos surdos, para Lamb (2013, p. 36-37):

[...] é uma questão bastante polêmica, pois alguns encontram mais dificuldade em se manifestar através do Português escrito. Então, as provas e trabalhos acabam se tornando uma tarefa pesada e, até certo ponto, impactante. Presenciei professores que negaram a participação de intérpretes durante avaliações, outros que não se manifestaram mas que ficaram receosos por achar que o intérprete poderia facilitar, ou até mesmo ajudar o surdo a responder as questões da prova.

Como podemos observar, muitos professores acabam tendo atitudes errôneas de chegar a proibir o intérprete de interpretar as provas. Como o surdo irá entender a prova se ele não consegue ler todas as palavras descritas? A Libras como já dito não prevê todas as palavras existentes no dicionário de português, aí está o trabalho do intérprete, interpretar a prova de uma forma que o surdo entenda. Docentes com tais atitudes estão desconstruindo a caminhada de uma pessoa surda. Sob resultados de sua pesquisa a autora Lamb (2013, p. 36-37) comenta que:

Para os surdos, as provas são traduzidas/interpretadas para a Língua de Sinais, mas isso não significa contemplar questões culturais dos surdos. Essa situação é percebida na fala do sujeito B: *“Quando fiz vestibular no ano passado, havia uma pergunta específica sobre música. Eu não sabia a resposta. Não sei sobre questões que envolvem a música”*

Fica claro que não adianta fazer uma prova igual para todos os alunos buscando uma igualdade, alguns professores pensam que se adotarem outras metodologias para os alunos surdos, podem estar pregando segregação, todavia quando um surdo não consegue responder uma prova ou trabalhos em geral por não conseguir entender, mesmo com intérprete tentando interpretar (pois sabemos que para muitas palavras não existe sinal em Libras) há então uma desigualdade.

O artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos dispõe que: "Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade". BRASIL (2009, p. 5). Podemos então argumentar, que toda e qualquer modificação no sistema de ensino em que há barreiras e métodos ineficazes para o aprendizado da pessoa surda, deve ser pensado em espírito de fraternidade, sempre no melhor para a outra pessoa.

É de extrema importância salientar o que vem a dizer a autora Ansay (2010, p. 127):

No que se refere à inclusão de alunos surdos no Ensino Superior encontramos na PORTARIA Nº 3.284, de 7 de novembro de 2003, no artigo 2 (alínea) item III algumas recomendações:

- III - quanto a alunos portadores de deficiência auditiva, compromisso formal da instituição, no caso de vir a ser solicitada e até que o aluno conclua o curso
- a) de propiciar, sempre que necessário intérprete de língua de sinais/língua portuguesa, especialmente quando da realização e revisão de provas, complementando a avaliação expressa em texto escrito ou quando este não tenha expressado o real conhecimento do aluno;
 - b) de adotar flexibilidade na correção das provas escritas, valorizando conteúdo semântico;
 - c) de estimular o aprendizado da Língua Portuguesa, principalmente na modalidade escrita, para o uso de vocabulário pertinente às matérias do curso em que o estudante estiver matriculado.
 - d) de proporcionar aos professores acesso à literatura e informações sobre a especificidade linguística do portador de deficiência auditiva.

As instituições de ensino superior estão compromissadas a propiciar intérprete de libras, sendo essa uma exigência básica da comunidade surda. Flexibilização nas correções de provas e suas revisões, de forma extensiva também trabalhos e quaisquer atividades realizadas em sala de aula. A flexibilização é levar em consideração a dificuldade do surdo de escrever, e ponderar na correção do conteúdo semântico. A instituição deve estimular o aprendizado da língua portuguesa, fica claro que o surdo tem dificuldades naturais na escrita, então este deve receber todo o incentivo para aprender, visando seu crescimento.

O decreto Nº 5.626 de 2005 que regulamenta a lei Nº 10.436 de 2002 que dispõe sobre a Língua Brasileira de Sinais – LIBRAS que em seu capítulo VI, Art. 23 trata da garantia do direito à educação das pessoas surdas, comenta Ansay (2010, p. 128):

Por meio deste decreto pessoas surdas têm direito nas instituições federais de educação superior de receberem os serviços de tradutor e intérprete de LIBRAS. Ainda neste mesmo capítulo no inciso 2 diz: § 2º As instituições privadas e as públicas dos sistemas de ensino federal, estadual, municipal e do Distrito Federal buscarão implementar as medidas referidas neste artigo como meio de assegurar aos alunos surdos ou com deficiência auditiva o acesso à comunicação, à informação e à educação.

Ainda podemos citar a resolução CNE/CEB nº 2, de 11 de setembro de 2001, que institui diretrizes nacionais para a educação especial na educação básica. Em seu art. 11 dispõe que:

Recomenda-se às escolas e aos sistemas de ensino a constituição de parcerias com instituições de ensino superior para a realização de pesquisas e estudos de caso relativos ao processo de ensino e aprendizagem de alunos com necessidades educacionais especiais, visando ao aperfeiçoamento desse processo educativo." (BRASIL, 2001, p. 3)

Um documento de primária importância é a Declaração de Salamanca que dispõe sobre: "Regras Padrões sobre Equalização de Oportunidades para Pessoas com Deficiências", o qual

demanda que os Estados assegurem que a educação de pessoas com deficiências seja parte integrante do sistema educacional." (UNESCO, 1994, p. 11). Prevendo em seu art. 46 que:

Universidades possuem um papel majoritário no sentido de aconselhamento no processo de desenvolvimento da educação especial, especialmente no que diz respeito à pesquisa, avaliação, preparação de formadores de professores e desenvolvimento de programas e materiais de treinamento. Redes de trabalho entre universidades e instituições de aprendizagem superior em países desenvolvidos e em desenvolvimento deveriam ser promovidas. A ligação entre pesquisa e treinamento neste sentido é de grande significado. Também é muito importante o envolvimento ativo de pessoas portadoras de deficiência em pesquisa e em treinamento para que se assegure que suas perspectivas sejam completamente levadas em consideração.

Assim por meio da legislação vigente, observamos que as instituições de ensino superior tanto públicas como privadas têm papel muito importante em sua função social de inclusão. São responsáveis pela inclusão do surdo em áreas distintas de conhecimento, e tendo como dever de ajudar, em espírito de fraternidade, aconselhar e ser o caminho que leva a pessoa surda para a construção do conhecimento. Podendo adotar metodologias diversas das comuns, para que então se chegue a resultados satisfatórios.

ANÁLISE DA OPINIÃO DE UM SURDO ACADÊMICO EM FRANCISCO BELTRÃO

Para entender um pouco mais sobre o tema, uma entrevista foi feita com um surdo acadêmico que está cursando arquitetura em urbanismo. O mesmo foi indagado se ao entrar na faculdade ele recebeu todo o apoio necessário para continuar estudando, como intérprete, materiais audiovisuais etc. Respondeu que: "Sim, tenho intérprete, também muitos professores usam exemplos e mostram fotos, imagens para explicar".

Quando perguntado se a metodologia adotada pelos professores, é adequada, respondeu:

Alguns professores não explicam claramente, mesmo quando o intérprete pede para repetir, alguns professores explicam mal, ou como se não tivesse vontade de ajudar. Lembro-me de quando um professor disse que todos já deveriam saber o básico para aquela matéria, pois passaram num vestibular, mas nós surdos temos dificuldade de aprender e gravar conteúdos. Eu não lembrava daquilo que o professor estava pedindo. (Acadêmico, 2015).

Quando entramos no ensino superior, devemos ter uma postura diferente, de pesquisadores, pessoas que procuram o conhecimento. Os docentes são responsáveis ainda assim, por orientar e ensinar. O ato de ensinar não se restringe a simplesmente passar

conteúdos, falando de forma unilateral. Ensinar é repassar experiências, transmitir conteúdo, mas de forma efetiva num espírito de fraternidade, ajuda mútua e construção conjunta de conhecimento.

Também foi indagado ao acadêmico surdo quais as dificuldades encontradas no decorrer do curso. Ele assim respondeu:

Muitos professores não conseguem entender que nós surdos aprendemos de uma forma diferente. Muitas vezes eles querem me tratar igual aos ouvintes, nós somos iguais como pessoas, mas nosso processo de aprendizagem é diferente, nossa língua é diferente. Se ainda fôssemos todos iguais em tudo, não teríamos lei para nos amparar. Eu sei que tenho o direito de receber apoio da faculdade para aprender todas as matérias, nem que para isso se tenha que mudar a forma de ensinar. Tive dificuldade em achar pessoas que me dessem monitoria para determinada matéria. Porém a faculdade sempre tentou me ajudar. Outro problema é falta de instrução dos professores, de como trabalhar com pessoas surdas, alguns professores ficavam receosos quando fazia prova onde o intérprete fazia a tradução, pensando talvez que ele pudesse facilitar ou me dar respostas. Todo intérprete de libras sabe de sua ética, não tenho problema quanto a isso. (Acadêmico, 2015).

Como já discutido, é uma grande falha das instituições orientar seus docentes de como agir com pessoas surdas. Os surdos aprendem mais lentamente. Os professores não devem ditar conteúdo, pois mesmo que o intérprete copie para o aluno, estará o surdo perdendo sua autonomia com sua letra, organizar seu conteúdo como lhe couber. Muitos surdos são nervosos, explosivos, por não entender a matéria de imediato, os docentes assim como a turma devem também ponderar sobre isso.

O acadêmico também complementou o questionário dizendo:

Não me sinto excluído dentro da sala de aula. Tenho colegas que se preocupam em me ajudar e fazer com que eu me sinta a vontade para dar opiniões e sugestões quando trabalhos em grupo. Todos os professores, apesar do jeito de alguns não serem muito atenciosos, sempre estão dispostos a conversar e modificar seu plano de aula. Os professores devem entender que os surdos precisam de um pouco mais de atenção.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observamos que a discussão sobre a inclusão de surdos no ensino superior não é tão nova quanto se parece, porém muitas entidades acreditam que apenas fornecendo intérprete de libras já resolve os problemas. O intérprete é a voz do surdo dentro da sala de aula, e não a solução e cumprimento de todos os direitos inerentes à pessoa surda.

As instituições devem flexibilizar seus métodos de administração de provas e trabalhos. Os docentes têm caráter fundamental e primordial para que a pessoa surda se sinta e seja

efetivamente incluída no ambiente acadêmico. Sendo responsáveis por modificar de acordo com as necessidades do surdo sua metodologia de ensino, suas formas de avaliação. Assim para o maior desempenho do acadêmico e conseguindo encontrar resultados positivos, mas de formas diferentes.

Sob uma visão holística, temos a possibilidade no que tange às políticas públicas de inclusão, estudar e melhorar a forma atual de inclusão não só de pessoas surdas, mas também pessoas com deficiências diversas. Deve-se incentivar as instituições tanto públicas quanto particulares para que possam aderir a modificações eventualmente necessárias em conjunto com seus colaboradores.

REFERÊNCIAS

ANSAY, Noemi Nascimento. **A inclusão de alunos surdos no ensino superior**. Curitiba: Revista do Núcleo de Estudos e Pesquisas Interdisciplinares em Musicoterapia-UFPR, 2010, p. 1-141.

BRASIL. **Lei nº 10.436, de 24 de abril de 2002**. Código Civil brasileiro. Dispõe sobre a Língua Brasileira de Sinais - Libras e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Leis/2002/L10436.htm> acessado 13/08/2015.

_____. **Resolução cne/ceb nº 2, de 11 de setembro de 2001**. Disponível em <portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/CEB0201.pdf> acessado em 13/08/2015.

_____. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: UNIC, 2009.

DAROQUE, Samantha Camargo; PADILHA, Anna Maria Lunardi. **Alunos surdos no ensino superior: uma discussão necessária**. Piracicaba: UNIMEP. 2012, p. 23-32.

GRASSI, Dayse. **A inclusão de surdos na universidade – um estudo de caso**. Mato Grosso: IFMT, 2009.

LAMB, Catia Regina Züge. **Universidade Federal de Santa Maria: um lugar para os surdos**. Santa Maria: UFSM, 2013.

UNESCO. **Declaração de Salamanca e linha de ação sobre necessidades educacionais especiais**. Brasília: CORDE, 1994.

DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO X GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Ana Paula Kereski
Flávio André Lehmann

Resumo: Este trabalho foi desenvolvido para se estudar dois importantes princípios contidos no artigo 5º da nossa Constituição Federal de 1988, a duração razoável do processo e o devido processo legal. O problema de pesquisa está em se verificar se é possível a efetivação dos dois princípios, sendo um processo ao mesmo tempo rápido, mas sem desprezar os direitos das partes e nem desprezar outros princípios como o contraditório, a ampla defesa, a legalidade, dentre outros. Os objetivos consistem em estudar o que são princípios, direitos e garantias fundamentais, analisar se há supremacia entre eles e como se deve proceder em caso de conflito e por fim, como objetivo geral verificar se é possível que um processo seja desenvolvido dentro de um tempo que possa ser considerado como razoável, mas sem com isso desprezar o devido processo legal e demonstrar que medidas estão sendo tomadas para que se dê efetividade a estes princípios. A metodologia a ser utilizada é a pesquisa bibliográfica em livros e artigos relacionados ao tema a ser debatido neste artigo. O que nos é garantido pela Constituição federal é a duração razoável do processo, que não deve em nenhum momento ser confundida com a celeridade processual a qualquer custo. É errada a ideia de que para se promover a celeridade processual o processo seria desenvolvido de qualquer forma, sem se levar em conta os direitos das partes, não há supremacia entre princípios, mas se tivermos que escolher entre que um processo seja rápido ou que se respeite o devido processo legal deve-se optar pela segunda alternativa. No entanto, atualmente algumas medidas estão sendo tomadas com o objetivo de se desenvolver um processo que ao mesmo tempo possa ser considerado rápido e que não despreze o direito das partes, podemos citar como exemplo o incentivo para no desenvolvimento da mediação e a conciliação, técnicas estas que ganharam grande destaque no Código de Processo Civil de 2015.

Palavras-chave: Devido processo legal; Duração razoável do processo; Princípios; Mediação, Conciliação.

INTRODUÇÃO

A norma contida no inciso XXXV do artigo 5º da Magna Carta garante que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Através deste princípio fica garantido o acesso de todos ao poder judiciário, mas fica a questão, como será este acesso, pois não basta só ter o direito de se ingressar com ação judicial se o processo demora anos para ser resolvido ou ainda se é atingido por institutos como a prescrição que impedem a sua continuação.

Para dar mais efetividade ao direito de ter acesso à justiça surge o princípio da duração razoável do processo que está previsto na Constituição Federal (CF) no artigo 5º inciso LXXVIII e foi incluído no texto Constitucional após a Emenda Constitucional 45 de 2004. O referido dispositivo garante que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

O que se deve analisar é se este processo desenvolvido de forma mais rápida não irá desrespeitar outros princípios contidos na constituição, como o devido processo legal este que também se encontra no artigo 5º da Constituição Federal só que no inciso LIV o qual garante que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Com o desenvolvimento deste artigo se objetiva analisar questões como a apresentada acima, em que se põem a frente estes importantes princípios constitucionais e fica a dúvida se é possível que ao mesmo tempo os dois sejam efetivados. Se há supremacia entre os princípios, ficando a dúvida em caso de conflito qual deverá prevalecer. Com o desenvolvimento deste trabalho também se objetiva pesquisar quais medidas estão sendo tomadas para se tentar realizar um processo que ao mesmo tempo respeite tanto o princípios da duração razoável do processo quanto o princípio do devido processo legal, fazendo com isso que resolva a questão de forma mais rápida e justa para todas as partes.

PRINCÍPIOS, DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Na definição trazida por Peixinho (2015, p. 75) “Princípio é o ponto de partida e o fundamento de um processo qualquer”. No direito os princípios servem para orientar a interpretação das normas jurídicas. Os princípios contidos na constituição, por esta ser a nossa norma superior, estando acima de qualquer lei, devem servir para nortear a interpretação de todos os outros ramos do direito.

Muitos dos direitos fundamentais encontram-se na Constituição Federal, não apenas no artigo 5º, mas em todo o texto constitucional. Sendo ainda, os direitos ali declarados considerados como meramente exemplificativos, pois muitos outros podem ser retirados dos tratados internacionais assinados pelo país, ou ainda a interpretação dos princípios. (LENZA, 2012, p. 961). Estes que “têm a função de organizar o sistema jurídico, atuando como elo responsável por demonstrar os resultados escolhidos pela nação, sendo inegável seu caráter prevalentemente axiológico” (LUCON, 2006)

Para o prosseguimento deste trabalho torna-se importante fazermos a distinção entre direitos e garantias fundamentais, ambos se encontram no artigo 5º da Magna Carta. Um dos primeiros doutrinadores a pensar sobre o tema foi o famoso jurista Rui Barbosa ao analisar a primeira Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1891. “Os direitos são bens e vantagens prescritas na norma constitucional, enquanto as garantias são instrumentos através dos quais se asseguram o exercício dos aludidos direitos (preventivamente) ou prontamente os repara, caso violados”. (LENZA, 2012, p. 961).

