

# A APLICAÇÃO DO DIÁLOGO E DA NEGOCIAÇÃO: Justiça Restaurativa e as Novas Dinâmicas dos métodos adequados de solução de conflitos

*Organizadores*

**Ariane Trevisan Fiori**

**Laurinaldo Félix Nascimento**

**Elaine Freitas Fernandes**



# A APLICAÇÃO DO DIÁLOGO E DA NEGOCIAÇÃO: Justiça Restaurativa e as Novas Dinâmicas dos métodos adequados de solução de conflitos

*Organizadores*

**Ariane Trevisan Fiori**

**Laurinaldo Félix Nascimento**

**Elaine Freitas Fernandes**



**2023 – Editora Aclama Jus**

[jus.aclama.com.br](http://jus.aclama.com.br)

grupoaclama@gmail.com

### **Organizadores**

Ariane Trevisan Fiori

Laurinaldo Félix Nascimento

Elaine Freitas Fernandes

**Editor Chefe:** Jader Luís da Silveira

**Editoração e Arte:** Resiane Paula da Silveira

**Imagens, Arte e Capa:** Freepik/Aclama

**Revisão:** Respectivos autores dos artigos

### **Conselho Editorial**

Ma. Tatiany Michelle Gonçalves da Silva, Secretaria de Estado do Distrito Federal, SEE-DF

Me. Elaine Freitas Fernandes, Universidade Estácio de Sá, UNESA

Me. Laurinaldo Félix Nascimento, Universidade Estácio de Sá, UNESA

Ma. Jaciara Pinheiro de Souza, Universidade do Estado da Bahia, UNEB

Dra. Náyra de Oliveira Frederico Pinto, Universidade Federal do Ceará, UFC

Ma. Emile Ivana Fernandes Santos Costa, Universidade do Estado da Bahia, UNEB

Me. Rudvan Cicotti Alves de Jesus, Universidade Federal de Sergipe, UFS

Me. Heder Junior dos Santos, Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, UNESP

Ma. Dayane Cristina Guarnieri, Universidade Estadual de Londrina, UEL

Me. Dirceu Manoel de Almeida Junior, Universidade de Brasília, UnB

Ma. Cinara Rejane Viana Oliveira, Universidade do Estado da Bahia, UNEB

Esp. Jader Luís da Silveira, Grupo MultiAtual Educacional

Esp. Resiane Paula da Silveira, Secretaria Municipal de Educação de Formiga, SMEF

Sr. Victor Matheus Marinho Dutra, Universidade do Estado do Pará, UEPA

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

F519a Fiori, Ariane Trevisan  
A aplicação do diálogo e da negociação: Justiça Restaurativa e as Novas Dinâmicas dos métodos adequados de solução de conflitos / Ariane Trevisan Fiori, Laurinaldo Félix Nascimento, Elaine Freitas Fernandes (organizadores). – Formiga (MG): Editora Aclama Jus, 2023. 218 p. : il.

Formato: PDF  
Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader  
Modo de acesso: World Wide Web  
Inclui bibliografia  
ISBN 978-65-980636-1-0  
DOI: 10.5281/zenodo.8080187

1. Direito. 2. Justiça Restaurativa. 3. Diálogo e negociação. I. Fernandes, Elaine Freitas. II. Título.

CDD: 347.09  
CDU: 340

*Os artigos, seus conteúdos, textos e contextos que participam da presente obra apresentam responsabilidade de seus autores.*

Downloads podem ser feitos com créditos aos autores. São proibidas as modificações e os fins comerciais.

Proibido plágio e todas as formas de cópias.

Editora Aclama Jus  
CNPJ: 35.335.163/0001-00  
Telefone: +55 (37) 99855-6001  
[jus.aclama.com.br](http://jus.aclama.com.br)  
[grupoaclama@gmail.com](mailto:grupoaclama@gmail.com)  
Formiga - MG  
Catálogo Geral: [www.aclama.com.br/](http://www.aclama.com.br/)

Acesse a obra originalmente publicada em:  
<https://www.aclama.com.br/2023/06/a-aplicacao-do-dialogo-e-da-negociacao.html>



**AUTORES**

**ANDREA TOURINHO PACHECO DE MIRANDA  
ANGÉLICA MARIA LINS DOS SANTOS  
ARIANE TREVISAN FIORI  
ELAINE FREITAS FERNANDES  
EVANILDE GOMES FRANCO  
FERNANDO NOGUEIRA BEBIANO  
GEOVANA FAZA DA SILVEIRA FERNANDES  
GIORDANI ALEXANDRE COLVARA PEREIRA  
GUILHERME MASAITI HIRATA YENDO  
LAURINALDO FÉLIX NASCIMENTO  
MARCELLA BRITO DOS SANTOS  
MARCELO BARBI GONÇALVES  
MÁRIO DE ARAGÃO ANDRADE JÚNIOR**

## PREFÁCIO

### **Justiça Restaurativa um instrumento de pacificação social na solução de conflitos comunitários.**

Foi com muita honra e satisfação receber o convite de meus colegas de pesquisas, advogados e docentes e componentes do Grupo de Pesquisa Constitucionalismo(s), Direitos e Democracia (CODIDEM), para atuar como Organizador, juntamente com Laurinaldo Félix Nascimento e Elaine Freitas Fernandes, ambos doutorandos do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá (PPGD/UNESA), bem como para prefaciar o trabalho em formato de e-book: “A aplicação do diálogo e da negociação: Justiça Restaurativa e as Novas Dinâmicas dos métodos adequados de solução de conflitos”.

As sociedades contemporâneas ocidentais compartilham a concepção do princípio da dignidade da pessoa humana como um direito legítimo de cada pessoa a ter condições integrais que facilitem o pleno desenvolvimento humano. O diálogo e a tolerância são essenciais nesta trajetória. A construção da paz social baseada no respeito às diferenças e na tolerância são fundamentais para a concretização da dignidade humana em todas as suas esferas de interpretação.

O sistema de solução de conflitos mesmo nas sociedades democráticas contemporâneas, ainda refletem o paradigma bélico do Direito, isto é, as partes sempre em sentidos opostos, “um ganha e o outro perde”. O objetivo desta obra é oferecer um novo olhar para a construção da paz, propiciando uma outra forma ao pleno exercício do acesso à justiça. Pensar a solução dos conflitos através do diálogo, da escuta e de um espaço seguro aos envolvidos. A responsabilização e o aprendizado são essenciais para a construção da justiça ao caso concreto.

A Justiça Restaurativa constitui uma oportunidade alternativa ao sistema de justiça clássico, democratizando e facilitando o seu acesso, bem como o tornando menos custoso e mais ágil. As partes envolvidas constroem a justiça para o seu caso concreto, o que torna mais efetivo o cumprimento do acordado e aumenta o sentido de justiça, crescendo assim a confiança no sistema.

Nesta modalidade de solução de conflitos, a comunidade é envolvida, o que garante, sobretudo no caso penal, uma maior reintegração do indivíduo agressor e um

maior entendimento à vítima. No longo prazo, temos uma diminuição da reincidência penal e uma considerável redução da população carcerária.

Refletir sobre meios alternativos de solução de conflitos, sua implementação legislativa e em políticas públicas, é uma efetiva possibilidade para redução da violência, característica que assola nossa realidade atual.

É nesse contexto que a coragem e a diversidade deste trabalho o coloca dentre os destaques sobre um tema, ainda novo e pouco discutido. É com altivez e grata satisfação que participo, apresento e recomendo a presente obra.

Uma boa leitura e excelentes reflexões!

Profa. Dra. Ariane Trevisan Fiori

Possui graduação em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2002), especialização em mediação penal e penitenciária pela Associação Espanhola de Mediação (2019), mestrado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2004), doutora pela UNESA com sanduíche na UFPR e pós-doutoranda pela Universidad de Burgos - Espanha. É advogada, professora e mediadora, tendo atuação em universidades nacionais e estrangeiras. Professora da Graduação e do Programa de Mestrado e Doutorado da Universidade Estácio de Sá e da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

## SUMÁRIO

<b>Capítulo 1</b> <b>POLÍTICAS DE SEGURANÇA PÚBLICA NO BRASIL: (DIS)FUNÇÕES CONSTITUCIONAIS DO MODELO NA PERSPECTIVA DO BIOPODER E DA NECROPOLÍTICA</b> <i>Laurinaldo Félix Nascimento; Elaine Freitas Fernandes</i>	<b>9</b>
<b>Capítulo 2</b> <b>SEQUESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS E MÉTODOS ADEQUADOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS: A JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO ALTERNATIVA À ADJUDICAÇÃO NAS AÇÕES JUDICIAIS FUNDADAS NA CONVENÇÃO DE HAIA DE 1980</b> <i>Giordani Alexandre Colvara Pereira; Geovana Faza da Silveira Fernandes</i>	<b>31</b>
<b>Capítulo 3</b> <b>A PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE DE TRABALHO DA MULHER COMO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL</b> <i>Marcella Brito dos Santos; Angélica Maria Lins dos Santos</i>	<b>58</b>
<b>Capítulo 4</b> <b>POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NOS CONFLITOS SUBMETIDOS À JUSTIÇA RESTAURATIVA</b> <i>Fernando Nogueira Bebiano</i>	<b>88</b>
<b>Capítulo 5</b> <b>MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS: VERDADES, ILUSÕES E DESCAMINHOS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL</b> <i>Marcelo Barbí Gonçalves</i>	<b>109</b>
<b>Capítulo 6</b> <b>O PRINCÍPIO DA IGUALDADE NAS AÇÕES AFIRMATIVAS E A POLÍTICA DE COTAS</b> <i>Mário de Aragão Andrade Júnior</i>	<b>143</b>
<b>Capítulo 7</b> <b>UNIVERSALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS</b> <i>Evanilde Gomes Franco; Mário de Aragão Andrade Júnior</i>	<b>162</b>
<b>Capítulo 8</b> <b>A JUSTIÇA RESTAURATIVA NO ÂMBITO PENAL ESPANHOL, VISTA SOB AS LENTES DA JUSTIÇA MULTIPORTAS</b> <i>Guilherme Masaiti Hirata Yendo</i>	<b>181</b>
<b>Capítulo 9</b> <b>A EXPANSÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NO BRASIL: DESAFIOS PARA O DESENVOLVIMENTO DE PROGRAMAS RESTAURATIVOS</b> <i>Ariane Trevisan Fiori; Andrea Tourinho Pacheco de Miranda</i>	<b>199</b>
<b>AUTORES</b>	<b>215</b>

**Capítulo 1**

**POLÍTICAS DE SEGURANÇA PÚBLICA NO BRASIL:  
(DIS)FUNÇÕES CONSTITUCIONAIS DO MODELO NA  
PERSPECTIVA DO BIOPODER E DA  
NECROPOLÍTICA**

*Laurinaldo Félix Nascimento*

*Elaine Freitas Fernandes*

## **POLÍTICAS DE SEGURANÇA PÚBLICA NO BRASIL: (DIS)FUNÇÕES CONSTITUCIONAIS DO MODELO NA PERSPECTIVA DO BIOPODER E DA NECROPOLÍTICA**

**Laurinaldo Félix Nascimento**

*Advogado. Doutorando em Direitos fundamentais e novos direitos pela Universidade Estácio de Sá – UNESA. Mestre em Administração Pública na Fundação Getúlio Vargas/RJ. Bacharel em Direito na Universidade Estácio de Sá/Recife. Coronel da Reserva da PMPE. E-mail: [lfelixfuncional@gmail.com](mailto:lfelixfuncional@gmail.com).*

**Elaine Freitas Fernandes**

*Advogada; Doutoranda em Direitos fundamentais e novos direitos pela Universidade Estácio de Sá – UNESA. Professora universitária e coordenadora de curso. Mestre em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional pelo Centro Universitário do Pará – CESUPA. E-mail: [elainefff@hotmail.com](mailto:elainefff@hotmail.com).*

### **RESUMO**

O objetivo do presente artigo, é analisar o conteúdo das políticas públicas de segurança pública no Brasil como elas foram estruturadas no desenho constitucional da Carta de 1988. A discussão caminha no sentido da visão de alguns filósofos como como é o caso de Achille Mbembe, para que possamos problematizar a produção de políticas públicas no campo da segurança pública, para interpretar os mecanismos estatais de controles, a seletividade da defesa social e seus efeitos sociais que compõem o biopoder. A necropolítica e segurança pública é um tema relevante mas tratado de forma tangencial pelos governos que detém o uso da força e são os destinatários das instituições de segurança, que são mecanismos de controle social e não de proteção social em primeiro nível. Trata-se também de analisar a necessidade mudanças no âmbito da administração pública reforma constitucional no segmento da segurança pública no Brasil para melhorar dos resultados de combate à criminalidade e efetividade das ações do Estado Brasileiro no campo da defesa social e do direito à segurança. A pesquisa aborda a concepção do sistema de segurança pública pelo constituinte originário de 1988, em especial, às polícias, que devido a sua alocação constitucional, como órgão ligado a defesa do Estado e não na defesa social e do cidadão, provocando disfunções burocráticas na

questão da sua atuação. A questão da violência é um tema de relevância universal, social e econômica e acadêmica, para a compreensão do fenômeno da criminalidade no Brasil, sendo atualmente um assunto na pauta da sociedade e das reformas constitucionais do Estado. Neste contexto, refletir-se-á sobre novos caminhos para o acesso efetivo segurança pública preventiva e não repressiva, tendo o policial como participante e educador social da justiça e da implementação de uma efetiva cultura da paz.

**Palavras-chave:** Biopoder; Políticas de Segurança Pública; Direitos Humanos; Necropolítica.

### **ABSTRACT**

The purpose of this article is to analyze the content of public security policies in Brazil as they were structured in the constitutional design of the 1988 Charter. The discussion moves towards the view of some philosophers such as Achille Mbembe, to that we can problematize the production of public policies in the field of public security, to interpret the state mechanisms of controls, the selectivity of social defense and its social effects that make up biopower. Necropolitics and public security is a relevant topic but treated tangentially by governments that detain the use of force and are the recipients of security institutions, which are mechanisms of social control and not of social protection at the first level. It is also about analyzing the need for changes in the scope of public administration, constitutional reform in the public security segment in Brazil to improve the results of combating crime and the effectiveness of the actions of the Brazilian State in the field of social defense and the right to security. The research addresses the conception of the public security system by the constituent originating in 1988, in particular, to the police, which due to its constitutional allocation, as an organ linked to the defense of the State and not in the social and citizen defense, causing bureaucratic dysfunctions in the matter. of your performance. The issue of violence is a topic of universal, social, economic and academic relevance, for the understanding of the phenomenon of crime in Brazil, and is currently a subject on the agenda of society and of the constitutional reforms of the State. In this context, we will reflect on new ways to effectively access preventive and non-repressive public security, with the police as a participant and social educator of justice and the implementation of an effective culture of peace.

**Keywords:** Biopower; Public Security Policies; Human rights; Necropolitics.

## **1. INTRODUÇÃO**

A pesquisa justifica-se por analisar o sistema de Segurança Pública, dentre os principais órgãos que compõem o sistema nacional segurança pública descritos no Art.

144 da Constituição Federal. As polícias militares, estas constituem o principal segmento da Segurança Pública, sem detrimentos das outras polícias, mas por estarem diretamente relacionadas com a “polícia ostensiva e a preservação da ordem pública”, lhes cabem o maior papel no enfrentamento diário da violência e criminalidade e o relacionamento direto com o cidadão.

Estas são relações do biopoder, “que Foucault entende por biopoder aquele domínio da vida sobre o qual o poder estabeleceu o controle” (MBEMBE, 2018, p. 5).

Com efeito, o estudo da atuação repressiva das polícias vinculadas aos homicídios, na questão da violência é de **relevância social**<sup>1</sup>, através do tempo e atual para a compreensão do fenômeno da criminalidade no estado de brasileiro, investigando os mecanismos institucionais de aumento ou diminuição da violência associados a promoção de Direitos Humanos.

Achille Mbembe (2018), filósofo camaronês, cunhou o conceito “necropolítica” ao pontuar as políticas de morte vigentes em diferentes momentos históricos – desde a *plantation*, colônias, campos nazistas até os últimos acontecimentos no Iraque, Cisjordânia, entre outros países –, destacando como o “estado de exceção” tem tornando-se regra em algumas democracias.

O primeiro capítulo, tratar-se de aprofundar os conceitos e Achille Mbembe na questão filosófica de biopoder e necropolítica com visões sobre a precariedade da vida exposta por Judith Butler, a precariedade traduz uma condição politicamente construída “parece claro que a violência só acarreta mais perdas, e a incapacidade de considerar o apelo da precariedade da vida apenas leva, repetidamente, à frieza do luto em uma raiva política interminável” (BUTLER, 2009, p. 10).

No segundo capítulo, procede-se uma análise sobre as políticas de segurança pública como um instrumentos de biopoder e biolítica na perspectiva constitucional.

O aumento da criminalidade em particular da questão dos homicídios, é um campo estudo de **relevância acadêmica**, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, que merece observação das políticas públicas de segurança implementadas, da atuação de órgãos policiais na contemporaneidade, deve ser objeto permanente de pesquisa para aprofundamento do estudo da violência e da intolerância policial no Brasil.

---

<sup>1</sup> Grifos do autor.

Os policiais, como principais agentes do Estado na tarefa de controle social, “principalmente por estarem presentes nas ruas de forma ininterrupta, precisam de autoridade e responsabilidade que permitam intervir sobre o quadro social, que produz uma imensa demanda a reclamar sua atuação reativa” (HIPÓLITO; TASCA, 2012, p. 30), isso eleva sua **relevância para o Direito Público**.

No terceiro e último capítulo será abordado as disfunções constitucionais das polícias, que contribuem no campo da violência policial também é outro assunto de **relevância para as reformas constitucionais**, “pois o processo de democratização no Brasil foi incapaz de romper em absoluto com as práticas autoritárias do regime repressivo militar, apresentando como reminiscência um padrão de violência sistemática praticada pela polícia, que não consegue ser controlada pelo aparelho estatal” (PIOVESAN, 2013, p. 438).

Também é um fator de **relevância econômica** para estudo e aprofundamento dos números de homicídios, suas variações e desdobramentos para estudo da escalada da violência no Brasil.

Por conclusão a debilitação do tema mostra-se com a relevância do projeto de pesquisa. O Direito à Segurança Pública é um tema de **relevância universal** sendo necessário o debate da reforma do sistema constitucional de segurança importante para o entendimento de como a sociedade ainda não avançou nessa agenda de políticas públicas.

Na metodologia o estudo é descritivo, documental e qualitativo: análise comparativa das polícias de outros países, pesquisa bibliográfica e análise das políticas públicas de segurança. Consta informar que a epistemologia utilizada no presente trabalho é a pesquisa do tipo teórica, sobretudo, o referencial teórico terá como base justamente a pesquisa bibliográfica e outras fontes jurídicas no campo.

## **2. O BIOPODER E A NECROPOLÍTICA COMO OS INSTRUMENTOS DE PRECARIEDADE DA VIDA**

O termo ‘biopolítica’ surge na filosofia de Michel Foucault como chave hermenêutica para um tipo de relação de poder presente nas sociedades modernas. O termo e sua problematização inicial estão presentes em Foucault (2006).

Explica Fernando Bertani (2017) a partir desse momento são organizadas suas contribuições para a compreensão de um poder não apenas repressivo, mas,

sobretudo, produtor. O poder é, assim, resultado de correlações de forças, “se exerce a partir de inúmeros pontos e em meio a relações desiguais e móveis” (FOUCAULT 2006, p.104).

O filósofo e pensador camaronês Achille Mbembe (2010), e sua argumentação sobre ‘Necropolítica’, pode-se dizer que o autor realizou uma apropriação ‘pós-colonial’ das conceituações de biopolítica de Michel Foucault que tinha uma visão que era o “fazer viver). Não só preocupado em delinear as competências dos poderes estatais na gestão da vida e morte, Mbembe (2010) preocupou-se em ressaltar a gestão da vida pela face do extermínio de populações das colônias, realizando uma análise sobre as “topografias de crueldade” (p.40)

De fato em Mbembe há um movimento de deslocamento que ocorre das conceituações daquele autor para o pontuado por Foucault, que é muito imperceptível. Mbembe, inclusive, trabalha com o conceito de biopolítica, mas o estende, justamente, porque se para Foucault a regra é “fazer viver”, Mbembe (2017) sustenta que em certas democracias a regra é a gestão da morte ou necropolítica que aponta “instituir e normalizar a ideia de que só se tem e se exerce poder à custa da vida de alguém” (MBEMBE, 2017, p. 61).

Outra autora trabalha com o conceito de biopoder no sentido de precarização da vida, assim Judith Butler propõe que uma nova forma de organização política seja pensada tendo como princípio o reconhecimento de uma interdependência inevitável e o apelo da precariedade da vida como escreve:

O corpo implica mortalidade, vulnerabilidade, agência: a pele e a carne nos expõem ao olhar dos outros, mas também ao toque e à violência, e os corpos também ameaçam nos transformar na agência e no instrumento de tudo isso. Embora lutemos por direitos sobre nossos próprios corpos, os próprios corpos pelos quais lutamos não são apenas nossos. O corpo tem sua dimensão invariavelmente pública. Constituído como um fenômeno social na esfera pública, meu corpo é e não é meu. (BUTTLER, 2019, p.31)

O conceito de ‘vida nua’ necessita ser compreendido como um produto da relação entre ‘estado de exceção’<sup>2</sup> e ‘poder soberano’. Inspirado nos escritos de Walter Benjamin, Giorgio Agamben se empenha em demonstrar que aquilo que a teoria política moderna afirma ser ‘estado de exceção’, na verdade é a regra.

A tradição dos oprimidos nos ensina que o estado de exceção em que vivemos é na verdade regra geral. Precisamos construir um conceito

---

<sup>2</sup> Giorgio Agamben (2004) elabora sua obra intitulada Estado de Exceção.

de história que corresponda a essa verdade. Nesse momento, percebemos que nossa tarefa é criar um verdadeiro estado de emergência (BENJAMIN, 1987, p.226).

Tal distopia revela uma realidade atual: o exercício do poder de morte não é tão somente dos Estados (MBEMBE, 2018): “Milícias urbanas, exércitos privados, exércitos de senhores regionais, segurança privada e exércitos de Estado proclamam, todos, o direito de exercer violência ou matar.” (MBEMBE, 2018). Entretanto, as milícias não são apenas regionais, precisam de apoio político e comunitário, e por essa razão são um grande exemplo de “como a violência se instalou no país

Stella Zagatto Paterniani usa o termo “branquidade de Estado” para se referir ao caráter opressor do Estado sobre pessoas negras, materializado em uma série de mecanismos que incluem a violência policial. “A branquidade de Estado nos permite reconhecer como, sistematicamente, a presença negra, os modos de vida negros e os corpos negros, têm sido violentados por políticas de Estado. A isso, Mbembe chama de necropolítica” (PATERNIANI, 2019, p. 105).

Os conceitos de branquidade de Estado refletem nos resultados da violência, quando explica Gomes (2017, p. 47). Desde 1998, Julio Waiselfisz realiza anualmente um ‘Mapa da Violência’ do país e mediante a essa contribuição estatística é possível organizar as características do perfil vitimado e dos padrões geográficos da violência homicida. Sob o grupo mais vitimado existem três características bastante acentuadas: i) vitimização da juventude; ii) vitimização masculina; iii) vitimização de negros. Veja-se cada uma das características distintamente:

- i. Vitimização juvenil: o argumento de ‘vitimização’ de jovens por homicídio é estabelecido, segundo Waiselfisz<sup>3</sup> (2012), pela comparação entre a taxa de homicídio da população de 15 a 24 anos de idade e as demais taxas correspondentes a outros grupos etários.
- ii. Vitimização masculina: a vitimização homicida no país é fundamentalmente masculina. Waiselfisz (2013) alerta para fato de que vítimas do sexo feminino correspondem aproximadamente a 8% do total das vítimas; em 2010, 91,4% eram do sexo masculino (WASELFISZ, 2013). O Índice de homicídios na adolescência – IHA 2009-2010 (2012) , utilizando-se dos dados de 2010 do ‘Mapa da Violência’, afirmam que um adolescente do sexo masculino possui um risco aproximadamente doze vezes maior de morrer assassinado do que uma adolescente do sexo feminino.
- iii. Vitimização de negros: analisando a série temporal entre 2001 e 2011, Waiselfisz<sup>4</sup> (2013) chama a atenção para uma acentuada

---

<sup>3</sup> WASELFISZ, J. J. ; JACOBO, J. Mapa da Violência 2012: Os novos padrões da violência homicida no B.rasil. São Paulo: Instituto Sangari, 2012

<sup>4</sup> WASELFISZ, J. J. ; JACOBO, J. Mapa da Violência 2013: Homicídios e Juventude no Brasil. São Paulo: Instituto Sangari, 2013.

tendência de “queda no número de homicídios na população branca e de aumento do número de vítimas na população negra” (p.120). Em 2001 morreram proporcionalmente 69,4% mais negros que brancos e em 2011 esse índice sobe para 136,8%. A vitimação negra fica ainda mais acentuada se interseccionada com a faixa jovem. Para cada jovem branco que morre assassinado, morrem 2,5 jovens negros. Conforme o ‘Índice de homicídios na adolescência – IHA 2009-2010 (2012), um adolescente negro ou pardo possui risco quase três vezes maior de ser vítima de homicídio do que um adolescente branco ou amarelo. Ainda, conforme o Atlas da Violência (2017), enquanto a taxa de homicídio entre não negros diminuiu 12,2% entre 2005-2015, entre os negros aumentou aproximadamente 18% no mesmo período.