Deste modo, as normas que afirmam a existência de direitos são meramente declaratórias, enquanto as normas que afirmam as garantias são de natureza assecuratória. Um exemplo disso pode ser visualizado no caso da liberdade, este direito é garantido pela Constituição no artigo *caput* do 5º. No entanto, esta norma por si só não possui mecanismos que assegurem a sua execução, para se garantir o direito das pessoas de não ter de uma hora para outra seu direito a liberdade restringido é que existe a garantia constitucional do *habeas corpus*. Ainda o *habeas corpus*, assim como o *habeas data*, o mandado de segurança, etc., é chamado pela doutrina de remédio constitucional, estes que são uma espécie do gênero garantia. (LENZA, 2012).

Dentre as características que podem ser apontadas como pertencente aos direitos e garantias fundamentais e que também se aplicam para os princípios, duas podem ser destacadas por nós, pois possuem importante relevância para este trabalho e são elas, a limitabilidade e a concorrência. (LENZA, 2012)

A limitabilidade está ligada ao fato de que os direitos, as garantias fundamentais e os princípios não são absolutos, e sim relativos, pois podem ocorrer situações em que dois deles ou até mais entrarem em choque e se terá que escolher qual será superior naquela situação, qual terá mais relevância e será considerado como mais adequado para solucionar aquele caso concreto. Por exemplo, o direito à propriedade quando colocado frente à supremacia do interesse público no caso de realização de uma desapropriação. A concorrência está relacionada ao fato de que em um só ato a pessoa poder estar dispondo de dois direitos fundamentais, com por exemplo ao transmitir uma notícia pode-se verificar o direito a informações de quem escuta a notícia e o direito de opinião do jornalista. (LENZA, 2012, p. 968)

Ao se mencionar os direitos fundamentais acaba sendo importante mencionar os deveres fundamentais, pois muito se fala em direitos, mas não chega a ser tão debatido a importância dos deveres fundamentais, eles são importantes, “pois, muitas vezes o direito de um individuo depende do dever do outro em não violar ou impedir a concretização do referido direito” (LENZA, 2012, p. 969).

QUALIDADE DO DIREITO DE SE TER ACESSO AO JUDICIÁRIO

O acesso ao judiciário é um dos direitos fundamentais previstos em nossa Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º inciso XXXV, este nos garante que não será excluído da precisão do poder judiciário qualquer forma de lesão ou ameaça de lesão a direitos, “o princípio da inafastabilidade da jurisdição é também nominado direito de ação, ou princípio do livre ao judiciário”. (LENZA, 2012, p. 1002).

Sobre o tema MARINONI (2015) ensina que “o direito de ação, na concepção clássica e ainda presente em grande parte da doutrina do processo, não é mais do que o direito à solução do litígio ou o direito a uma sentença sobre o mérito, seja ela de procedência ou de improcedência do pedido”. Alguns mecanismos existentes em nossa legislação constitucional e infraconstitucional objetivam fazer com que qualquer pessoa tenha assegurado o direito de acesso ao judiciário, podemos mencionar a Assistência Judiciária Gratuita para quem não tem condições de pagar as custas processuais, a possibilidade de ser assistido por defensor público quem não tiver condições de pagar um advogado, em alguns casos ainda a ação para proteger alguns direitos pode ser promovida pelo Ministério Público.

Quando a Magna Carta assegura que não pode ser excluído do poder judiciário lesão ou ameaça a direito ela está se referindo a todo e qualquer tipo de direito, podendo ser ele privado, público ou transindividual, este último que pode ser dividido em direito difuso ou coletivo.(LENZA, 2012).

“Para ingressar (bater às portas) no Poder Judiciário não é necessário, portanto, o prévio esgotamento das vias administrativas” (LENZA, 2012, p. 1003) como regra, toda pessoa tem o direito de ingressar com ação judicial sempre que achar necessário, a exceção está contida na própria constituição que determina que para se ingressar com ação de *habeas data* deve-se antes esgotar as vias administrativas e também questões relacionadas à justiça desportiva.

Quando se discute questões relacionadas ao acesso judiciário, algo importante de ser debatido não é o direito de acionar o judiciário quando acharmos necessário, mas a qualidade em que teremos durante deste acesso. Pois, não é suficiente e simplesmente ter o acesso à jurisdição, mas é necessário que esta jurisdição seja justa e que resolva a lide que a ela está sendo entregue. Ao se ingressar com ação judicial o que as partes querem é que o judiciário lhes conceda uma resposta rápida e justa, mas fica a pergunta: isso é realmente possível?

Com a grande quantidade de processos existentes nos fóruns e tribunais brasileiros, aliada à falta de estrutura que possuem alguns órgãos do poder judiciário, a demora no andamento dos processos pode ser considerada como algo natural. “A ONU estabelece que a média deve ser de 400 processos ao ano por magistrado” (SOUZA, 2013). Em nosso país o alcance de números como este de processo por juiz á algo que pode ser considerado como impossível, visto que seria necessário um número extremamente alto de magistrados e também de serventuários para julgar e movimentar todos processos existentes.

De acordo com estatísticas trazidas pelo CNJ no “ano de 2013, o total de 95,1 milhões de processos em tramitação na Justiça brasileira” (FARIELLO, 2015) a expectativa é que em 2020 se alcance a marca dos 114,5 milhões de processos. Assim pode-se notar que em razão da

grande demanda de trabalho juntamente com a grande quantidade de recursos que são possibilitados às partes por nossa legislação é normal que um processo demore anos para ser sentenciado e mais ainda para que se esgotem as vias recursais.

A garantia da duração razoável do processo que está contida em nossa Constituição Federal pode ser vista como uma tentativa de se promover um processo mais justo para as partes de forma que a lide seja resolvida da forma mais rápida possível para se acabar com o desentendimento entre requerente e requerido. “Atualmente, muito se fala na busca da efetividade do processo em prol de sua missão social de eliminar conflitos e fazer justiça” (LENZA, 2012, p. 1032), isso por que em alguns casos de demora para se ter a resposta do judiciário fica sem sentido o provimento do pedido.

A questão temporal tem grande importância quando se está diante da tutela jurisdicional dos direitos. A jurisdição tem o dever de tutelar os direitos, fundamentais ou não. A tutela jurisdicional dos direitos é certamente indissociável da dimensão do tempo, pois tutelar de forma intempestiva equivale a não proteger ou a proteger de forma indevida. (MARINONI, 2009)

Imaginemos o caso em que o objeto litigioso da ação é a propriedade de um carro. Se o processo demorar muito tempo ao final quem ficar com o carro não terá a mesma vantagem que teria caso não houvesse tido a lide ou se ela tivesse sido resolvida de forma mais rápida, isso porque o carro se desgasta com o decorrer do tempo e perde valor econômico.

Para se promover um processo mais rápido seria necessária a atuação das três esferas de poder e não apenas do poder judiciário com o dever de julgar o processo de forma mais célere possível. Esta função também se estende ao legislativo que promoveria a efetivação deste princípio ao realizar a criação leis processuais que “ofereçam soluções hábeis à desburocratização e simplificação do processo, para garantia da celeridade de sua tramitação”. (LENZA, 2012, p. 1034).

O poder executivo também desempenha importante função para que seja promovida a duração razoável do processo, pois “a jurisdição, para se desincumbir do seu dever de prestar a tutela jurisdicional de modo tempestivo, necessita de boa estrutura administrativa, ou seja, pessoal qualificado, tecnologia e material de expediente idôneos”. (MARINONI, 2009). O executivo tem o dever de destinar parte de sua receita para a manutenção da estrutura judiciária que necessita de um orçamento adequado para desempenhar adequadamente as suas funções.

Por outro lado, existe outro importante princípio constitucional que garante às partes em processo judicial que haja o devido processo legal, este princípio assegura “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (LENZA, 2012, p. 1022-1023)

As normas que garantem a realização do devido processo legal podem ser vistas como “um instrumento típico do Estado Democrático de Direito, de modo a impedir toda restrição ilegítima aos direitos de qualquer homem sem um processo previamente estabelecido e com possibilidade de ampla participação”. No processo civil normalmente o que está em jogo é o direito de propriedade do requerido, enquanto no processo penal o réu pode ter sua liberdade restringida, de qualquer forma estes direitos não podem ser restringidos injustamente, sendo necessário um processo em que as partes tenham direito de usar todos os meios e recursos necessários para que possam manter a sua propriedade ou a sua liberdade.

O devido processo legal é um princípio que para ser concretizado é necessária a observância de outros princípios tão importantes quanto ele. Como por exemplo, o princípio da legalidade contido na Constituição, segundo o qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Para que o processo civil seja justo é necessário se respeitar as normas contidas tanto na Constituição Federal quanto no Código de Processo Civil com relação ao procedimento que deve de ser realizado, por exemplo, imagine um processo em que o requerido é sentenciado de forma desfavorável a seus interesses, sem que ele tenha sido citado corretamente ou sem que tenha direito a produzir as provas que ache necessário. (LUCON, 2006)

Ainda o direito ao duplo grau de jurisdição, tendo a parte o direito de ter sua questão reexaminada em um segundo grau, por juízes mais experientes, caso não houvesse este direito poderia a juiz de primeiro grau julgar de qualquer forma ou ainda ceder à pressão da população local para a tomada de suas decisões, aplicando assim a lei de forma injusta. Quando se exige que o poder judiciário respeite o devido processo legal

Isso significa que oferecer decisões motivadas, o contraditório, a ampla defesa, a publicidade, é respeitar o devido processo legal. Há, portanto, uma superposição do devido processo legal sobre os demais princípios, garantias e regras constantes no ordenamento jurídico. (LUCON, 2006)

Assim mesmo não existindo supremacia entre direitos, garantias e princípios constitucionais acaba sendo necessário ao se escolher entre desenvolver um processo mais rápido e correr o risco de se restringir os direitos das partes e se desenvolver um processo mais lento em que se respeitem todos os direitos das partes, escolher por este segundo, mesmo que demore, até porque caso ocorra cerceamento de defesa o processo pode ser considerado nulo e de nada adiantará a presa em resolver a questão que terá que ser reapreciada pelo poder judiciário.

MEDIAS PARA SE PROMOVER UM PROCESSO MAIS RÁPIDO E JUSTO

Nos dias atuais com a grande demanda de processos existentes em tramitação no poder judiciário e a demora no julgamento de solução dos conflitos, algumas medidas estão sendo tomadas para se tentar resolver a questão mais rapidamente. Podemos citar como exemplo o desenvolvimento e o grande incentivo para a realização da conciliação e da mediação entre as partes. Apesar de serem bem parecidas há importantes diferenças entre elas.

A Mediação é uma forma de solução de conflitos na qual uma terceira pessoa, neutra e imparcial, facilita o diálogo entre as partes, para que elas construam, com autonomia e solidariedade, a melhor solução para o problema. Em regra, é utilizada em conflitos multidimensionais, ou complexos. (CNJ, 2015).

Através da mediação a decisão do caso não é imposta por um juiz, desembargador ou ministro que se encontra distante e alheio ao caso, mas é proposta pelas próprias partes que com a intervenção de uma terceira pessoa que será chamada de mediador tentam conversar e desta conversa elas mesmas tomarem a melhor decisão para o seu problema. Ainda quando um processo finaliza após a mediação é mais provável que as partes não ingressarão com recurso para que o processo seja reexaminado e a decisão seja reformada, pois foram elas que decidiram os termos do acordo e quiseram daquela forma que ali está definido, terminar com o conflito.

“A conciliação é um método utilizado em conflitos mais simples, ou restritos, no qual o terceiro facilitador pode adotar uma posição mais ativa, porém neutra com relação ao conflito e imparcial”. (CNJ, 2015). Na conciliação também são as partes que tomarão a decisão com relação a como será resolvido o problema. No entanto, enquanto na mediação o mediador só toma medidas que garantam que as partes irão conversar, na conciliação o conciliador pode ter uma posição mais participativa no sentido de dar opinião e sugerir possíveis soluções para o caso, ficando as partes livres para aceitarem ou não o que está sendo sugerido pelo conciliador.

Na lei 13.105 de 16 de março de 2014, que entrará em vigor no início de 2016 e será o nosso novo Código de Processo Civil há diversos dispositivos que dão grande importância a realização da mediação e da conciliação pelos órgãos do poder judiciário brasileiro. Logo no artigo 1º do novo código que se encontra no capítulo denominado Das Normas Fundamentais Do Processo Civil, o § 3º prevê que “a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”. Com este dispositivo não se objetiva afastar do poder judiciários lesão ou ameaça a direito, mas sim tentar fazer com que as partes resolvam seus conflito sem ter que recorrer ao judiciário que já se encontra lotado.

Foi criado no novo código uma seção específica para tratar da mediação e da conciliação, esta seção compreende do artigo 165 ao 175 e contém diversas normas que visam promover, regulamentar e incentivar o desenvolvimento da mediação e da conciliação dentro do poder judiciário.

Ao se realizar estas técnicas podemos dizer que se estará ao mesmo tempo respeitando dois importantes princípios processuais da duração razoável do processo e do devido processo legal. Quando um processo finaliza por acordo se pula as demoradas etapas de realização de atos processuais como, marcação de audiência, intimação de testemunhas, realização de perícias, e após a decisão como o que há não é sentença e sim acordo fica mais difícil que as partes ingressem com recursos que certamente demorará anos para ser conhecido pelo tribunal e mais ainda para ser julgado.

Com a realização da mediação e da conciliação, o devido processo legal não só terá a duração razoável e o processo é efetivado, pois não há supressão de direitos e garantias das partes, já que elas em nenhum momento são obrigadas a mediar ou a conciliar, e caso queiram que o processo finalize com uma sentença imposta pelo juiz isso é o que ocorrerá. Para a realização da mediação e da conciliação há expressa previsão legal e é recomendável por incentivar as partes a resolverem seus problemas com o diálogo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tanto a duração razoável do processo quanto o devido processo legal são importantes princípios contidos no texto constitucional, apesar de não haver superioridade entre os princípios contidos na constituição podemos concluir dizendo que é possível que um processo seja ao mesmo tempo realizado de forma célere e justa. No entanto, se tivermos que escolher entre um destes princípios deve-se escolher que o processo seja realizado de forma que se respeite o devido processo legal, para que assim as partes tenham os seus direitos assegurados como o de produzir as provas que acharem necessárias e que possam impugnar as provas e as declarações promovidas pela parte contrária, bem como utilizar de todos os meios admitidos em direito para que possam convencer o julgador a lhes conceder uma decisão favorável.

Ainda em caso de insatisfação com a decisão tomada, de forma alguma deve-se restringir o direito da parte de manejar os recursos previstos em nossa legislação, pois se de um lado a noção de que uma justiça que tarda não pode ser considerada como justa, pior seria se não se preocupasse em promover a justiça para que os processos fossem simplesmente sentenciados de forma rápida.

Modernamente se busca alternativas para que o processo seja realizado de forma mais rápida e que com isso se diminua a demora e a quantidade dos processos em trâmite no poder judiciário. O desenvolvimento de técnicas como a mediação e a conciliação são vistas como alternativas a se promover tanto a efetivação da duração razoável do processo quanto do devido processo legal com a vantagem de se tentar promover o diálogo entre as partes que reconstruir relações desgastadas, o que certamente não ocorreria com a imposição de uma sentença.

REFERÊNCIAS

CNJ. **Conciliação e mediação**. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/conciliacao-mediacao>>. Acesso em: 16. out. 2015.

FARIELLO, Luiza de Carvalho. Justiça em Números permite gestão estratégica da Justiça há 10 anos. **CNJ**. 09. Jun.2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79579-justica-em-numeros-permite-gestao-estrategica-da-justica-ha-10-anos>>. Acesso em: 14. out. 2015.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 16. Ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Devido processo legal substancial. **Academia Brasileiro De Direito Processual Civil**. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo1015.htm>>. Acesso em: 12. out, 2015.

SOUZA, Laice. Processo por juiz é 20 vezes acima do recomendado. **Mídia Jur**. 23. jun. 2013. Disponível em: <<http://www.midiajur.com.br/conteudo.php?sid=231&cid=10848>>. Acesso em: 12. out. 2015

MARINONI, Luiz Guilherme. Direito Fundamental À Duração Razoável Do Processo. **Portal Estácio**. Juiz de Fora, V.01, n.04, outubro e novembro/2009. Revista estação científica. Disponível em: <<http://portaladm.estacio.br/media/2654374/artigo%205%20revisado.pdf>>. Acesso em 13. out. 2015.

PEIXINHO, Manoel Messias. **A interpretação da constituição e os princípios fundamentais**: Elementos para uma hermenêutica constitucional renovada. 4.ed. São Paulo: Atlas. 2015.

VIOLÊNCIA DE GÊNERO NO ÂMBITO FAMILIAR

Gabriela Scheitt
Salette Casali Rocha

Resumo: A elaboração da pesquisa “Violência de Gênero no Âmbito Familiar” objetivou discutir as formas de violência que as mulheres estão sujeitas, além disso, busca discutir quais as consequências da violência de gênero no âmbito familiar. A importância do tema justifica-se pelas agressões sofridas pelas mulheres, tanto físicas quanto psicológicas, e os transtornos causados à vítima. A metodologia adotada foi a qualitativa, quanto à natureza adotou-se a linha de pesquisa básica - objetiva, foi utilizada a linha de pesquisa exploratória, bibliográfica, além disso, consolida-se através do método dedutivo. Consta-se que a violência de gênero no âmbito familiar traz consequências graves à mulher, submetendo-se até mesmo à rejeição.

Palavras-chave: Violência de gênero. Consequências. Agressões.

INTRODUÇÃO

A violência de gênero contra a mulher no contexto familiar destaca-se nas relações conjugais, de parentesco, tanto por consanguinidade, por afinidade ou por parentesco civil e por isso é importante compreender como se constituem estas relações, sendo elas entre homens mulheres ou membros face à distribuição do poder.

As mulheres por serem vistas como sexo frágil, sofrem diariamente agressões físicas que atentam não só ao corpo, mas também à sua moral e à dignidade. Vítimas em seu próprio lar, sofrem com os transtornos e angústias causadas por seus maridos, ou familiares, que as agredem, submetendo até mesmo à rejeição e humilhação.

A elaboração desta pesquisa jurídica justifica-se pelo interesse da pesquisadora em demonstrar os meios de violência que as mulheres estão sujeitas, as formas de agressões que sofrem constantemente por seus companheiros e familiares. Além disso, tem como objetivo averiguar as consequências da violência de gênero contra a mulher no âmbito familiar e verificar os aspectos legais de proteção à mulher.

Para a elaboração do presente trabalho adotou-se a abordagem qualitativa, pois há um aprofundamento da compreensão de um grupo social, de uma organização, além disso, busca explicar os porquês das coisas. Quanto à natureza adotou-se linha de pesquisa básica – objetiva, o qual, busca gerar novos conceitos, úteis para o avanço da ciência, envolve verdades e interesses universais.

Quanto aos objetivos, adotou-se a linha de pesquisa exploratória, a qual objetiva proporcionar maior familiaridade ao problema. No que tange ao procedimento, adotou-se a

linha de pesquisa bibliográfica (livros, monografias, vade mecum, artigos), em que foi feito um levantamento teórico de tudo o que já foi produzido. E, por fim, consolida-se através do método dedutivo, que são premissas verdadeiras, tendo conclusões verdadeiras.

1 VOLÊNCIA DE GÊNERO CONTRA A MULHER NO ÂMBITO FAMILIAR

A palavra “gênero” começa a ser utilizada nos anos 80 do século XX, pelas feministas americanas e inglesas, para explicar a desigualdade entre homens e mulheres concretizada em discriminação e opressão às mulheres. Nessa época, as investigações sobre a condição social das mulheres já apontavam uma forte desigualdade entre homens e mulheres, que tendia a aumentar conforme a classe social, raça, etnia e outras condições de vida.

Gênero pode ser considerado, também, como a diferença biológica entre os sexos, de acordo com (DAWKINS, 2005, p.7):

O desequilíbrio entre masculino e feminino não é fenômeno exclusivamente social; tem origem biológica. Resulta primitivamente de diferenças entre sexos, construídas e demarcadas pela evolução e não-exclusivas da raça humana, mas sim presentes na maioria das espécies.

As referidas diferenças se originam da convivência entre homens e mulheres, denominadas diferenças de gênero. Para a melhor compreensão é necessário um prévio conhecimento do conceito da categoria de gênero, que foi criada para entender a forma como cada grupo social define e atribui valores às diferenças entre homens e mulheres. Tais valores, na maior parte das vezes, implicam em relações de poder, que resultam em diferenças e desigualdades (HERMANN, 2008, p. 27).

Pesquisado, a presença de desigualdades e discriminações de gênero, sofridas por essas mulheres através da divisão sexual do trabalho e violência doméstica, mas há também a presença de poder feminino, adquirido pela própria condição de provedoras da família e pelas estratégias femininas cotidianas que evidenciam poder de decisão e autonomia (MENDES, 2004, p.7)

A Mulher, por muitos anos, foi considerada inferior ao homem, ideologia esta, estabelecida por uma sociedade extremamente machista, que atribui características inferiores a seu respeito, colocando-as em patamares socioculturais excludentes de significado e importância.

1.1 Violência doméstica

A violência doméstica é uma espécie de violência praticada no contexto familiar. Pode acontecer entre pessoas com laços de sangue, como pais e filhos, ou pessoas unidas de forma civil, como marido e esposa ou genro e sogra. A violência doméstica pode ser subdividida em violência física, psicológica, sexual, patrimonial e moral.

Fato é que a violência doméstica e familiar é uma questão histórica e cultural anunciada, que ainda hoje infelizmente faz parte da realidade de muitas mulheres nos lares brasileiros. Com a entrada em vigor da Lei Maria da Penha, que cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra as mulheres almeja-se que essa realidade mude e a mulher passe a ter instrumentos legais inibitórios, para que não mais seja vítima de discriminação, violência e ofensas dos mais variados tipos.

A presença de mulheres em espaços de poder caracteristicamente masculinos sem dúvida abalou as estruturas do patriarcado. Em outras palavras, quando a mulher invade o universo masculino o ônus que lhe é imposto é o de masculinizar comportamentos, posturas e decisões (HERMANN, 2008, p. 28).

A própria sociedade produziu o homem machista e sem pudores, e agora, diante de inúmeras lutas em busca de igualdade, em busca de se extinguir os meios cruéis e as mais diversas frustrações causadas à mulher, luta-se por justiça e direitos iguais entre homens e mulheres (RIZZATTI, 2008, p.43).

A sociedade atual ainda é patriarcal e machista, predominando o controle do macho sobre a fêmea e é em consequência desta dominação que mulheres necessitam de leis e de órgãos especiais que as amparem, já que, abafadas pelo medo e pela vergonha, não se expõem facilmente perante os órgãos do Estado (OLIVEIRA, 2012, p. 3).

Embora as mulheres estejam realmente marcando presença maciça em lugares simbólicos de poder, o feminino ainda não colheu valorização compatível com essas conquistas.

1.2 Violência de gênero no contexto familiar

A violência de gênero contra a mulher no contexto familiar destaca-se nas relações conjugais, de parentesco, tanto por consanguinidade, por afinidade ou por parentesco civil e por isso é importante compreender como se constituem estas relações, sendo elas entre homens mulheres ou membros face à distribuição do poder.

A violência contra a mulher é uma manifestação das relações de poder historicamente desiguais entre mulheres e homens, que tem causado a dominação da mulher pelo homem, a discriminação contra a mulher e a interposição de obstáculos ao seu pleno desenvolvimento (IV CONFERÊNCIA MUNDIAL SOBRE A MULHER, 1995, p.98).

Nas relações antagônicas de poder entre homens e mulheres a ideologia dominante tem o papel fundamental de difundir e reafirmar a supremacia masculina e a inferioridade feminina (SILVA, 1992, p.57).

Quando a mulher, em geral o pólo dominado desta relação, não aceita como natural o lugar e o papel a ela impostos pela sociedade, os homens recorrem a artifícios mais sutis para fazer valer seus privilégios – a violência simbólica (moral e/ ou psicológica) e a física, que se manifesta nos espaços lacunares em que a ideologização da violência simbólica não se fez garantir. [...] Já a utilização concreta da força física se refere á situações de agressão à integridade física, que podem ir de um empurrão, a uma lesão corporal, a uma violência sexual ou a um assassinato (SILVA, 1992, p.58)

Segundo o artigo 6º, da lei 11.340, de 07 de agosto de 2006, também conhecida como Lei Maria da Penha: “Violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos.”

A Violência contra a mulher constitui ao mesmo tempo uma violação de seus direitos humanos e liberdades fundamentais e um óbice e impedimento a que desfrute desses direitos (IV CONFERÊNCIA MUNDIAL SOBRE A MULHER, 1995, p.159).

Portanto, a violência no âmbito familiar vislumbra-se nas relações entre parentes ou companheiros da mulher que convivam com ela, como sendo as relações afetivas familiares, decorrentes entre a vítima e o agressor que de algum modo possa cometer graves agressões físicas, morais ou psíquicas em desfavor da mulher (RIZZATTI, 2008, p.50).

1.3 Direitos Humanos

O conceito de direitos humanos pode ser definido sob dois aspectos. O primeiro trata da análise dos fundamentos primeiros desses direitos, sendo tema de grande relevância para a filosofia, sociologia e ciência política contemporânea. O segundo aspecto é a abordagem jurídica dessa categoria de direitos que se relaciona diretamente com o conjunto de tratados, convenções e legislações cujo objeto é a definição e regulação dos mecanismos, internacionais e nacionais, garantidores dos direitos fundamentais da pessoa humana (PINHEIRO, 2008, p. 2).

O direito internacional dos direitos humanos pode ser definido como o conjunto de normas que estabelece os direitos que os seres humanos possuem para o desenvolvimento de sua personalidade e estabelecem mecanismos para a proteção de tais direitos (MELLO, 2001, p. 33).

A essência dos direitos humanos sempre esteve presente desde as civilizações mais antigas. Deste modo, pode-se afirmar que os direitos do homem se manifestam entre as mais

diversas culturas e momentos históricos, na afirmação da pessoa humana, na luta contra todas as formas de dominação, exclusão e opressão causadas por arbitrariedades em defesa da dignidade na vida individual e comunitária (RIZZATTI, 2008, p.12).

Os direitos humanos formam um conjunto de valores intrínseco ao ser humano, direitos esses como o respeito à vida, à igualdade, à liberdade e à dignidade, assim como, o pleno desenvolvimento da sua personalidade. Garantem a não ingerência do estado na esfera individual e consagram a dignidade humana. Esta proteção deve ser reconhecida positivamente pelos juristas nacionais e internacionais (RIZZATTI, 2008, p. 15).

A defesa dos direitos das mulheres foi resguardada na Carta Magna, mais especificamente no art. 5º, I, da Constituição Federativa do Brasil de 1988, um dos princípios basilares constitucionais, ou seja, o princípio da igualdade, que assim reza “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações (...)”. Isso quer dizer que tanto os homens quanto as mulheres são iguais tanto em direitos, quanto em obrigações, sem sofrer qualquer discriminação (RIZZATTI, 2008, p.25).

Segundo o art. 5º da Constituição Federal:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta constituição;
[...]

O princípio da igualdade refere-se àquela igualdade de tratamento, válida não somente no momento da aplicação em caso concreto, mas, como cada indivíduo deve tratar de maneira igual o ser humano, sem sofrer discriminações, seja ela no trabalho, no meio social, em seu lar, em seus momentos de lazer, ou seja, o tratamento entre homens e mulheres de ser o mesmo perante toda a sociedade, pois ambos possuem capacidades civis e discernimento, para responder por seus atos (RIZZATTI, 2008, p. 25).

A busca por direitos iguais, que durante décadas foi trilhada por mulheres batalhadoras, trouxe aos dias de hoje o sentimento de dever cumprido. Após tantos anos de luta por valorização e dignidade, foi conquistado o tão sonhado direito de justiça, o direito de ser mulher, ignorado por tantos anos, agora albergado pela Constituição Federal (RIZZATTI, 2008, p. 27).

1.4 Lei Maria da Penha

A lei Maria da Penha recebeu este nome em homenagem a uma mulher batalhadora que sofreu diversas agressões por parte de seu marido até ficar paraplégica. Maria da Penha Maia Fernandes, que deu nome à Lei, foi casada com o professor universitário Marco Antônio Heredias Viveiros, autor de todas as agressões físicas e psicológicas à ela causadas (RIZZATTI, 2008, p.41).

A lei surge no dia 07 de agosto de 2006, sancionada, pelo Ex-Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva, passando a vigorar a Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) em 22 de setembro de 2006.

A Lei nº 11.340/2006 foi criada para pôr fim às violentas agressões que as mulheres estão sujeitas a todo instante. A lei em comento busca eliminar toda e qualquer forma de violência sofrida pela mulher em seu âmbito familiar, seja ela causada por seu companheiro ou familiares (RIZZATTI, 2008, p. 44).

O art. 5º da lei Maria da Penha define o que é violência, juntamente com o art. 7º, que identifica suas formas, sendo eles:

Art. 5ª Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

Art. 7ª São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;

II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da auto-estima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;

III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;

IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;

V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

O artigo 7º define, em rol exemplificativo, as formas ou manifestações de violência doméstica e familiar contra a mulher, reafirmando e conceituando as esferas de proteção delineadas no artigo 5º, caput: integridade física, integridade psicológica, integridade sexual, integridade patrimonial e integridade moral. As definições não possuem escopo criminalizador, ou seja, não pretendem definir tipos penais. Sua função, no contexto misto da lei, é de delinear situações que implicam em violência doméstica e familiar contra a mulher, para todos os fins da Lei Maria da Penha, inclusive para agilização de ações protetivas e preventivas (HERMANN, 2008, p.108).

1.5 Consequências

A violência de gênero no contexto familiar pode trazer graves consequências às mulheres, vítimas em seu próprio lar, sofrem com os transtornos e angústias causadas por seus maridos, ou familiares, que as agredem, submetendo-se até mesmo à rejeição e humilhação. As consequências causadas podem ser físicas, psicológicas e morais.

Além de afetar a mulher, as chances de causar más influências aos filhos do casal são grandes, pois a criança está em contato direto diariamente com os pais, resultando em um comportamento violento. A criança pode achar que está correto aquele tipo de comportamento e repeti-lo, nas brincadeiras em casa, com seus amigos na rua, na escola.

As consequências da violência doméstica podem ser muito sérias, pois crianças e adolescentes aprendem com cada situação que vivenciam, seu psicológico é condicionado pelo social e o primeiro grupo social que a criança e adolescente tem contato é a família. O meio familiar ainda é considerado um espaço privilegiado para o desenvolvimento físico, mental e psicológico de seus membros um lugar “sagrado” e desprovido de conflitos (ROSAS, CIONEK, 2006, p. 1)

As crianças estão em fase de desenvolvimento e por isso é preciso que o ambiente familiar propicie condições saudáveis de desenvolvimento, o que inclui estímulos positivos, equilíbrio, boa relação familiar, vínculo afetivo, diálogo, entre outros.

Pode-se afirmar que um ambiente familiar hostil e desequilibrado, pode afetar seriamente não só a aprendizagem como também o desenvolvimento físico, mental e emocional de seus membros; pois, o aspecto cognitivo e o Fabiane K Rosas e Maria Inês Cionek Conhecimento Interativo, São José dos Pinhais, PR, v. 2, n. 1, p. 10-15, jan./jun. 2006 12 aspecto afetivo estão interligados, assim, um problema emocional decorrente de uma situação familiar desestruturada reflete diretamente na aprendizagem (ROSAS, CIONEK, 2006, p. 11).

Quando se trata de violência doméstica e familiar, um grande aliado é o silêncio, muitas vezes levadas pelo medo, insegurança, vergonha, um sentimento de culpa, em relação aos agressores, as vítimas não denunciam tais crimes, o que dificulta a intervenção.

2 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa foi realizada com auxílio doutrinário e normativo, em especial com a edição da lei conhecida como Lei Maria da Penha, a qual tem por objetivo regulamentar e coibir todas e quaisquer formas de violência domésticas e familiares contra a mulher.

A luta pelos direitos humanos das mulheres, em igualdade com os homens, surgiu desde as mais antigas civilizações. Buscam-se os direitos e valores que foram, durante séculos, subtraídos pela própria sociedade. As primeiras organizações, que se tem notícia, voltadas para a luta das mulheres em defesa de seus direitos, surgiram no ano de 1850.

Em defesa dos direitos das mulheres, amparadas por normas legislativas que efetivamente defendam, buscam-se as garantias inerentes aos valores renegados e ignorados pela sociedade machista, que ao longo dos anos negou-se em defender.

Os direitos humanos na esfera internacional têm como objetivo eliminar as discriminações e erradicadas a violência sofrida pelas mulheres, que deveriam, desde sempre, ser tratadas com igualdade de direitos e condições, pois é ser humano como qualquer outro.

A elaboração desta pesquisa jurídica justifica-se pelo interesse da pesquisadora em demonstrar os meios de violência que as mulheres estão sujeitas, as formas de agressões que sofrem constantemente por seus companheiros e familiares. Além disso, conferir a necessidade de uma especial proteção às vítimas de violência doméstica e familiar, ou seja, a mulher.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Luiz Roberto Curia. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. Lei nº 11.340, de 22 de setembro de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. **Vade Mecum**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CIONEK, Maria Inês Gonçalves Dias; ROSAS, Fabiane Klazura. **O Impacto Da Violência Doméstica Contra Crianças E Adolescentes Na Vida E Na Aprendizagem.**

Conhecimento Interativo, São José dos Pinhais, PR, v. 2, n. 1, p. 10-15, jan./jun.2006.

Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32857-40822-1-PB.pdf>. Acesso em: 20 de out. 2015.

HERMANN, Leda Maria. **Maria da penha lei com nome de mulher: violência doméstica e familiar, considerações à Lei nº 11.340/2006.** 2 ed. São Paulo: Servanda, 2008.

REIS DOS SANTOS, Sidney Francisco. **Mulher Sujeito ou Objeto de sua Própria História?.** São Paulo: Editora OAB, 2005.

RIZZATTI, Shirley Tamara. **A lei Maria da Penha e a violência doméstica e familiar contra a mulher.** Francisco Beltrão, 2008. 63f. Monografia, CESUL – Centro Sulamericano de Ensino Superior.