Afirma Gomes (2017) que, os Dados do Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2015) asseveram que em cinco anos o número de óbitos provocados por policiais brasileiros – 11.197, é maior do que o número de mortos pela polícia dos Estados Unidos em trinta anos – 11.090. Só no estado do Rio de Janeiro em um período de 10 anos, entre 2005 e 2014, foram registrados 8.466 homicídios decorrentes de intervenção policial, conhecidos como ‘auto de resistência’. Esses registros administrativos de ocorrência criminal caracterizam-se por uma classificação antecipada do homicídio praticado por policiais associando-o a uma “excludente de ilicitude: legítima defesa do policial” (ANISTIA INTERNACIONAL, 2015, p. 28).

Por conclusão desse capítulo estabelecemos uma distinção entre o trabalho policial e a ação do Estado, aquele é reflexo deste que utiliza o biopoder, a biopolítica e muitas vezes a necropolítica como formas de estado de exceção e soberania.

### **3. A SEGURANÇA PÚBLICA COMO UM INSTRUMENTO DE BIOPODER E BIOPOLÍTICA NA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL**

Para se ter resultados satisfatórios quanto à Segurança Pública são necessárias medidas que extrapolam aquelas de natureza meramente policiais. As medidas repressivas, tais quais as ostensivas correspondem a fatores importantes para a inibição da criminalidade, contudo, não atacam as causas que originariam o crime, hoje tão somente se limitam as consequências.

A Segurança Pública em nada foi modificada nesses quase trinta e cinco anos de Constituição Cidadã, embora muito debata sobre em violência e criminalidade: homicídios, redução de danos nas drogas, violência doméstica e feminicídio, violência carcerária e desrespeito aos Direitos Humanos, nada se debate sobre o papel das polícias.

O Estado exercendo o seu biopoder procura estabelecer a soberania e o controle das forças de segurança é fundamental, por meio da governamentalidade se busca gerir o corpo social, “um conjunto de técnicas, uma tecnologia política, ou ainda, um dispositivo gerador de controle” (SILVA, 2017, p. 15)

A Constituição Federal de 1988 assume expressamente o conteúdo dos direitos constantes dos tratados internacionais dos quais o Brasil é parte, explica Flávia Piovesan (2013) ainda que esses direitos não sejam enunciados sob a forma de normas constitucionais, mas sob a forma de tratados internacionais, a Carta lhes confere o valor Jurídico de norma constitucional já que preenchem e complementam o catálogo de direitos fundamentais previsto pelo Texto Constitucional.

A Segurança Pública é missão constitucional, em regra, dos órgãos elencados no art. 144 da Constituição Federal de 1988, todos os órgãos compõem o dever do Estado, mas o próprio Estado não define o que seria “direito e responsabilidade de todos”.

Contudo a “responsabilidade de todos” é um conceito aberto que conduz a uma responsabilidade subjetiva, no entanto, a responsabilidade é um conceito que conclama à participação da sociedade, à participação popular em fazer parte da segurança, de suas políticas e opinar sobre seus caminhos e decisões

O constituinte originário alocou os órgãos da Segurança Pública no Título V – Da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas, entre os Art. 136 ao art. 144, o desenho constitucional dado a proteção da sociedade, em específico à segurança pública, ficando claramente os órgão da Segurança Pública vinculados à Defesa do Estado e das Instituições Democráticas, ligando na linguagem constitucional a Institutos como o estado de defesa, o estado de sítio, de clara exceção dos direitos e liberdades individuais e na atuação da Forças Armadas instituições voltadas à “defesa da Pátria”, expressão, *latu sensu*, claramente ligada a situação de guerra externa e defesa da soberania do território e do povo.

No Capítulo imediatamente anterior, se encontra no texto magno o Capítulo IV - das Funções Essenciais à Justiça, neles estão inclusos o Ministério Público, a Advocacia Pública, a Advocacia e a Defensoria Pública, instituições muito ligadas à proteção legal e a defesa dos direitos e garantias individuais.

Nessa correlação o correto seria vincular o Sistema de Segurança Pública neste Capítulo IV. Contudo o Estado temendo perder a seara do poder das forças de segurança, embora nenhuma das instituições descritas no Capítulo IV seja

subordinada ao Poder Judiciário, vinculou-se novamente à Segurança Pública a Defesa do Estado e subordinando às policiais militares às Forças Armadas, como forças auxiliares e reserva do Exército.

Ressalte-se que essa concepção de que polícia militar é *força auxiliar e reserva*, continuou por reproduzir o modelo de “gestão militar e de combate ao inimigo”, se não há guerra externa, as polícias militares atuam na “guerra interna”, mimetizando todo aparato de defesa interna e territorial e não de defesa social, produzindo um inimigo imaginário: o cidadão infrator legal.

Estas relações constitucionais de alocação de órgãos policiais a serviço do Estado e das Forças Armadas são questões claramente de biopolítica e biopoder, conforme explicam Mari Fagundes e Tereza Queiroz (2019) embora tenhamos formalmente instituída uma Constituição tida como precursora na América Latina, no que tange os pilares democráticos, isso não é sinônimo de efetividade e cumprimento do disposto em seu texto. Aliás, muitas vezes se fundamenta nela para que o tratamento desigual de alguns sujeitos seja aceito e torne-se “caso paradigmático” para outras decisões.

O constituinte originário optou, talvez, por interpretações relacionadas a expressão “funções essenciais à justiça”, que no caso significa promover à justiça, no sentido de cidadania e direitos individuais.

Nada obstará que o sistema de Segurança Pública, viesse a ter sido constitucionalizado neste CAPÍTULO IV, contudo, verifica-se a cultura do constituinte de 1988 um certo movimento de promover alterações nas policiais militar e civil, principalmente nas polícias-militares, já muito desgastadas no período da ditadura militar (1964-1985), quando eram esperadas a possível desmilitarização, modificações estruturais mas não houve ao longo dos anos de Constituição o enfrentamento político da questão.

#### **4. AS DISFUNÇÕES CONSTITUCIONAIS DAS POLÍCIAS QUE CONTRIBUEM NO CAMPO DA VIOLÊNCIA POLICIAL**

Observam-se, na Constituição Federal e na relação de biopolítica e biopoder que, apresenta-se três disfunções burocráticas: i) institucionais (no sentido da vinculação ao centro do poder); ii) orgânicas (na questão da dicotomia e repartição de funções que poderia ser exercido por uma só polícia) e; iii) funcionais (na questão do

domínio das políticas públicas e orçamentos estarem vinculados ao poder central e não ao estado que executam as políticas), no modelo de Segurança Pública adotado no Brasil.

O contexto do biopoder e da biopolítica são enraizados na cultura política brasileira, não se pode perder o controle social, então o Estado faz o uso da violência como forma de dominação, nesse contexto entram as polícias e não raro ao longo da história brasileira foram utilizadas para aplacar revoltas populares, desde o Império até a redemocratização em 1985, em outras palavras:

[...] Por agora, é preciso repetir: decididamente, a época privilegia a separação, os movimentos de ódio, de hostilidade e, sobretudo, a luta contra o inimigo, e tudo isto é consequência daquilo a que, num vasto processo de inversão, as democracias liberais, já amplamente branqueadas pelas forças do capital, da tecnologia e do militarismo, aspiram (MBEMBE, 2017, p. 72).

Não por acaso, há no Brasil esses modelos sui generis de polícia, o problema não passa pela militarização ou desmilitarização, o problema é de gestão e as disfunções que o Sistema possui.

#### **4.1 Disfunção Burocrática Institucional**

Na primeira disfunção burocrática está a Institucional, relativa ao centro do poder sobre as polícias. As Polícias como instituições ligada aos Estados da Federação, causam disfunções na gestão pública, pela exclusão dos municípios e da União na responsabilização direta da Segurança Pública, aponta-se que na maioria dos países ocidentais às polícias ostensivas são nacionalizadas ou municipais, em alguns contextos podem ser metropolitanas.

O modelo de polícia militar e civil estadual brasileiro, exclui a União e os Municípios da gestão e controle das políticas públicas de segurança, muito embora a Força Nacional (a polícia do Governo Federal) tente fazer um papel complementar em operações de garantia da lei e da ordem (GLO), mas ela é formada por policiais militares dos Estado e em nível municipal às guardas municipais, descritas no mesmo artigo 144 § 8º da Constituição, destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, ainda não encontrou a adesão em nível local.

Embora no mundo, conforme a extensão territorial e aspectos da formação do Estado, existe uma diversidade dos sistemas das polícias. No Japão existe apenas

uma polícia desmilitarizada e no sistema de polícia comunitária (sistema Koban). Nos Estados Unidos o sistema policial é municipalizado e desmilitarizado, mas existem as polícias estaduais e de condados. Na Espanha a polícia é militarizada, contudo chama-se *Guardia Civil*. “Só que civil neste caso não é o contrário de militar, mas sim originário de “civitas”, ou seja, uma guarda que proteja o cidadão” (ZAVERUCHA, 2005, p. 76).

Atualmente, na França, subsistem duas corporações policiais herdeiras do sistema napoleônico: a Gendarmerie Nationale (Gendarmaria Nacional), militar; e a Polícia Nacional, civil, definida como uma força instituída para garantir a República, a preservação da ordem e o cumprimento das leis.

Este modelo de polícia francesa propagou-se por todo o mundo no final do século XVIII, servindo de inspiração para as mais modernas gendarmarias, dentre as quais é possível citar a Arma dei Carabinieri d'Itália (militar), Guarda de Finanças (militar) e Polícia judiciária (civil), os Carabineros de Chile (militar, hoje em processo de reformulação) e Polícia Judiciária (civil) e a Gendarmeria Nacional Argentina (militar), a polícia federal (civil) e a Polícia da Província (civil).

Em Portugal, existe a Guarda Nacional Republicana (militar), a Polícia de Segurança Pública (civil) e a Polícia Judiciária (civil), na Espanha além da Guarda Civil (militar) existe o Corpo Nacional de Polícia (civil).

O Brasil perdeu-se em múltiplas narrativas políticas em disputa e a população, mais uma vez, “está tendo que lidar com os efeitos deletérios e perversos de um modelo de segurança pública obsoleto e que até hoje não foi palco de grandes reformas, mesmo após a Constituição de 1988” (MARQUES; BARROS, 2020, pag. 26-27).

Os países não têm nada remotamente parecido com um manual sobre o que funciona na reforma das organizações policiais em prol da democracia. Embora existam longas listas de obstáculos para a reforma policial no exterior, como corrupção, públicos alienados e hábitos duradouros de repressão, há pouco conhecimento compartilhado sobre o que fazer a respeito desses problemas (BAYLEY, 2001, p. 6).

Desenvolver um modelo de Segurança Pública participativa focado em proteger os grupos mais vulneráveis e com a necessária efetividade é um verdadeiro desafio a qualquer estado ou modelo constitucional.

O modelo de segurança pública militarizado e lastreado no confronto, notadamente na guerra as drogas, não é um fenômeno novo, muito pelo contrário. Passa-se a uma breve análise dessa falaciosa guerra.<sup>[1]</sup>(BOTELHO; LIRA, 2020, p. 163).

Um desafio crucial na literatura sobre o crime é obter uma estimativa do efeito do aumento da presença policial. “Como a distribuição dessas instituições pode ser presumida como exógena em uma regressão do crime” (SCHARGRODSKY e DI TELLA. 2004, p. 20).

Deve-se ter sempre clara a ideia de que a sociedade é complexa, ocorrendo conflitos de diversos tipos todos os dias, e que para a resolução destes, os órgãos de segurança pública devem utilizar ações diferenciadas. A polícia não pode utilizar um procedimento padrão, único, para todas as formas de conflito, ela precisa ter a capacidade de ampliar o espaço de decisão nas escolhas de ações e intervenções para cada fato que enfrenta. Assim, a postura mediadora passa a ser uma função importantíssima na ação da polícia (BENGOCHEA, 2006).

O policiamento está sendo transformado e reestruturado no mundo moderno. Isso envolve muito mais do que reformar a instituição considerada policial, embora isso também esteja ocorrendo. A chave para a transformação é que o policiamento, ou seja, a atividade de tornar as sociedades seguras, não é mais executado exclusivamente pelos governos. O policiamento entrou em uma nova era, uma era caracterizada por uma transformação na governança de segurança. (BAYLEY; SHEARING, 2001, p.1).

Assim o modelo de polícia em nível estadual deve ser enfrentado, sabe-se que o modelo é esgotado e não tem confiança popular por motivos históricos, pelo caráter da biopolítica e do biopoder e por ações de necropolítica, as polícias são utilizadas como massa de manobra para promoverem justiça social com base na morte de pessoas, quer criminosos, quer não.

#### **4.2. Disfunção Burocrática Orgânica**

Desde o século XIX, nossas polícias são organizadas de maneira dualista ou dicotômica<sup>5</sup>. As forças policiais militarizadas, encarregadas de manter a ordem

---

<sup>5</sup> Alguns autores tratam as polícias militar e civil como um sistema dualista e outros como um viés dicotômico, para efeito deste projeto utiliza-se a classificação como dicotômico, no sentido da divisão

pública, foram criadas ainda durante o Império e, após a proclamação da República, foram denominadas forças públicas em muitos estados. A elas, sucedeu-se a criação de guardas civis, que passaram a responder pelo policiamento ostensivo, com objetivo de prevenir a criminalidade (FONTOURA et al, 2009, p. 137).

Na segunda hipótese ou questão norteadora a disfunção burocrática orgânica, tem-se a problemática de duas polícias fazerem metade do trabalho, não cumprindo com o chamado: ciclo completo de polícia.

O ciclo completo de polícia deve ser compreendido como a atribuição das atividades de patrulhamento ostensivo e de investigação criminal a uma mesma organização policial, evitando o duplo e burocrático processo de execução criminal.

Luís Flávio Sapori (2016) explica a questão da dicotomia entre as polícias:

Em outras palavras, a mesma polícia tem um segmento fardado que realiza o patrulhamento ostensivo nas ruas e outro segmento constituído de investigadores incumbidos de coletar evidências de materialidade e autoria dos crimes eventualmente registrados. No caso da sociedade brasileira, essa atribuição investigativa corresponde à elaboração do inquérito policial. E ambos os segmentos, geralmente, ficam lotados na mesma unidade policial (SAPORI, 2016, p. 52).

Todas as polícias do mundo quaisquer que sejam o modelo executam o ciclo completo. Há apenas dois países no mundo onde o ciclo completo não é adotado:

### **Brasil e Guiné Bissal**

Em 1995, a lei dos juizados especiais cíveis e criminais, Lei nº 9.099/95, possibilitou que crimes de menor potencial ofensivo, pudessem ser processados diretamente pelas polícias militares, conforme a redação contida no art. 69:

Art. 69. A autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência lavrará termo circunstanciado e o encaminhará imediatamente ao Juizado, com o autor do fato e a vítima, providenciando-se as requisições dos exames periciais necessários (BRASIL, 1995, Art. 69).

Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa, contudo ao passo de vinte e cinco anos da lei ainda estão as polícias militar e civil a lutar por espaço de quem será o executor do chamado Termo Circunstanciado de Ocorrência (TCO).

---

do todo em duas partes.

Uma contenda foi gerada pela interpretação jurisprudencial e doutrinária do art. 69 da lei 9.099/95, que passa pelo conceito de “autoridade policial”, onde os delegados de polícia civil requeriam ser os únicos servidores públicos a ter essa distinção legal, contudo, policiais militares, os policiais rodoviários federais e, até recentemente as guardas municipais, que também reivindicam ser alcançadas pelo conceito de autoridade policial para lavratura e encaminhamento do TCO à justiça, poder ser denominadas de “autoridades policiais”.

Assim a disfunção causada pela ruptura do ciclo completo de polícia é fato ligado a disputa de da biopolítica e biopoder, para proteção de instituições, de lutas de categorias e em nada tem com melhoria de prestação de serviços a população, que talvez fique com os extratos que são os resultantes da necropolítica causada pela relação dicotômica, não diretamente, mas indiretamente pela gestão .

As mudanças têm acolhimento até mesmo entre os operadores da Segurança Pública, que anseiam por mudanças, conforme Luciana Gross Cunha, *et a./* (2014.p.119) aponta desse sentido:

As polícias poderiam ser organizadas em uma carreira única, a fim de se tornarem mais eficientes? A polícia militar deve se desvincular do Exército ou deve manter-se ligada às Forças Armadas? A agenda da desmilitarização, entre outros aspectos, está na pauta de discussão de estudiosos e formuladores de políticas públicas sobre segurança pública.

O constituinte originário, deixou para as futuras legislaturas e para os governos subsequentes a possibilidade de extinção das polícias militar e civil, quando no texto constitucional, não atribuiu a expressão “*instituída por lei como órgão permanente*”, as polícias militar e polícia civil, para que num futuro próximo, saindo do regime totalitário que vivia o Estado brasileiro, os políticos, a sociedade e os acadêmicos, promovessem às reformas necessárias, com a extinção, desmilitarização e unificação, quem sabe até a municipalização ou nacionalização das policiais estaduais. Nada avançou nesses quase trinta e cinco anos.

Desse modo, o modelo dicotômico nacional de polícia ostensiva militarizada e polícia civil repressiva, fazendo cada um seu papel está totalmente ultrapassado, esgotado e ineficiente.

### 4.3 Disfunção Burocrática Funcional

Na terceira hipótese ou questão norteadora, aponta-se a disfunção burocrática funcional, relativa as implementações das políticas públicas.

A gestão pública e a governança são formas utilizadas por atores que detém poder de decisão outra questão de biopolítica e biopoder, da legitimidade política para direcionar possibilidades para mudança em caso de relevância social visando estabelecer formas de melhorias e situações favoráveis a determinados interesses coletivos.

Assim os Estados foram incumbidos de força policial, contudo o sistema de repartição de receitas da Federação, tem provocado todas essas crises fiscal e de gerenciamento da Segurança Pública, quando ainda dependem do governo federal para políticas públicas de equipamentos, salários e até treinamento, sabe-se que Segurança Pública é custosa.

A prevenção, que é a característica de polícia administrativa, fardada e ostensiva, na maioria nas vezes, forjou o lado repressivo, provocando nesses quase trinta e cinco anos de Constituição Cidadã: a falta de credibilidade da Segurança Pública, a violência policial e o desrespeito aos Direitos Humanos.

A promoção de Direitos Humanos e a descentralização das políticas de segurança pública principalmente no seu componente preventivo, aprofunda-se através dos anos e com os sucessivos governos democráticos.

No entanto, essa política encontra resistências. De um lado, os agentes governamentais dos diferentes níveis – federais, estaduais e municipais – encontram-se reticentes ao desenvolvimento de ações deliberadas que possam comprometer seus ganhos políticos. (FONTOURA, 2009, p. 183).

Em 1997, ainda no governo Fernando Henrique (1995-2002)., houve a criação as Secretaria Nacional de Segurança Pública (SENASP), vinculada ao Ministério da Justiça e Segurança Pública. A SENASP<sup>6</sup> para além de sua estrutura burocrática, tem cuidado de programas de fomentos e incentivos orçamentários aos Estados para condução de suas políticas públicas locais.

A SENASP, como qualquer estrutura de poder, tratou de ter a sua própria Polícia: a Força Nacional, que foi decorrente da lei que fundamentou o Fundo

---

<sup>6</sup> Decreto nº 6.061, de 15 de março de 2007.

Nacional de Segurança Pública<sup>7</sup>, com a criação da Força Nacional de Segurança Pública (FNSP) em 2004, no primeiro governo do presidente Luiz Ignácio Lula da Silva (2002-2009), por intermédio de um Decreto nº 5.289/2004, o que faz com que a FNSP, assemelhe-se muito mais a uma política pública federal de segurança pública do que propriamente a uma polícia nacional de intervenção em ações de Garantia da Lei e da Ordem, função também atribuída as Forças Armadas no Art. 142 da Constituição.

A FNSP repete os mesmos atores dos estados, as polícias militares, sendo composta basicamente de oficiais e praças, na mesma estrutura hierarquizada e militarizada, não havendo nada de novo em sua gênese e formação.

Há muita disputa política de lançamento projetos-vitrines, o exemplo mais recente dessa modalidade ocorreu no ano de 2019, no Governo de Jair Bolsonaro (2019-2022) com o denominado Programa “Em frente Brasil<sup>8</sup>”, cuja finalidade era enfrentamento à criminalidade violenta em “um formato inédito” e que contará com ações conjuntas entre União, Estados e Municípios.

O projeto-piloto foi implementado em cinco cidades, uma em cada região: no Norte, em Ananindeua (PA); no Nordeste, em Paulista (PE); no Sudeste, em Cariacica (ES); no Sul, em São José dos Pinhais (PR); e, no Centro-Oeste, em Goiânia (GO). Os cinco municípios não eram os mais violentos do país, daí a demonstração que o critério na escolha dos locais foi eminentemente político e não técnico., o projeto contava com o reforço da Força Nacional nas cidades, tipo de apoio em situações de segurança pública pode ser feito, no entanto não havia nessas cidades, qualquer situação de anormalidade, onde se crê que esse reforço foi, na linguagem de políticas públicas uma ação do governo federal meramente “cosmética”.

O projeto também era baseado na figura do ex-ministro da Justiça e Segurança Pública Sérgio Moro, adquirindo um caráter de personalismo, próprio das gestões da políticas de segurança no Brasil, onde a figura carismática de um gestor sustenta o lançamento de uma política pública, o ex-juiz Sérgio Moro era idealizado como um guardião da Justiça e “emprestava” credibilidade ao projeto.

Hoje passado quatro anos não se tem notícias de aumentos de cidades, o

---

<sup>7</sup> A Lei nº 10.201, de 14 de fevereiro de 2001 foi substituída pela Lei nº 13.756, de 12 de dez. de 2018.

<sup>8</sup> Na qualidade de gestor de segurança no Estado de Pernambuco, em 2019 o autor deste trabalho era Diretor de Articulação Social e Direitos Humanos na Polícia Militar e também Coordenador Estadual do Programa Educacional de Resistência às Drogas e à Violência (Proerd), por ocasião do lançamento do projeto acompanhou a sua execução na cidade do Paulista/PE, inclusive com uma protocolar visita do então Ministro da Justiça.

ministro saiu e da mesma forma saiu da agenda o Programa “Em frente Brasil”, só se limitando as quatro cidades.

No Brasil ainda estamos no aguardo de uma política pública de segurança permanente, que não seja fruto de um projeto político do governante, mas que reflita vontades permanentes da sociedade civil organizada a qual participaria dos processos decisórios, fundada em discussões sobre maiores investimentos financeiro-orçamentários, implementação de uma gestão por resultados, investimentos em tecnologias e inteligência policial, assentada mais na estratégia de uma polícia ostensiva de prevenção e comunitária do que numa polícia repressiva e de governo como forma de controle da criminalidade. Nesse sentido explica Tercio Sampaio, a comunidade não deve ser afastada, mas convidada a participar do planejamento e da solução das controvérsias que respeitem a paz pública (FERRAZ JÚNIOR, 1990, p. 102).

Fica-se na espera de uma política pública de segurança bem mais ampla, que agregue a vontade política do governantes, melhores investimentos financeiros-orçamentários no setor com movimentos sérios e contínuos de investimentos em pessoal, equipamentos, tecnologia e inteligência, implementação da gestão por resultados nas secretarias estaduais de defesa social com criação de estratégias preventivas de controle da criminalidade.

## **5. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Neste trabalho, de acordo com os argumentos apresentados, conclui-se que o respeito à promoção dos direitos humanos é condição indispensável para a garantia de uma sociedade onde se preserve a justiça social e o estado democrático de direito.

As pontuais concepções formuladas por Giorgio Agamben, no conceito de ‘vida nua’ necessita ser compreendido como um produto da relação entre ‘estado de exceção’ e ‘poder soberano’, por Judith Butler na questão da precarização da vida e no cerne desse trabalho na Necropolítica de Achille Mbembe, trazem a tona a política de Estado sobre a segurança e o uso das polícias

O policial é uma das autoridades mais próximas do cidadão em situação de violência, o que qualifica o policial como um burocrata em nível de rua, com o dever de pautar todas as suas ações na dignidade da pessoa humana e orientado aos direitos humanos.

Com a opinião de Clara Barzaghi, Flavio Bragaia (2021), o conceito de necropoder ou necropolítica proposto por Mbembe, ao operar ao lado das proposições foucaultianas em torno da noção de biopolítica, oferece ferramentas necessárias para se pensar a espacialização das relações de poder no território brasileiro, em especial das forças policiais.

Assim o policial deve estar orientado para a ação comunicativa numa perspectiva habermasiana, para a prevenção e para o relacionamento direto com o cidadão, hoje é o moderno conceito de polícia cidadã ou comunitária. A polícia cidadã ou comunitária pode ser alcançada com um massivo processo de formação a acultramento dos policiais na proteção do cidadão através dos Direitos Humanos, o policial torna-se parte da comunidade e interage com todos os segmentos sociais de forma dialógica.

Os problemas relacionados à violência e a criminalidade são complexos, conflitivos e dinâmicos. A polícia não se presta somente como órgão de defesa social, para preservação da ordem pública, mas também para promover os Direitos Humanos, mediar conflitos e assegurar os direitos difusos, os direitos coletivos e os direitos individuais de todas as espécies.

A promoção aos Direitos Humanos é condição indispensável para que a justiça, a cidadania e a segurança pública sejam percebidas por todos. A polícia deve se reconhecer como uma conquista democrática do conjunto da sociedade e como uma demanda central da dignidade da pessoa humana.

Para se ter resultados satisfatórios quanto à Segurança Pública são necessárias medidas que extrapolam aquelas de natureza meramente policiais. As medidas repressivas, tais quais as ostensivas correspondem a fatores importantes para a inibição da criminalidade, contudo, não atacam as causas que originariam o crime, hoje tão somente se limitam as consequências.

A Segurança Pública em nada foi modificada nesses quase trinta e cinco anos de Constituição Cidadã, embora muito debata sobre em violência e criminalidade: homicídios, redução de danos nas drogas, violência doméstica e feminicídio, violência carcerária e desrespeito aos Direitos Humanos.

Explica Ricardo Brisolla Balestreri (2005) que policial deve ser visto como um educador e multiplicador da cidadania, ele deve ser incluído no rol dos profissionais da educação, ao lado das profissões consideradas formadoras de opinião. Dessa forma, o agente de segurança é um educador, o qual educa por meio de suas atitudes

ao de lidar com situações cotidianas. O policial educador transmite cidadania, a partir de exemplos de conduta, de comportamentos baseados em moderação e bom senso. O agente de segurança pública não pode mais ser visto, nos dias de hoje, como agente de repressão a mando do Estado.

Promover os direitos humanos na defesa social é tornar a polícia militar mais eficiente e eficaz, não somente no combater o crime com repressão, é prevenir sobretudo a violência com uma ação mais comunicativa e a presença comunitária, assim a polícia militar deve se perceber como uma natureza intrínseca dos direitos humanos: ser uma polícia cidadã.

## REFERÊNCIAS

ANISTIA INTERNACIONAL. **Você matou meu filho: homicídio cometido pela polícia militar na cidade do Rio de Janeiro** / Anistia Internacional – Rio de Janeiro : Anistia Internacional, 2015.

BRAGAIA, F. A. D.; BARZAGHI, C. **São Paulo metrópole e colônia: planejamento urbano, segregação racial e espaço racializado**. *Oculum Ensaios*, v. 18, e215039, 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF, 1988.**

BRASIL. Lei 9.099 de 26 de setembro de 1995. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm). Acesso em: 06 jan. 2023.

BENJAMIM, W. **Magia e Técnica, arte e política: Ensaios sobre literatura e história da cultura**. 3. ed. São Paulo: Brasiliense. Obras Escolhidas. v. 1. 1987

BAYLEY, David H. **Democratizing the police abroad: what to do and how to do it. Issues in International Crime**. Washington, D.C.: National Institute of Justice, U.S. Department of Justice, June 2001.

BAYLEY, David H.; SHEARING, Clifford D. **The New Structure of Policing: description, conceptualization, and research agenda**. Washington, D.C.: U.S. Department of Justice, National Institute of Justice, July 2001.

BALESTRERI, Ricardo Brisolla. **Direitos Humanos Coisa de Polícia**. Rio Grande do Sul: Capec, 2005.

BENGOCHEA, Jorge. **Ordem e Liberdade - A Revolução da cidadania**. Rio Grande do Sul: Polost, 2006.

BOTELHO, Larissa Gabriela Cruz; LIRA, Joyce Abreu de. **Controle Judicial das Políticas Públicas e Necropolítica No Rio De Janeiro Em Tempos De Covid-19**.

Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, [S.l.], v. 24, n. 49, p. 157-172, out. 2020. Disponível em: <http://lexcultccjf.trf2.jus.br/index.php/revistasjrj/article/view/458>. Acesso em: 06 jan. 2023.

CUNHA, Luciana Gross et al. **O judiciário, a polícia e as leis na visão dos brasileiros. Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2014**. Obtido em: [https://forumseguranca.org.br/storage/8\\_anuario\\_2014\\_20150309.pdf](https://forumseguranca.org.br/storage/8_anuario_2014_20150309.pdf). Acesso em 06 jan. 2023.

FAGUNDES, M. C. de F.; QUEIROZ, T. C. da N. **Revista Abordagens**. João Pessoa. v.1, n.2, ago./dez.2019.

FERRAZ JÚNIOR. Tércio Sampaio. **Interpretação e estudos da constituição de 1988**. São Paulo. Atlas. 1990.

FONTOURA, Natália Oliveira de et al. **Segurança pública na Constituição Federal de 1988: continuidades e perspectivas**. Boletim de Políticas Sociais: Acompanhamento e Análise. Vinte Anos de Constituição Federal. v.3, n. 17. Brasília: Ipea, 2009.

FOUCAULT, M. **História da sexualidade I: a vontade de saber**. Rio de Janeiro: Graal, 2006.

GOMES, F. B. **Escalas da Necropolítica: A Produção do 'Outro' e a Territorialização da Violência Homicida no Brasil**. Geografia Ensino & Pesquisa, [S. l.], v. 21, n. 2, p. 46–60, 2017. DOI: 10.5902/2236499427000. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/geografia/article/view/27000>. Acesso em: 08 jan. 2023.

HIPÓLITO, Marcello Martinez; TASCA, Jorge Eduardo. **Superando o mito do espantinho: uma polícia orientada para a resolução dos problemas de segurança pública**. Florianópolis: Insular, 2012.

MARQUES. David; BARROS. Betina Warmling. **O impacto da pandemia no crime a na Violência no Brasil – análise do primeiro semestre de 2020**. Fórum Brasileiro de Segurança Pública. **Anuário brasileiro de segurança pública**. 14<sup>a</sup> ed: São Paulo, 2020.

MBEMBE, **Políticas da Inimizade**. Tradução de Marta Lança. Portugal: Antígona, 2017.

MBEMBE, Achille **Necropolítica: biopoder, soberania, estado de exceção, política da morte**. Trad. Renata Santini. São Paulo: n-1, 2018.

MJSP, Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Governo Federal lança "Em Frente, Brasil" para combater os crimes violentos no país**. 2019. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1567102301.36>. Acesso em 05 jan. 2023..

PATERNIANI, S. Z. **São Paulo cidade negra: branquidade e afrofuturismo a partir de lutas por moradia**. 2019. 342 f. [Tese Doutorado em Antropologia Social] – Universidade de Brasília, Brasília, 2019. Disponível em:

A aplicação do diálogo e da negociação: Justiça Restaurativa e as Novas Dinâmicas dos métodos adequados de solução de conflitos

<https://repositorio.unb.br/handle/10482/35466> . Acesso em: 10 jun. 2022.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e Direito Constitucional Internacional**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SAPORI, Luís Flávio. **Como implantar o ciclo completo de polícia no Brasil?** Rev. bras. segur. Pública. São Paulo v. 10, Suplemento Especial fev/mar 2016.

SILVA, Thiago Mota Fontenelle e. **Direito e Neoliberalismo: tecnologias jurídicas e governamentalidade em Michel Foucault**. [Tese de Doutorado em Direito]. Universidade Federal do Ceará. 2017.

**Capítulo 2**

**SEQUESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS E  
MÉTODOS ADEQUADOS DE SOLUÇÃO DE  
CONFLITOS: A JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO  
ALTERNATIVA À ADJUDICAÇÃO NAS AÇÕES  
JUDICIAIS FUNDADAS NA CONVENÇÃO DE HAIA  
DE 1980**

*Giordani Alexandre Colvara Pereira  
Geovana Faza da Silveira Fernandes*

## **SEQUESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS E MÉTODOS ADEQUADOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS: A JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO ALTERNATIVA À ADJUDICAÇÃO NAS AÇÕES JUDICIAIS FUNDADAS NA CONVENÇÃO DE HAIA DE 1980**

**Giordani Alexandre Colvara Pereira**

*Mestrando em Direito na FURB, Pesquisador do Núcleo de Estudos e Pesquisas em Constitucionalismo, Cooperação e Internacionalização – CONSTINTER/FURB, Graduado em Ciências Sociais (UFSC) e em Direito (UNOESC), especialista em Direito Penal e facilitador restaurativo do TRF da 4ª Região. E-mail: gacpereira@furb.br. <http://lattes.cnpq.br/9025547286475396>*

**Geovana Faza da Silveira Fernandes**

*Doutoranda em Direito na Estácio de Sá Rio de Janeiro. Doutoranda em Sociologia e Direito na Universidade Federal Fluminense. Visiting Scholar na Governors State University – Chicago/USA (2022-2024). Mestre em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis. Visiting Researcher na Boston College Law (2018). Pós-Graduada em Direito Público pela PUC Minas. Diretora do Centro Judiciário de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos e Cidadania da Justiça Federal de Juiz de Fora. Instrutora de Mediação e Conciliação cadastrada no CNJ. Mediadora com especialização em Subtração Internacional de Crianças (Convenção de Haia de 1980). Facilitadora de Práticas Restaurativas. Instrutora de cursos de Justiça Restaurativa. Bolsista da CAPES Programa de Doutorado Sanduíche – PDSE 01/2022. E-mail: geovanafaza@gmail.com.*

### **RESUMO**

O presente artigo analisa se a justiça restaurativa pode ser uma alternativa viável e adequada em casos envolvendo subtração internacional de menores, tendo em vista o melhor interesse da criança, considerando abordagens que trabalham aspectos subjetivos e questões subjacentes aos conflitos familiares. No percurso investigatório, examina dispositivos da Convenção de Haia de 1980 e a sua aplicação dogmática e aspectos do Manual de Boas Práticas de Haia e do Manual de Aplicação da Convenção de Haia do CJF.

Ademais, com olhar interdisciplinar, reflete sobre a complexidade sociológica dos conflitos familiares. Tais questões teóricas são entrelaçadas com a experiência prática, abordada por meio de estudo de um caso em que foram aplicadas técnicas restaurativas. A hipótese central é que a dogmática jurídica apresenta limitações para a compreensão das questões subjacentes aos conflitos familiares, sendo a justiça restaurativa uma opção adequada para o tratamento e a composição de muitos casos envolvendo subtração internacional. Trata-se de abordagem qualitativa, de análise crítica de aportes teóricos e de reflexão crítica sobre as normativas tratadas. Como recurso metodológico, recorre-se a estudo de caso envolvendo subtração internacional, conduzido no TRF4, possibilitado em razão da experiência dos autores como facilitadores de práticas restaurativas e vivência do caso examinado.

**Palavras-chave:** Subtração internacional de crianças. Convenção de Haia de 1980. Dogmática jurídica. Mediação. Justiça Restaurativa.

### **ABSTRACT**

This article analyzes whether restorative justice can be a viable and adequate alternative in cases involving international abduction of children, considering the best interests of the child, considering approaches that work with subjective aspects and issues underlying family conflicts. In the investigative path, it examines provisions of the 1980 Hague Convention and its dogmatic application and aspects of the Hague Good Practices Manual and the CJF Handbook of Application of the Hague Convention. Furthermore, with an interdisciplinary look, it reflects on the sociological complexity of family conflicts. Such theoretical issues are intertwined with practical experience, addressed through a case study in which restorative techniques were applied. The central hypothesis is that legal dogmatics presents limitations for understanding the issues underlying family conflicts, with restorative justice being an adequate option for the treatment and composition of many cases involving international subtraction. It is a qualitative approach, critical analysis of theoretical contributions and critical reflection on the norms dealt with. As a methodological resource, a case study involving international subtraction is used, conducted in TRF4, made possible due to the authors' role as facilitators of restorative practices and the experience of the case examined.

**Keywords:** International Child Abduction. Hague Convention 1980. Legal Dogma. Mediation. Restorative Justice.

## **1 Introdução**

A sociedade contemporânea tem sofrido transformações causadas pelas revoluções tecnológicas, diluição de fronteiras e construção de um sistema-mundo

altamente globalizado. Esse cenário tem acentuado as trocas econômicas, políticas e culturais entre os países, realizadas por sujeitos itinerantes e ligados entre si por redes sociais ou virtuais, ou territorialmente, o que leva à complexação das relações sociais e, por via de consequência, dos conflitos. Esse é um período que muitos teóricos denominam de alta modernidade, modernidade líquida (BAUMAN, 2001), tardia ou pós-modernidade.

A globalização, enquanto fenômeno planetário, mudou o cenário social: as relações sociais sentem o impacto da interconectividade e da fluidez de fronteiras. Hoje, a internet, as mídias sociais, a facilidade de deslocamento, a internacionalização de relações de trabalho, consumeristas etc. facilitam as interações e as conexões para além de uma ordem jurídica e de um território delimitado. O aumento da transnacionalização das relações interpessoais é acompanhado pelo aumento dos conflitos que envolvem as dinâmicas dos relacionamentos humanos.

Assim, passa-se a demandar das ordens jurídicas nacionais uma adaptação a esse cenário globalizado: o tradicional conceito de soberania é reinterpretado, a normatividade das relações e regulação de conflitos envolvendo indivíduos de nações diferentes passam a ser objeto de normas internas e de direito internacional privado. Por via de consequência, o exercício da jurisdição dos estados modernos sofre impacto de duas ordens normativas: uma interna e outra externa, isso porque muitos conflitos pós-modernos possuem caráter transnacional, devendo ser observados tratados e convenções bi ou multilaterais.

Devido a esse cenário, os conflitos familiares não restaram infensos a essa lógica da complexação. E o que isso quer dizer? Os conflitos familiares, habitualmente processados e julgados no âmbito interno dos países pelo Direito de Família, não raro têm se tornado transnacionais, podendo gerar, inclusive, incidentes diplomáticos, como aconteceu como o caso conhecido como “Sean”, que acarretou atritos entre Brasil e Estados Unidos.

No campo jurídico, sobremaneira a partir da década de 1970, assiste-se à defesa da utilização de meios consensuais de resolução de conflitos, sendo uma das justificativas dessa “onda” exatamente a necessidade de se adaptar o remédio (método de resolução) ao sintoma (conflito). Nesse ponto, considerando a transnacionalização de muitos conflitos familiares e o aumento de casos envolvendo subtração internacional de crianças no âmbito de relações de parentalidade, uma defesa que tem sido postulada no campo teórico e transposta para o campo da

normatividade é a possibilidade de uso de métodos consensuais de resolução de disputas envolvendo os casos subsumidos à Convenção de Haia de 1980.

Aqui coloca-se o problema: tendo em vista a possibilidade de utilização de métodos consensuais de resolução de disputa nos casos regulados pela Convenção de Haia de 1980, de que modo a justiça restaurativa (JR) pode contribuir para o deslinde desses casos, evitando-se o esgarçamento das relações de parentalidade e considerando o melhor interesse da criança? As metodologias de JR, como mediação vítima-ofensor-comunidade e círculos de construção de paz, seriam viáveis nas ações judiciais envolvendo subtração internacional de crianças?

Esse trabalho se justifica porquanto a dogmática do processo tradicional tem se mostrado ineficaz para endereçar as necessidades e interesses subjacentes que retroalimentam a espiral conflitiva e que, nesses casos envolvendo crianças, acabam contribuindo para o esgarçamento das relações multiplexas e acarretando mais traumas, haja vista que a devolução forçada em razão de uma decisão judicial em regra desconsidera reais interesses e aspectos subjetivos do conflito.

Ademais, justifica-se a presente análise porquanto se verifica lacuna (prática e teórica) em relação à possibilidade de aplicação de metodologias restaurativas no endereçamento e composição desses conflitos judicializados. Há defesas no tocante ao uso da mediação, que já tem sido utilizada por países signatários da Convenção, sendo, inclusive, objeto de Manual de Boas Práticas de Haia e de normativas de países signatários, a exemplo do Brasil, que previu essa possibilidade na Resolução 449/2022 do CNJ. Contudo, tal norma expressamente faz referência à mediação, não se aludindo à hipótese de derivação para a JR.

Parte-se do pressuposto que a “dogmatização” do conflito, por meio da judicialização, não deixa muito espaço para as trocas narrativas e para a escuta verdadeira das partes e interessados, sendo o alijamento dos aspectos subjetivos gatilho para mais sofrimento e trauma. Desse modo, justifica-se analisar se a justiça restaurativa é uma possibilidade metodológica que permite a superação da adversariedade processual, de modo a se construir um espaço de diálogo.

Como hipótese, tem-se que a abordagem restaurativa facilita o intercâmbio narrativo, o endereçamento de questões submersas e que retroalimentam o conflito. Ademais, como metodologia, pode contribuir para que as partes cheguem a um acordo centrado no melhor interesse da criança e na construção de planos futuros que

visem a satisfazer a necessidades dos envolvidos – criança, genitores, familiares - evitando-se, assim, novos conflitos e o esgarçamento dos laços parentais.

Como objetivo geral, propõe-se avaliar a insuficiência da dogmática jurídica para responder a contento conflitos familiares que culminaram na subtração internacional de criança e analisar a pertinência da justiça restaurativa para esses casos. Como objetivos especiais, pretende-se, no percurso investigatório, examinar a normativa internacional – Convenção de Haia de 1980-, o Manual para aplicação da Convenção de Haia de 1980, do CJF (2021), o Manual de Boas Práticas da Convenção de Haia (2018) e a Resolução 449/2022 do CNJ, para, daí, justificar a JR como via de acesso adequada à resolução colaborativa do conflito envolvendo a criança. Ainda, objetiva-se, com as reflexões críticas e também aquelas extraídas de análise de um caso prático, auxiliar os operadores jurídicos na tomada de consciência acerca dos limites cognitivos da dogmática jurídica e no endereçamento dos conflitos que têm no seu cerne dramas familiares que envolvem aspectos civis do sequestro internacional de crianças.

No percurso investigatório, será abordada a Convenção de Haia de 1980, seus princípios e normatividade. Também serão examinados alguns aspectos do Manual de Boas Práticas de Haia e da Resolução 449/2022 do CNJ. Após, buscar-se-á compreender algumas questões relacionadas aos conflitos familiares, atentando-se para a importância de se proceder ao tratamento dos conflitos aprofundando-se nas questões subjacentes, e não simplesmente julgando casos por meio da dogmática.

Por fim, entrelaçando questões relacionadas aos aspectos normativos, à teoria subjacente à justiça restaurativa e ao tratamento de conflitos, serão abordados alguns pontos que indicam que, para muitos casos, a JR se apresenta adequada para hipóteses envolvendo subtração internacional de crianças, salientando-se a importância que a avaliação seja realizada à luz de cada caso concreto.

Trata-se de trabalho realizado a partir de abordagem qualitativa, de análise crítica de aportes teóricos e de reflexão crítica sobre as normativas aqui tratadas. Como recurso metodológico, também será utilizado estudo de caso, por meio de abordagem fenomenológica, possibilitada em razão da experiência dos autores como facilitadores de práticas restaurativas e vivência do caso em análise.

## 2 CONTEXTUALIZAÇÃO: A CONVENÇÃO DE HAIA DE 1980 E A CRISE DA DOGMÁTICA JURÍDICA

A Convenção de Haia de 25/10/1980 trata dos aspectos civis que envolvem a subtração internacional de crianças, considerada essa como a realocação da criança por um dos genitores (ou, às vezes, outro parente) de uma jurisdição para outra sem o consentimento parental ou judicial ou a retenção indevida em estado diverso de sua residência habitual, violando-se o direito de custódia atribuído pela lei do estado de residência habitual da criança. Trata-se de instrumento de direito internacional privado, ratificado por 103 países (HCCH, 2022) que busca prover recursos céleres para remediar a situação de raptio interparental internacional de crianças, determinando o retorno imediato do menor a seu país de residência habitual, de onde foi retirado ilicitamente, salvo exceções expressas.

Não obstante os avanços que esse instrumento representa no tocante à proteção à criança, o recorte jurídico dado pela Convenção e o foco na celeridade não deixam muito espaço para que questões subjacentes que envolvem a natureza sociológica e psicológica dos conflitos familiares sejam alcançadas. Esses tipos de conflito, nos quais a subtração da criança é uma parte visível e manifesta, são emocionalmente carregados de sentimentos e motivações, que ficam submersas, não encontrando no instrumento processual regulamentado pela Convenção *locus* para sua abordagem e endereçamento. O que se busca com a aplicação da Convenção, em última análise, é o retorno imediato da criança à sua residência habitual, onde devem ser resolvidas as demais questões envolvendo guarda e outros direitos e deveres decorrentes da relação de parentalidade.

Nesse contexto, a mera aplicação do tratado internacional por parte de autoridades judiciárias e a retirada forçada dos menores do cônjuge subtraente, com a consequente entrega à autoridades consulares do país de origem, podem gerar traumas profundos na trajetória das crianças, sem, no entanto, atuar nas causas que deram ensejo ao conflito, contribuindo para deflagrar a espiral conflitiva e a proliferação de demandas filhotes ainda mais graves.

Por outro lado, o indeferimento do pedido, ainda que baseado na literalidade do tratado internacional, pode privar a prole do convívio com o *left behind parent*. Em casos desta natureza, considerando a profundidade das questões subjacentes, um adequado endereçamento do conflito pode contribuir para uma solução mais pacífica

e menos traumática para a criança. Nesse sentido, a mediação e a justiça restaurativa ganham importância como formas alternativas de resolução dos conflitos, sobretudo na solução de querelas de natureza familiar, com potencial gerativo traumático, em que há nuances sociológicas e psicológicas não contempladas na lide objetiva.

Nesse contexto, a Política Nacional de Justiça Restaurativa, inaugurada pela Resolução 225/2016 do Conselho Nacional de Justiça, apresenta-se como mais uma possibilidade, no fórum de múltiplas portas, como forma de se pensar o acesso substancial à justiça, que conclama a própria sociedade a participar da composição do litígio, buscando atender, de forma sistêmica, interdisciplinar e intersetorial, as necessidades não atendidas que ensejaram a deflagração do conflito familiar, tratando das causas que lhe deram origem, e cujo ápice é a subtração da criança.

## **2.1 A dogmática da Convenção de Haia e possibilidade do uso de métodos consensuais de resolução de disputas**

Com o intento de analisar a possibilidade de aplicação das práticas restaurativas em ações que envolvem o retorno de criança subtraída, vale, primeiramente, examinar algumas disposições da Convenção de Haia de 1980, bem como do Manual de Aplicação da Convenção de Haia de 1980 do Conselho da Justiça Federal (2021), para se compreender qual o significado que as normas atribuem à solução consensual de conflitos em casos desta natureza.

A Convenção de Haia de 1980 foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto nº3.413, de 14/04/2000 (BRASIL, 2000). Ao dispor sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças e jovens de até 16 anos (art. 4º), ela tem como objetivo proteger as crianças que foram subtraídas do local de sua residência habitual por um dos seus genitores, sem autorização de outro, visando o retorno imediato a seu país de origem, para que lá possam ser resolvidas as questões relativas à guarda.

Essa norma prevê o estabelecimento de autoridades centrais, que são órgãos internos responsáveis pela cooperação jurídica entre os países signatários, a quem incumbe assegurar o retorno imediato das crianças e realizar os demais atos de cooperação jurisdicional direta. A Autoridade Central deve receber, analisar e transmitir os pedidos de cooperação. No Brasil, essa função cabe à ACAF – órgão da Secretaria de Direitos Humanos da República (ACAF/SDH), vinculada ao Ministério da Justiça (BRASIL, [s.d.]).

A Convenção, além de seus efeitos coercitivos, como prevenção geral, visa a desencorajar a subtração internacional, e, também, evitar o “*forum shopping*” (ou a escolha da jurisdição), que é a prática de iniciar procedimentos judiciais na jurisdição que se acredita ser mais favorável ao demandante, em detrimento da jurisdição competente, que é o local de residência habitual da criança.

Com a aplicação dessa norma, pretende-se contornar os problemas relacionados principalmente à demora na prestação jurisdicional e à delonga dos procedimentos. No entanto, ela representa um enorme desafio para os Estados contratantes, impelindo-os a encontrar soluções criativas rápidas para sua implementação enquanto asseguram os direitos das crianças. Nesse contexto, mecanismos conhecidos como “*Alternative Dispute Resolutions*” (ADR), que têm sido considerados em muitos países como soluções de melhor qualidade e de maior celeridade para disputas familiares, ganhou status na Conferência de Haia.

A promoção de soluções amigáveis tem sido considerada como uma das obrigações dos Estados, sendo prevista nos artigos 7 e 21 da CH de 1980. As diretrizes para a utilização da mediação e de outros mecanismos de ADR na subtração internacional foram acordadas na Conferência de Haia recentemente, resultando na publicação do “Guia de Boas Práticas - Guia de Mediação” (2018), que busca encorajar a mediação nessas disputas. A justificativa para a adoção de soluções amigáveis reside no fato de que são consideradas como sendo de menor custo financeiro e emocional, sendo meios mais comprometidos com questões subjetivas e com maiores chances de cumprimento espontâneo das obrigações consensuadas.

No entanto, a mediação não é infensa a dificuldades. Nos casos de Haia, a opção por um método consensual pode ser desafiadora, principalmente por conta das diferenças culturais, dos constrangimentos de tempo, distâncias entre as partes e dos chamados “*enforcement of agreements*” nas duas (ou mais) jurisdições, ou força executória dos acordos. Isso faz com que a mediação ou outro método consensual, como a JR, muitas vezes, demande adaptação a diferentes molduras culturais e fundamentos legais, razão pela qual a Conferência de Haia optou por um conceito mais amplo de mediação.