A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA EMPREGADA DOMÉSTICA NO AMBIENTE DE TRABALHO

Valdir Alberto Krieger Junior

Lucas Riboli Ferlin

Resumo: O objetivo deste artigo é discutir sobre a violência doméstica, prevista na Lei 11.340/2006, sendo vítima (sujeito passivo) a empregada doméstica em seu local de trabalho, sem que exista qualquer relação de afinidade ou afetividade com seus empregadores, existindo tão somente a relação de emprego. Não obstante, fazer prévia vista sobre a empregada doméstica também estar qualificada no sujeito ativo da violência. Proposta esta que os diferentes critérios para este fim podem ser agrupados segundo alguns parâmetros, tais quais: a) Breve histórico, b) Conceito e fundamentação jurídica; c) Empregada doméstica como sujeito passivo; d) Empregada doméstica como sujeito ativo.

Palavras-chave: Empregada doméstica como vítima da violência doméstica, Aplicabilidade da Lei 11.340/2006 para empregadas domésticas; violência contra empregadas domésticas, Empregadas domésticas como agressoras.

INTRODUÇÃO

A Carta Magna brasileira, como lei suprema do Estado Democrático de Direito, traz em seu artigo 226, § 8º, que o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

O Brasil, antes de 2006, tratava a violência doméstica como qualquer outra violência comum aplicada a qualquer pessoa (injúria, difamação, ameaça, lesão corporal, etc.), tendo simplesmente a agravante do art. 61, II, “e”, que dispõe “*contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge*”.

Com o advento da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), o ordenamento jurídico foi modificado, colocando a violência contra a mulher como uma circunstância agravante especial, mas seria aplicável tal ordenamento jurídico quando o(a) patrão(oa) agride a empregada? O agressor responderia com as agravantes da lei citada? E a empregada doméstica? Responderia pela lei sendo ela a agressora?

Ocorre que, por necessidade, o legislador foi mais adiante e destacou, entre outras providências, a criação de mecanismos para prevenir, punir e erradicar não só a violência familiar contra a mulher, mas também a violência doméstica.

1 BREVE HISTÓRICO

Maria da Penha Maia Fernandes (Fortaleza, Ceará), é uma biofarmacêutica brasileira que lutou para que seu agressor viesse a ser condenado. Com 70 anos e três filhas, hoje ela é líder de movimentos de defesa dos direitos das mulheres, vítima emblemática da violência doméstica.

Em 7 de agosto de 2006, foi sancionada pelo então presidente do Brasil, Luiz Inácio Lula da Silva, a Lei Maria da Penha, na qual há aumento no rigor das punições às agressões contra a mulher, quando ocorridas no ambiente doméstico ou familiar.

Em 1983, seu marido, o professor colombiano Marco Antonio Heredia Viveros, tentou matá-la duas vezes. Na primeira vez atirou simulando um assalto, e na segunda tentou eletrocutá-la. Por conta das agressões sofridas, Penha ficou paraplégica. Dezenove anos depois, seu agressor foi condenado a oito anos de prisão. Por meio de recursos jurídicos, ficou preso por dois anos. Solto em 2004, hoje está livre.

O episódio chegou à Comissão Interamericana dos Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA) e foi considerado, pela primeira vez na história, um crime de violência doméstica. Hoje, Penha é coordenadora de estudos da Associação de Estudos, Pesquisas e Publicações da Associação de Parentes e Amigos de Vítimas de Violência (APAVV), no Ceará. Ela esteve presente à cerimônia da sanção da lei brasileira que é popularmente conhecida com o seu nome (Lei 11.340/06), junto aos demais ministros e representantes do movimento feminista.

A nova lei reconhece a gravidade dos casos de violência doméstica e retira dos juizados especiais criminais (que julgam crimes de menor potencial ofensivo) a competência para julgá-los. Em artigo publicado em 2003, a advogada Carmem Campos apontava os vários déficits desta prática jurídica, que, na maioria dos casos, gerava arquivamento massivo dos processos, insatisfação das vítimas e banalização da violência doméstica.

2 CONCEITO E FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

A Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º, art. 226, Constituição Federal, da Convenção sobre a eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, alterando o Código de Processo Penal, Código Penal e Lei de Execução Penal; e outras providências.

O próprio texto da lei traz em seu art. 7º, as formas de violência que a mulher sofre em âmbito de violência doméstica, dividindo as diferentes formas de violência em 5 itens (física, psicológica, sexual, patrimonial e moral), *in verbis*:

Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;

II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da auto-estima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;

III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;

IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;

V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

Especificamente sobre a empregada doméstica, não iremos encontrar qualquer passagem no texto da lei, entretanto, no art. 5º, I, da lei temos o seguinte texto “No âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas”.

Não se pode afirmar que essas normas foram expressas visando à proteção da empregada doméstica. De ver-se, entretanto, que não se pode dizer que a excluíram de sua incidência, até porque o mandamento constitucional proíbe a violência no âmbito das relações familiares. A questão é saber se a empregada doméstica insere-se nesse contexto, uma vez que a nova lei ordinária delimita o campo da sua incidência como sendo o “espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas”.

Para que se possa opinar sobre a questão proposta, é também necessário lembrar o conceito legal de empregado doméstico como sendo “aquele que presta serviços de natureza contínua e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família no âmbito residencial destas” (art. 1.º da Lei n. 5.859, de 11 de dezembro de 1972). Essa prestação de serviços no seio das famílias e no ambiente residencial é que justifica o tratamento legal dado à relação de trabalho doméstico e sua forma de proteção.

Existem, segundo o professor Damásio Evangelista de Jesus, 3 tipos de empregadas domésticas, as diaristas (trabalham até 2 dias por semana); as que trabalham durante a semana (igual ou superior a 3 dias), mas não moram no emprego; as que trabalham e moram na residência da família que a emprega. E cada caso terá que ser analisado separadamente, verificando o nível de convivência que a empregada tem com a família empregadora.

3 A EMPREGADA DOMÉSTICA COMO SUJEITO PASSIVO DA VIOLÊNCIA

Inicialmente, vale lembrar que as formas de violência sofridas pela mulher, e que são objeto de análise, estão elencadas de forma não taxativa em seu artigo 7º, figurando entre elas as seguintes formas de violência: física, psicológica, sexual, patrimonial e moral.

Com efeito, a doutrina vem se posicionando no sentido de que o legislador, no artigo 5º, inciso I, da Lei nº 11.340/2006, ao tratar das pessoas "esporadicamente agregadas" à unidade doméstica, protegeu as empregadas domésticas que participam ativamente da vida das pessoas com que convivem no âmbito do seu trabalho, onde são, por vezes, vítimas de abusos de toda sorte de atos praticados por patrões, bem como por parentes dos mesmos (filhos, pais, etc.).

É essa a lição de CUNHA e PINTO (2007):

Agressão no âmbito da unidade doméstica compreende aquela praticada no espaço caseiro, envolvendo pessoas com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas, integrantes dessa aliança **insere-se, na hipótese, a agressão do patrão em face da empregada.** (Grifos nossos)

A seu turno, JESUS e SANTOS (2006) defendem que a tutela da Lei nº 11.340/2006 às empregadas domésticas depende do grau de inserção das mesmas na unidade doméstica.

O que determina, então, a aplicação da Lei nº 11.340/2006 ou do artigo 129, § 9º, do CP aos crimes praticados contra a empregada doméstica é o seu grau de integração, isto é: se participa ou não das situações pessoais experimentadas pelos que convivem no âmbito doméstico, gozando de sua intimidade e de sua confiança.

Nesse diapasão, JESUS e SANTOS (2006) defendem que nem todas as empregadas domésticas podem ser vítimas da violência preconizada na Lei nº 11.340/2006:

A empregada "diarista" (primeira categoria) não está protegida pela lei nova em razão de sua pouca permanência no local de trabalho, normalmente limitada ao cumprimento de suas tarefas específicas. Trata-se de uma tênue relação com os membros da família, não se caracterizando o vínculo de emprego com esta.

Em relação às demais formas de exercício dessa atividade, contudo, é fácil vislumbrar a proteção legal ora em exame, quando configurada a violência doméstica, pois com relação às empregadas domésticas que trabalham durante a semana, residam ou não no local de trabalho, basta observar se foram preenchidos alguns pressupostos.

Nesse sentido, contrariamente ao que destacaram JESUS e SANTOS (2006), não é necessário que ela seja considerada um membro da família pelos indivíduos que a formam. Basta apenas que exerça funções características de membros da família, como cuidar de crianças, de idosos etc.

Por invariavelmente permanecerem mais tempo no local de trabalho do que em seu próprio lar, e por participarem incisivamente das questões diárias que envolvem os membros da família, desfrutando de intimidade no seio dessa comunidade, essas empregadas domésticas são tuteladas pela Lei nº 11.340/2006. Isso quer dizer que o convívio permanente no âmbito dessa unidade a insere como pessoa agregada esporadicamente.

Vale ressaltar que as penalidades do Código Penal correrão apartadamente em relação a possível ação trabalhista caso a empregada deseje dar início e também ação cível.

4 NORMAS PROTETIVAS

A forma de proteger a mulher contra a violência começa com a consciência da vítima de que o ambiente em que se encontra inserida não mais esta lhe proporcionando meios humanos de convivência com dignidade, sendo que deverá procurar a Delegacia da Mulher ou Delegacia de Polícia Civil mais próxima e denunciar o agressor, fazendo o Auto de Medidas Protetivas, que lhe será assegurada uma distância mínima fixada pelo douto juízo que analisar o caso concreto para que o agressor fique longe da vítima, sob pena de crime de desobediência ou até mesmo a prisão, não obstante de responder pelo que já tiver causado.

O objetivo da Lei nº 11.340/2006 é tutelar a mulher vítima de violência no âmbito doméstico ou familiar, independentemente de sua idade.

Da mesma forma, não importa se, por razões subjetivas, em algumas situações há cumulação com outras normas protetivas, como o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA, Lei nº 8.069/1990) e o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003).

Aliás, o próprio artigo 13 da Lei nº 11.340/2006 dispõe que às situações que envolvam a violência doméstica e familiar contra a mulher serão aplicados tais institutos normativos, desde que não surja nenhum conflito.

5 EMPREGADO DOMÉSTICO COMO SUJEITO ATIVO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

Uma vez defendida fundamentadamente a inclusão das empregadas domésticas no rol das vítimas de violência, consoante estabelece esse diploma legal, verifica-se que a doutrina não se preocupou com a possibilidade de os empregados domésticos também figurarem como sujeitos ativos (aqui, de ambos os sexos) na prática de tais formas de violência em seu local de trabalho.

Ora, vale lembrar que segundo o artigo 5º, inciso I, da Lei, a unidade doméstica compreende o espaço de convívio permanente de pessoas que possuem ou não um vínculo familiar, e inclui aquelas esporadicamente agregadas, mas nada fala se isso só é válido para o caso das vítimas. Logo, cabe discutir tal possibilidade.

Vejamos, então: por ser exigência de sua profissão, o empregado doméstico convive permanentemente agregado na residência do patrão, sendo que invariavelmente passa ali mais tempo do que em seu próprio lar. E ainda que não mantenha vínculo familiar com os moradores daquele local, se encontra num ambiente doméstico.

Com isso, a prática de violência por empregado doméstico contra mulher com quem conviva em seu local de trabalho (que é um ambiente doméstico), independentemente de ser quem o contratou ou um membro da família da mesma (do sexo feminino), ou ainda uma colega de trabalho, suscita a proteção da Lei nº 11.340/2006.

6 OCORRÊNCIA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA PRATICADA POR EMPREGADAS DOMÉSTICAS

É muito comum saber de casos de violência praticados por empregadas domésticas e cuidadoras contra aqueles cuja guarda lhe é confiada, como idosos, crianças e também pessoas que apresentam doença mental, malgrado isso não desqualifique a existência de outras espécies de vítimas.

Em regra, são atitudes repugnantes constatadas por filmadoras colocadas em locais estratégicos por familiares que desconfiam que seus entes queridos são vítimas de maus-tratos por algozes que, a bem da verdade, estariam incumbidos de proteger e de cuidar da sua saúde, da sua higiene, da sua alimentação e até da sua educação. Há dois casos recentes que ganharam destaque no noticiário nacional e que serão analisados superficialmente a seguir.

O primeiro se deu em Recife, Pernambuco, onde a babá foi flagrada maltratando um bebê deixado sob sua responsabilidade. Foi visto na gravação que o cabelo da menina era

puxado várias vezes com o uso de força, e "em outro trecho, a babá fura duas vezes a perna da menina com um palito de madeira".

O inquérito que apura a agressão foi instaurado na Gerência de Proteção da Criança e do Adolescente (GPCA) em Recife, apesar do artigo 13 da Lei nº 11.340/2006 determinar que a violência doméstica sofrida por mulher (mesmo criança) deve ser apurada em Delegacia de Atendimento à Mulher e processada sob sua égide.

Segundo DIDIER JR. e OLIVEIRA:

O art. 33 da Lei Federal n. 11.340/2006 prescreve que enquanto não estruturados esses Juizados, caberá às varas criminais acumular a competência cível e criminal para conhecer e julgar as causas decorrentes da prática de violência doméstica.

"Mutatis mutandis", na existência de juízo com essa competência, ali serão julgadas as causas tuteladas por esse diploma legal obrigatoriamente.

Nesse diapasão, o julgamento está eivado de vício insanável, haja vista a impossibilidade de prorrogação quando se trata de nulidade absoluta, o que, todavia, será objeto de estudo a ser futuramente desenvolvido.

7 FEMINICÍDIO

Nova qualificadora para o art. 121, CP (homicídio), foi inserida pela Lei 13.104/2015, adicionando um inciso no final do parágrafo 2º e adicionando o parágrafo 2º-A com mais 2 incisos:

2º Se o homicídio é cometido: (...) VI – contra a mulher por razões da condição de sexo feminino: Pena – reclusão, de 12 a 30 anos; 2º-A Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve: I – violência doméstica e familiar; II – menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

Esta nova disposição (femicídio) foi citada por Diana Russel, que a teria utilizado pela primeira vez em 1976, durante um depoimento perante o Tribunal Internacional de Crimes contra Mulheres, em Bruxelas, sendo que posteriormente Diana teria escrito um livro sobre o tema e que foi referência para vários estudiosos do tema.

No entanto, *ab initio*, esse título de feminicídio não foi usado como sinônimo de 'homicídio' de mulheres, mas sim como sinônimo de 'genocídio' contra as mulheres, que em 1990, no México, várias mulheres sofriam várias violências, como perseguições, violência sexual, tortura, desaparecimentos e assassinatos e ganhou grande repercussão internacional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É importante perceber que entre patrão e empregado doméstico há uma suposta "relação de confiança". Diz-se suposta porque a relação contratual nem sempre retrata um contato mantido "ao longo dos anos", que estreita o relacionamento entre eles, mas da premente necessidade de atender a compromissos próprios.

No caso, pessoas que não possuem alternativas entregam suas casas a verdadeiros estranhos, confiando-lhes suas crianças (filhos, afilhados, sobrinhos) e/ou seus idosos (pais, avós, tios). E não é raro perceber que, em decorrência dessa atitude oriunda da urgência e da necessidade, essas pessoas "agregadas" ao convívio doméstico fazem seus patrões experimentarem dissabores, até porque há total desconhecimento da índole daqueles.

Entretanto, já existe uma preocupação do legislador para "coibir" a violência praticada no âmbito doméstico. Tanto é assim que já havia inserido o artigo 129, § 9º, no CP através da Lei nº 10.866/2004, criando uma agravante para punir a lesão corporal cometida mediante violência doméstica.

Nesse sentido, é importante perceber que a mesma empregada doméstica que pode ser vítima da violência, pode também ser o autor, e aqui se inclui o empregado doméstico, pois ambos os sexos possuem capacidade para ser sujeito ativo.

Ademais, complementa tal assertiva o fato de o ambiente de seu trabalho ter sido alçado à categoria de ambiente doméstico por força do artigo 5º, inciso I, desse diploma legal, e ali inserida a proteção relativamente à mulher.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código Penal**. Decreto- Lei nº 2848, de 07 de dezembro de 1940;

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

CLEMER, Elisa Girotti; AZEVEDO, Rodrigo Ghringhelli de. **Violência de Gênero**: Produção Legislativa e Discurso Punitivo: uma análise da Lei 11.340/2006

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência Doméstica**: Lei Maria da Penha (11.340/2006) comentada artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007;

JESUS, Damásio Evangelista de; SANTOS, Hermelino de Oliveira. *A Empregada Doméstica e a Lei "Maria da Penha"*. São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, 2006.

<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/13261-13262-1-PB.pdf>. Acesso em 14/05/2015;

PASINATO, Wânia. **“FEMINICÍDIOS” E AS MORTES DE MULHERES NO BRASIL.** Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/cpa/n37/a08n37.pdf>. Acesso em 15 de maio de 2015.

O PRINCÍPIO DA ASSERTÇÃO COMO CRITÉRIO PARA APLICAÇÃO DA BOA-FÉ OBJETIVA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Aline Regiane da Rocha
Julia Piaia Zanatta
Vagner Felipe Kühn

Resumo: As partes que compõem um processo têm o dever de portar-se em equiparação com a boa-fé. Trata-se de conceito amplo que institui um padrão objetivo de conduta íntegra e leal. Todavia, a doutrina e a jurisprudência demonstram, muitas vezes, pouca clareza sobre os critérios de mensuração e aplicação da boa-fé objetiva, no caso concreto. Além disso, o novo Código de Processo Civil, instituído pela Lei n. 13.105/2015, sugere novos parâmetros de interpretação da dignidade da Justiça e de colaboração entre os sujeitos do processo, reforçando a importância na necessidade de definir critérios para a definição da boa-fé objetiva no processo civil. A aplicação do princípio da asserção pode representar um instrumento importante de aplicação do instituto.