Não obstante a Convenção de Haia (1980) tenha entrado em vigor no Brasil em 2000, o uso da mediação ou outro método consensual aqui é recente. A promoção de alternativas à adjudicação, por questões de tradição jurídica e cultura de resolução heterocompositiva de conflitos, é geralmente vista como um remédio para a lentidão

dos procedimentos judiciais, sendo, não raro, consideradas uma justiça de “segunda mão”, ou “*second hand justice*”, nos dizeres de Owen Fiss (1984). Ou seja, uma justiça para aqueles que não possuem os recursos necessários para suportar os diversos custos um processo judicial (FISS, 1984).

O uso da mediação e de outras formas de *ADR* no Brasil, nos casos de subtração internacional de crianças, ainda é experimental, tendo sido introduzida para evitar as delongas do processo judicial, cujas consequências são piores nos casos da Convenção. No entanto, a promoção de acordos amigáveis seja por meio da conciliação, da mediação ou da justiça restaurativa, tem provado ter um importante papel na solução dessas disputas.

## **2.2 Aspectos formais envolvendo o procedimento previsto na Convenção de Haia de 1980 e a possibilidade do uso de mediação: Manual de Boas Práticas da Convenção e Manual de Aplicação da Convenção de Haia de 1980 do CNJ**

O Brasil tem responsabilidade internacional na aplicação da Convenção de Haia, devendo cuidar do fator tempo. Os Estados contratantes, pois, têm a obrigação de tomar todas as medidas apropriadas para providenciar a locação e a expedição de retorno, tanto voluntariamente quanto por ordem administrativa ou judicial, de qualquer criança que tenha sido removida ilegalmente do seu território de residência habitual. E para garantir esse objetivo, a Convenção inclui a instituição da Autoridade Central, que é a instituição focal para receber e iniciar pedidos.

A Autoridade Central (AC) deve manter cooperação direta e próxima com outras ACs de outros Estados membros da Convenção, sendo sua intenção diminuir as formalidades e implementar meios de cooperação informais, diretos e procedimentos simplificados, estabelecendo uma relação de confiança e contato entre as demais autoridades centrais dos países contratantes. Assim, evita-se a consularização, a expedição de cartas rogatórias e a necessidade de homologação de sentenças estrangeiras, o que acarretaria mais delongas ao procedimento.

A Convenção usa como fator de conexão para decidir a jurisdição no qual os direitos de custódia deverão ser avaliados a residência habitual da criança. A remoção ilícita ocorre quando são violados os direitos de guarda conferidos pela lei do estado em que a criança era residente habitual e desde que esses direitos estivessem sendo exercidos antes da remoção (art. 1). Em termos de procedimento, primeiramente, é

importante consignar que cabe ao *left behind parent* iniciar o procedimento junto à AC do país de origem, conforme regramento local, que entrará em contato com a AC do país requerido, para início do procedimento administrativo.

Segundo o Manual de Aplicação da Convenção de Haia (2021), as ACs deverão tomar todas as medidas apropriadas para localizar a criança transferida ou ilicitamente retida; para evitar novos danos à criança ou prejuízos aos interessados; para assegurar a entrega voluntária da criança ou facilitar uma solução consensual; para promover a troca de informações sobre a situação social da criança e informar questões relativas à legislação pátria, entre outros (CJF, 2021).

Nota-se que está prevista, enquanto boa prática e de acordo com o Manual de Boas Práticas de Haia (2018), a busca pela solução amigável ou retorno voluntário que acarrete o mínimo de dano à criança, evitando-se o desgaste da disputa judicial e reduzindo os custos de representação profissional. A mediação é considerada pelo Manual uma boa prática, uma vez que pode facilitar a comunicação entre as partes e permitir a assunção de responsabilidades por cada envolvido para que construam uma solução amigável. Quanto à localização das crianças, é previsto que a Interpol proceda às diligências para localizá-la, independentemente da existência prévia de inquérito policial (HAIA, 1980).

O Manual também reconhece que a judicialização prematura dos litígios pode inviabilizar a solução consensual e adequada do conflito, razão pela qual recomenda de forma expressa a busca de profissionais que possam facilitar e estimular a solução amigável. Ademais, reconhece que a mediação é uma maneira de permitir retorno voluntário da criança com menor custo econômico e prejuízo emocional para todos. Assim, recomenda-se que a AC proceda à adoção de procedimento administrativo com mediadores aptos para conduzir as partes a uma solução pacífica da controvérsia (CONFERÊNCIA DA HAIA, 2018, p. 16).

Observa-se, portanto, que há espaço para a mediação e, também, para a adoção de outros métodos consensuais, entre eles a JR, já na fase administrativa, a cargo Ministério da Justiça, no Brasil. Contudo, salvo algumas exceções em que a questão foi resolvida de forma pré-processual, pouco se tem notícia da adoção habitual de métodos pelo órgão do Poder Executivo, razão pela qual a judicialização do conflito, por meio da AGU, tem sido o caminho mais utilizado.

Caso não seja possível a solução da questão pela AC, o processo administrativo será encaminhado para a AGU,<sup>9</sup> para o cumprimento do compromisso internacional relativo ao enfrentamento da subtração internacional de crianças. Por se tratar de tratado e convenção internacional, a competência para o processamento e julgamento do feito é da Justiça Federal (art. 109, inciso V, da CF).

Judicializada a demanda, recomenda-se a realização de audiência de conciliação, uma vez que a própria Conferência de Haia percebe dificuldades para garantir seu cumprimento voluntário quando há imposição de decisão heterônoma às partes, em razão justamente da diversidade de sistemas jurídicos implicados no efetivo cumprimento de prestações de trato sucessivo, como as obrigações familiares. Por tal motivo, reconhece-se que a aplicação da norma pode se tornar uma nova fonte de conflitos ante ao eventual descumprimento de obrigações impostas.

Assim, a Resolução nº 449/2022 do CNJ recomenda que os juízes designem audiência de mediação, que será realizada na forma da lei processual civil, buscando soluções consensuais para o conflito, no prazo de 30 dias (art. 10, III; art. 13). Se os envolvidos anuírem em participar de procedimento consensual, a criança pode ser ouvida ou não. O Manual de Boas Práticas (2018) assevera que a oitiva da criança, no âmbito da ação fundada na CH de 1980, há de ser deliberada com a estrita finalidade de se definir a maneira como se efetivará o retorno do infante ao estado de residência habitual, bem como as medidas para o convívio da criança com ambos os genitores, até que se viabilize a cognição pelo juiz natural.

Tal aspecto do Manual (2018) demonstra mais uma vez a preocupação da Convenção em oferecer espaços de escuta, corroborando o entendimento de que a sua aplicação dogmática pode causar, sob o manto da legalidade estrita, mais traumas e violações irreversíveis não só para a criança mas para toda a família. O Manual de Boas Práticas (2018) também prevê que o eventual acordo contenha medidas de cautela para garantir o bom convívio com os genitores, como questões relativas a documentos de viagens, vistos, e medidas relativas a custos com viagens internacionais. O acordo poderá prever, ainda, questões relativas a alimentos provisórios, custeios de despesas com saúde, educação, lazer e regras de convívio, como possibilidades de videochamadas periódicas. Para que o acordo tenha força

---

<sup>9</sup> A AGU é o órgão de representação processual da União Federal em juízo e, por isso, defende os interesses do ente federativo, sobretudo o cumprimento de normas internacionais. No deslinde do processo, deverá permanecer em contato com a autoridade central brasileira.

executória em ambos os países signatários da Convenção de Haia, é necessário haver uma dupla homologação judicial, no país requerente e no país requerido.

Desse modo, as tratativas em sede de mediação ou justiça restaurativa não estão limitadas ao retorno, ou não, das crianças, mas podem abranger outras prestações relativas ao exercício da parentalidade, desde que haja consenso e homologação pelo juiz da causa e, ainda, para a garantia da executoriedade em ambas as jurisdições, que o acordo seja submetido às regras procedimentais de cada ordem jurídica para sua total validade.

Assim sendo, essa possível ampliação das questões negociáveis contribui sobremaneira para o acertamento de diferenças, satisfação de necessidades, consideração de interesses dos envolvidos, de modo a permitir uma convivência parental mais pacífica e com foco nos interesses e no bem-estar da criança, evitando-se, então, conflitos familiares futuros.

### **3 CONFLITOS FAMILIARES, SUBTRAÇÃO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS E A POSSIBILIDADE DE ENDERAÇAMENTO DE CASOS PARA A MEDIAÇÃO OU JUSTIÇA RESTAURATIVA**

A dogmática jurídica efetua um recorte objetivo e abstrato do litígio, e transforma um conflito social, real, tangível e palpável, em casos jurídicos abstratos, burocraticamente descritos em sequências simplificadas, com o objetivo de possibilitar a cognição pelo julgador, o que se denomina de astúcia da razão dogmática.

Nas ações fundadas na Convenção de Haia, havia pouco espaço para tratar questões subjacentes. O tempo exigido pelo tratado internacional para a tramitação de tais processos é de seis semanas, razão pela qual muitos magistrados se sentem pressionados a dar cumprimento célere, baseado em trâmites legais, cuja profundidade cognitiva não alcança as questões subjacentes. Há, ainda, metas específicas estabelecidas pelo Conselho Nacional de Justiça para o julgamento apressado destes casos (Meta 08). Nesse contexto burocratizado e despersonalizado, em que a produção de sentenças obedece a uma escala industrial, qual o espaço para, de fato, cuidar dos laços familiares?

A dogmática e a necessária simplificação do conflito para subsunção à norma fazem com que uma questão intrinsecamente familiar, de natureza psicológica ou sociológica, envolvendo traumas e sofrimentos, seja, por meio da linguagem jurídica,

imaginada e debatida como uma violação à ordem jurídica dos países signatários da Convenção de Haia.

Assim, o raciocínio jurídico tradicional afasta muitas vezes a compreensão da natureza sociológica e da complexidade emocional dos conflitos familiares e das transformações sociais que família contemporânea tem vivenciado, despreocupando-se com questões afetivas e emocionais, e tratando como questão central problemas fictícios, como mero restabelecimento da ordem jurídica internacional. Por tal razão, o movimento conhecido como *Alternative Dispute Resolution*, cujas raízes remontam à *Pound Conference* de 1976 e ao Projeto Florença, capitaneado por Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988), problematiza a questão da via judicial como a única porta de acesso à justiça, propondo a metáfora do Tribunal Multiportas como símbolo de uma justiça que oferta aos cidadãos diversos mecanismos de solução de disputas, para que, de acordo com as especificidades dos casos e a predisposição dos envolvidos, seja aplicada uma metodologia adequada ao contexto conflitivo (ALMEIDA; FERNANDES, 2019; FERNANDES, 2021).

### **3.1 Conflitos familiares no centro da aplicação da Convenção de Haia de 1980**

Os conflitos familiares estão no epicentro das questões envolvendo subtração internacional de criança. E, como apontado anteriormente, a dogmática jurídica e o processo tradicional não ofertam espaços qualificados para a abordagem e endereçamento das questões subjacentes, das paixões, dos afetos feridos que compõem a tessitura desses conflitos multiplexos (FILPO; FERNANDES, 2020).

Luis Alberto Warat (1994) questiona a dogmática como via de resolução para conflitos permeados de afetos e dores. O filósofo do direito e mediador argentino chama de senso comum teórico dos juristas a “constelação de representações, imagens, pré-conceitos, crenças, ficções, hábitos de censura enunciativa, metáforas, estereótipos e normas éticas que governam e disciplinam anonimamente os atos de decisão (judiciária) e de enunciação do direito”. Esse senso comum permeia o imaginário dos atores jurídicos, configurando convenções linguísticas e práticas e condicionando a lente através da qual se enxerga, juridicamente, o conflito. Esses condicionamentos levam, inexoravelmente, à simplificação jurídica da realidade e à visão parcial das dimensões do conflito (pessoal, interpessoal e coletiva).

Esse senso comum teórico dos juristas (WARAT, 1994) pode levar à interpretação categórica quanto à inadmissibilidade da violação da ordem jurídica internacional pelo cônjuge subtraente perante a CH de 1980, presumindo que o local de residência habitual é o local que melhor acolhe os interesses do infante, salvo situações especialíssimas que devem ser interpretadas restritivamente, como são os casos de abusos e de violência doméstica (art. 21).

Para se superar o senso comum teórico, é importante o manejo de aportes interdisciplinares, vindos da sociologia, da psicologia, da psicanálise, da antropologia. Saberes que se entrecruzam em uma malha interdisciplinar que permite um olhar mais crítico em relação às soluções formalistas trazidas pelo processo judicial.

As relações entre humanos não se dão por um elo apenas, mas por inúmeros fatores de convergência e divergência que causam aparentes contradições que, em verdade, são inerentes à própria relação. A aparente homogeneidade das relações esconde, em geral, uma heterogeneidade e um dos grandes exemplos citados por George Simmel (1983, p. 130) é justamente as relações eróticas, que são a gênese formadora das relações familiares, inclusive as reguladas pela Convenção de Haia.

O choque de personalidades em um relacionamento emocionalmente intenso, somado à complexidade da vida contemporânea no âmbito familiar, não raro gera dinâmicas conflituosas que, por vezes, deflagram atitudes impulsivas, como, por exemplo, a violência doméstica, a mais intensa manifestação exterior destes conflitos intersubjetivos. A própria subtração de menores perpetrada pode configurar um ato violento não só contra a ordem jurídica do país originário, mas principalmente contra o *left behind parent* e, sobretudo, contra a criança privada forçadamente do convívio com um dos genitores e retirada de seu contexto cultural habitual.

A intensidade do convívio afetivo, as intrincadas relações subjetivas, os afetos envolvidos e a complexa dinâmica da sociedade contemporânea põem em xeque a unidade das famílias tradicionais, outrora compreendidas como a base da sociedade moderna. Segundo os sociólogos Ulrich Beck e Elisabeth Beck-Gernsheim (2012), as tradições, regras e diretrizes que regiam os relacionamentos não se aplicam mais como anteriormente, e os indivíduos enfrentam uma série interminável de escolhas, como parte da construção, adaptação, aperfeiçoamento ou dissolução das uniões que forma com outras pessoas.

Se um divórcio, dadas suas causas e forma de condução pelos ex-cônjuges, é um evento traumatogênico, podendo causar profundos impactos psicológicos na

prole, o que esperar de uma abrupta subtração ilícita de uma infante, por um dos cônjuges, com uma mudança para outro país? Quais as mazelas socioculturais e psíquicas desta mudança para todos os envolvidos? A dogmática jurídica, preocupada com a abstrata ordem jurídica dos países convencionados, com sua ritualística processual, é suficiente para enfrentar um conflito com esta magnitude e com tais consequências? O prazo convencional de seis semanas para se julgar a ação fundada na Convenção e as metas do CNJ para o processamento destes feitos são suficientes para administrar um litígio com esta profundidade? São questões que permeiam o cotidiano dos profissionais que trabalham com esses casos.

No movimento de tentar responder a esses questionamentos, é importante compreender a dinâmicas dos conflitos, principalmente familiares. Nesse ponto, há que se ressaltar que o conflito entre humanos é natural e inerente às próprias relações, sobretudo em casos conjugais, razão pela qual pode ser analisado de forma positiva. Segundo Fernandes (2021, p. 67), a controvérsia pode muito bem ser “oportunidade para o desenvolvimento de novas habilidades, para o trabalho de inclusão e reconhecimento dos direitos e de identidades, de emancipação e amadurecimento, e superação dos status anteriores, muitas vezes opressores”.

No entanto, o processo judicial possui pouco espaço para essa transformação do conflito o que, no caso de demandas familiares, gera preocupação, pois o tecido social não será reconstruído pela sentença, razão pela qual as sucessivas obrigações posteriores, típicas de relacionamentos continuados, podem acarretar novos conflitos, gerando demandas filhotes, uma vez que o processo judicial adversarial e a lógica perde/ganha da adjudicação reforçam o caráter competitivo de uma relação cuja cooperação já estava afetada.

Essa é a razão pela qual determinados conflitos, permeados por questões subjacentes, devem ser endereçadas para formas “alternativas” ao processo judicial, como conciliação, mediação, arbitragem e justiça restaurativa – que possuem maior potencial gerativo, em um contexto de transformação de conflitos narrado por Jean Paul Lederach (2012) (FERNANDES, 2021).

### **3.2 A utilização de meios consensuais em casos envolvendo a subtração internacional de criança**

O ordenamento jurídico pátrio conta com diversas normas que preveem e incentivam a adoção de métodos consensuais de resolução de conflitos. Além da Lei

de Mediação (Lei 13.140/2015), o próprio CPC/2015 prevê a necessidade de realização de audiências de mediação em caso de conflitos familiares, uma vez que o restabelecimento do tecido social rompido pelo conflito deve ser o foco das ações fundadas em Direito de Família, como nos casos da Convenção de Haia.

A mediação, enquanto forma autocompositiva de resolução de conflitos regulada pela Lei nº13.140/2015, mostra-se adequada para conflitos familiares, uma vez que permite o tratamento das questões subjacentes contidas na lide sociológica, sendo recomendada para casos nos quais haja prévio vínculo entre as partes (FERNANDES; FILPO, 2020). Inclusive, a Resolução 125/2010 do CNJ, que inaugurou a Política Nacional de Tratamento Adequado aos Conflitos, tendo aberto espaço para a institucionalização de formas alternativas de resolução dos litígios a partir da ideia de Tribunal Multiportas, reconhece essa potencialidade.

Malgrado as vantagens da mediação, é importante ressaltar que esta técnica encontra algumas limitações. Embora se aprofunde em questões subjacentes, seu *setting* é mais restrito para a abordagem e endereçamento de questões sistêmicas, intersetoriais e interdisciplinares, o que pode restringir seu potencial para o tratamento de intrincadas questões que, não raro, compõem o emaranhado dos conflitos, a exemplo de questões que envolvem violência de gênero, abusos, violências estruturais, traumas individuais ou intergeracionais.

Com o mister de traduzir a necessidade social por novos meios de resolução que permitam a consideração de questões pessoais, interpessoais e coletivas e seus diversos níveis, e, também, como forma de trazer uma possibilidade de resposta aos crimes, ofensas e conflitos complexos fora da lógica da punição e da identidade binária e adversarial da justiça tradicional, o CNJ, por meio da Resolução nº 225/2016 inaugurou formalmente a Política Nacional de Justiça Restaurativa. O foco dessa política é a garantia de um acesso substancial à justiça a partir de uma abordagem que reconheça a complexidade do fenômeno dos conflitos, seus aspectos relacionais, comunitários, institucionais e sociais e que seja capaz de reparar os danos e endereçar as necessidades de todos envolvidos na disputa.

A JR, portanto, pode ser considerada como um paradigma que foca na responsabilização ativa dos envolvidos (cada qual assumindo sua cota de responsabilidade), na reparação dos danos (entendidos em sentido mais amplo), no engajamento das partes na construção de uma solução que atenda as necessidades de todos, na “*accountability*” (prestação de contas diante dos envolvidos e das

instituições). Esse paradigma visa, em última análise, oferecer uma resposta alternativa ao fenômeno delitivo e às disputas que diverge da lógica punitiva e na atribuição de culpa.

Nas palavras de Howard Zehr (2018), a mudança de paradigma da justiça retributiva para a justiça restaurativa é uma verdadeira troca de lentes, pois a lógica restaurativa busca o restabelecimento do tecido social rompido pela deflagração do conflito, a recomposição dos laços, por meio de um caráter sistêmico, buscando o desenvolvimento de estratégias para o atendimento dos casos, integração das redes familiares e comunitárias, bem como de políticas públicas. Ainda, a JR possui um olhar interinstitucional e interdisciplinar, buscando integrar as diversas áreas científicas dedicadas aos estudos dos conflitos, dentro do paradigma da complexidade tratada por Edgar Morin (1990).

No entanto, é preciso ser humilde no campo dos conflitos: nem sempre a recomposição dos laços será possível, o que não afasta, *de per se*, o potencial da lógica restaurativa. Nesses casos, o foco deve ser na oferta de um procedimento respeitoso, claro e justo para todos os envolvidos. O respeito à dignidade é um norte da JR, em um espaço horizontalizado, dialógico, imparcial, inclusivo, que observe seus princípios básicos, conforme previsto no art. 2º da Res. 225/2016 e na Resolução do Conselho Econômico e Social da ONU 2002/12 (ECOSOC, 2002).

A JR, pois, transcende a mediação no que toca à abertura procedimental para se tratar questões subjacentes com maior profundidade, analisando, além do conflito intersubjetivo, as questões sistêmicas que estruturam as relações. Ela permite um olhar holístico e ecológico (CAPRA; LUISI, 2004) para o conflito, superando o paradigma mecanicista, racional e burocrático da dogmática tradicional.

Para tanto, a JR é operacionalizada a partir de metodologias como a mediação vítima-ofensor-comunidade, a conferência de grupo familiar, as conferências restaurativas, os círculos de construção de paz. Por meio de tais metodologias, a JR busca compreender as necessidades dos envolvidos no conflito, proceder à oitiva das narrativas traumáticas e possibilitar o reconhecimento mútuo entre as partes e, assim, contribuir para a assunção ativa da responsabilidade por cada um na relação e a reparação dos danos por parte do ofensor. Tais métodos têm como moldura procedimental a horizontalidade, a confidencialidade, a imparcialidade do facilitador, a voluntariedade, e como valores a empatia, o respeito, a escuta ativa.

Nos casos de subtração internacional de crianças, a abordagem restaurativa possibilita a renúncia aos rótulos ofensor/vítima, permitindo a consideração das relações mútuas e da cota de responsabilidade de cada um pelo conflito. Ou seja, ela permite a retirada da categorização para se perceber as relações multiplexas e as dinâmicas complexas que envolvem os conflitos familiares sob exame.

Em um contexto de fórum de múltiplas portas, questiona-se: quais causas devem ser encaminhadas à justiça restaurativa? Segundo Fernandes (2021, p. 73), é importante avaliar o potencial gerativo do conflito, isto é, “se ele tende a gerar demandas filhotes caso submetido ao meio adversarial (processo formal), contribuindo para a espiral conflitiva, em razão dos traumas nele decorrentes”, ainda, a voluntariedade deve ser sempre observada como fator indispensável para o encaminhamento do caso para uma das metodologias restaurativas. Ademais, cabe ao núcleo responsável pela derivação analisar preliminarmente se o caso pode seguir para a mediação, para a justiça restaurativa ou deve ser submetida estritamente ao processo judicial (principalmente em caso de ausência de voluntariedade). O que se pode chamar de “*screening*”, ou seja, o mapeamento do conflito buscando avaliar se ele é adequado ou não para a mediação ou JR (FERNANDES, 2021).

As ações fundadas na Convenção de Haia, sobretudo em virtude da lide sociológica, teoricamente são indicadas para a derivação do processo para os CEJUREs, uma vez que suas técnicas, quando bem conduzidas por facilitadores capacitados, podem possibilitar acordos satisfatórios, uma vez que os conflitos familiares transnacionais, por seu caráter multicultural, interdisciplinar e intersetorial, demandam análise mais acurada das causas subjacentes e o endereçamento das necessidades dos envolvidos, para um efetivo e menos traumático cumprimento da Convenção de Haia.

No entanto, é preciso reconhecer que a derivação encontra barreiras que devem ser avaliadas em cada caso concreto: voluntariedade; alegação de violência doméstica ou abuso contra a criança; casos de busca de asilo, entre outros. A rigor, nada impediria que esses casos sejam endereçados à JR ou outro método consensual, mas é necessário verificar se a legislação do outro estado-contratante opõe óbices à utilização de métodos consensuais em casos envolvendo violência doméstica ou abuso. Esse fato é sobremaneira relevante, pois eventual acordo a ser alcançado deve ser exequível nas duas ordens jurídicas envolvidas.

Eventual adjudicação, sem a oportunidade de mediação ou JR e sem o tratamento adequado do conflito, pode gerar resultados desastrosos para a criança e para a relação parental, que não se dissolve com a separação ou divórcio. Em muitos casos, agrava quadros de alienação parental, aprofunda traumas e acarreta diversas decisões jurídicas (que podem até ser contraditórias), perpetuando o conflito.

O caso mais emblemático e midiático no Brasil é conhecido como o caso do menino Sean Goldman,<sup>10</sup> que envolveu uma batalha judicial por quase 5 anos, entre 2004 e 2009, que acarretou descumprimento da Convenção por parte do governo Brasileiro, impactando as relações diplomáticas entre Brasil e Estados Unidos. O caso, inclusive, gerou a Lei Sean e David Goldman, que prevê retaliações, pelos EUA, a países que descumprirem a Convenção de Haia.<sup>11</sup>

A natureza sociológica dos conflitos familiares, repisa-se, demanda das autoridades judiciárias uma postura que busque a cooperação entre as partes, uma vez que o processo judicial reforça a adversariedade e a competição, podendo impactar o futuro cumprimento das obrigações familiares de afeto, alimentos e a consolidação dos laços de parentalidade.

O próprio Manual de Boas Práticas da Convenção de Haia (2018), como *soft law*, incentiva a mediação, assim como a Resolução 449/2022 do Conselho Nacional de Justiça. Todavia, não obstante essas diretrizes para o encaminhamento de casos envolvendo a Convenção para a mediação, nada obsta que, ao invés, eles sejam direcionados a práticas restaurativas, seja para CCPs, VOCs, ou conferências de grupo familiar ou, ainda, outra metodologia desenhada segundo as particularidades do caso concreto, considerando a arteficialidade e a abertura conceitual da JR.