Palavras-chaves: Princípio da Asserção. Boa-fé objetiva. Lei n. 13.105/2015.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Em linhas gerais, os princípios são exposições normativas de utilidade generalizada, que condicionam e orientam o entendimento do ordenamento jurídico, tanto para sua aplicação, quanto para a criação de novas normas. Os princípios têm a função integrativa, reguladora e hermenêutica, funcionando como um modelo de como o aplicador do Direito deve atuar em face de um caso concreto, bem como, dando validade às decisões que são emanadas pelo Poder Judiciário, quando tais envolvem seus preceitos.

A boa-fé representa um princípio geral do direito, de extrema importância, segundo o qual todos devem portar um padrão ético de lealdade, respeito, honestidade. Entretanto, a doutrina e a jurisprudência têm observado certa dificuldade de impor limites de atuação Ética no processo civil, ora por dificuldade de mensuração objetiva do comportamento considerado contrário à boa-fé, ora por influência da falta de um marco legal a estabelecer um novo paradigma nas relações processuais.

Neste artigo, com base no princípio da asserção, se pretende identificar os novos parâmetros legais de boa-fé e colaboração instituídos pela Lei n. 13.105/2015, bem como critérios objetivos de mensuração dos comportamentos considerados contrários à boa-fé objetiva.

1 O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA NO DIREITO PRIVADO

A expressão boa-fé tem origem etimológica da palavra latina *fides*, que significa a fidelidade e coerência no cumprimento da expectativa de outrem. Trata-se, pois, de norma de comportamento, de natureza ética, juridicamente determinada e autônoma de inquirições acerca da existência de boa ou má intenção.

Miguel Reale (2015) compreende ser a boa-fé um princípio de extrema abrangência do direito privado, capaz de indicar a própria legitimidade de uma relação jurídica. Desse modo, qualquer sujeito que conserva com outro um vínculo jurídico, tem a obrigação de agir de modo a não quebrar-lhe a confiança.

Rafael Avim (2015) considera que, desde a promulgação do Código Civil de 2002, o Poder Judiciário brasileiro consolidou o acolhimento do princípio da boa-fé na esfera do direito material, situando-a como assunto principal incorporada na teoria geral dos contratos.

1.1 Deveres anexos da boa-fé objetiva

Deveres anexos são aqueles que não são obrigações principais entre as partes, mas sim aqueles em que estão a margem desses, que estão implícitos, muitas vezes não regulamentados expressamente. São imposições que decorrem do certame da expectativa que encontram-se nas relações sociais.

São deveres que, segundo Gustavo Rene Nicolau (2011) "concernem principalmente [...], ao zelo e à lealdade que os contratantes devem guardar um em relação ao outro".

A doutrina entende pela divisão dos deveres anexos em três grupos, que são eles: dever de lealdade e cooperação; dever de proteção, sigilo ou cuidado; e dever de informação ou esclarecimento.

O dever de lealdade e cooperação se reproduz em não tirar proveito de outrem, em não exercitar direito de forma abusiva, etc. Protege a confiança sedimentada na relação processual. Já o dever de proteção, sigilo ou cuidado evita situações de perigo, exige sigilo em específicos negócios, pressupõe cautela de não prejudicar a outra parte. Finalmente, o dever de informação ou esclarecimento pressupõe o repasse de informações relativas às possíveis consequências e demais esclarecimentos pertinentes à relação processual.

Cabe ressaltar, que a violação a esses deveres anexos trazem por consequência a violação positiva da obrigação.

2 A BOA-FÉ OBJETIVA NAS RELAÇÕES JURÍDICAS

A boa-fé foi considerada, no direito privado, sob o prisma subjetivo e sob o objetivo. A análise da boa-fé subjetiva, conforme Camila Gonçalves (2008, p. 89), limitava-se ao exame da esfera interior ou psicológica relativa a ciência, ou não, de um fato e à intenção, ou sua falta. Com efeito, o elemento interno preponderava para a análise do comportamento, sem nenhuma importância direta das condições externas ou coletivas.

Em outras palavras, a boa-fé subjetiva consistiria em uma situação psicológica, estado de espírito ou ânimo do sujeito, que realiza algo, ou, vivência um momento, sem ter a noção do vício que a contamina. Usualmente, advém da ignorância do sujeito em determinada circunstância.

Fredie Didier Jr. (2015), leciona que não há no ordenamento jurídico brasileiro o princípio da boa-fé subjetiva. O inciso II do art. 14 do Código de Processo Civil em vigor, segundo o referido autor, não se relaciona a um conceito de boa-fé subjetiva, mas a um padrão de comportamento objetivamente considerado. Tal abordagem não questiona a existência de boas ou más intenções, mas avalia o comportamento objetivamente.

No tocante à boa-fé objetiva, Pablo Gagliano (2006, p. 336) preconiza que, a boa-fé, com suporte histórico no Direito Romano, seria uma verdadeira norma implícita em todo negócio jurídico bilateral, em virtude da qual as partes devem não apenas cumprir a sua obrigação principal, mas também observar deveres mínimos de lealdade e confiança recíproca.

O princípio da boa-fé, ao abranger o conjunto das relações jurídicas entre as partes alcança também eventual relação processual, pois o mandamento de que os sujeitos devem observar os deveres de lealdade e confiança não desaparecem ao ser protocolada uma ação judicial, ainda que com alguns temperamentos.

Carlos Roberto Gonçalves (2007, p. 136) explica que a boa-fé objetiva está fundamentada na seriedade, na lealdade e na consideração para com os interesses da outra parte, especialmente em relação a não suprimir informações pertinentes e relacionadas ao objeto e conteúdo das relações jurídicas. Tal postura tem temperamentos na relação processual civil, já que não é ilícito que as partes formulem a melhor atuação, segundo os ônus determinados pela Legislação, mas terá repercussões importantes, ao ser estabelecido, por exemplo, que as partes devem agir conforme a verdade (questão a ser melhor analisadas em tópico seguinte).

Por seu turno, assegura Camila Gonçalves (2008, p. 91) que o que deve valer nas relações jurídicas é o que a boa-fé protege, ou seja, prezar pela Ética geral, regulada pela confiança, transparência, solidariedade, cooperação e lealdade, ainda que importe restrição à

vontade individual ou a concepção de deveres apensos, sobrepujando, o ponto de vista do Direito sob a ótica do contentamento do indivíduo, por força da objetivação dos direitos.

É cabido ressaltar, que o princípio da boa-fé processual é fonte formalizadora da vedação de condutas jurídico processuais intoleráveis, que podem ser entendidas com abuso do direito processual, ou seja, um desrespeito à boa-fé objetiva. Ademais, o princípio da boa-fé converte em ilícitos os procederes processuais movimentados pela má-fé. Assim sendo, a cláusula geral da boa-fé objetiva acarreta, entre outros efeitos, o dever da parte processual não agir acometido pela má-fé. (DIDIER JR, 2015).

2.1 Desdobramentos da boa-fé objetiva

Quando ocorre maculação ao princípio da boa-fé objetiva, surge uma situação onde se pode recorrer às conhecidas figuras parcelares, que são:

2.1.1 VEDAÇÃO DO VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM

O primeiro desdobramento trata-se da vedação ao comportamento contraditório, ou seja, é proibido que o sujeito pratique determinada conduta e, logo após, exerça uma atitude oposta a esta, sendo capaz de violar as expectativas avivadas em outrem ou lhe ocasionar prejuízos.

Parte-se da premissa de que os sujeitos de uma relação jurídica, por consequência lógica da confiança depositada, devem agir de forma coerente, segundo a expectativa gerada por seus comportamentos. (MEZZOMO, 2006).

Menezes Cordeiro (1984) dispõe sobre o assunto "a locução '*venire contra factum proprium*' traduz o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente pelo exercente. Esse exercício é tido, sem contestação por parte da doutrina que o conhece, como inadmissível. (ROCHA; CORDEIRO, 1984).

2.1.2 SUPRESSIO

A *supressio* consiste na supressão de determinado direito pela ausência de seu exercício por plausível lapso temporal.

Luiz Rodrigues Wambier (2012) disciplina que a *supressio* significa a extinção de um direito, não executado em um determinado lapso tempo, de modo a ocasionar no outro polo

processual a perspectiva de que não seja mais exercido. Podendo se falar em que a parte que perdeu o direito teria abusado do direito de se omitir, acompanhado de um sobressaltante ato comissivo, com que a outra parte já não mais esperava. (ROCHA; CORDEIRO, 1984).

2.1.3 SURRECTIO

A *surrectio* corresponde ao contrário da *supressio*, ou seja, é direito que nasce pela prática reiterada de determinado ato.

Ela representa uma ampliação do conteúdo obrigacional, onde o proceder de uma das partes ocasiona na outra uma expectativa de direito. A doutrina indica a necessidade da presença de três requisitos para caracterizar a *surrectio*: a exigência de certo lapso temporal, durante o qual se exerce uma situação jurídica equivalente ao direito subjetivo que há de surgir; intenta-se uma situação objetiva de fatores que consistem a constituição de novo direito; e impõe-se a *ausência de previsões negativas que impeçam a surrectio*. (ROCHA; CORDEIRO, 1984).

2.1.4 TU QUOQUE

Tu quoque é uma expressão latina que significa quebra de confiança, afronta a boa-fé objetiva. Ocorre, geralmente, nas situações em que se observa um agir, que viola a confiança e salta uma das partes da relação jurídica, a posicionando-a em uma situação de injusta desvantagem.

O objetivo desse desdobramento é evitar que aquele que não cumpre a sua obrigação, violando uma norma jurídica, venha a conjurar essa mesma norma ao seu favor, com isso afrontando o princípio da boa-fé objetiva. (ROCHA; CORDEIRO, 1984).

3 SUJEITOS DA RELAÇÃO PROCESSUAL SUBORDINADOS À BOA-FÉ OBJETIVA

É sabido que o encargo de proceder com boa-fé não cabe somente às partes processuais, mas também a todos aqueles envolvidos com a relação processual. Com isso, deve proceder com boa-fé o Juiz, os advogados, o membro do Ministério Público, os Defensores Públicos e demais auxiliares da Justiça, como por exemplo, o escrivão, o oficial de justiça, o perito, entre outros. (THEODORO JÚNIOR et. al., 2015).

O princípio “no campo processual tem como destinatários todos os sujeitos processuais e não somente as partes, alcançando juízes e tribunais”. (THEODORO JÚNIOR et. al., 2015, p. 163). Segue o autor dizendo que esse preceito é uma das proposições do processo cooperativo encoberto pelo novo Código de Processo Civil, de forma a determinar consenso transparente e eficiente entre as partes processuais, com aceitação plena de responsabilidades, mas coibindo as condutas que corrompam os propósitos da atividade processual. (BRASIL, 1973).

Deve ser ressaltado que, além dos sujeitos mencionados, todos aqueles que vierem a envolver-se no processo, mesmo que de forma eventual, deverão agir de forma a não comprometer a boa-fé processual. (BRASIL, 1973).

De tal forma, acrescenta Fredie Didier Jr. (2015), que esse princípio apresenta um contexto de proteção amplificado, que vindica a boa-fé não somente àqueles que fazem parte da relação processual, mas de todo o mecanismo jurisdicional, que abrange todos os sujeitos, instituições e órgãos - públicos e privados -, que exercem, de forma direta ou indireta, atividades hábeis constitucionalmente como basilares à Justiça.

Com tudo que foi visto, uma conduta íntegra entre ambos os sujeitos do processo é fundamental. Atingir o direito de alguém agindo fora dos limites da boa-fé objetiva é algo contrário aos moldes do Processo Civil brasileiro. (BRASIL, 1973).

4 A BOA-FÉ OBJETIVA E A COLABORAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

No dia 16 de março de 2015 foi publicada no diário oficial a lei 13.105, que regulamenta o novo Código de Processo Civil, que traz grandes inovações para aprimorar o ordenamento jurídico processual brasileiro. Tal legislação tem por previsão o início de sua vigência em 17 de março de 2016, recaindo, inclusive, nos processos em tramitação. (BRASIL, 2015).

O novo Código de Processo Civil demonstra um grande compromisso com a celeridade, na medida que pretende redimensionar técnicas para viabilizar a efetiva realização do Direito. Desse modo, busca reorganizar o processo de modo a estabelecer um novo equilíbrio entre as posições que os participantes do processo detém. Segundo Mitidiero (2015, p. 49), “a colaboração visa a organizar a participação do juiz e das partes no processo de forma equilibrada”. Alerta, entretanto, o autor que “a colaboração no processo não implica colaboração entre as partes. As partes não querem colaborar. A colaboração [...] é a colaboração do juiz para com as partes”. (MITIDIERO, 2015, p. 49).

O parâmetro da boa-fé objetiva, entretanto, impacta diretamente a postura que os participantes do processo devem demonstrar em uma perspectiva ampla de colaboração, atinente à boa-fé objetiva, pois “a boa-fé a ser observada no processo, por todos os seus participantes (entre as partes, entre as partes e o juiz e entre o juiz e as partes), é a boa-fé objetiva, que se ajunta à subjetiva para a realização de um processo leal”. (MITIDIERO, 2009, p. 102).

5 O PRINCÍPIO DA ASSERÇÃO COMO INSTRUMENTO PARA IDENTIFICAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS COGNITIVOS DA ANÁLISE DA APLICAÇÃO DA BOA-FÉ OBJETIVA NO NOVO CPC

O processo civil representa uma sucessão de atos tendentes a permitir que se comprovem (ou refutem) os fatos jurídicos indicados na inicial, garantindo que os pressupostos do devido processo legal sejam respeitados. Essa realidade processual congrega duas expressões de verdade, uma verdade como coerência e a outra verdade por correspondência. (KÜHN, 2011, p. 103-108).

Em outras palavras, em alguns momentos do processo, compreende-se que o aplicador do direito deve se utilizar dos elementos de que dispõe, aqueles dispostos em estado de afirmação pelas partes e os que compõem os parâmetros de comportamento conhecidos pelo magistrado, e, em outros momentos, é necessária a averiguação da realidade fática com ampla utilização da atividade cognitiva – oportunidade em que é imperativa a instrução. (KÜHN, 2011, p. 103-108).

Aplicando-se a teoria da asserção, que atenta para essas duas verdades do processo, é possível compreender que para a tutela da boa-fé no processo civil é necessária a busca de uma verdade como coerência. É preciso que o comportamento dos agentes do processo possam ser avaliados, segundo os elementos dispostos na causa, objetivamente. No caso, não se pretende investigar os meandros da vontade subjetiva, mas avaliar, objetivamente, se o padrão de comportamento apresentado condiz com as exigências determinadas pelo Processo Civil. (KÜHN, 2011, p. 103-108).

Medina (2015, p. 162) também compreende que o critério de averiguação dos parâmetros de atuação das partes no Processo Civil brasileiro (inclusive no novo CPC) é o objetivo: “o direito processual civil brasileiro adotou critério objetivo, funcional ou finalístico para a caracterização do exercício abusivo de direitos processuais”.

Na Lei n. 13.105/2015, ao dispor sobre os deveres das partes em seu art. 77, não apresentou uma inovação expressa nos contornos dos padrões de comportamento exigidos das

partes no processo. Todavia, conforme anteriormente referido, ao se pretender que a colaboração (em sentido amplo) represente um novo paradigma da relação processual, inclusive para propiciar a celeridade do processo, será necessário redobrar a atenção aos desvios que a atuação das partes podem suscitar. (BRASIL, 2015).

O inciso I do art. 77 da Lei n. 13.105/2015 assevera que as partes devem expor os fatos em juízo conforme a verdade. Desse modo, aplicando-se o princípio da asserção, é possível compreender que não se trata de busca da verdade por correspondência (com instrução probatória), sob pena de toda ação gerar, para a parte derrotada, a condenação à litigância de má-fé. Do contrário, é possível observar que se trata da análise da verdade como coerência, uma verdade *a priori* ao objeto de análise. (BRASIL, 2015).

Assim, os comportamentos que serão avaliados terão como referencial os documentos dispostos pelo próprio autor, as informações incontroversas e os parâmetros fixados pelas máximas de experiência do magistrado. Atenta contra a verdade o litigante que, por exemplo, nega um fato, juntando documento que o comprova, sem indicar qualquer contrariedade a higidez do mesmo. Do mesmo modo, litiga de má-fé, contrariando os preceitos da boa-fé objetiva, aquele que pretende questionar em juízo elemento jurídico já enfrentado em ação antecedente, que o próprio autor cita em suas razões.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O princípio da boa-fé objetiva, embora tenha se constituído no Direito Civil, representa norma ampla de aplicação no ordenamento jurídico, alcançando as relações processuais. Todos os litigantes devem agir em conformidade com padrões éticos e com lealdade, ainda que não se possa afirmar que uma parte deva, necessariamente, auxiliar a parte adversa a tutelar seu interesse.

O sentido amplo de colaboração que marca o novo Código de Processo Civil amplia a responsabilidade de pela tutela da boa-fé objetiva nas relações processuais, apenas com observância dos deveres (expressos e implícitos) dispostos às partes será possível atentar para a grande missão da nova legislação processual: a celeridade no acesso à Justiça.