Como modelo em expansão no Brasil, alguns tribunais vêm experimentando a derivação de processos judiciais para os CEJUREs, o que gera um dever cada vez maior de avaliar as práticas, as técnicas e seus resultados, buscando a construção e a difusão de saberes experienciais que possam ser úteis à consolidação e à expansão da Política Nacional de Justiça Restaurativa, para que suas técnicas, métodos e resultados possam impactar na cultura jurídica brasileira. É o que se passará a

---

<sup>10</sup> Para maiores informações sobre o caso, acessar [https://www.youtube.com/watch?v=k\\_daVxZIFdc](https://www.youtube.com/watch?v=k_daVxZIFdc).

<sup>11</sup> USA CONGRESS. H.R. 312 – Sean and David Goldman International Child Abduction Prevention and Return Act of 2014. Disponível em: <https://www.congress.gov/bill/113th-congress/house-bill/3212/text>. Acesso em: 8 mar. 2023.

analisar no próximo item, em poucas linhas, a partir de um exemplo de caso fundamentado na Convenção e encaminhado para a JR.

#### **4. DA TEORIA PARA A PRÁTICA: ESTUDO DE CASO ENVOLVENDO ENCAMINHAMENTO PARA A JR DE CASO ENVOLVENDO SUBTRAÇÃO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS**

Um recente caso ocorrido no âmbito do TRF da 4ª Região demonstra o esforço de facilitadores em oferecer aos envolvidos essa oportunidade de amplo diálogo, tratamento profundo do conflito e de suas causas subjacentes, trocas narrativas e construção de narrativas alternativas, visando a pavimentar caminhos mais saudáveis para as relações parentais e para o desenvolvimento emocional da criança.

Visando manter confidencialidade, os nomes dos envolvidos no caso foram omitidos, assim como o do país envolvido, tendo sido mantida a originalidade do fenômeno observado, com a preservação do sigilo, honrando-se, assim, um dos princípios basilares das práticas restaurativas: a confidencialidade.

Genitor (55 anos) e genitora (25 anos), naturais e residentes em localidade fronteiriça ao Brasil (país de residência habitual das crianças), relacionaram-se afetivamente por oito anos e tiveram 2 filhos, estando hoje com 8 e 4 anos. O genitor exerce atividade de motorista de uma companhia de saneamento e, por tal razão, permanece longos períodos na estrada, conforme alegou. A genitora exerce atividade doméstica e cuida dos infantes. A cônjuge subtraente alegou no caso que, após episódios de violência doméstica, resolveu vir para o Brasil com as duas crianças, sem autorização do genitor. No Brasil, passou a residir em área de ocupação irregular, fixando residência próxima a sua prima e a sua avó. Aqui estando, a genitora ajuizou medida protetiva em desfavor do ex-companheiro, por receio de sofrer violência doméstica em território brasileiro.

O genitor, por sua vez, procurou a Autoridade Central do país de residência habitual das crianças solicitando auxílio jurídico e busca, apreensão e restituição dos menores. A ACAF encaminhou o pedido à AGU, que, instada, ajuizou procedimento comum, no qual requereu a procedência do pedido de restituição, a busca e apreensão das crianças e a restituição às autoridades do país de residência habitual, uma vez que as hipóteses de exceção ao retorno dos infantes, previstas na CH de 1980, não estariam contempladas.

O magistrado do feito deferiu liminarmente a apreensão dos documentos dos infantes e da genitora subtraente com vistas a minimizar os riscos de deslocamento para outras localidades e determinou o processamento regular do feito. A requerida, representada pela DPU, apresentou contestação, alegando risco de abandono afetivo e material dos infantes em caso de retorno ao país de residência habitual. Por ocasião da decisão de saneamento do processo, o juiz derivou o caso ao CEJURE para o adequado tratamento do conflito.

Os facilitadores JR, devidamente capacitados, procederam à análise do conflito (mapeamento ou *screening*), identificando pontos controversos, questões subjacentes e possíveis necessidades dos envolvidos. Primeiramente, foram realizados pré-círculos com os genitores, com o objetivo de mapeamento dinâmico do conflito, verificação se o caso era adequado para a justiça restaurativa, explicação quanto aos princípios da JR (Res. 225/2016, art. 2º) e verificação da voluntariedade e predisposição dos envolvidos em participar. Nessas ocasiões, por meio de perguntas norteadoras, foram levantadas as necessidades e fixados pontos controvertidos.

A genitora, desde o início, demonstrou-se favorável ao procedimento restaurativo, embora tivesse receio de encontrar seu ex-companheiro sem a presença dos facilitadores. Asseverou que não retornaria ao país de residência habitual, uma vez que os filhos já estavam habituados à cultura brasileira, frequentando escola, participando de programas sociais. Ainda, justificou essa resistência por acreditar que o retorno ao país de origem seria trágico, pois o genitor, embora fosse um pai amoroso, exercia uma profissão que não permitia o cuidado contínuo dos infantes. Contudo, não se oporia caso o genitor desejasse participar, periodicamente, do convívio com os filhos.

O genitor, por sua vez, mostrou-se reticente a participar do procedimento restaurativo, manifestando seu desejo de retorno imediato dos seus filhos ao país de residência habitual. Durante as sessões preliminares, verbalizou sua insatisfação em relação à subtração dos menores e ao abandono da ex-companheira.

A partir da escuta ativa das narrativas dos envolvidos, os facilitadores esclareceram que atuavam na condição de horizontalidade, em cooperação internacional entre os países, esclarecendo as vantagens do procedimento restaurativo, principalmente quanto à sua potencialidade possibilitar um diálogo saudável no campo da parentalidade, enaltecendo o empoderamento dos genitores para definir, conjuntamente, o destino de suas vidas e o melhor interesse dos filhos.

Os facilitadores também abordaram aspectos relacionados ao processo judicial em relação ao método consensual. Após explicações pormenorizadas sobre o procedimento restaurativo, suas fases, objetivos, princípios, valores, o genitor voluntariamente consentiu em participar.

Ao todo foram realizadas dezesseis sessões restaurativas, em que se combinou técnicas de CCP e VOC, trabalhando-se individualmente temas sobre profissão, masculinidade tóxica, parentalidade, maternidade, paternidade, nacionalidade, redes de apoio. Também foram trazidos assuntos sobre a vida social, em uma abordagem sistêmica, interdisciplinar e intersetorial. Antes de realizar o primeiro encontro conjunto, por meio virtual, tomou-se o compromisso de voluntariedade (consentimento) e respeito mútuo entre os participantes.

O primeiro encontro conjunto foi um CCP, com os elementos estruturais dessa metodologia (PRANIS, 2010): abertura, apresentação, *check-in*, construção de diretrizes e valores, perguntas norteadoras, *check-out* e encerramento. Foram exibidas fotos dos infantes e realizadas perguntas norteadoras sobre o passado, presente e futuro das crianças, o que fez com que os genitores compreendessem que uma boa relação parental é essencial para o desenvolvimento sadio das crianças. Encerrado esse encontro, criou-se um ambiente de acolhimento para o restabelecimento do diálogo entre os genitores, tendo sido designados novos pré-círculos individuais.

No pré-círculo individual após o encontro, foram trabalhadas questões envolvendo masculinidade tóxica e rede de apoio. Na ocasião, após ouvir o facilitador tratar sobre limitações humanas, o genitor vivenciou um *gestalt shift* (FERNANDES, 2021): admitiu, a partir daí, que sua atividade profissional realmente impede o cuidado diário dos infantes; demonstrou ter compreendido que o melhor interesse dos menores era, por ora, permanecer sob a guarda de sua genitora, no Brasil. Desse modo, desistia da restituição das crianças ao país de residência habitual, sob certas condições. Nessa ocasião, manifestou desejo de participar, no mínimo mensalmente, do convívio com os filhos, além do período envolvendo férias escolares, feriados e final de ano. Essas foram as condições por ele apresentadas para que o acordo em relação à permanência das crianças com a genitora no Brasil fosse realizado. As condições foram levadas a genitora, que concordou com os termos.

Por fim, foi realizado um CCP presencialmente, em território brasileiro, para celebrar o primeiro acordo restaurativo envolvendo ação fundada na Convenção de

Haia na justiça federal brasileira. Na ocasião, ambos os genitores estiveram presentes e trataram-se respeitosamente. No final de semana posterior à celebração do acordo, as crianças foram visitar seu genitor no país que antes era sua residência habitual. As crianças permaneceram no Brasil, a despeito do teor da Convenção de Haia, e honrando-se a autonomia das partes envolvidas que acordaram novos termos para a fixação da residência habitual e direitos de visitas, e o acordo segue sendo monitorado pelo CEJURE, por meio de pós-círculos, após ter sido realizada sua homologação judicial.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo versou sobre a aplicabilidade da JR nas ações fundadas envolvendo subtração internacional de crianças, tendo refletido sobre a Convenção de Haia e sua aplicação objetiva e dogmática aos casos envolvendo subtração internacional de crianças. A partir de aportes interdisciplinares, que consideram análises sobre conflitos humanos, complexidade, aspectos relacionados a divergências familiares, potencial generativo de traumas, limites da dogmática jurídica, conclui-se que, muitas vezes, os limites da própria função jurisdicional no âmbito processual são insuficientes para pacificar os conflitos familiares, que, dada sua específica natureza sociológica, são permeados de questões subjacentes, dificilmente contempladas pelo recorte jurídico tradicional.

Assim, utilizando-se do método hermenêutico-crítico, buscou-se interpretar os textos normativos da Convenção de Haia, enquanto instrumento de *hard law*, e o Manual de Aplicação do Conselho da Justiça Federal, enquanto *soft law*, investigando as possibilidades jurídicas para o endereçamento dos conflitos familiares. Buscou-se, pois, o estabelecimento de um diálogo entre o direito, enquanto ciência dogmática, com as ciências zetéticas (aqui, a sociologia, a psicologia e a filosofia), para melhor compreensão da realidade na qual se deseja intervir e para a proposição de soluções compatíveis com a realidade social do conflito.

A hipótese central deste trabalho foi confirmada a partir do estudo de caso e aprofundamento crítico na literatura adotada como marco teórico: que o processo tradicional e seus ritos formalistas e instrumentais não permitem uma profundidade cognitiva das questões sociológicas envolvendo a dinâmica dos conflitos familiares, principalmente aqueles que relativos a subtração de crianças, em razão de seu forte

potencial traumatogênico. Desse modo, a letra rígida da norma internacional pode ensejar decisões judiciais potencialmente traumáticas para as partes envolvidas, sobretudo para as crianças, porquanto o retorno forçado, decorrente da coercitividade da decisão, pode ocorrer sem que os interesses dos genitores e das próprias crianças e suas necessidades sejam levados em consideração.

O processo judicial é, em geral, surdo para essas questões humanas mais profundas que retroalimentam espirais conflitivas. Conflitos familiares são permeados de paixões, e, no processo, não há lugar para elas e nem para seu adequado endereçamento e abordagem. Desse modo, a partir do estudo de caso trazido, em que foram aplicadas técnicas da justiça restaurativa em ação fundada na Convenção de Haia, utilizando-se de saberes experienciais de facilitador, é possível concluir que a justiça restaurativa é metodologia adequada para muitos casos envolvendo subtração internacional de crianças, seja pela possibilidade de aprofundamento nas questões psicológicas, sociológicas e políticas que gravitam em torno desses conflitos, seja em razão da abertura para a participação de outras pessoas que podem auxiliar a compreensão e solução da controvérsia, seja porque permite que outras questões sistêmicas, estruturais e interdisciplinares sejam abordadas, de modo a fornecer um lócus de tratamento amplo e mais profundo do conflito.

Assim, embora o Manual de Boas práticas da Convenção de Haia e a Resolução 449/2012 do CNJ prevejam a utilização da mediação, nada dispendo sobre a JR, as técnicas de JR podem ser amplamente empregadas nesses casos, com respaldo na Resolução 225/2016 do CNJ, nas resoluções sobre JR da ONU, e no próprio Manual de Boas Práticas de Haia, que deixa abertura para outros métodos consensuais, não prevendo uma abordagem metodológica de mediação específica.

Entende-se, por fim, que a justiça restaurativa, a conciliação e a mediação compõem o rol de soluções alternativas de conflitos, na metáfora do Tribunal Multiportas, podendo ser utilizadas em ações envolvendo subtração internacional de crianças. Não há um método melhor ou um que seja genericamente mais adequado, uma vez que tal endereçamento deve ser feito durante o processo de mapeamento do conflito: após avaliação da profundidade do drama, da predisposição interna das partes envolvidas, das questões estruturais e emocionais subjacentes, das necessidades que deverão ser abordadas e endereçadas para melhor tratamento do conflito. Assim, a JR deve ser escolhida em potencial, mas é na análise do caso

concreto pelos facilitadores, no processo de derivação, que a metodologia mais indicada ao conflito será escolhida.

De fato, a profundidade cognitiva da JR e sua abordagem sistêmica, interdisciplinar e intersetorial permitem, muitas vezes, uma compreensão mais profunda e uma intervenção mais ampla nas causas que deram origem ao conflito. Mas é na “trincheira” do mundo real que as escolhas são feitas. É na experiência encarnada. Assim, a complexidade do conflito, a particularidade de cada contexto e a predisposição das partes deverão guiar a escolha na derivação.

## REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BECK, Ulrich; BECK G., Elisabeth. **Amor a distancia**: Nuevas formas de vida em la era global. Barcelona: Paidós, 2012.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto no 3.413, de 14 de Abril de 2000**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d3413.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3413.htm) . Acesso em: 15 mar. 2023.

BRASIL. **Subtração Internacional de Crianças**. Ministério da Justiça: Brasília. [s.d]. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/servicos/ter-restituída-criança-ou-adolescente-vítima-de-subtração-internacional-ilícita>. Acesso em: 8 mar. 2023.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 225, de 31/05/2016**. Dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/>. Acesso em: 16 jan. 2023.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n. 449, de 30/05/2022**. Dispõe sobre a tramitação das ações judiciais fundadas na Convenção da Haia sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças (1980), em execução por força do Decreto 3.141, de 14 de abril de 2000. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original131217202204016246fa3199959.pdf>. Acesso em: 08 mar. 2023.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça Restaurativa: Judiciário aplica método em caso de subtração internacional de crianças**. 31 jan. 2023. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/justica-restaurativa-metodo-utilizado-no-judiciario-e-aplicado-em-caso-de-subtração-internacional-de-crianças/>. Acesso em: 16 mar. 2023.

CJF. Conselho da Justiça Federal. **Manual de Aplicação da Convenção de Haia de 1980. Brasília**: CJF, 2021. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/outras-publicacoes/manual-haia>. Acesso em: 15 mar. 2023.

A aplicação do diálogo e da negociação: Justiça Restaurativa e as Novas Dinâmicas dos métodos adequados de solução de conflitos

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CAPRA, Fritjof; LUISI, Pier Luigi. **A visão sistêmica da vida**: uma concepção unificada e suas implicações filosóficas, políticas, sociais e econômicas. São Paulo: Cultrix, 2004.

ECOSOC. United Nations. **Resolution 2002/12**. Basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters. Disponível em: <https://www.un.org/en/ecosoc/docs/2002/resolution%202002-12.pdf>. Acesso em: 08 mar. 2023.

FERNANDES, Geovana Faza da Silveira. **Justiça Restaurativa, narrativas traumáticas e reconhecimento mútuo**. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2021.

FERNANDES, Geovana Faza S.; FILPO, Klever L.. Oscilando entre o diálogo e o litígio: potencialidades da mediação no tratamento de conflitos familiares a partir do filme “História de um Casamento”. In: MENDES, Aluisio G. de Castro *et al.* (coord.). **Estudos sobre mediação**: no Brasil e no exterior: vol. 2. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2020, p. 224-238.

FERNANDES, Geovana Faza S.; ALMEIDA, Marcelo Pereira de. O Redimensionamento do Conceito de Acesso à Justiça no Paradigma Democrático Constitucional: Influxos da Terceira Onda Renovatória. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 23, n. 1, p. 41-62, mar. 2019.

FISS, Owen. Against Settlement. **The Yale Law Journal**. Vol. 93, n. 6, 1984. Disponível em: <https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/faculty/papers/againstsettlement.pdf>. Acesso em: 5 mar. 2023.

LEDERACH, John Paul. **Transformação de Conflitos**. São Paulo: Palas Athena, 2012.

HCCH. **Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abductions**. 1-X-2022. Disponível em: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=24>. Acesso em: 18 mar. 2023.

MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. Lisboa: Instituto Piaget, 1990.

PRANIS, Kay. **Processos Circulares**. São Paulo: Palas Athena, 2010.

SIMMEL, Georg. **A natureza sociológica do conflito**. In Moraes Filho, Evaristo (org.), São Paulo, Ática, 1983.

USA CONGRESS. **H.R. 312** – Sean and David Goldman International Child Abduction Prevention and Return Act of 2014. Disponível em: <https://www.congress.gov/bill/113th-congress/house-bill/3212/text>. Acesso em: 8 mar. 2023.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito I**. Porto Alegre: Fabris, 1994.

ZEHR, Howard. **Trocando as Lentes**. São Paulo: Palas Athena, 2018.

**Capítulo 3**  
**A PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE DE TRABALHO**  
**DA MULHER COMO DIREITO HUMANO**  
**FUNDAMENTAL**

*Marcella Brito dos Santos*  
*Angélica Maria Lins dos Santos*

## **A PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE DE TRABALHO DA MULHER COMO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL**

**Marcella Brito dos Santos**

*Bacharel em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Graduada em Relações Internacionais pela Universidade da Amazônia (2011). e-mail: marcellabrito22@yahoo.com.br*

**Angélica Maria Lins dos Santos**

*Possui graduação em Direito pela Universidade da Amazônia (2009). Pós-Graduação com ênfase em Direito e Processo do Trabalho. Mestra em Direitos Fundamentais pela Universidade da Amazônia (2018). Atualmente, é professora da Faculdade Estácio de Castanhal e Coordenadora do curso de Direito pela Universidade Estácio de Sá de Ananindeua Pará, e-mail: angelicalinsadv@gmail.com*

### **RESUMO**

O presente estudo discute sobre o combate ao assédio contra mulheres no ambiente de trabalho e faz um parâmetro com a convenção 190 da Organização Internacional do Trabalho. Discorre acerca do direito do trabalho, através de suas normatizações, convenções e recomendações; debruça-se sobre a pauta do trabalho decente, tecendo-se considerações sobre a importância de sua ratificação pelo Brasil. Nessa perspectiva, o assédio feminino no meio ambiente de trabalho e a desigualdade de gênero não são um problema atual. Sendo assim, é necessário que haja trabalhos evidenciando a situação das mulheres em seu ambiente de trabalho e que analisem o cenário das recentes medidas, que visam combater o assédio e a desigualdade de gênero e o papel que o Brasil desempenha nesse contexto. Esse trabalho científico constatou a importância do trabalho produtivo, seguro, livre, equânime e digno, colocando-o como fundamento, por meio da democracia e dignidade da pessoa humana para a superação de dificuldades do mundo globalizado

**Palavras-chave:** Ambiente de Trabalho; Mulheres; Pandemia. Direitos Humanos. Convenção 190 da OIT.

### **ABSTRACT**

This study discusses the fight in opposition to harassment against women in the workplace and makes a parallel with convention 190 of the International Labor Organization. Discusses labor law, through its norms, conventions and recommendations; it leans over on the agenda of decent work, making considerations about the importance of its ratification for Brazil. From this perspective, female harassment in the work environment and gender inequality are not a current problem. Therefore, it is necessary to have works showing the situation of women in their work environment and to analyze the scenario of recent measures, which aim to combat harassment and gender inequality and the function that Brazil interprets in this context. This scientific effort found the importance of productive, safe, free, equitable and dignified work, placing it as a foundation, through democracy and human dignity, to overcome difficulties in the globalized world, such as poverty and social inequality.

**Keywords:** Workplace; Women; Pandemic. Human Rights. ILO Convention 190.

## **INTRODUÇÃO**

A Organização Internacional do Trabalho tem como objetivo proporcionar condições de equidade, liberdade, dignidade, segurança e oportunidades de emprego produtivo a todos. Nessa perspectiva, entende-se como uma oportunidade de trabalho, uma garantia para todos que desejam um emprego a chance de encontrá-lo com eficiência, isto é alcançar benefícios aceitáveis para os trabalhadores e suas famílias.

Emprego em condições livres significa que o trabalho deve ser livremente escolhido e o direito do trabalhador de se filiar a sindicatos. Emprego em condições justas reflete o tratamento justo e equitativo dos trabalhadores, o respeito às diferenças, a discriminação repulsiva e a necessidade de conciliar trabalho e família. Sendo assim, reconhece-se o direito ao trabalho decente como o direito de trabalhar por uma remuneração adequada em condições de liberdade, equidade e segurança que garantam uma vida digna aos trabalhadores e seus familiares. O direito ao trabalho atende às necessidades dos indivíduos e famílias por alimentação, educação, moradia, saúde e segurança.

Mesmo com tantas garantias de equidade, a presença da desigualdade de gênero no mercado de trabalho é enorme. As mulheres, em média, têm um nível de escolaridade superior ao dos homens, mas ganham 77% do seu salário, apesar de

serem 22% mais produtivas. Esses são dados das Estatísticas de Gênero de 2018 do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), que mostram uma realidade pouco conhecida, mas sentida na pele e nos números.

Quando uma sociedade privilegia algumas pessoas e discrimina outras, há enormes custos sociais, políticos, intelectuais e econômicos. É possível perceber os resultados dessa discriminação facilmente, uma vez que, a presença das mulheres no mercado de trabalho é marcada por episódios violentos de assédio, ameaças e chantagens.

Esse cenário se agravou com a pandemia, pois as mulheres que costumavam ter jornada dupla de trabalho, casa e filhos, muitas vezes não compartilhadas com seus parceiros, agora precisavam trabalhar em casa. Ainda havia outros problemas, como o desemprego e aquelas que estavam empregadas foram expostas ao vírus como resultado de deixar suas casas, além da violência em um ambiente doméstico isolado.

Considerando tal situação, o presente trabalho tem como problemática o seguinte questionamento: De que maneira a Convenção 190 da OIT pode contribuir com um meio ambiente de trabalho livre de assédio contra as mulheres no Brasil?

O objetivo geral deste trabalho foi investigar se há a possibilidade de influência da Convenção 190 da OIT para um meio ambiente de trabalho livre de assédio contra as mulheres. Para tanto, foram traçados os seguintes objetivos específicos: Analisar as formas de assédio feminino no ambiente de trabalho; pontuar medidas que as empresas podem aderir para prover um ambiente de trabalho agradável a todos; retratar como foi o aumento dos casos de assédio na pandemia; analisar a legislação brasileira e como elas visam proteger as mulheres nessas situações e retratar as consequências do assédio contra mulheres para a vítima e para a organização.

As questões norteadoras desse trabalho são: Houve aumento nos casos de assédio laboral contra mulheres no Brasil nos períodos da covid-19? Quais as medidas atualmente previstas na legislação brasileira para coibir o assédio contra mulheres? Quais avanços na proteção à dignidade da trabalhadora a Convenção 190 da OIT trouxe ao ordenamento internacional? Esse instrumento pode ser aplicado no Brasil?

O assédio feminino no meio ambiente de trabalho e a desigualdade de gênero não são um problema atual. Sendo assim, justifica-se este estudo, pois, é necessário que haja trabalhos evidenciando a situação das mulheres trabalhadoras no cenário

pandêmico e que analisem o cenário das recentes medidas que visam combater o assédio e a desigualdade de gênero e o papel que o Brasil desempenha nesse contexto. Ademais, este trabalho também poderá contribuir com o mundo acadêmico, pois aborda um tema de grande relevância e destaque para a atualidade, podendo servir como uma fonte de dados para futuros trabalhos acadêmicos.

Este trabalho apresenta um caráter bibliográfico, pois analisará artigos, sites, revistas e livros que estejam relacionados com o tema.

## **1 A INFLUÊNCIA DA PANDEMIA DE COVID-19 NO AUMENTO DO ASSÉDIO CONTRA MULHERES**

A situação da pandemia de covid-19 amplificou, mas não criou a violência de gênero, que se agravou devido ao isolamento das mulheres. Esse grave problema para a saúde e a vida das mulheres não é novo. O julgamento de 2018 mostra que a violência contra as mulheres é uma pandemia global. Ainda mais porque essa violência não é um fenômeno agudo que ocorre em um intervalo de tempo limitado, mas um problema crônico de natureza histórica e estrutural que ocorreu muito antes do surgimento do coronavírus. Estamos presenciando um novo episódio desse fenômeno social e problema de saúde pública<sup>12</sup>

Na terceira edição da pesquisa “O Visível e o Invisível: Mulheres Vítimas no Brasil”, realizada pelo Datafolha em nome do Fórum Brasileiro de Segurança Pública e patrocinada pela Uber, durante a pandemia de COVID-19, mostra que 5 em cada 10 brasileiros (51,1%) relataram ter visto uma mulher sofrer algum tipo de violência no seu bairro ou comunidade. A mesma pesquisa constatou que 73,5% de sua população no Brasil acredita que a violência contra a mulher aumentou durante a pandemia e que as condições de vida precárias das mulheres agredidas são maiores do que no ano passado.

A casa continua sendo o local de maior risco para as mulheres, com 8,8 vítimas relatando a violência mais grave em casa no ano passado. O assédio sexual não é exceção. 37,9 mulheres brasileiras sofreram algum tipo de assédio sexual nos últimos

---

<sup>123</sup>TOLETO, Elisa. **O aumento da violência contra a mulher na pandemia de Covid-19: um problema histórico.** Disponível em: <<https://coc.fiocruz.br/index.php/pt/todas-as-noticias/1781-o-aumento-da-violencia-contra-a-mulher-na-pandemia-de-covid-19-um-problema-historico.html>>. Acesso em 23 de setembro de 2022.

12 meses, sendo 26. 5 milhões de mulheres. As formas mais comuns de assédio são cantos públicos e comentários grosseiros (31,9 vítimas do sexo feminino, 22,3 milhões)<sup>13</sup>.

Como resultado, 12,8 de seus entrevistados ouviram músicas e comentários grosseiros no ambiente de trabalho, e 7,9 deles foram assediados no transporte público. Recentemente, houve relatos no país de mulheres sendo assediadas sexualmente em locais públicos e no trabalho. Escrita ofensiva, expressões faciais lascivas e tocar o corpo das mulheres são o que a maioria das mulheres brasileiras sofre, mas o assédio sexual ainda é invisível. Métodos velados, camuflados sob um manto de admiração, sussurrados no ouvido ou misturados na multidão, normalizam o comportamento violento. Os dados de ajuizamento no Tribunal Superior do Trabalho (TST) apontam que, somente em 2021, foram ajuizados, na Justiça do Trabalho, mais de 52 mil casos relacionados a assédio moral e mais de três mil relativos a assédio sexual em todo o país, provando que tais violências são numerosas no mundo do trabalho.

Segundo Porfírio<sup>14</sup>, vivemos em uma sociedade que continua profundamente desigual e onde, apesar do inegável progresso social e econômico dos últimos 30 anos, a prosperidade de alguns convive com a extrema pobreza de muitos. Nestes dois segmentos, de forma mista, atrai uma população economicamente ativa e majoritariamente jovem, que encontra particularmente dificuldades de inserção e permanência no mercado de trabalho, e que se encontra numa situação inexistente devido ao desenvolvimento do Estado liberal e o enfraquecimento da regulação do trabalho em relação as leis trabalhistas, o que se reflete nas reformas implementadas pela lei n. 13.467/2017.(PORFÍRIO.2020).

Ações destinadas a conter a propagação do covid-19 por meio do distanciamento ou isolamento social implicam mudanças significativas no setor manufatureiro e uma nova forma de trabalhar, mais objetiva e tecnológica, imersa na telemática e conectando o trabalho com a vida privada dos familiares dos funcionários.

---

<sup>13</sup> DATAFOLHA. **Violência doméstica na pandemia.** 2022. Disponível em <<https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2021/06/07/1-em-cada-4-mulheres-foi-vitima-de-algum-tipo-de-violencia-na-pandemia-no-brasil-diz-datafolha.ghtml>>. Acesso em outubro de 2022.

<sup>14</sup> PORFIRIO, Aline. **A presença da mulher ateniense no comércio: Um estudo de caso dos vasos áticos.** Epígrafe, v. 7, n. 7, p. 17-36, 2020.

Segundo Costa<sup>15</sup>, já emocionalmente enfraquecidas por medos pessoais e circunstâncias da vida, em alguns casos, a necessidade de deixar a família imediata por medo de se tornarem portadores de contaminação, os funcionários que permanecem conectados são levados a redefinir seu trabalho processual, adaptar -se à crise econômica, criar e absorver novas formas de produção e gestão, desenvolvendo, portanto, rapidamente novas competências e habilidades.

As pessoas que só trabalham pessoalmente são obrigadas a usar ferramentas tecnológicas e mesmo comprando suas próprias máquinas, outros assumem as tarefas e funções de colegas que foram demitidos ou suspensos por risco de contágio. E embora o trabalho presencial permaneça em condições semelhantes às vistas antes da pandemia, o medo de contágio, a necessidade de ajustes estruturais para garantir lugares, a queda da produção e o medo do desemprego contribuíram para a perda de empregos. Tensões entre empregadores e empregados, formais ou informais, sócios, associados, terceirizados ou outras denominações<sup>16</sup>.

Dessa forma, o assédio moral cometido durante uma pandemia pode ser configurado por um único ato de violência devido à gravidade de seu impacto. A vulnerabilidade dos trabalhadores durante a pandemia aumentou sua exposição a comportamentos abusivos no local de trabalho e ataques a sua dignidade. Como resultado, é mais provável que os empregadores se envolvam em má conduta ética, intencional ou não, e sofram violações trabalhistas devido à necessidade de demitir funcionários, redesenhar os processos de produção e reduzir o risco do negócio<sup>17</sup>. Estas são algumas das principais manifestações de assédio ético durante a pandemia: assédio à reorganização dos processos produtivos por desorganização gerencial, o modelo de controle de produtividade e gestão do tempo de trabalho é de difícil adaptação ao home office, ao trabalho em home office temporário, prejudicando medidas emergenciais para preservação do emprego e da renda e não cumprimento das regras do ambiente de trabalho.

---

<sup>15</sup> COSTA, M. O. **Trabalho decente segundo estudos da Organização Internacional do Trabalho**. Jus.com.br, 2010. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/17550/trabalho-decente-segundo-estudos-da-organizacao-internacional-do-trabalho>>. Acesso em 02 de agosto de 2022.

<sup>16</sup> MOURA, MARIA DO CEU DE SENA et al. Análise da percepção dos docentes da área de Secretariado Executivo sobre o assédio moral no ambiente de trabalho. **SCRIBES-Brazilian Journal of Management and Secretarial Studies**, v. 3, n. 1, 2022.

<sup>17</sup> MOURA, MARIA DO CEU DE SENA et al. Análise da percepção dos docentes da área de Secretariado Executivo sobre o assédio moral no ambiente de trabalho. **SCRIBES-Brazilian Journal of Management and Secretarial Studies**, v. 3, n. 1, 2022.

No contexto de rápidas mudanças nas condições de trabalho e nos processos produtivos, o caos gerencial tem se destacado como fator de assédio ético. As ações precipitadas que as empresas adotam para permanecer no mercado, envolvendo rigidez excessiva e criando um ambiente de trabalho opressivo e humilhante, não são intencionais<sup>18</sup>.

Segundo estudos publicados por Margarida Barreto<sup>19</sup>, médica da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, as atitudes mais comuns em relação ao assédio moral são “Dar instruções confusas, sobre carregar funcionários, exigindo trabalho urgente e desnecessário, ignorando funcionários na frente dos outros, contando piadas sem graça na frente dos outros.” Mesmo exigir desempenho além da capacidade do funcionário pode ser um abuso de autoridade do empregador, que deve buscar meios para adaptar rapidamente os processos de produção e controlar a produtividade e jornada de trabalho de forma telemática sem diálogo prévio com os trabalhadores ou com sindicatos e entidades representativas, bem como a necessária formalização da segurança do trabalhador e contratos claros para ambas as partes muda e compromete o ambiente e o torna hostil.

Trabalhar em “home office temporário”, na maioria dos casos, é feito sem treinamento prévio do gestor e de sua equipe, ou mesmo sem definir expectativas, responsabilidades e cronogramas, o que acaba resultando, muitas vezes, em cyberbullying da organização, prejudicando o direito de desengajamento, refletindo-se no tempo que o empregador aloca o trabalhador para reabastecer efetivamente sua força mental e física durante o intervalo. Além disso, gerentes despreparados para gerenciar equipes de teletrabalho estão vulneráveis ao assédio ético quando solicitados a agendar serviços, definir metas de teletrabalho e monitorar a produtividade e diligência dos funcionários sem treinamento prévio em gerenciamento de teletrabalho. Dar respostas inadequadas a sua equipe, assediando-os sobre suas inseguranças. Falta de diretrizes sobre como trabalhar remotamente fará com que

---

<sup>18</sup> COLETIVO. **Desigualdade de gênero: mulheres ganham 77% dos salários dos homens.** O Coletivo, 2020. Disponível em: <<https://www.ocoletivo.com.br/noticia-59408-desigualdade-de-g-nero-mulheres-ganham-77-dos-sal-rios-dos-homens>>. Acesso em: 02 de setembro de 2022.

<sup>19</sup> BARRETO, Margarida. **Assédio moral: a violência sutil Análise epidemiológica e psicossocial no trabalho no Brasil.** Pontifícia Universidade Católica De São Paulo 2005. Disponível: <<https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/17370/1/Margarida%20Maria%20Silveira%20Barreto.pdf>>. Acesso em 29 de setembro 2022.

ambas as partes se sintam inseguras, levando ao medo e ao assédio<sup>20</sup>.(PAMPLONA.2020)

O medo da baixa produtividade também incentiva o uso de táticas abusivas para controlar a produtividade e o tempo de trabalho, incentivando constantemente os funcionários a ativar dispositivos telemáticos ou enviar imagens de suas estações de trabalho, inclusive utilizando aplicativos de rastreamento de localização de telefones celulares, como uma contramedida de "homem morto" aos sistemas de segurança".

Uma interpretação moderna para garantir que o maquinista está ativo na condução do trem pressionando um botão a cada 45 segundos. Os empregadores devem realizar inspeções de equipamentos e infraestrutura do ambiente de trabalho doméstico e cumprir os padrões do ambiente de trabalho. No entanto, o direito e o dever dos empregadores de controlar o ambiente de trabalho e os próprios serviços não permitem violações da privacidade e dos direitos fundamentais à privacidade no local de trabalho, devendo, portanto, ser implementados de acordo com estas diretrizes

Em decorrência de diversas pressões ocorridas no ambiente de trabalho, há diversos tipos de assédios, moral, sexual, ético, organizacional, e promovidos pessoalmente ou por outros meios tecnológicos.

O assédio ético é definido como tortura psicológica causada por uma série de abusos e atos ou omissões intencionais, cometidos de forma repetida e prolongada por meio de palavras, gestos e atitudes que afetam a dignidade, a integridade física e a saúde mental, além de ferir os direitos fundamentais de outrem, isto é o trabalhador que infrinja o desempenho do trabalho e incluindo a vida social e familiar. Os conceitos apresentados correspondem aos conceitos de violência e assédio que a Organização Internacional do Trabalho (OIT) delineou em sua Convenção nº. 190, ratificado em 2019, que se traduz livremente como uma série de atos e práticas inaceitáveis, ou a ameaça e prática de tais atos, manifestados uma ou várias vezes, danos sexuais ou econômicos<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> PAMPLONA FILHO, Rodolfo; DE MAGALDI SABINO, Clarissa Nilo. Assédio moral em tempos de pandemia. **Revista LTr| 2020| Dezembro: Legislação do Trabalho, Doutrina e Jurisprudência**, v. 12, p. 1516, 2020

<sup>21</sup> COSTA, M. O. **Trabalho decente segundo estudos da Organização Internacional do Trabalho**. Jus.com.br, 2010. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/17550/trabalho-decente-segundo-estudos-da-organizacao-internacional-do-trabalho>>. Acesso em: 02 de agosto de 2022.

O artigo 8º definiu a política de prevenção e combate ao assédio ético no âmbito do TST e considera assédio ético a repetição de ações, gestos ou palavras de servidor público por ação, omissão, e o propósito ou efeito de ganhar a si mesmo, estima, autodeterminação, progressão na carreira ou estabilidade emocional da empresa prestadora de serviços de outros órgãos públicos ou do Estado, que cause danos objetivamente mensuráveis ao ambiente de trabalho<sup>22</sup>.

Segundo análise de Anamatra, o bullying “não é apenas uma afronta à dignidade de um indivíduo, mas também prejudica a cultura e a produtividade de qualquer empresa onde ocorra”<sup>23</sup>. O assédio ocorre em relação às relações patrão-empregado e empregado-empregado, que prejudicam qualitativa e quantitativamente o trabalho da vítima e dos demais empregados com quem convive. O assédio ético no ambiente de trabalho não depende de onde ocorre, mas da motivação do ataque. (ANAMATRA.2022)

Para Dantas<sup>24</sup>, pode ser praticado em empresas físicas e demais locais de trabalho do empregado, inclusive nos deslocamentos do local de residência ao local de trabalho, no caso de teletrabalho no seu local de residência, conforme definido no artigo 3º da convenção internacional. O assédio moral no ambiente de trabalho é praticado por meio de discriminações de toda ordem, agressões físicas e morais que impedem a livre expressão e autodeterminação do indivíduo e geram um ambiente de trabalho hostil e opressor. Ele é comumente subdividido em assédio sexual, quando atenta contra a dignidade sexual da vítima, e assédio moral, que agride a dignidade psíquica da vítima de forma imediata, o que constitui objeto da presente análise. (Dantas.2015)

O assédio ético pode ocorrer horizontalmente em uma relação coordenada entre colaboradores no mesmo nível das pessoas envolvidas ou verticalmente se houver associação entre as pessoas envolvidas, podendo ocorrer pela via mais comum ou superior. Acontece quando a vítima, embora em posição vantajosa em

---

<sup>22</sup> ROQUE, P., SILVA, J. C., GAMERO, H. **Pilares do trabalho decente e sua relação com o desenvolvimento sustentável**. UFSM, Universidade Federal de Santa Maria, 2022. Disponível em: <<https://www.ufsm.br/midias/experimental/integra/2022/02/15/trabalho-decente-para-todos-questoes-ambientais-exemplos-e-acoes-afirmativas/>>. Acesso em: 02 de setembro de 2022.

<sup>23</sup> ANAMATRA. **Mulheres: trabalho decente pressupõe combate ao assédio moral e sexual**. ANAMATRA, Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho, 2021. Disponível em: <https://www.anamatra.org.br/imprensa/noticias/31658-mulheres-trabalho-decente-pressupoe-combate-ao-assedio-moral-e-sexual>. Acesso em: 02 de setembro de 2022.

<sup>24</sup> DANTAS, Ivo. **Princípios Constitucionais e interpretação Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Lumem Júris, p.59. 2015

relação ao seu agressor, é submetida a tratamento degradante devido às suas características pessoais, por exemplo, insegurança, dificuldades de comunicação etc.

Normalmente, os ataques são coletivos, com funcionários visando seus supervisores imediatos. Pode ser distinguido como assédio sexual intencional (quando não há motivo específico para sua prática) ou assédio sexual estratégico (que é intencional)<sup>25</sup>.

O assédio ético organizacional, que é realizado de forma indiscriminada contra os colaboradores como política de gestão estratégica da empresa, cujos objetivos estão alinhados com o crescimento da atividade empresarial, pode assumir a forma de agressão direta e aberta que todos podem ver, como ataques violentos, humilhação aberta de funcionários e práticas abusivas de cronometragem; ou indiretamente, lateralmente, por meio de comportamentos encobertos.

Destruindo a saúde mental das vítimas, causando isolamento, redução da produtividade e desengajamento, espalhando rumores cruéis, intrigas e fofocas, fomentando a rivalidade e competição entre funcionários e outros comportamentos agressivos. O bullying indireto também pode ocorrer realizado alienando um funcionário do ambiente de produção, discriminando seu trabalho e opiniões a fim de desqualificá-lo diante de colegas e superiores<sup>26</sup>.

O cyberbullying, assédio que é realizado indiretamente por meios virtuais – por meio de redes sociais, grupos de mensagens, plataformas eletrônicas, Instagram, Whatzapp, Facebook, Twitter e até mesmo por meio de videoconferências e do sistema operacional interno do empregador – é uma das formas mais danosas de bullying. Isso pode criar atacantes sob um véu de "normalidade e aceitação social" e espalhar uma cultura de assédio coletivo e desprezo, esgotando a capacidade da vítima de se proteger, pois ela acredita que merece o assédio.

Os cyberbullies não são necessariamente maliciosos e os ciberataques estratégicos têm uma agenda baseada no anonimato ou na expectativa de impunidade. No local de trabalho, o bullying digital geralmente ocorre de forma não intencional e não intencional devido à natureza informal da comunicação virtual. As

---

<sup>25</sup> MOURA, Maria do Céu de Sena et al. Análise da percepção dos docentes da área de Secretariado Executivo sobre o assédio moral no ambiente de trabalho. **SCRIBES-Brazilian Journal of Management and Secretarial Studies**, v. 3, n. 1, 2022.

<sup>26</sup> MOURA, Maria do Céu de Sena et al. Análise da percepção dos docentes da área de Secretariado Executivo sobre o assédio moral no ambiente de trabalho. **SCRIBES-Brazilian Journal of Management and Secretarial Studies**, v. 3, n. 1, 2022.

videoconferências geralmente permitem que os funcionários sejam humilhados publicamente na frente de outros colegas ou mesmo clientes.

Da mesma forma, o compartilhamento excessivo e repetido de informações via WhatsApp e fora do horário comercial pode ser uma usurpação inadequada da privacidade do funcionário pela empresa e violar seu direito de desconexão, o que é típico de assédio virtual. O bullying por competência, caracterizado por "exigir maior produtividade e/ou atribuir tarefas mais complexas a funcionários mais capazes, qualificados e inteligentes", também é apontado como uma "percepção equivocada" que pode levar a diferentes funcionários. A distribuição injusta do trabalho entre eles prejudica os trabalhadores atuais.

Tal assédio geralmente é coletivo e perpetrado pelo patrão e colegas de trabalho da vítima. O consenso alimenta os agressores com combustível abusivo porque incentiva os incompetentes a se adaptarem e aceitarem o bullying como normal, justificando suas ações. Para as vítimas, as agressões comunitárias dificultam a proteção e aumentam a carga moral da vitimização, principalmente em relação ao aumento do estresse das demandas de atendimento, desgaste mensal, desgaste físico e sentimentos de injustiça. Essa situação contribui para transtornos de instalação, transtornos psicológicos como a exaustão, ataques de pânico e outros problemas de saúde relacionados ao trabalho.

Em suma, foi possível perceber números expressivos de assédios no período pandêmico, praticados tanto pessoalmente como por instrumentos tecnológicos. E também refletir nas diversas nomenclaturas de tipos de assédios, que todos ferem a saúde do trabalhador, viola direitos, e norteiam discussões indispensáveis sobre como disciplinar, prevenir e combater esta prática nociva ao ambiente de trabalho.

## **1.1 LEIS NACIONAIS DE PROTEÇÃO ÀS MULHERES NO AMBIENTE DE TRABALHO**

Nenhuma discussão sobre os direitos da mulher está completa sem mencionar o Dia Internacional da Mulher, proclamado oficialmente pelas Nações Unidas em 8 de março de 1975. Lá, ondas de protestos, greves e rebeliões foram organizadas por um grande número de mulheres em virtude do trabalho precário e das condições impostas. Posteriormente, essa luta por liberdade e igualdade passou a enxergar as mulheres de forma diferente, dando-lhes direitos e responsabilidades, ratificados na

Constituição Federal de 1988, que ampliou muito a igualdade entre homens e mulheres, trazendo mudanças significativas em um relacionamento com uma mulher<sup>27</sup>.

A Constituição Federal do Brasil, em seu preâmbulo, trata da instauração de um Estado Democrático de Direito com o objetivo de assegurar os direitos sociais. O artigo 1º elevou o valor social do trabalho a uma base constitucional, tornando os direitos dos trabalhadores direitos sociais previstos no Capítulo II, da Carta Magna<sup>28</sup>.

Ao fazê-lo, enfatiza a importância de garantir que os direitos fundamentais dos trabalhadores sejam efetivos e é necessário protegê-los ao máximo. Para defender outro fundamento constitucional e princípio da dignidade da pessoa humana, é necessário examinar a relação entre direitos fundamentais e direito do trabalho.

Vale salientar, que todos os direitos conquistados pelos trabalhadores na esfera constitucional constam da lista não exaustiva do artigo 7º da CRFB. Uma discussão de como o processo de globalização da economia mundial trouxe mudanças no campo das relações capital-trabalho, flexibilizando as relações de emprego, cujo objetivo é permitir que regulamentações trabalhistas complexas sejam rapidamente adaptadas às mudanças causadas por flutuações econômicas, desenvolvimentos tecnológicos ou outras mudanças que exijam ajuste imediato das normas legais.

Deste ponto de vista, estamos confrontados com o princípio da não regressão social. Este princípio estipula que é impossível cercear direitos sociais que são garantidos pela Constituição ou afirmados em normas inconstitucionais de seu patrimônio jurídico<sup>29</sup>.

Luiz Eduardo e Rubia Alvingara<sup>30</sup> pontuam sobre a promoção da igualdade de oportunidades, eliminação da violência baseada em gênero no trabalho e que a desigualdade salarial é persistente entre homens e mulheres em nosso país. A mulher branca ainda recebe remuneração média inferior em 22% do que a remuneração paga

---

<sup>27</sup> PRETTI, Gleibe; VITORINO, Solange. **Direitos trabalhistas das mulheres**. 2021. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/93163/direitos-trabalhistas-das-mulheres>>. Acesso em 23 set. de 2022.

<sup>28</sup> BRASIL. **constituição da república federativa do brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 23 de setembro de 2022.

<sup>29</sup> AZEREDO, Amanda Helena Guedes; RENAULT, Luiz Otávio Linhares. O princípio da dignidade da pessoa humana como base para a diminuição do assédio moral nas relações de emprego. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, Belo Horizonte, MG, v. 49, n. 79, p. 201-211, jan./jun. 2009. Disponível em: <<https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/74086>>. Acesso em: 17 de setembro de 2022

<sup>30</sup> GUNTHER. Luiz Eduardo; ALVINGARA, Rubia. **O direito do trabalho e a mulher**. Editora Dialética, 2021.

aos homens brancos, segundo dados do IBGE de 2020. Quando a análise repousa sobre as mulheres negras, observamos que a remuneração média cai para valores equivalentes a 44%, 4% dos valores pagos aos homens brancos. O racismo estrutural reforça a falta de acesso à educação básica, saúde, saneamento e transporte, razão pela qual 20% das mulheres negras ocupadas estão no trabalho doméstico, o trabalho mais mal remunerado, com alta taxa de informalidade perto de 70% e baixa proteção social (GUNTHER. Luiz Eduardo; ALVENGARA, Rubia.2021)

A CF/1988 fez inúmeras referências a 1988, como “direitos humanos”, “direitos e liberdades fundamentais” e “direitos fundamentais da pessoa humana”. Os “direitos fundamentais” segundo Delgado, são concebidos como privilégios ou vantagens jurídicas que estruturam a existência, afirmação e projeção do ser humano e sua vida em sociedade<sup>31</sup>. Os direitos fundamentais surgiram com a necessidade de proteger as pessoas da violência estatal, valendo-se dos ideais do Iluminismo dos séculos XVII e XVIII, particularmente o conceito de constituição escrita.

O artigo 5º da Constituição Federal, promulgado em 5 de outubro de 1988, estabelece que “homens e mulheres têm os mesmos direitos e deveres”. Embora pareça óbvio hoje, essa frase representa uma das maiores conquistas da mulher brasileira. A Constituição de 1988 foi a primeira no Brasil a estabelecer a plena igualdade jurídica entre homens e mulheres, ela trouxe avanços importantes para as mulheres e mudou fundamentalmente a situação jurídica da mulher brasileira, que até 1988 estava em posição de inferioridade e submissão aos homens.

A constituição federal de 1988 foi instrumentalizada com mecanismos que, para além de garantir proteção e a garantia dos postos de trabalho “femininos”, trouxe medidas para uma correta inclusão das mulheres no mundo do trabalho produtivo. Para além das garantias às gestantes e parturientes, com estabilidade no trabalho desde a comunicação da gravidez até cinco meses após o parto, foram garantidas medidas de proibição de disparidades salariais entre mulheres e homens que exercem mesmo cargo, proibição de discriminação ou cerceamento do ingresso de mulheres na empresa no ato da contratação, etc. [...] <sup>32</sup>.

---

<sup>31</sup> DELGADO. Mauricio Godinho. Direitos Fundamentais na Relação de Trabalho. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, nº 2, 2007. p. 11. Disponível em: <<http://www.fdv.br/publicacoes/periodicos/revistadireitosegarantiasfundamentais/n2/1.pdf>>. Acesso: 28 de setembro de 2022.

<sup>32</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988

Os direitos humanos fundamentais referem-se às restrições impostas pela soberania popular aos poderes constituídos e dependentes do Estado. Os direitos humanos fundamentais decorrem da condição humana e são regulados pela ordem constitucional. Com efeito, como a própria Constituição Federal de 1988 dispõe no artigo 60:

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais.

Como o texto da Constituição só pode ser alterado por emenda constitucional e não podem ser feitas propostas que visem alterar ou abolir direitos individuais, eles não podem ser suprimidos fora de uma sessão parlamentar separada. Trata-se da chamada cláusula pétrea contida no artigo 60 existem recursos processuais constitucionais, também chamados de garantias constitucionais, que são fornecidos como meio de proteção dos direitos humanos. Tanto os direitos quanto as garantias estão previstos na Constituição Federal de 1988, artigo 5º nº 73.

Embora as mulheres enfrentem muitos desafios e responsabilidades no local de trabalho, também enfrentam dois tipos de violência nem sempre óbvios: assédio sexual e moral. Tem se que entre março e maio de 2019, na câmara federal que aprovou o projeto de lei PL 4742/2001 que define o assédio moral no trabalho como crime na lei, o assédio moral com base na moralidade pode ser definido como a pessoa que regularmente viola a dignidade de outra pessoa, causando danos e de que forma isso poderia ser punido.