Assim, ao fundamentar um critério objetivo de mensuração dos deveres das partes, dos padrões objetivos de conduta que permitem avaliar a conformidade com o princípio da boa-fé objetiva, a teoria da asserção representa importante instrumento de materialização dos anseios do novo Código de Processo Civil. Esclarece, assim, de que modo é possível adaptar o princípio da boa-fé objetiva aos pressupostos do devido processo legal.

REFERÊNCIAS

AVIM, Rafael. **Parte Geral e princípios constitucionais no CPC 2015**. Disponível em: <<http://www.cpcnovo.com.br/blog/2015/04/01/parte-geral-e-principios-constitucionais-no-cpc-2015/>>. Acesso em: 13 out. 2015.

BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, 17 jan.1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em 24 out. 2015.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1046>. Acesso em 24 out. 2015.

DIDIER JR., Fredie. Editorial 45. **Frediedidier**. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-45/>>. Acesso em: 12 out. 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil, volume I: parte geral**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GONÇALVES, Camila de Jesus Mello. **Princípio da Boa-fé – Perspectivas e Aplicações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume III: contratos e atos unilaterais. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2007

THEODORO JÚNIOR, Humberto. NUNES, Dierle. BAHIA, Alexandre Melo Franco. PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC: Fundamentos e Sistematização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Gen/Forense. 2015.

KÜHN, Vagner Felipe. **Assertão: da teoria ao princípio de direito processual civil**. São Paulo: Nelpa, 2011.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MEZZOMO, Marcelo Colombelli. A boa-fé objetiva e seus institutos. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1212, 26 out. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/9087>>. Acesso em: 14 out. 2015.

MITIDIERO, Daniel. A colaboração como norma fundamental do Novo Processo Civil brasileiro. **Revista do Advogado**, São Paulo, v. 35, n. 126, p 47-52, mai. 2015.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NICOLAU, Gustavo Rene. Implicações práticas da boa-fé objetiva. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 87, abr. 2011. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id>

=9107>. Acesso em: 14 out. 2015.

REALE, Miguel. A boa-fé no Código Civil. **Miguelreale.com** Disponível em:
<<http://www.miguelreale.com.br/artigos/boafe.htm>>. Acesso em: 13 out 2015.

ROCHA, Antônio da; CORDEIRO, Meneses. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Livraria Almedina, 1984. v. 2.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. A supressio e o direito à prestação de contas. **Revista dos tribunais**, São Paulo, v. 101, n. 915, p. 279-293, jan. 2012.

ANTECIPAÇÃO DE TUTELA X TUTELA CAUTELAR: AS ALTERAÇÕES DO INSTITUTO NO NOVO CPC

Vagner Felipe Kuhn
Gustavo Sabedot
Patrícia Binotto Jung

Resumo: Este artigo apresenta concepções sobre antecipação de tutela e medidas cautelares e visa analisar as mudanças de ambos os institutos frente a implantação de um novo Código de Processo Civil. Também aborda a usabilidade dessas ferramentas na processualística brasileira, bem como as alterações trazidas a esse cenário. Ainda, aborda outras mudanças significativas trazidas ao ordenamento jurídico de nosso País.

Palavras-chave: Antecipação de tutela-Demanda-Alteração legislativa

INTRODUÇÃO

Antes de adentrarmos ao tema central deste trabalho, *mister* tomarmos conhecimento de algumas noções basilares acerca do processo no geral. Marinoni (2015, p. 541) conceitua o processo como instrumento que viabiliza a prestação da tutela jurisdicional. O doutrinador complementa, ainda, dizendo que essa tutela pode ocorrer mediante atividade de conhecimento, execução ou provimentos que misturem ambas as atividades. Para Fredie Didier (2015, p. 547), o processo inicia-se quando a demanda é proposta. Daí em diante, uma sucessão de atos acontece, até o fim da relação processual.

Esses atos podem acontecer em espaços de tempo diversos. Com o decorrer das épocas e a morosidade no deslinde das demandas, buscaram-se ferramentas para contornar esses caminhos. Na antiga ‘antecipação dos efeitos de tutela’, que passou a ser chamada pelo legislador do N. CPC de tutela provisória, a lei reconhece a possibilidade do procedimento comum estar insculpido das atividades de execução e cognição, bem como de poderem haver decisões provisórias e definitivas sobre o mérito antes da própria sentença terminativa. Marinoni (2011, p. 43) diz que a técnica antecipatória permite que se dê tratamento diferenciado aos direitos que são evidentes e aos que correm risco de serem lesados. O direito evidente exige imediatismo e a lei supre essa necessidade viabilizando a antecipação quando, evidenciado o direito, exerce-se a defesa abusivamente. Nos casos de risco de lesão, a tutela antecipatória funda-se, simplesmente, na probabilidade da existência de tal direito e no receio fundado de algum dano irreparável ou de difícil reparação.

1 HISTÓRICO

O acautelamento provisório é mais antigo do que se pensa. Já dispunha o artigo 675 do Código de Processo Civil de 1939:

Além dos casos em que a lei expressamente o autoriza, o juiz poderá determinar providências para acautelar o interesse das partes:

I – quando do estado de fato da lide surgirem fundados receios de rixa ou violência entre os litigantes;

II – quando, antes da decisão, for provável a ocorrência de atos capazes de causar lesões, de difícil e incerta reparação, ao direito de uma das partes;

III – quando, no processo, a uma das partes for impossível produzir prova, por não se achar na posse de determinada coisa”.

O CPC de 73 deu ao magistrado o poder de determinar as medidas provisórias que julgar adequadas quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação (artigo 798). Entretanto, houve enorme discussão entre doutrina e tribunais, uma parte usava a alegação de que essa ‘satisfação’ na tutela tornaria sem necessidade o ajuizamento da ação principal. No outro campo, alguns doutrinadores contrapunham-se a esse pensamento, é o caso de Humberto Theodoro Júnior (2014, p. 564), dizendo que:

Seu fito é apenas garantir a utilidade e eficácia da futura prestação jurisdicional satisfativa. Não pode, nem deve, a medida cautelar antecipar a decisão sobre o direito material, pois não é de sua natureza autorizar uma espécie de execução provisória

O artigo 461 do CPC de 73 tornou possível a antecipação da tutela no processo de conhecimento, conferindo, na mesma oportunidade, ao cidadão um instrumento processual semelhante ao mandado de segurança. A reforma de 1994 criou a possibilidade da antecipação da tutela no processo de cognição exauriente. Prescrevem, sucessivamente, os artigos 273 e 461 do atual CPC:

Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

E

Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do

adimplemento.

Esses textos eliminaram a necessidade de o autor – visando obter uma tutela sumária satisfativa – valer-se do art. 798 do Código de Processo Civil, gerando ações sumárias satisfativas e ações de cognição exauriente com tutela satisfativa interinal.

Na atualidade, no bojo do processo ou da fase de conhecimento podem tanto ser concedidas pelo Juízo tutelas antecipadas, quanto cautelares, sem necessitar de um processo cautelar autônomo, ou seja, separado do principal.

3 TUTELA ANTECIPADA X TUTELA CAUTELAR

Embora haja semelhança nas nomenclaturas, as ferramentas processuais são distintas. A primeira trata de incidente no processo de conhecimento, já a segunda, é forma de processo autônomo.

Para Marcus Vinicius Rios Gonçalves (2014, p. 689), a chamada tutela cautelar é sempre de urgência, pressupondo a necessidade de afastar um prejuízo irreparável ou de difícil reparação. Por outro lado, a tutela antecipada é, na grande maioria das vezes, de urgência, porque possui os mesmos pressupostos.

Importante destacar que a lei em vigor estabelece a fungibilidade entre os dois tipos de tutela, tendo em vista que nem sempre é possível identificar com certeza e precisão qual medida é mais adequada para determinado caso, havendo situações que podem se mostrar por deveras confusas, não podendo a parte sair prejudicada em razão disso.

Somente a tutela antecipada satisfaz uma pretensão, ou seja, o juiz concede de pronto os efeitos que, sem ela, só poderia conceder no término da demanda. No caso da tutela cautelar, não há deferimento do pleito, apenas uma medida de proteção, assecuratória, visando a preservação do direito do requerente, que está na iminência de risco em vista da morosidade no desenrolar da lide.

3.1 Tutela antecipada

Consiste na possibilidade de o juiz antecipar os efeitos de uma sentença, para uma fase processual anterior à normal. Gonçalves (2014, p. 692) é muito usual quando diz que:

(se o juiz) antecipar os efeitos de uma pretensão condenatória, permitirá ao autor promover a execução do que entende devido; e se for de pretensão constitutiva ou

desconstitutiva, ou declaratória, permitirá ao autor auferir as consequências jurídicas decorrentes de uma coisa ou outra.

Vale frisar que suas consequências são sempre de caráter provisório. Somente com sentença procedente, ou acórdão, existindo pleito recursal, haverá efeitos definitivos.

A Lei n. 8.952/94 deu a redação aos ditames do já mencionado artigo 273, introduzindo a tutela antecipada no ordenamento jurídico brasileiro, estendendo as possibilidades de conceder os efeitos antecipatórios em qualquer ação, quando preenchidos os requisitos genéricos estabelecidos pela lei. Antes, por exemplo, liminares em ações alimentícias de rito especial, e ações possessórias tinham natureza de antecipação de tutela.

A tutela cautelar foi criada visando afastar possível ameaça ao resultado de um processo de conhecimento ou execução, bem como tornar mais efetivo o processo. Segundo Gonçalves (2014) a tutela antecipada permite que haja uma melhor distribuição dos ônus da demora, permitindo que o juiz, sendo verossímeis as alegações do autor, conceda antes aquilo que só seria concedido ao final do processo, nos casos previstos em lei. Os requisitos vêm declinados nos artigos 273 e 461, § 3º, do CPC vigente.

3. 2 Tutela cautelar

Pode-se dizer que a tutela cautelar foi criada a fim de afastar situações de ameaça a resultados de processos de conhecimento ou execução. Parte da doutrina diz que esse mecanismo foi criando, de início, para excluir ou diminuir os riscos que poderiam decorrer em casos de demora no processo. A tutela cautelar não visa à satisfação de um direito, mas, tem por finalidade assegurar a sua futura satisfação, protegendo-o.

Como dito acima, a tutela cautelar, diferente da tutela antecipada, não satisfaz as pretensões do autor. O magistrado aqui não dá provimento agora ao que só seria deferido no fim da lide, ele apenas determina resoluções de blindagem, proteção e preservação do direito litigado. Um exemplo clássico de tutelar cautelar é um autor que ajuíza determinada ação de cobrança c/c antecipação de tutela, já que necessita de imediato do montante e teme que o réu desfaça-se dos valores constantes em seu patrimônio. Caso deferida, a medida autoriza o postulante a receber a quantia, promovendo o que se chama no direito de execução provisória.

Certos, então, que somente a tutela antecipada satisfaz a pretensão do demandante, necessário se faz saber que não existe tutela cautelar que seja satisfativa, sendo sua função unicamente acessória, além disso, possuem dois requisitos essenciais para serem postuladas: *fumus boni juris* e *periculum in mora*.

Vale citar ainda que os procedimentos cautelares são, no geral, específicos, tratados no Livro II do CPC, entretanto, tendo o juiz poder de cautela, pode ordenar qualquer providência necessária a proteger os direitos das partes, são os chamados procedimentos cautelares inominados. Apesar de existirem inúmeros procedimentos específicos, existem alguns que são mais relevantes à processualística civil brasileira, podemos enumerar então:

- arresto;
- sequestro;
- busca e apreensão;
- exibição;
- produção antecipada de provas;
- alimentos provisionais; e
- atentado.

Abordaremos, então, simplificadamente, cada um dos procedimentos. O primeiro, arresto, nas palavras de Humberto Theodoro Júnior (2014, p. 835) é garantia da execução por quantia certa futura. Em resumo, é a apreensão judicial de bens indeterminados do patrimônio do devedor. O mesmo doutrinador (2014, p. 845), é usual ao conceituar um instituto muito semelhante, o sequestro.

Para ele, o sequestro assegura execução futura para entrega de coisa e trata-se de apreensão de bem determinado, o qual é objeto do litígio, assegurando sua entrega, em bom estado, ao vencedor da demanda. O sequestro atua, na praxis, através de desapossamento, visando à conservação da integridade de uma coisa sobre a qual versa determinada disputa judicial, preservando-a de eventual dano, depreciação ou deterioração.

Neste ponto, mais uma distinção é necessária, por que, embora arresto e sequestro sejam medidas cautelares que visam igualmente à restrição de bens, com intuito assecuratório de sua conservação até que possam solucionar definitivamente a causa, há entre eles profunda diversidade de requisitos e consequências.

O sequestro atua na tutela da execução para entrega de coisa certa, enquanto o arresto garante a execução por quantia certa. Por causa disto, o sequestro sempre visa o bem e litígio, aquele que faz sobrestar a lide, o objeto principal do processo. O arresto, por outro lado, não se importa com objetos específicos. Sua função é simplesmente preservar um montante necessário para futuro adimplemento de dívida de dinheiro. Assim, qualquer um dos bens patrimoniais disponíveis do devedor pode ser objeto do arresto.

O instituto seguinte é quase irmã do arresto e do sequestro, trata-se da busca e apreensão. Segundo Gonçalves (2014, p. 243), diferente dos outros, não pressupõe a existência de uma dívida, nem a litígio sobre a coisa. Em todas elas, porém, há sempre a apreensão de bens. Em todas a apreensão é o aspecto mais basilar: os bens ficarão ‘intactos’, sob os cuidados de um depositário, para poderem ser usados, seja no pagamento da dívida ou na entrega ao seu titular, no momento oportuno. Aqui a apreensão é mera ‘formalidade’.

Nos dois primeiros institutos, na grande maioria das vezes, já se conhece o paradeiro dos bens, bastando que o magistrado os apreenda e os deposite a fim que não pereçam, na busca e apreensão há sempre a necessidade de procurar a coisa.

Quanto à exibição, extrai-se do artigo 844 do atual CPC:

Art. 844. Tem lugar, como procedimento preparatório, a exibição judicial:
I - de coisa móvel em poder de outrem e que o requerente repute sua ou tenha interesse em conhecer;
II - de documento próprio ou comum, em poder de co-interessado, sócio, condômino, credor ou devedor; ou em poder de terceiro que o tenha em sua guarda, como inventariante, testamenteiro, depositário ou administrador de bens alheios;
III - da escrituração comercial por inteiro, balanços e documentos de arquivo, nos casos expressos em lei.

Trata-se, como diz a própria lei, de hipóteses em que o pedido é formulado em caráter meramente preparatório. Para Bueno (2014, p. 308), a expressão usada pelo legislador deve ser entendida como os casos em que a pretensão do autor é a de determinar-se que o réu exiba aquilo que, por força legal ou pactual, deveria ter sido disponibilizado para o pleiteante. Uma vez exibido o objeto, dele tomando conhecimento, o autor poderá ajuizar outra tutela jurisdicional em desfavor da que o réu detinha.

A medida cautelar de produção antecipada de provas é cabível antes da ação principal, tendo em vista a morosidade até alcançar-se a fase probatória no processo de conhecimento, havendo perigo de perda da prova que pretende-se utilizar, ou diante da necessidade de alterar o estado de fato das coisas que se relacionem com a ação cognitiva, futuramente proposta

Chamamos de alimentos provisionais a importância pecuniária ou *in natura*, destinada ao suprimento de determinadas necessidades da parte, inclusive despesas processuais, no desenrolar da demanda que envolva fixação de alimentos. Donizetti (2014, p. 1262) diz que podem ser concedidos no curso do processo principal (seja de alimentos, separação judicial, anulação de casamento ou investigação de paternidade), como meio antecipatório do provimento jurisdicional buscado ou de parte dele, hipótese em que se exaure a instauração de processo cautelar.

Por fim, o atentado buscar restaurar o estado inicial da demanda, comprometido por inovações ilegítimas da parte contrária no decorrer do processo.

4 NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A TUTELA PROVISÓRIA

No Código de Processo Civil, previsto para entrar em vigência em 2015, há um livro próprio para se falar das tutelas provisórias, que serão concedidas mediante cognição sumária em Juízo de admissibilidade. Em seu artigo 294 encontra-se a possibilidade da tutela provisória fundamentar-se em urgência ou evidência.

Segundo Paulo Cezar e Humberto Dalla (2015, pag. 161): “O novo Código estabelece um novo paradigma para a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional e para as medidas acautelatórias, denominadas na lei como tutelas provisórias.”. Esse dispositivo distingue as medidas de urgência das de evidência.

Ambas as formas de tutelas provisórias antecedentes, seja satisfativa ou cautelar, utilizam-se das regras de competência que o antigo Código de 1973 dispunha para os procedimentos, sendo competente o Juízo que o for para a causa principal. Quanto a esse requisito nada foi alterado.

Em síntese, o novo Código vem simplificar o exposto anteriormente, substituindo os procedimentos cautelares e a tutela antecipada que se encontravam divididos no antigo Códex, agora reunidos em um único local, no Livro V, tratando das tutelas provisórias, unificando seus requisitos e assim simplificando o processo.

4.1 Tutela provisória de urgência

A tutela de urgência não é instituto novo em nosso sistema legal já existindo no Código de 1973 sob a denominação de cautelar e antecipatória, com requisitos semelhantes aos utilizados no n. CPC. No Códex de 2015 se faz necessário para o seu deferimento dois requisitos, a probabilidade de existência do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, sendo dividida então em cautelar e satisfativa.

Para Neves (2015), há uma sensível aproximação entre a tutela antecipada e a tutela cautelar, tendo em vista que ambas passam a ser tratadas como espécies de tutelas provisórias, sendo a primeira satisfativa e a segunda acautelatória, e ainda, o legislador tornou homogêneo o tratamento de ambas no que foi possível.

O artigo 294, em seu parágrafo único deixa claro que tutela provisória de urgência é gênero, enquanto tutela cautelar e antecipada são suas espécies. Nesse sentido Paulo Cezar e Humberto Dalla (2015) manifestam-se quanto à subclassificação dessas tutelas de urgência, a primeira seria quanto à natureza da tutela, que pode ser cautelar ou antecipatória do provimento final, já a segunda seria quanto ao momento em que a mesma é concedida, sendo antecedente ao pedido principal ou incidental no curso do processo.

Segundo o artigo 295 do novo Código de Processo Civil, caso a tutela provisória de urgência seja concedida em caráter incidental, ou seja, requerida dentro do próprio processo, não será necessário um novo recolhimento de custas processuais, tendo em vista que a parte já pagou para ingressar em Juízo, não necessitando dispendere novamente o valor das custas.

A modalidade de tutela jurídica prevista no artigo 305 do n. CPC é cautelar preparatória, sendo, entretanto diferente da ação cautelar preparatória prevista no Código de 73, tendo em vista que se encontra concentrada em um único lugar, tendo curso com o principal.

Importante destacar, a diferença entre o já conhecido *fumus boni iuris* e a prova inequívoca da verossimilhança da alegação como requisitos para o deferimento de tutela de urgência garantidora e satisfativa desaparece, igualando-se, a partir de então, às probabilidades de o direito existir para a concessão da tutela de urgência, seja ela qual for, independentemente de sua natureza. Nesse sentido, o *caput*, do artigo 300, prevê que: “A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.”.

Por fim, segundo Didier (2015, p. 594), a tutela provisória de urgência pode ser cautelar ou antecipada. Em ambos os casos, a sua concessão pressupõe, basicamente, a demonstração do *fumus boni iuris* e do perigo de dano ou de ilícito, ou ainda do comprometimento da utilidade do resultado final que a morosidade processual significa, em outras palavras, o *periculum in mora*.

4.2 Tutela de evidência

No atual diploma legal esta espécie de tutela provisória encontra-se espalhada pelo Código, no novo ela ganha um capítulo próprio, mesmo que com um único artigo, estando inserido dentro do mesmo livro que trata das tutelas provisórias de urgência. Tem por finalidade proteger o direito que se encontra evidente desde o início do processo nas hipóteses previstas no artigo 311 do n. CPC, tendo caráter sempre de tutela satisfativa, com condão de antecipar o mérito que seria apurado apenas ao final do processo.

O artigo 311 do Novo Código de Processo Civil destaca a desnecessidade de se demonstrar o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, para que seja concedida a tutela de evidência, o que a diferencia claramente da de urgência. Para que isso ocorra são necessários alguns requisitos, que se encontram elencados nos incisos do referido artigo, encontrando-se entre eles, haver prova documental, tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em enunciado da súmula vinculante, ou ainda conforme o caso no inciso III, se o pedido for reipersecutório, fundado em prova documental adequada do contrato de depósito.

Didier (2015, p. 617), diz que existem, então, duas modalidades de tutela provisória de evidência: a punitiva (art. 311, I), quando notório o abuso do direito de defesa ou a manifestação intencional protelatória da parte; e a documentada, quando há prova documental das alegações da parte, nas hipóteses do artigo 311, II a IV, que determinam o provável acolhimento da pretensão processual.

Entretanto, nesta última, não há óbice de que as partes selem entre si negócio jurídico, antes ou durante o processo, respeitando os rigores da cláusula geral de negociação do artigo 190 do CPC.

5 OUTRAS NOVIDADES DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL SOBRE A TUTELA PROVISÓRIA

De acordo com o artigo 304, existe a possibilidade de estabilização da tutela antecipada concedida em caráter antecedente, sempre que não houver impugnação pela parte contrária. No § 5º, do já citado artigo, encontra-se o prazo para essa “estabilização” da tutela, sendo ele de 2 anos, afirmando que após esse período a parte contrária perde o direito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada. Em complemento o § 6º, do mesmo diploma legal, expõe que a concessão da tutela não faz coisa julgada, entretanto, a estabilidade só será afastada por meio de ação própria que reveja, reforme ou invalide e como já citado esse procedimento tem prazo de 2 anos, não sendo proposta a ação nesse período estará pacificada a tutela antecipatória.

Para Paulo Cezar e Humberto Dalla, o legislador estabeleceu com o supracitado artigo um novo mecanismo de preclusão, a partir da omissão concreta do réu interpor o recurso cabível contra a decisão antecipatória, tratando-se então de preclusão lógica, tendo em vista que se entende que houve a aceitação tácita da decisão proferida. Não sendo interposto o recurso, a parte tem os já citados dois anos para entrar com ação própria, não o fazendo torna-se imutável aquela decisão.

Outra diferença trazida pelo novo Código é quanto à possibilidade de realização de audiência de conciliação ou mediação, conforme artigo 303, § 1º, II, cumulado com entendimento do artigo 334, ambos do Código de Processo Civil de 2015 nos procedimentos cautelares. Importante destacar que a petição inicial, preenchendo todos os requisitos previstos em lei e não sendo caso de improcedência liminar do pedido, será designada data para essa audiência, que deverá ser marcada com pelo menos 30 dias de antecedência, devendo o réu ser citado pelo menos 20 dias antes da data de sua realização. Ainda, essa audiência vai depender da pauta do Juiz julgador da demanda, que normalmente está lotada. Esse artigo 334, vale tanto para os procedimentos de tutela provisória, quanto para outras espécies passíveis de acordo.

Ainda, caso as partes não tenham interesse nessa audiência, seja ela de conciliação ou mediação, deverá indicar por petição escrita, sendo o autor na petição inicial e o réu na sua contestação. Tendo em vista que essa audiência é considerada quase que obrigatória, ela só não será realizada caso ambas as partes manifestem o seu desinteresse ou ainda se o assunto em pauta não admite a autocomposição. O não comparecimento sem justificativa de alguma das partes ou ambas a audiência designada, poderá acarretar multa, conforme previsão expressa no §8º do art. 334 do n. CPC.

Assim, entende-se que não foram apenas as cautelares, agora de urgência e evidência, que sofreram alterações com a nova redação do Código de Processo Civil brasileiro, mas também tivemos outras mudanças significativas, seja quanto à possibilidade de tornar o provimento cautelar definitivo, após certo período de tempo, tempo este previsto em lei e ainda, as audiências de conciliação e mediação que estarão bastante presentes, bem mais que no artigo código, no n. CPC.

CONCLUSÃO

O nCPC (a mudança na tutela provisória é prova disso) quer simplificar o processo civil. Os mecanismos processuais que aqui abordamos, simplificam, de certa forma, as demandas, ao passo em que protegem certos interesses que, notoriamente, merecem salvaguarda.

À primeira vista, as mudanças trazidas pela nova lei não parecem tão impactantes, entretanto, levando-se em conta questões mais profundas na análise da atual estruturação judiciária brasileira, abrem-se inúmeros celeumas. A demanda nos Fóruns, a disponibilidade dos magistrados, o excesso de mitigação da sociedade. Hoje, mais do que nunca, as pessoas sentem necessidade de buscarem aquilo que creem ter por direito, querendo a garantia desses direitos. Na visão atual do sistema judiciário, essas questões levariam meses, anos para serem dirimidas.

Antecipar a tutela seria, então, providenciar tudo ‘para ontem’, facilitando a vida de quem entra com o litígio e quer resguardar seus direitos.

REFERÊNCIAS

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume II**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015.

BRAGA, Paulo Sarno; DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 10. ed. Salvador: Jus Podivm. 2015.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito processual civil esquematizado**. 4. ed. São Paulo: Saraiva. 2014.

_____. **Direito processual civil esquematizado**. 5. ed. São Paulo: Saraiva. 2015.

_____. **Novo curso de direito processual civil : execução e processo cautelar : volume 3**. 7. ed. São Paulo: Saraiva. 2014.

MACHADO JUNIOR, Dario Ribeiro. CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. DE PINHO, Humberto Dallar Bernardina. **Novo código de processo civil: anotado e comparado: lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Processo de Execução e Cumprimento da Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência – vol. II**. 49. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2014.

DIREITO AO CASAMENTO HOMOAFETIVO COMO GARANTIA DE IGUALDADE MATERIAL

Jacó Ziech¹

Jean Mauro Menuzzi²

Resumo: Este trabalho tem por objetivo abordar o direito ao casamento homoafetivo em vista de uma garantia constitucional, qual seja, o princípio da igualdade, considerado um dos maiores pilares do ordenamento jurídico. Neste estudo utilizou-se o método dedutivo, partindo da diferenciação entre igualdade formal e igualdade material, se direcionando para a apuração da previsão constitucional da igualdade material. Para, por fim, tornar-se possível tratar especificamente do direito ao casamento homoafetivo como garantia assegurada pelo princípio de igualdade material. A pesquisa é de caráter bibliográfico, buscando explicar o problema a partir de referências teóricas já reconhecidas, para compreendê-lo em sua profundidade e amplitude. Constatou-se que a existência da possibilidade jurídica do casamento homoafetivo decorre de uma premissa fundamental, que é a transgressão do princípio da igualdade formal em igualdade material, tornando legítima essa modalidade de casamento.

Palavras-chave: Princípio da Isonomia. União homoafetiva. Casamento. Igualdade material.

INTRODUÇÃO

Ao longo dos anos, questionamentos pertinentes a homossexualidade vem sendo objeto de estudo e debate jurídico. Trata-se de uma mudança das entidades familiares, que passam a ser fundadas no afeto, não mais somente no casamento entre homem e mulher. O direito ao casamento homoafetivo, embora não se tenha previsão expressa no texto da Magna Carta Brasileira, encontra legitimidade em um princípio constitucional, qual seja o princípio da isonomia que norteia todo o ordenamento jurídico.

1 IGUALDADE FORMAL E IGUALDADE MATERIAL, DIFERENCIAÇÃO

O presente estudo tem por escopo efetuar a diferenciação entre a igualdade formal e a igualdade material, bem como, tratar brevemente da evolução do princípio da isonomia e sua aplicação sob a perspectiva constitucional, dando bases para o debate acerca da previsão constitucional da igualdade material, para posteriormente verificar o direito ao casamento homoafetivo como garantia de igualdade material. Desde o nascimento da história constitucional do Brasil, o princípio da igualdade fez-se presente, sendo que em

¹ Acadêmico do Curso de Direito da URI – Câmpus de Frederico Westphalen, RS. Contato pelo e-mail: jacoziech@yahoo.com.br.

² Mestre em Direito, Funcionário Público Estadual e professor universitário - URI/FW, possui licenciatura em Filosofia, Psicologia e História, área em que é especialista. Contato pelo e-mail: menuzzi@uri.edu.br.

maior ou menor proporção, sempre se tratou da isonomia³. O indivíduo independente não mais é aceito, só existindo inserido na sociedade, dentro do corpo coletivo⁴. A igualdade situa-se no campo social, sendo que a convenção social pode produzi-la ou negá-la. Então, “a igualdade pressupõe a superação das desigualdades”⁵. De acordo com Walter Claudius Rothenburg, “igualdade é algo que precisa ser obtido a partir de reivindicações e conquistas e, para tanto, o Direito pode servir de valiosa ferramenta.”⁶ Em tal empreitada faz-se conveniente respaldar que o caput do art. 5º da Constituição Federal, prevê que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, [...]”⁷. Nesse sentido, para Luis Alberto David Araujo, o constituinte ao mencionar no caput do art. 5º da Magna Carta a garantia dos direitos individuais e coletivos, dentre eles a igualdade, reconhece de imediato que “todos são iguais perante a lei”⁸. Ao preceituar no texto legal da Constituição Federal “a igualdade de todos perante a lei”, não é outra coisa senão a “igualdade formal, pura identidade de direitos e deveres entre os membros da coletividade através da legislação”⁹. E, por estar presente tanto no Preâmbulo quanto no caput do art. 5º, é considerada como “norma supraconstitucional, ou seja, princípio, direito e garantia, a que todas as normas devem adequar-se”¹⁰. O principal texto constitucional a versar sobre direitos fundamentais, dentre eles o princípio da igualdade, é a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Princípio o qual é considerado “a premissa mais importante do Estado Moderno juntamente com a Liberdade, que é a Igualdade.”¹¹ Torna-se imprescindível, o direcionamento acerca das duas dimensões da igualdade. Para tal, importa trazer à colagem o seguinte pensamento: “A igualdade entre todos, proclamada na Constituição Federal, deve ser entendida como uma ligação entre o direito e a realidade que lhe é subjacente e, nesta perspectiva, implementada em duas dimensões distintas, como igualdade material e

³ MENUZZI, Jean Mauro. **Apontamentos filosófico-políticos para um direito penal contramajoritário**. Santo Ângelo, 2010, 152 f. Dissertação de Mestrado em Direito- Câmpus de Santo Ângelo, Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, p. 49.

⁴ MENUZZI, 2010, p. 42.

⁵ MENUZZI, 2010, p. 41.

⁶ ROTHENBURG, Walter Claudius. **Igualdade material e discriminação positiva: o princípio da isonomia**. NEJ - Vol. 13 - n. 2 - p. 77-92 / jul-dez 2008, p. 78.

⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.

⁸ ARAUJO, Luis Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Curso de direito constitucional. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 153.

⁹ MENUZZI, 2010, p. 50.

¹⁰ MENUZZI, 2010, p. 49-50.

¹¹ STEFENI, Roberto José; MENUZZI, Jean Mauro. Igualdade de gêneros. Em busca da equiparação. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVII, n. 121, fev 2014. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14248>. Acesso em maio 2015.

como igualdade formal.”¹² O discernimento entre essas duas dimensões reside na dicotomia entre o real e o abstrato, [...] entre igualdade formal (de direito) e material (de fato), reproduz-se a distância entre o esperado (no plano normativo) e o acontecido (no plano da realidade), e a distinção corresponde a uma suposta diferença entre teoria (igualdade formal) e prática (igualdade material)¹³.

A igualdade de direito refere-se a uma declaração abstrata (textual), enquanto a igualdade de fato diz respeito à efetividade da igualdade, à concretização. Existe uma distinção entre os planos da validade (plano do dever ser) e da efetividade (plano do ser)¹⁴. É preciso que se tenha claro, para melhor compreensão, que a igualdade formal tornou-se ineficiente na tarefa de garantir a emancipação de grupos historicamente discriminados, e, que na atual conjuntura, faz-se necessária a transgressão da igualdade puramente formal, perante a lei, para a igualdade material, concreta¹⁵. Isto se deve à mudança das demandas, que diferentemente daquela divisão da sociedade industrial entre burgueses e proletários, agora são referentes a um corpo coletivo, “às novas identidades”. Sendo que as minorias agora são outras, “como, por exemplo, negros, mulheres, homossexuais, idosos, crianças e adolescentes, deficientes físicos, e assim por diante”¹⁶. Para Araújo e Nunes Júnior, o princípio da isonomia deve ser observado tanto pelo legislador quanto pelo aplicador da lei, sendo dispensado “tratamento igualitário a todos os indivíduos, sem distinção de qualquer natureza”. Ou seja, conforme Aristóteles, tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual na medida de suas desigualdades. Contudo, existe a dificuldade em apontar em cada caso concreto quem são os iguais, quem são os desiguais e qual a medida dessas desigualdades. Então a lei deve primeiramente discriminar as situações para assim poder regulamentá-las¹⁷. Em várias hipóteses é a Constituição que aprofunda a regra da isonomia material¹⁸, em outras, é o próprio constituinte quem estabelece as desigualdades. Nesta linha de raciocínio, argumenta Lenza: “[...] a grande dificuldade consiste em saber até que ponto a desigualdade não gera inconstitucionalidade”¹⁹. Em determinadas situações a

¹² MENUZZI, 2010, p. 51.

¹³ ROTHENBURG, 2008, p. 85.

¹⁴ ROTHENBURG, 2008, p. 84-85.

¹⁵ MENUZZI, 2010, p. 70.

¹⁶ MENUZZI, 2010, p. 72.

¹⁷ ARAUJO, 2010, p. 153.

¹⁸ Na concepção de LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 18. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1072. “a própria Constituição se encarrega de aprofundar a regra da isonomia material: a) art. 3º, I, III e IV; b) art. 4º, VIII; c) art. 5º, I, XXXVII, XLI e XLII; d) art. 7º, XX, XXX, 29 XXXI, XXXII e XXXIV; e) art. 12, §§ 2º e 3º; f) art. 14, caput; g) art. 19, III; h) art. 23, II e X; i) art. 24, XIV; j) art. 37, I e VIII; k) art. 43, caput; l) art. 146, III, “d” (EC n. 42/2003- Reforma Tributária); m) art. 150, II; n) art. 183, § 1º, e art. 189, parágrafo único; o) art. 203, IV e V; p) art. 206, I; q) art. 208, III; r) art. 226, § 5º; s) art. 231, § 2º etc.”.