O Projeto de Lei nº 4742/2001 está em situação de aguardando apreciação pelo Senado Federal, seu autor é Marcos de Jesus<sup>33</sup> - PL/PE. Sua apresentação aconteceu em 23/05/2001, a emenda introduz art. 146-A no Código Penal Brasileiro - Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940, dispondo sobre o crime de assédio moral no trabalho. A nova Ementa da Redação: Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tipificar o assédio moral. Este projeto está sobre tramitação e sua forma de apreciação, está na proposição sujeita à apreciação do plenário e seu regime de tramitação é de urgência. Não há legislação específica

---

<sup>33</sup> JESUS, Marcos. **Projeto de Lei: 4742/2001**. Introduce art. 146-A no Código Penal Brasileiro - Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940, dispondo sobre o crime de assédio moral no trabalho. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=28692> acesso em 30 de setembro de 2022.

para punir penalmente o assédio moral.

É importante ressaltar que apesar do assédio moral não possui uma legislação específica no país, a sua prática pode ser punida através da legislação esparsas existentes. No nosso ordenamento jurídico, encontra-se fundamentos na Constituição Federal, no Código Civil, no Código Penal, e na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

Na Constituição Federal em seu artigo 5, inciso V, elenca que: é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; Nesse mesmo sentido, o inciso X diz que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

No código civil verifica-se o artigo 186 que diz que comete ilícito toda pessoa que por ação ou omissão, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outra pessoa. Neste mesmo artigo completa que também comete ato quem se excede manifestamente aos limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. Além disso, o artigo 927 diz que aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Quem comete assédio poderá ser responsabilizado civilmente pela prática do assédio moral. Assim caberá indenização a vítima, sendo material, em casos em que o assédio tenha causado prejuízos financeiros a vítima, e também indenização moral, tiver danos psicológicos ou a sua imagem.

Já no âmbito penal, o assédio moral poderá se tornar um crime. Dependendo do caso, o assédio moral poderá ser enquadrado no crime de calúnia, neste caso quando o assediador acusar o assediado pela prática de algum crime não cometido, conforme artigo 138 do Código Penal Brasileiro. Sua pena é detenção de seis meses a dois anos mais multa. Então, caso o assediador ofenda publicamente a honra da vítima, poderá ser caracterizado crime de difamação, nos termos do artigo 139, punível com detenção de três meses a um ano mais multa. Ademais, se o assediador ofender a dignidade ou o decoro da vítima, poderá tipificar crime de injúria, nos termos do artigo 140 do Código Penal, cabendo detenção de seis meses a um ano ou multa.

E nos casos mais extremos, o assediador poderá ser enquadrado em outros crimes, tais como, lesão corporal, em casos de lesão a integridade corporal ou a saúde da vítima, nos termos do artigo 129 do Código Penal. Crime contra a liberdade individual por constrangimento ilegal, que constranger a vítima, mediante violência ou

grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda, conforme artigo 146 do mesmo dispositivo.

Caberá também crime de ameaça, conforme disposto no Art. 147, ameaçar alguém, por palavra, escrito ou gesto, ou qualquer outro meio simbólico, de causar-lhe mal injusto e grave. Não estão exauridas as possibilidades de tipificação do assédio moral no Código Penal, dependendo do caso, há vários outros crimes em que o assédio moral poderá ser enquadrado.

Enquanto na CLT também prevê consequências em caso de prática do assédio. Se o assédio moral for praticado pelo dono da empresa, preposto, superior hierárquico, ou algum outro funcionário contra empregado, a empresa responde pelo ato ilícito, pois esta é responsável por todos os atos dos funcionários, devendo sempre prezar por um ambiente de trabalho saudável.

Nos termos do artigo 483 da CLT, o assédio moral poderá ser considerado falta grave cometida pelo empregador, ensejando na rescisão do contrato de trabalho, com o pagamento de todas as verbas devidas, ou seja, o empregado vítima do assédio moral poderá ajuizar uma ação trabalhista requerendo a rescisão indireta do contrato de trabalho, podendo pleitear nesta mesma ação indenização pelo assédio. No entanto, mesmo que o ato seja cometido por um funcionário do mesmo nível hierárquico contra outro funcionário, a empresa poderá ser responsabilizada, pois tem o dever de fiscalizar e punir todos os atos indevidos de seus funcionários. Em relação ao empregado que comete o assédio, sendo contra outro empregado ou contra algum superior hierárquico, a empresa poderá dispensá-lo por justa causa, observar o artigo 482 da CLT<sup>34</sup>.

Por fim, verifica-se que apesar do assédio moral não possuir uma legislação específica, é possível punir como base na legislação existente, no entanto se reflete aos projetos de leis, jurisprudências e doutrinas que se empenham atualmente para se ter uma resposta jurídica mais assertiva quanto a esse problema. Com relação ao assédio sexual, existe legislação para punir na seção 216 A do Código Penal, que define o delito de assédio sexual:

---

<sup>34</sup> JUZBRASIL. Consequências jurídicas para assédio moral. Disponível em: <<https://leidyane2030.jusbrasil.com.br/artigos/489126339/consequencias-juridicas-do-assedio-moral>>. Acesso em 25 de outubro de 2022

Art. 216 – A. Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função. (Incluído pela Lei nº 10.224, de 15 de 2001).

Pena detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos. (Incluído pela Lei nº 10.224, de 15 de 2001).

Parágrafo único. (Vetado) (Incluído pela Lei nº 10.224, de 15 de 2001).

§ 2º A pena é aumentada em até um terço se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)<sup>35</sup>.

## 2 GÊNERO, DIREITOS HUMANOS, E TRABALHO DECENTE

A Organização Mundial do Trabalho (OIT) A OIT foi criada em 1919, como parte do Tratado de Versalhes, que pôs fim à Primeira Guerra Mundial. Fundou-se sobre a convicção primordial de que a paz universal e permanente somente pode estar baseada na justiça social. É responsável pela formulação e aplicação das normas internacionais do trabalho (convenções e recomendações) As convenções, uma vez ratificadas por decisão soberana de um país, passam a fazer parte de seu ordenamento jurídico.

O Brasil está entre os membros fundadores da OIT e participa da Conferência Internacional do Trabalho desde sua primeira reunião. Tem por missão promover oportunidades para que homens e mulheres possam ter acesso a um trabalho decente e produtivo, em condições de liberdade, equidade, segurança e dignidade.<sup>36</sup>

O Trabalho Decente, conceito formalizado pela OIT em 1999, sintetiza a sua missão histórica de promover oportunidades para que homens e mulheres possam ter um trabalho produtivo e de qualidade, em condições de liberdade, equidade, segurança e dignidade humanas, sendo considerado condição fundamental para a superação da pobreza, a redução das desigualdades sociais, a garantia da governabilidade democrática e o desenvolvimento

sustentável, para o renomado doutrinador paraense-Cláudio José Monteiro de Brito<sup>37</sup> “hodiernamente, o trabalho humano, embora ainda seja visto somente como necessidade, como meio de garantir a sobrevivência do trabalhador e de sua família,

---

<sup>35</sup> MSPP. Ministério Público do Estado de São Paulo. **Assédio Sexual**. Disponível em [http://www.mppsp.mp.br/portal/page/portal/Nucleo\\_de\\_Genero/assedio\\_sexual/assedio\\_legis/crime%20de%20%20ass%C3%A9dio%20sexual.pdf](http://www.mppsp.mp.br/portal/page/portal/Nucleo_de_Genero/assedio_sexual/assedio_legis/crime%20de%20%20ass%C3%A9dio%20sexual.pdf) acesso em 23 de setembro de 2022

<sup>36</sup> OIT. Organização Internacional do trabalho disponível em: [www.oitbrasil.org.br](http://www.oitbrasil.org.br). Acesso em 06 Janeiro de 2023.

<sup>37</sup> BRITO, Cláudio José Monteiro. **Trabalho Decente**: análise jurídica da exploração do trabalho escravo e outras formas de trabalho indigno. 5ª edição. 2018, p.12.

deveria também ser considerado como meio de realização do indivíduo”. (BRITO. 2018)

Trabalho decente, conforme definido pelo IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada)<sup>38</sup>, é aquele que é adequadamente remunerado, realizado em condições de liberdade, equidade e segurança e que garante uma vida digna. O conceito assenta em quatro pilares: direitos e princípios laborais fundamentais, promoção do emprego de qualidade, alargamento da proteção social e diálogo social.

No mundo do trabalho, os eixos que se estruturam como seus princípios sociais se materializam e pessoas desiguais do que são discriminações em situação de não garantia de direitos, incluindo os fundamentais do trabalho. A discriminação nega a igualdade de oportunidades e tratamento diferente a grupos e empresas.

Gera desigualdades profundas no acesso aos direitos sociais, Econômicos e culturais e os direitos civis e políticos; além de impedir o pleno exercício da cidadania e debilitar a democracia. Em parceria com seus membros, pessoas da OIT no Brasil trabalham com a promoção dos princípios e Escritório para o trabalho no âmbito da promoção da parceria fundamental e da promoção das igualdades de oportunidade e tratamento no mundo do trabalho para a situação de vulnerabilidade social.

As desigualdades de gêneros também são refletidas no direito do trabalho como uma problemática que impede a construção da dignidade da pessoa humana, quando se percebe que essas diferenças ainda não foram superadas, mesmo diante de conquistas de normas internas e parâmetros internacionais. São objetivos do desenvolvimento sustentável (ODS) 5 da ONU a igualdade de gênero e o empoderamento das mulheres e meninas do mundo até o ano de 2030. A respeito do conceito adotado pela OIT<sup>39</sup> comenta que a missão histórica de promover oportunidades para que homens e mulheres possam ter um trabalho produtivo e de qualidade, em condições de liberdade, equidade, segurança e dignidade humanas.

Atualmente o campo do direito do trabalho da mulher se caracteriza pela busca da promoção da igualdade de direitos e condições entre homens e mulheres no mundo do trabalho e para que as especificadas para os direitos das mulheres só sejam necessárias quando do surgimento de especificidades biológicas ou de tratamento<sup>40</sup>.

---

<sup>38</sup> IPEA, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Trabalho decente no Brasil**. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/>. Acesso em 25 de outubro de 2022.

<sup>39</sup> BRITO, Cláudio José Monteiro. **Trabalho Decente: análise jurídica da exploração do trabalho escravo e outras formas de trabalho indigno**. 5ª edição. 2018, p.49.

<sup>40</sup> Direito do trabalho e a Mulher, página 151, ano 2021 por Cláudia Brum Mothé advogada e consultora especializada em direito do trabalho.

Outrossim, ainda segundo o autor não há trabalho decente sem condições adequadas à preservação da vida e da saúde do trabalhador. Não há trabalho decente sem justas condições para o trabalho, principalmente no que toca às horas de trabalho e aos períodos de repouso. Não há trabalho decente sem justa remuneração pelo esforço despendido. Não há trabalho decente se o Estado não toma todas as medidas necessárias para a criação e para manutenção dos postos de trabalho. Não há, por fim, trabalho decente se o trabalhador não está protegido dos riscos sociais, parte deles originada do próprio trabalho humano<sup>41</sup>.

Nessa perspectiva, o trabalhador é, antes de tudo, pessoa humana, sujeito de direitos, que devem ser respeitados por todos e em qualquer circunstância, principalmente dentro do ambiente de trabalho. Logo, a mulher por ser mais vulnerável, acaba se tornando alvo fácil da prática do assédio no ambiente de trabalho, observando-se que há uma verdadeira discriminação de gênero.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) completou 70 anos no dia 10 de dezembro de 2018, em tempos de desafios crescentes, quando a discriminação e a violência ainda permanecem vivos, quando centenas de milhões de mulheres e homens são destituídos e privados de condições básicas de subsistência e de oportunidades. Logo, é interessante observar o que discorre o artigo 23º deixa claro que: “Toda a pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha do trabalho, a condições equitativas e satisfatórias de trabalho e à proteção contra o desemprego. Todos têm direito, sem discriminação alguma, a salário igual por trabalho igual. Quem trabalha tem direito a uma remuneração equitativa e satisfatória, que lhe permita e à sua família uma existência conforme com a dignidade humana, e completada, se possível, por todos os outros meios de proteção social. Toda a pessoa tem o direito de fundar com outras pessoas sindicatos e de se filiar em sindicatos para defesa dos seus interesses”.

É preciso reafirmar que há uma relação de hipossuficiência entre empregado e empregador, e este fato torna ainda mais importante a existência dos direitos humanos dentro do direito do trabalho, para que o poder do empregador não suprima em momento algum os direitos de seus empregados, que são acima de tudo seres humanos com todos os seus direitos assegurados pela Constituição

---

<sup>41</sup> BRITO, op. cit., p.57.

Federal, Consolidação das Leis Trabalhistas, e também pela Declaração Universal dos Direitos Humanos. O Brasil como signatário da Declaração Universal dos Direitos Humanos, faz com que as todas as relações sejam regidas, dentre outros princípios, pela prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II, CF) e relaciona amplo elenco de direitos e garantias individuais (art. 5º), atribuindo-lhes a categoria de cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, IV).<sup>42</sup>

Do conceito de direitos humano. Embora, como é sabido não há um consenso doutrinário a cerca, é de extrema importância no momento que se pensa no assunto que cada um tenha sua convicção do que esse direito venha ser. Segundo a ONU , foram definidos como uma garantia fundamental e universal que visa proteger os indivíduos e grupos sociais contra diversas ações ou omissões daqueles que atentem contra a dignidade da pessoa humana. O jurista português José Joaquim Gomes Canotilho <sup>43</sup>em seu fundamentado abordou a distinção terminológica sobre os Direitos Humanos e os Direitos Fundamentais: As expressões direitas do homem e direitos fundamentais são frequentemente utilizadas como sinônimas. Segundo a sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intertemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.

Os Direitos humanos no direito do trabalho é um direito social, e como todos os direitos humanos são inalienáveis. E no Brasil, a CLT visa proteger e regular os interesses dos empregados e empregadores protegendo os direitos humanos. Ele trouxe a sociedade o direito de todos serem tratados de forma igualitária; o direito à vida da pessoa humana; à dignidade da pessoa humana; à liberdade; à privacidade; à intimidade; à integridade física etc. E a proteção a esses direitos é estendida ao Direito do Trabalho.

---

<sup>42</sup> DIREITOS HUMANOS DO TRABALHO, disponível em: <https://gabrielajlacerda.jusbrasil.com.br/artigos/380778307/direitos-humanos-do-trabalho>. Acesso em: 06 janeiro de 2023.

<sup>43</sup> CONCEITO DE DIREITOS HUMANOS, disponível em : <https://jus.com.br/artigos/78307/conceito-de-direitos-humanos>. Acesso em 06 de janeiro de 2023.

## 2.1 A CONVENÇÃO 190 DA OIT

A Convenção nº 190 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) de 2019, ainda não ratificada pelo Brasil, reconhece que a violência e o assédio no local de trabalho constituem violações de direitos humanos que prejudicam a igualdade de oportunidades e a conquista do trabalho decente. O objetivo dos padrões internacionais é proteger todos os trabalhadores, independentemente de seu status contratual, incluindo pessoas que não sejam mulheres que pertençam a um ou mais grupos vulneráveis, como pessoas trans, gays, etc<sup>44</sup>.(ANAMATRA.2022).

Promover o princípio da não discriminação, que é um dos pilares dos direitos humanos e dos quatro direitos fundamentais no trabalho, é também um dos objetivos estratégicos do trabalho decente. Em 1998, a Declaração da Organização Internacional do Trabalho sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho foi adotada como medida especial de facilitação para promover a aplicação dos quatro princípios e direitos fundamentais para alcançar a justiça social. Este momento não é apenas simbólico, pois significa que os estados-membros começam a perceber que têm a obrigação de trabalhar por determinados valores fundamentais inerentes à filiação à OIT, a saber: Liberdade sindical e o reconhecimento efetivo do direito à negociação coletiva; erradicação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório; abolição efetiva do trabalho infantil; eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação.

Essa obrigação também existe se o Estado não tiver ratificado os oito acordos fundamentais que incluem esses princípios (exceto os protocolos relativos a acordos de trabalho forçado). Ao mesmo tempo, a própria OIT é obrigada a fornecer a assistência necessária para atingir esses objetivos. Para garantir a aplicação da Declaração, o Conselho de Administração da OIT elaborou os acordos relevantes com base no Protocolo nº 29 de 201, dos quais 8 são convenções críticas.

Até 1º de dezembro de 2020, foram registradas 138 ratificações desses oito acordos, que é aproximadamente 93% do número potencial. As oito convenções básicas são: Convenção sobre a liberdade sindical e a proteção do direito de

---

44

ANAMATRA. **Mulheres: trabalho decente pressupõe combate ao assédio moral e sexual.** ANATARA, Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho, 2021. Disponível em: <https://www.anamatra.org.br/imprensa/noticias/31658-mulheres-trabalho-decente-pressupoe-combate-ao-assedio-moral-e-sexual>. Acesso em: 02 de setembro de 2022.

sindicalização, 1948 (nº 87); Convenção sobre o direito de sindicalização e de negociação coletiva, 1949 (nº 98); Convenção sobre o trabalho forçado, 1930 (nº 29); Convenção sobre a abolição do trabalho forçado, 1957 (nº 105); Convenção sobre a idade mínima, 1973 (nº 138); Convenção sobre as piores formas de trabalho infantil, 1999 (nº 182); Convenção sobre igualdade de remuneração, 1951 (nº 100); Convenção sobre a discriminação (emprego e ocupação), 1958 (nº 111)<sup>45</sup>. Além das descritas o Protocolo de 2, relativo à Convenção sobre trabalho forçado (nº 29, de 20). Segundo definição da Convenção Nº 111 da OIT (1958), discriminação é “qualquer distinção, escolha ou baseada em motivos de raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou social que tenha como efeito anular ou altere a igualdade de oportunidades e de tratamento no emprego e na ocupação”. É um conceito multidimensional, cujas expressões se estruturam em um ciclo profundos fundamentados no sexismo, racismo, LGBTIQIAfobia, classismo, capacitismo, xenofobia, intolerância religiosa, violência, entre outros marcadores que se interseccionam.

As normas internacionais, assim como as pautadas nas convenções, elas não substituem a normas constitucionais de cada país, no entanto, observar que de acordo com a OIT, as normas internacionais do trabalho e as previsões dos Tratados de Direitos Humanos das Nações Unidas relacionadas a essas normas são complementares e se reforçam mutuamente, de forma que a cooperação entre os sistemas é necessária para garantir consistência e coerência em matéria de direitos humanos nas relações de trabalho<sup>46</sup>. Importante também observar que Piovesan discorre:

O arcabouço normativo internacional de proteção aos direitos humanos não pretende substituir as ordens jurídicas nacionais, mas sim estabelecer um direito subsidiário ou suplementar ao direito nacional, no sentido de incentivar a superação de suas omissões na proteção desses direitos. Constitui, assim, uma garantia adicional da proteção que já deve ser assegurada por Estado a seus cidadãos. Por outro lado, estabelece padrões protetivos mínimos, que devem ser superados pelas ordens domésticas<sup>47</sup>.

<sup>45</sup> OIT, Organização Internacional do Trabalho. **Trabalho Decente**. 2022. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasil/temas/trabalho-decente/lang--pt/index.htm>. Acesso em: 02 de setembro de 2022.

<sup>46</sup> ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations (Parte “1ª” do Relatório Geral do Comitê de Peritos na Aplicação de Convenções e Recomendações). 2012. Disponível em: <<http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/>> Acesso em: 12 out 2022.

<sup>47</sup> PIOVESAN, Flávia, **Direitos Humanos e o direito constitucional internacional**. 1ª ed. rev. E atual,

Considerando as violações da ordem legal e constitucional em detrimento da proteção à saúde e garantias de segurança do trabalho, o impacto da Convenção nº 190 da OIT no âmbito da educação brasileira, na doutrina e jurisprudência fomenta inspirações em decisões que possam ampliar as possibilidades de proteção legal.

## **2.2 MEDIDAS RECENTES ALTERNATIVAS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS, PARA UM MEIO AMBIENTE DE TRABALHO SAUDÁVEL ÀS MULHERES**

O assédio moral viola os direitos fundamentais do trabalhador e, conseqüentemente, o priva de um ambiente de trabalho seguro e sadio. Os seus efeitos nocivos vão desde o ambiente de trabalho relacionado com problemas à saúde física e mental até o ambiente de trabalho que é contrariamente à saúde, o ambiente de trabalho se torna um local hostil, o ambiente de trabalho que constitui proteção ao meio do trabalho equilibrado e digno.

A OIT aponta que as situações de assédio moral podem gerar graves conseqüências para a saúde, visto que podem ajudar a melhorar a saúde do trabalhador, mas também podem ajudar a ajudar a melhorar a saúde. Entre os diversos efeitos provocados, a vítima do assédio pode desenvolver depressão, nervoso, no aparelho digestivo, no aparelho circulatório, raiva de sono, cefaleias sentimentos, tristeza, vergonha, desamparo e problemas no sistema.

Nessa situação, Maria Aparecida Alkimin<sup>48</sup> afirma que o sofrimento ocasiona às vítimas graves conseqüências a sua afetação físico-psíquica, sua autoestima e produtividade, tendo a perspectiva a redução do ambiente de trabalho e de perspectiva moral, qualifica o ambiente de trabalho e a discriminação moral, pode, inclusive, a qualidade de vida no trabalho refletir-se na esfera patrimonial. Isso pode ocorrer à situação de tratamento da saúde e das causas de recursos não apenas para sobrevivência, como situação para tratamento das conseqüências à saúde como a raiva, vergonha, desconfiança e nessa situação. (ALKIMIN.2018).

Há posicionamento recente essencial que foi consubstanciado perante o Superior Tribunal do Trabalho sobre a importância de se observar a convenção 190

---

São Paulo; Saraiva, 2013, p. 233

<sup>48</sup> ALKIMIN, Maria Aparecida. **Assédio moral na relação de trabalho**. 2 ed. Curitiba: Editora Juruá, 2008, p. 83.



possam ser parâmetros para o combate da violência e do assédio cometido no ambiente laboral, mediante os tipos de violências observadas.

Os resultados mostraram que como razão principal para a pesquisa, o fato de existir, mesmo atualmente, muitos atos discriminatórios nas relações de emprego, sobretudo com as mulheres, e que no período pandêmico isso se agravou, haja vista a dupla jornadas, cobranças excessivas, cometidos por superior hierárquico ou colega de trabalho, dentre os tipos de assédios abordados. Nessa circunstância, a OIT tem como objetivo pautar fundamentos que prezam por princípios de direitos humanos, que impulsionam fortalecer as instituições do trabalho, para garantia de direitos, de emprego pleno e produtivo, a promoção de trabalho saudável, bem como do trabalho decente para todos. Contudo, verificou-se o contexto histórico do direito do trabalho, e a relevância da constituição de 1988 e da OIT, concluindo que ambos os adventos fizeram parte da evolução do ramo do direito.

Destacou-se que o trabalho produtivo, seguro livre, equânime e digno, colocando-o como fundamento, por meio da democracia, do trabalho decente, efetivação dos direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana, para a superação de dificuldades do mundo globalizado, como a pobreza e a desigualdade social ocorre que, nesse cenário, busca pela eliminação de atos degradantes a saúde do trabalhador e violação de direitos fundamentais do ser humano.

Nessa linha, o estudo ressaltou a importância de instrumentos internacionais que não substituem as normas domésticas, mas tiveram relevância ao longo da história colocando como objetivo a eliminação da prática da violência e do assédio, a fim de lograr-se a justiça social. Assim, sobre a Convenção 190 da OIT acerca da violência e do assédio, constatou-se que esses atos nocivos configuram em uma discriminações que incidem no estudo de compreensões como os princípios da não-discriminação e da igualdade, pois estes atos são de conduta irracional, antijurídica, irrazoável em relação a alguém, seja pelo motivo de gênero ou por qual motivo injusto e desfavorável e excludente.

## **REFERÊNCIAS**

ANAMATRA, Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho, 2021. Disponível em: <https://www.anamatra.org.br/imprensa/noticias/31658-mulheres->

trabalho-decente-pressupoe-combate-ao-assedio-moral-e-sexual. Acesso em: 02 de setembro de 2022.

AZEREDO, Amanda Helena Guedes; RENAULT, Luiz Otávio Linhares. **O princípio da dignidade da pessoa humana como base para a diminuição do assédio moral nas relações de emprego**. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, MG, v. 49, n. 79, p. 201-211, jan./jun. 2009. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/74086>. Acesso em: 17 de setembro de 2022.

ALKIMIN, Maria Aparecida. **Assédio moral na relação de trabalho**. 2 ed. Curitiba: Editora Juruá, 2008, p. 83.

BARRETO, Margarida. **Assédio moral: a violência sutil Análise epidemiológica e psicossocial no trabalho no Brasil**. Pontifícia Universidade Católica De São Paulo 2005. Disponível: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/17370/1/Margarida%20Maria%20Silveira%20Barreto.pdf> acesso em 29 de setembro 2022.

BASTOS, Caputo. **TST: TSTcj25/2022**. Emanuel. 25 de setembro de 2022. Disponível em: <https://www.tst.jus.br/-/justi%C3%A7a-do-trabalho-vai-priorizar-julgamento-de-a%C3%A7%C3%B5es-que-envolvam-viol%C3%Aancia-no-trabalho> acessado em 27 de setembro de 2022.

BRASIL. **constituição da república federativa do brasil de 1988**. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) acesso em 23 de setembro de 2022.