¹⁹ LENZA, 2014, p. 1072-1073.

discriminação não contradita, mas realiza o preceito constitucional da isonomia. Como é visto, na exigência de altura mínima de 1,5m para inscrição em concurso de advogado da Prefeitura, sendo tal exigência inconstitucional. O mesmo requisito, se adotado em concurso para ingresso na carreira policial encontra-se de acordo com o princípio da igualdade e com a ordem constitucional. Isso, pelo porte físico nesse caso, constituir-se elemento essencial para o bom desempenho das funções policiais²⁰. O constituinte usando a disciplina do princípio da igualdade tratou de proteger certos grupos historicamente marginalizados da sociedade ou hipossuficientes devido a outros fatores, estabelecendo medidas de compensação em busca de concretizar uma igualdade de oportunidades com os demais indivíduos. São as ações afirmativas, tais como previstas na Constituição Federal a posse indígena (art. 231, §2º); o trabalho da mulher (art. 7º, XX), a reserva de mercado de cargos públicos aos portadores de deficiência (art. 37, VIII) dentre outras regras²¹. Convém apontar o conceito de ações afirmativas, que “são políticas públicas que se destinam à realização do princípio constitucional da igualdade material e à neutralização dos efeitos da discriminação”²². Servindo de mecanismo de inclusão social, “constituindo-se em medidas especiais que objetivam acelerar o processo de igualdade, como o alcance da isonomia não apenas formal, mas material por parte dos grupos tidos como vulneráveis”, com propósito de garantir direitos negados por ações discriminatórias²³. Utilizando-se da força normativa do vértice do ordenamento jurídico brasileiro, que é a Constituição, devem ser geradas políticas públicas para viabilizar a transformação da igualdade formal em igualdade material. Importa, porém realizar a fundamental distinção entre igualdade formal e igualdade material, sendo que na primeira os direitos eram simplesmente reconhecidos pelo Estado, enquanto que, para concretização da igualdade material fazem-se necessárias políticas sociais reconhecidas normativamente²⁴. Em outros termos, “[...] as ações afirmativas representam o mais avançado estágio evolutivo do Estado Democrático Social de Direito na busca da transformação da “igualdade formal” em “igualdade material”²⁵. Sem dúvida, é extrema a relevância social das ações afirmativas na diminuição das disparidades. Uma vez que, de nada adiantaria apenas a garantia de isonomia prevista no texto legal, sem medidas que pudessem proporcionar a materialização deste princípio que é um dos maiores pilares da Magna Carta brasileira, bem como de todo ordenamento jurídico.

²⁰ ARAUJO, 2010, p. 153-154.

²¹ ARAUJO, 2010, p. 156.

²² MENUZZI, 2010, p. 76.

²³ MENUZZI, Jean Mauro. MENUZZI, Loreni Saugo. As ações afirmativas. **Revista Temas Sociais em Expressão**. Frederico Westphalen. v. 9, n.9, p. 75-96. Maio 2010, p. 82.

²⁴ MENUZZI, 2010, p. 72-73.

²⁵ MENUZZI, 2010, p. 73.

2 PREVISÃO DA IGUALDADE MATERIAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A segunda etapa da presente pesquisa visa buscar a previsão legal do princípio da igualdade material consubstanciada nos ditames constitucionais. Interessante se faz retomar o conceito de igualdade material antes de procurar sua previsão constitucional. A igualdade material, geralmente é associada ao pensamento do célebre filósofo Aristóteles, de que é necessário tratar de maneira igual os iguais e desigualmente os desiguais, na real proporção da sua desigualdade, Rodrigues explica que sobre essa conceituação, "aplica-se a igualdade material ou substancial, que é aquela igualdade baseada no caso concreto e não especificamente como está na lei, formalizada. Deve haver uma interpretação da norma abstrata com o caso concreto."²⁶. O princípio da igualdade encontra-se tanto no texto constitucional em seu art. 5º, quanto no preâmbulo da Magna Carta Brasileira, se tratando, portanto de norma supraconstitucional, princípio, direito e garantia; tendo por finalidade a equiparação entre os cidadãos em todos os aspectos, incluindo o jurídico²⁷. Cardoso tece que o princípio da igualdade assume duas personalidades, sendo uma delas teórica objetivando reprimir privilégios injustificados e a outra no sentido de almejar a diminuição dos efeitos consequentes das desigualdades demonstradas perante o caso concreto²⁸. Nessa mesma linha de pensamento Martinez esclarece que:

Nunca é demais lembrar que o princípio da igualdade deve operar tanto no sentido de se tornar uma vedação ao legislador na edição de leis que possam criar privilégios entre pessoas que se encontram em situação idêntica como deve ser considerado uma regra de interpretação para o operador do direito, que deverá aplicar a lei e os atos normativos de forma igualitária, ou seja, sem distinções, se estiver diante de pessoas em situações iguais. Além disso, esse princípio exerce uma função limitadora perante os particulares, que não poderão praticar condutas discriminatórias, sob pena de responsabilidade civil e penal, nos termos da legislação vigente²⁹.

²⁶ RODRIGUES, Isabelle Cristina. Princípio da igualdade e a discriminação positiva. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 31 jul. 2012.

Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.38099&seo=1>>. Acesso em: 13 out. 2015.

²⁷ SILVA, Marcelo Amaral da. Digressões acerca do princípio constitucional da igualdade - Página 2/2. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 66, 1 jun. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/4143>>. Acesso em: 10 out. 2015.

²⁸ CARDOSO, Rodrigo Eduardo Rocha. Abordagem constitucional acerca do princípio da igualdade e das ações afirmativas no ensino superior. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2787/Abordagem-constitucional-acerca-do-principio-da-igualdade-e-das-acoes-afirmativas-no-ensino-superior>>. Acesso em: 13 out. 2015.

²⁹ MARTINEZ, Anna Luiza Buchalla. **Princípio da igualdade**: evolução e aplicação na Constituição. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3128, 24 jan. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/20924>>. Acesso em: 13 out. 2015.

Pode-se assegurar que a isonomia é o mais amplo dentre todos os princípios constitucionais, possuindo caráter absoluto, impondo-se por si mesmo. Torna-se obrigatórios então, a adequação e o cumprimento de tal princípio, que uma vez contrariado é caso de flagrante inconstitucionalidade. Destarte, para que esse preceito tenha eficácia jurídica, o aplicador do direito deverá realizar a análise primeiramente do conteúdo da norma, buscando compreender todos os seus sentidos, para, a partir de então, interpretar o caso concreto e decidir da forma mais justa possível, efetivando e garantindo o direito³⁰. Conseqüentemente, pode ser constatado que sob os parâmetros da igualdade material, o propósito vai além de proporcionar apenas a equivalência entre as partes, mas assume a intenção de promover a justiça mais adequada e proporcional ao fato que se apresenta particularizado, corporificando a real acepção da palavra justiça.

3 DIREITO AO CASAMENTO HOMOAFETIVO EM VISTA DA GARANTIA DE IGUALDADE MATERIAL

O termo homoafetividade consiste em um neologismo criado pela renomada desembargadora Maria Berenice Dias, com o nítido objetivo de impor respeito às uniões homossexuais e oferecer maior visibilidade às mesmas. Uma vez que a expressão homossexual aparenta ter uma conotação unicamente de natureza sexual³¹.

As uniões homossexuais são caracterizadas por sociedades de afeto e amor. Tal concepção é fortificada em razão de análise ao art. 226 da CF/88, o qual é considerado como a “porta para o Direito de Família”, pacificando diversos entendimentos, não obstante deixando a desejar no que concerne às discussões relativas ao caráter familiar das uniões homoafetivas. No § 3º, refere-se à família como sendo o núcleo formado pela união estável, somente entre homem e mulher. Já no § 4º inclui como entidade familiar aquela denominada monoparental, constituída por um dos pais e sua prole. O afeto é requisito para o reconhecimento do caráter familiar tanto à união estável quanto à família monoparental. A partir dessa compreensão, torna-se evidente que também deve ser atribuído o status de família àquelas formadas por casais homossexuais³².

É de conhecimento amplo, que a Constituição Federal de 1988, ao tratar sobre o casamento ou conversão de união estável em casamento, menciona em seu texto apenas a

³⁰ SILVA, Marcelo Amaral da. **Digressões acerca do princípio constitucional da igualdade** - Página 2/2. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 66, 1 jun. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/4143>>. Acesso em: 10 out. 2015.

³¹ DIAS, Maria Berenice et al. **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 9.

³² VARGAS, Fábio de Oliveira. **União Homoafetiva: direito sucessório e novos direitos**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 84-85.

união entre homem e mulher, mas emprega interpretação conforme a Resolução n. 175, de 14-5-2013, que veda às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil, ou conversão de união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo. Além da declaração procedente do STF sobre a ADIn n. 4.277 e a ADPF n. 132, em 5-5-2011, que declarou aplicabilidade de regime da união estável às uniões homoafetivas³³. Nesta senda, em concepção esclarecedora de Dias, não há exigência que o casal seja formado por pessoas de sexo diferente, no que concerne ao tratamento do Código Civil em relação ao casamento. Desse modo, não existindo proibição constitucional ou legal, não se têm argumentos plausíveis para impedir o casamento homoafetivo³⁴. Tal ideia encontra-se arraigada no texto constitucional, em seu artigo 5º, inciso II o qual prevê que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”³⁵. Neste liame, se não há lei, não quer dizer que não exista um direito a ser juridicamente tutelado³⁶.

A Magna Carta brasileira, acompanhando a evolução dos fatos da vida, restou evidente em seu artigo 226, o reconhecimento da existência de relações afetivas fora do casamento, emprestando especial proteção à união estável entre homem e mulher e as famílias monoparentais. Por conseguinte não restringiu em momento algum no texto constitucional, a entidade familiar homoafetiva, logo, deve ser reconhecida sua união estável. Considerando que se encontra sob a tutela constitucional a família, ou seja, qualquer família originada em um vínculo afetivo³⁷.

Nesse mesmo sentido, levando em consideração o enunciado do art. 5º caput da atual Carta Maior Brasileira, é assegurado que perante a lei todos devem ser tratados de forma igual, de modo que não haja distinções de natureza alguma. Pela própria literalidade dessa expressão legal, pode ser constatado, que o tratamento desigual e a discriminação aos diversos, acabam por resultar em um desrespeito ao preceito constitucional que fundamenta a igualdade. De tal sorte, no que tangencia essa questão, imprescindível se faz trazer a baila o julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul a seguir colacionado:

APELAÇÃO CÍVEL. CONVERSÃO DE UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA EM CASAMENTO. CASAMENTO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. DESCONSTITUIÇÃO DA SENTENÇA PARA REGULAR

³³ NERY, Rosa Maria de Andrade. Manual de direito civil: família/ Rosa Maria de Andrade Nery. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 75-76.

³⁴ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 9. ed. rev., atual e ampl. de acordo com: Lei 12.344/2010 (regime obrigatório de bens) : Lei 12.398/2011 (direito de visita dos avós). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 205.

³⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.

³⁶ DIAS, 2013, p. 206.

³⁷ DIAS, 2013, p. 206.

PROCESSAMENTO DO FEITO. 1. Tendo em vista o julgamento da ADI nº 4.277 e da ADPF nº 132, resta superada a compreensão de que se revela juridicamente impossível o reconhecimento de união estável, em se tratando de duas pessoas do mesmo sexo. 2. Considerando a ampliação do conceito de entidade familiar, não há como a omissão legislativa servir de fundamento a obstar a conversão da união estável homoafetiva em casamento, na medida em que o ordenamento constitucional confere à família a "especial proteção do Estado", assegurando, assim, que a conversão em casamento deverá ser facilitada (art. 226, § 3º, CF/88). 3. Inexistindo no ordenamento jurídico vedação expressa ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, não há que se cogitar de vedação implícita, sob pena de ofensa aos princípios constitucionais da igualdade, da não discriminação, da dignidade da pessoa humana e do pluralismo e livre planejamento familiar. Precedente do STJ. 4. Afirmada a possibilidade jurídica do pedido de conversão, imperiosa a desconstituição da sentença, a fim de permitir o regular processamento do feito. APELO PROVIDO. (Apelação Cível Nº 70048452643, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 27/09/2012- Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 20 out. 2015)³⁸.

Depreende-se que resta evidente a legitimidade e a possibilidade jurídica da conversão de união estável homoafetiva em casamento, embasando-se em uma interpretação mais ampla da lei e dos princípios constitucionais. O julgado supramencionado demonstra com propriedade as razões a que se pode afirmar que o casamento homoafetivo, nada mais é que o reconhecimento de um direito existente, legítimo. Embora haja omissão por parte do legislador, não ocorre em momento algum no ordenamento jurídico a vedação à modalidade de casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Fábio de Oliveira Vargas argumenta que:

Em um Estado Democrático de Direito formalmente organizado, cujo ordenamento jurídico confere aos cidadãos, entre outras garantias fundamentais, o direito à privacidade, à igualdade e à liberdade, não se pode admitir que persistam vedações de natureza meramente discriminatória, atentatórias ao direito e liberdades, como as restrições feitas às células familiares homossexuais, no sentido de impossibilitar o exercício de direitos patrimoniais, como, por exemplo, os sucessórios³⁹.

Ainda relatando os princípios Constitucionais, Carolina Valença Ferraz, esclarece que o princípio da dignidade da pessoa humana, expresso no art. 1º, inciso III, da Carta Magna brasileira, deixa esclarecido que qualquer pessoa deve ter sua dignidade respeitada, argumenta ainda que, “o respeito à orientação sexual de cada ser humano implica respeitar a sua dignidade e a sua intimidade. Afinal, a sexualidade representa o livre desenvolvimento da personalidade.”⁴⁰.

³⁸ (Apelação Cível Nº 70048452643, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 27/09/2012- Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 20 out. 2015).

³⁹ VARGAS, 2011, p. 26.

⁴⁰ FERRAZ, Carolina Valença et al. Manual do direito homoafetivo. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 213.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao realizar uma análise detalhada sobre os preceitos que a Constituição Federal promulgada em 1988, procura resguardar, em especial ao princípio da isonomia, pode ser verificado que a união homoafetiva não encontra meios que excluam a possibilidade de efeitos na esfera civil. Os princípios amparam a busca pela concretização da igualdade material entre os indivíduos, de igual forma auxiliam na conquista de direitos ainda não positivados, mas que podem e devem ser reconhecidos como legítimos. Tal como o direito a conversão da união estável homoafetiva em casamento, por não haver restrição legal, apenas omissão por parte do legislador, não existem argumentos convincentes para justificar o não reconhecimento do casamento entre pessoas do mesmo sexo. Portanto conclui-se que é de extrema relevância a abordagem trazida pela concepção de igualdade e justiça, presente no princípio da isonomia, que é um dos maiores pilares do ordenamento jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Luis Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70048452643, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 27/09/2012- Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 20 out. 2015.
- CARDOSO, Rodrigo Eduardo Rocha. **Abordagem constitucional acerca do princípio da igualdade e das ações afirmativas no ensino superior**. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2787/Abordagem-constitucional-acerca-do-principio-da-igualdade-e-das-acoes-afirmativas-no-ensino-superior>>. Acesso em: 13 out. 2015.
- DIAS, Maria Berenice et al. **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. rev., atual e ampl. de acordo com: Lei 12.344/2010 (regime obrigatório de bens) : Lei 12.398/2011 (direito de visita dos avós). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

FERRAZ, Carolina Valença et al. **Manual do direito homoafetivo**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 18. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

MARTINEZ, Anna Luiza Buchalla. Princípio da igualdade: evolução e aplicação na Constituição. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3128, 24 jan. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/20924>>. Acesso em: 13 out. 2015.

MENUZZI, Jean Mauro. **Apontamentos filosófico-políticos para um direito penal contramajoritário**. Santo Ângelo, 2010. Dissertação de Mestrado em Direito- Câmpus de Santo Ângelo, Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões.

MENUZZI, Jean Mauro. MENUZZI, Loreni Saugo. Ações afirmativas. **Revista Temas Sociais em Expressão**. Frederico Westphalen. v. 9, n.9, p. 75-96. Maio 2010.

NERY, Rosa Maria de Andrade; JUNIOR, Nelson Nery. Manual de direito civil: família. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

RODRIGUES, Isabelle Cristina. Princípio da igualdade e a discriminação positiva. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 31 jul. 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.38099&seo=1>>. Acesso em: 13 out. 2015.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Igualdade material e discriminação positiva: o princípio da isonomia. NEJ - Vol. 13 - n. 2 - p. 77-92 / jul-dez 2008.

SILVA, Marcelo Amaral da. Digressões acerca do princípio constitucional da igualdade - Página 2/2. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 66, 1 jun. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/4143>>. Acesso em: 10 out. 2015.

STEFENI, Roberto José; MENUZZI, Jean Mauro. Igualdade de gêneros. Em busca da equiparação. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVII, n. 121, fev 2014. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14248>. Acesso em maio 2015.

VARGAS, Fábio de Oliveira. União Homoafetiva: direito sucessório e novos direitos. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

A presente edição foi composta pelaURI,
em caracteres Garamond,
formato e-book, pdf, em julho de 2016.