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

BRASIL. **LEI Nº 14.457 DE 21 DE SETEMBRO DE 2022**. Institui o Programa Emprega + Mulheres; e altera a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nºs 11.770, de 9 de setembro de 2008, 13.999, de 18 de maio de 2020, e 12.513, de 26 de outubro de 2011. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=14457&ano=2022&ato=77eETVq5kMZpWT26e>. Acesso em 30 de setembro de 2022.

BRITO, Cláudio José Monteiro. **Trabalho Descente: análise jurídica da exploração do trabalho escravo e outras formas de trabalho indigno**. 5º edição. 2022.

CARVALHO, J. Antero de. **Direitos trabalhistas da mulher**. 27ª ed. São Paulo: Editora LTR, p. 271-220. 2020.

COLETIVO. **Desigualdade de gênero: mulheres ganham 77% dos salários dos homens**. O Coletivo, 2020. Disponível em: <https://www.ocoletivo.com.br/noticia-59408-desigualdade-de-g-nero-mulheres-ganham-77-dos-sal-rios-dos-homens>. Acesso em: 02 de setembro de 2022.

A aplicação do diálogo e da negociação: Justiça Restaurativa e as Novas Dinâmicas dos métodos adequados de solução de conflitos

COSTA, M. O. **Trabalho decente segundo estudos da Organização Internacional do Trabalho**. Jus.com.br, 2010. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/17550/trabalho-decente-segundo-estudos-da-organizacao-internacional-do-trabalho>. Acesso em: 02 de agosto de 2022.

CONCEITO DE DIREITOS HUMANOS, disponível em [:https://jus.com.br/artigos/78307/conceito-de-direitos-humanos](https://jus.com.br/artigos/78307/conceito-de-direitos-humanos). Acesso em 06 de janeiro de 2023.

DATAFOLHA. **Violência doméstica na pandemia**. 2022. Disponível em <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2021/06/07/1-em-cada-4-mulheres-foi-vitima-de-algum-tipo-de-violencia-na-pandemia-no-brasil-diz-datafolha.ghtml> acesso em outubro de 2022.

DANTAS, Ivo. **Princípios Constitucionais e interpretação Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Lumem Júris, p.59. 2015

DELGADO. Mauricio Godinho. **Direitos Fundamentais na Relação de Trabalho**. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, nº 2, 2007. p. 11 <http://www.fdv.br/publicacoes/periodicos/revistadireitosegarantiasfundamentais/n2/1.pdf> . Acesso 28 de setembro de 2022.

DIREITOS HUMANOS DO TRABALHO, disponível em: <https://gabrielajlacerda.jusbrasil.com.br/artigos/380778307/direitos-humanos-do-trabalho>. Acesso em: 06 janeiro de 2023.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Assédio Moral no Trabalho e Bullying Escolar: Lei 13.185/2015**. GEN Jurídico, 13 nov. 2015. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2015/11/13/assedio-moral-no-trabalho-ebullying-escolar-lei-13-1852015/>. Acesso em: 17 de setembro 2022. 145LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de direito do trabalho. 12 ed. São Paulo: Editora Saraiva Educação, 2020, p. 64.

IBGE. **Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística**. Disponível em <https://www.ibge.gov.br/> acesso em 23 de setembro de 2022.

IPEA, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Trabalho decente no Brasil**. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/> acesso em 25 de outubro de 2022.

JESUS, Marcos. **Projeto de Lei: 4742/2001**. Introduce art. 146-A no Código Penal Brasileiro - Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940, dispendo sobre o crime de assédio moral no trabalho. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=28692> acesso em 30 de setembro de 2022.

JUZBRASIL. Consequências jurídicas para assédio moral <https://leidiane2030.jusbrasil.com.br/artigos/489126339/consequencias-juridicas-do-assedio-moral> acesso em 25 de outubro de 2022.

A aplicação do diálogo e da negociação: Justiça Restaurativa e as Novas Dinâmicas dos métodos adequados de solução de conflitos

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. 12 ed. São Paulo: Editora Saraiva Educação, 2020, p. 64

Luiz Eduardo; ALVENGARA, Rubia. **O direito do trabalho e a mulher**. Editora Dialética, 2021.

MSPP. Ministério Público do Estado de São Paulo. **Assédio Sexual**. Disponível em [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Nucleo\\_de\\_Genero/assedio\\_sexual/assedi\\_o\\_legis/crime%20de%20%20ass%C3%A9dio%20sexual.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Nucleo_de_Genero/assedio_sexual/assedi_o_legis/crime%20de%20%20ass%C3%A9dio%20sexual.pdf) acesso em 23 de setembro de 2022.

MOURA, MARIA DO CEU DE SENA et al. Análise da percepção dos docentes da área de Secretariado Executivo sobre o assédio moral no ambiente de trabalho. **SCRIBES-Brazilian Journal of Management and Secretarial Studies**, v. 3, n. 1, 2022.

OIT, Organização Internacional do Trabalho. **Trabalho Decente**. 2022. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasilia/temas/trabalho-decente/lang--pt/index.htm>. Acesso em: 02 de setembro de 2022.

OIT. Organização Internacional do trabalho disponível em: [www.oitbrasil.org.br](http://www.oitbrasil.org.br). Acesso em 06 Janeiro de 2023.

OIT – ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Relatório V(1). **Acabar com a violência e o assédio contra mulheres e homens no mundo do trabalho**: Quinto ponto da ordem de trabalhos. Genebra, Conferência Internacional do Trabalho, 107ª Sessão, 2018. Disponível em: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilolisbon/documents/publication/wcms\\_725992.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilolisbon/documents/publication/wcms_725992.pdf). Acesso em: 17 de setembro de 2022.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; DE MAGALDI SABINO, Clarissa Nilo. ASSÉDIO MORAL Em TEMPOS DE PANDEMIÁ. **Revista LTr| 2020| Dezembro: Legislação do Trabalho, Doutrina e Jurisprudência**, v. 12, p. 1516, 2020.

PORFÍRIO, Francisco. **Desigualdade de gênero**. Brasil Escola, 2022. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/sociologia/desigualdade-de-genero.htm>. Acesso em 02 de setembro de 2022. Disponível em <https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=MMrEAAQBAJ&oi=fnd&pg=PA10&dq=ASS%C3%89DIO+MORAL+EM+TEMPOS+DE+PANDEMIA+Rodolfo+Pamplona+Filho1+Clarissa+Nilo+de+Magaldi+Sabino&ots=o53l1peoTT&sig=bGOYjDWxOWiBkmMTKNASSS54WLM#v=onepage&q&f=false> acesso em 10 de setembro de 2022.

PRATA, Marcelo Rodrigues. **Assédio moral no trabalho sob novo enfoque**: cyberbullying, “indústria do dano moral”, carga dinâmica da prova e o futuro do CPC. Curitiba: Editora Juruá, 2014, p. 31, grifos do autor

PRETTI, Gleibe; VITORINO, Solange. **Direitos trabalhistas das mulheres. 2021.** Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/93163/direitos-trabalhistas-das-mulheres>>. Acesso em 23 de setembro de 2022.

ROQUE, P., SILVA, J. C., GAMERO, H. **Pilares do trabalho decente e sua relação com o desenvolvimento sustentável.** UFSM, Universidade Federal de Santa Maria, 2022. Disponível em: <https://www.ufsm.br/midias/experimental/integra/2022/02/15/trabalho-decente-para-todos-questoes-ambientais-exemplos-e-acoes-afirmativas/>. Acesso em: 02 de setembro de 2022.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional.** 20ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2018.

TOLETO, Elisa. **O aumento da violência contra a mulher na pandemia de Covid-19: um problema histórico.** Disponível em <https://coc.fiocruz.br/index.php/pt/todas-as-noticias/1781-o-aumento-da-violencia-contr-a-mulher-na-pandemia-de-covid-19-um-problema-historico.html> acesso em 23 de setembro de 2022.

SUXBERGER, Rejane Jungbluth. TJDF, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos territórios. O invisível assédio sexual nosso de todos os dias. 2021. Disponível em <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2021/o-invisivel-assedio-sexual-nosso-de-todos-os-dias> acesso em 23 de setembro de 2022.

TRE, Tribunal Regional do Trabalho. **Em 2021, Justiça do Trabalho registrou mais de 52 mil casos de assédio moral no Brasil.** Disponível em <https://www.trt13.jus.br/informe-se/noticias/em-2021-justica-do-trabalho-registrou-mais-de-52-mil-casos-de-assedio-moral-no-brasil> acesso em 30 de setembro de 2022.

USP, Universidade de São Paulo. Pandemia evidencia ainda mais a desigualdade de gênero. **Jornal da USP**, 2020. Disponível em: <https://jornal.usp.br/atualidades/pandemia-evidencia-ainda-mais-a-desigualdade-de-genero/>. Acesso em: 02 de setembro de 2022.

**Capítulo 4**  
**POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA INTELIGÊNCIA**  
**ARTIFICIAL NOS CONFLITOS SUBMETIDOS À**  
**JUSTIÇA RESTAURATIVA**  
*Fernando Nogueira Bebiano*

## POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NOS CONFLITOS SUBMETIDOS À JUSTIÇA RESTAURATIVA

**Fernando Nogueira Bebiano**

*Doutorando em Direito Público e Evolução Social pela Universidade Estácio de Sá - UNESA, Rio de Janeiro/RJ. Mestre em Direitos Fundamentais pela Universidade da Amazônia. MBA em Direito Civil e Processo Civil pela Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro - FGV. Pós-graduado em Direito do Trabalho e Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, PUC-MG. Bacharel em Direito pela Universidade da Amazônia. Professor de ensino superior (Curso de Direito). Membro do Grupo de pesquisa Observatório da Mediação e da Arbitragem da UNESA. Advogado atuando nas áreas Cível, Empresarial, Trabalhista e Previdenciária.*

*<http://lattes.cnpq.br/5701022331319023>. [f.bebiano10@gmail.com](mailto:f.bebiano10@gmail.com)*

### RESUMO

**Contextualização do tema:** A multiplicidade e o dinamismo cultural que resultam da evolução da sociedade são potencializadores de divergências, sendo os conflitos inerentes a essas relações intersubjetivas produzidas pelas interações nessa atual sociedade complexa e plural. Quando valores essenciais são violados o Estado criminaliza as condutas desvirtuadas criando uma estrutura para punir aqueles que venham transgredir as regras. Hodiernamente se faz necessário rever o sistema punitivo do Estado, pois ele se mostra inadequado para as sociedades. Nesse cenário, a justiça restaurativa se apresenta como uma adequada via de acesso à justiça, por se tratar de um procedimento com aporte necessário para humanização do direito. A pesquisa se justifica porque houve uma intensificação das práticas de justiça restaurativa migrando para o virtual durante o período da pandemia da Covid-19. Tem-se por **objetivo** verificar a adequação da utilização da Inteligência Artificial (IA) para automaticamente decidir processos ou servir como conciliador. Buscando compreender esse fenômeno social em um ambiente social mais amplo, realizou-se uma pesquisa jurídico-sociológica. Para alcançar tal desiderato, utilizou-se a seguinte **metodologia**, método sistemático para examinar o ordenamento jurídico brasileiro e foi feita pesquisa bibliográfica de periódicos indexados da área do Direito. Em relação ao **resultado**, com a metodologia desenvolvida, foi possível concluir que a utilização da IA como um robô “boca do sistema” automaticamente produzindo decisões ou conciliações apartadas do substrato social é um caminho perigoso para um retorno ao velho

positivismo, que equiparou o direito à lei, onde o Juiz era a “boca da lei” (mero reproduzidor da lei).

**Palavras-chave:** Justiça Restaurativa. Acesso à Justiça. Inteligência Artificial.

### **ABSTRACT**

**Contextualization of the theme:** The multiplicity and cultural dynamism that result from the evolution of society are potentializers of divergences, with conflicts inherent to these intersubjective relationships produced by interactions in this current complex and plural society. When essential values are violated, the State criminalizes deviant behavior by creating a structure to punish those who break the rules. Nowadays, it is necessary to review the punitive system of the State, as it proves to be inadequate for societies. In this scenario, restorative justice presents itself as an adequate means of access to justice, as it is a procedure with a necessary contribution to the humanization of law. The research is justified because there was an intensification of restorative justice practices migrating to the virtual during the period of the Covid-19 pandemic. The **objective** is to verify the suitability of using Artificial Intelligence (AI) to automatically decide processes or serve as a conciliator. Seeking to understand this social phenomenon in a broader social environment, a legal-sociological research was carried out. To achieve this aim, the following **methodology** was used, a systematic method to examine the Brazilian legal system and a bibliographical research of indexed periodicals in the area of Law was carried out. Regarding the **result**, with the methodology developed, it was possible to conclude that the use of AI as a robot "mouth of the system" automatically producing decisions or reconciliations separated from the social substrate is a dangerous path for a return to the old positivism, which equated the right to the law, where the Judge was the “mouth of the law” (mere reproducer of the law).

**Keywords:** Restorative Justice. Access to justice. Artificial intelligence.

## **INTRODUÇÃO**

Hodiernamente se faz necessário rever o sistema punitivo do Estado, pois ele se mostra inadequado para as sociedades. Não para pôr fim a aplicação penal estatal, mas uma reestruturação sob o prisma de uma justiça penal pacificadora.

A justiça restaurativa se apresenta como uma adequada via de acesso à justiça, por se tratar de um procedimento com aporte necessário para humanização do direito, pois embora não tenha como objetivo principal o perdão, nesse ambiente com práticas pautadas na cooperação, é bem possível que a paz seja celada com a reconciliação.

Essa pesquisa se justifica porque houve uma intensificação das práticas de justiça restaurativa migrando para o virtual durante o período da pandemia da Covid-19, sendo que esse ambiente digital se mostrou viável para continuidade dos círculos de construção de paz, desenvolvendo sua metodologia e etapas próprias do procedimento, utilizando a videoconferência para aproximação (mesmo indiretamente) para interação dos envolvidos. Além disso, tem se cogitado a aplicação da (IA) Inteligência artificial como ferramenta para pacificar conflitos.

Assim, tem-se por objetivo identificar se é adequado a utilização da (IA) Inteligência Artificial para automaticamente decidir processos ou servir como conciliador. A relevância social da pesquisa é saber se o uso do algoritmo tem potencial de produzir decisões e conciliações apartadas do substrato social.

Logo, para alcançar o objetivo proposto, foi desenvolvida uma pesquisa jurídico-sociológica, pois compreender o fenômeno mais amplamente.

## 1 ACESSO À JUSTIÇA

A fim de implementar o então Estado Democrático de Direito a Constituição de 1988 elegeu como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político, nos termos do art. 1º. Valores estes que vão permear o compromisso em assegurar a realização dos direitos sociais e individuais, o desenvolvimento, a segurança, a liberdade e a justiça como valores supremos.

Portanto, ausentes os mecanismos adequados para efetivação desses direitos, a Constituição é considerada como destituída de sentido. Conforme ensina Lassalle:

Onde a Constituição escrita não corresponde à real, estoura inevitavelmente um conflito que não há maneira de evitar e no qual, passado algum tempo, mais cedo ou mais tarde, a Constituição escrita, a folha de papel, terá necessariamente de sucumbir perante o empuxo da Constituição real, das verdadeiras forças vigentes no país.<sup>51</sup>

Desta forma, “o acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental. O mais básico dos direitos humanos de um sistema jurídico moderno e

---

<sup>51</sup> LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?** Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Cultura Jurídica - Líder, 2001. P.63.

igualitário que pretende garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”.<sup>52</sup> Pois no “Estado Democrático de Direito, o acesso à justiça constitui um pilar fundamental, uma vez que sem essa garantia nenhum outro direito pode ser assegurado.”<sup>53</sup>

O enfoque dado ao tema ‘acesso à justiça’<sup>54</sup> por Mauro Cappelletti e Bryant Garth possuiu contornos bem abrangentes, no entanto, considerando que a desigualdade social sempre esteve presente na sociedade, o tema acesso à justiça é ventilado desde a Antiguidade Clássica, mesmo que de forma mais tímida naquela ocasião, pois relacionado apenas com a possibilidade dos mais pobres lutarem por seus direitos sem ter que custear despesas com defensor.

Nesse sentido, destaca-se que as Ordenações Filipinas que vigoraram no Brasil até o ano de 1916 também tinha previsão de propiciar o acesso à justiça a classe menos favorecida.<sup>55</sup> As discussões sobre o acesso à justiça, bem como sua implementação, começaram de forma tímida com a previsão de possibilitar aos mais necessitados o defensor sem custos. Contudo, no início do século vinte, foi que o tema ganhou maior destaque e abrangência.<sup>56</sup>

Os juristas Cappelletti e Garth, este último também coordenador da nova pesquisa *Global Access to Justice Project*, foram os condutores do projeto de Florença, que é um levantamento feito em vários países em meados de 1970 relativo aos problemas que os cidadãos têm no acesso à justiça, segundo os autores, o estudo revelou possíveis entraves, evidenciando a necessidade de se criar mecanismos de superação desses obstáculos, pois eles impedem que os jurisdicionados tenham acesso à justiça.<sup>57</sup>

Com vistas a promover a acessibilidade ao poder judiciário, Cappelletti e Garth organizaram os principais movimentos renovatórios do acesso à justiça em três

---

<sup>52</sup> CAPPELLETTI, Mauro, e GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1988. P. 12.

<sup>53</sup> OLIVEIRA, Eduardo Matos. **Transformações no acesso à justiça: da expansão do judiciário às soluções alternativas de conflitos**. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.13, n.1, 1º quadrimestre de 2018. Disponível em: [www.univali.br/direitopolitica](http://www.univali.br/direitopolitica) -ISSN 1980-7791

<sup>54</sup> “A expressão “acesso à Justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.” CAPPELLETTI, Mauro, e GARTH, Bryant. Op Cit. P. 08.

<sup>55</sup> MORAES, Humberto Peña de; SILVA, José Fontenelle Teixeira da. **Assistência judiciária: sua gênese, sua história e a função protetiva do Estado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1984. P.233.

<sup>56</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pósmodernidade**. 7. ed. Porto: Afrontamento, 1994. P.146.

<sup>57</sup> CAPPELLETTI, Mauro, e GARTH, Bryant. Op Cit. P. 08.

“ondas”: primeira onda (assistência judiciária); segunda onda (representação dos interesses difusos); terceira onda (Um novo enfoque do acesso à justiça):

O recente despertar de interesse em torno do acesso efetivo à justiça levou a três posições básicas [...] Tendo início em 1965, estes posicionamentos emergiram mais ou menos em sequência cronológica. Podemos afirmar que a primeira solução para o acesso - primeira "onda" desse movimento novo - foi assistência judiciária; a segunda dizia respeito às reformas tendentes a proporcionar representação jurídica para os interesses "difusos", especialmente nas áreas da proteção ambiental e do consumidor; e o terceiro - e mais recente - é o que nos propomos a chamar simplesmente "enfoque de acesso à justiça" porque incluiu os posicionamentos anteriores, mas vai muito além deles, representando, dessa forma, uma tentativa de atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo.<sup>58</sup>

Os menos favorecidos financeiramente que são a maioria em países subdesenvolvidos como o Brasil ainda encontram obstáculos ao acesso ao poder judiciário, no entanto a ideia desenvolvida no projeto de Mauro Cappelletti e Bryant Garth abrandando o problema da acessibilidade ao poder judiciário em países com melhor distribuição de renda.

Na década de 80 o acesso à justiça ganha um novo enfoque, não basta apenas acesso formal ao poder judiciário, segundo Dinamarco o processo passa ser estudado de forma a aplicar uma metodologia adequada a harmonizar o direito processual ao material.<sup>59</sup>

Para além da instrumentalidade do processo, a conhecidíssima expressão de Chiovenda “o processo deve dar, na medida do possível, a quem tem direito tudo aquilo que se tem direito de conseguir”<sup>60</sup>. Nessa acepção, o processo no Brasil ganha novos contornos na década de 90, de acordo com Marinoni, agora sob o enfoque da efetividade “O Direito Fundamental à tutela jurisdicional efetiva, quando se dirige contra o juiz, não exige apenas a efetividade da proteção dos Direitos Fundamentais, mas sim que a tutela jurisdicional seja prestada de maneira efetiva para todos os direitos.”<sup>61</sup>

---

<sup>58</sup> Ibidem, p.31.

<sup>59</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**, 11. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 390.

<sup>60</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. **Saggi di diritto processuale civile. Dell'azione nascente dal contratto preliminare Roma**, Foro Italiano, 1930, pág. 110.

<sup>61</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 2. ed. revista e atualizada. São Paulo: RT, 2008. P. 146.

Percorrendo as fases do estudo do acesso à justiça (acessibilidade anos 70, instrumentalidade anos 80 e efetivação anos 90). No século 21 a preocupação é com adequação, a questão é identificar qual o melhor meio para pacificar os conflitos. Propondo alternativas ao judiciário, nos anos 80 Mauro Cappelletti e Bryant Garth já defendiam que:

Os juristas precisam, agora, reconhecer que as técnicas processuais servem a funções sociais; que as cortes não são a única forma de solução de conflitos a ser considerada e que qualquer regulamentação processual, inclusive a criação ou o encorajamento de alternativas ao sistema judiciário formal tem um efeito importante sobre a forma como opera a lei substantiva – com que frequência ela é executada, em benefício de quem e com que impacto social. Uma tarefa básica dos processualistas modernos é expor o impacto substantivo dos vários mecanismos de processamento de litígios. Eles precisam, conseqüentemente, ampliar sua pesquisa para mais além dos tribunais e utilizar os métodos de análise da sociologia, política, da psicologia e da economia, e ademais, aprender através de outras culturas. O “acesso” não é apenas um direito social fundamental, o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica.<sup>62</sup>

Assim, o processo não deve ser mais pensado como fim si mesmo, mas como instrumento de efetivação do direito material. Nesse cenário, os métodos extrajudiciais de resolução de conflitos ganham maior relevância, como meio de pacificar os conflitos.

Nesse sentido, pontua-se que os instrumentos alternativos não devem ser utilizados como forma de reduzir os números de processos submetidos ao Poder Judiciário, de acordo com Watanabe “os meios alternativos de resolução de controvérsias devem ser estudados e organizados [...] como um método para se dar tratamento mais adequado aos conflitos de interesses que ocorrem na sociedade.”<sup>63</sup>

Os meios alternativos de resolução de controvérsias, conforme ensinamento de Watanabe, não devem ser vistos como objetivo de desafogar a carga de processos do poder judiciário (embora isso possa ocorrer como consequência), mas como via mais adequada para pacificação do conflito.

---

<sup>62</sup> CAPPELLETTI, Mauro, e GARTH, Bryant. Op Cit. P.12-13.

<sup>63</sup> WATANABE, K. **A política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses.** In: TOLEDO, A. S. P. de. Estudos avançados de mediação e arbitragem. Vol. 1. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p.4.

## 2 NOÇÕES GERAIS DO CONTROLE PENAL NOS SISTEMAS DO CAPITALISMO PERIFÉRICO

Em verdade, não se pode olvidar que o Estado, nos regimes democráticos, tem como fim a justiça e o respeito à liberdade. Ou seja, trata-se da limitação do poder estatal em benefício das liberdades individuais.<sup>64</sup> Este é o pensamento central de Rousseau, considerado mentor da democracia moderna, assim a definiu "uma forma de associação, que defenda e proteja de toda força comum a pessoa e os bens de cada associado, e pela qual, cada um, unindo-se a todos, não obedeça, portanto, senão a si mesmo, e permaneça tão livre como anteriormente".<sup>65</sup>

O poder do Estado, desta forma, encontra sua legitimação nos próprios indivíduos, portanto, não deve se afastar de seu objetivo, qual seja, o Bem Comum. Assim, além da liberdade, no contexto da efetivação de Direitos, destaca-se a importância de se dar ênfase a igualdade.

No que se refere ao Estado democrático de Direito, tem também como vetor o princípio da legalidade, que possui na sua essência a subordinação a Constituição. Essa legalidade democrática, segundo Silva (1988) "sujeita-se, como todo Estado de Direito, ao império da lei, mas da lei que realize o princípio da igualdade e da justiça não pela sua generalidade, mas pela busca da igualização das condições dos socialmente desiguais."<sup>66</sup>

A 'Justiça com Equidade'<sup>67</sup> é a teoria da justiça defendida por Rawls, para ele os indivíduos são livres e iguais em relações de cooperação na sociedade. Assim, a sua concepção de justiça emergi para dirimir os conflitos que surgem dessas relações intersubjetivas.<sup>68</sup>

Os indivíduos, com vistas a uma convivência pacífica, renunciam a uma parcela de sua liberdade elegendo o Estado como detentor do Poder de ditar as regras e

---

<sup>64</sup> BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade - Para uma teoria geral política**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 3ª ed. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1990.

<sup>65</sup> ROUSSEAU, Jean Jacques. **O contrato social e outros escritos**. Introd. e trad. Rolando Roque da Silva. São Paulo, Cultrix, 1965, p.30.

<sup>66</sup> SILVA, José Afonso. **O Estado Democrático de Direito**. In: Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: FGV, vol. 173, jul./set. de 1988. p. 15-16.

<sup>67</sup> "Na justiça como equidade a posição original de igualdade corresponde ao estado de natureza na teoria tradicional do contrato social. Essa posição original não é, obviamente, concebida como uma situação histórica real, muito menos como uma condição primitiva da cultura. É entendida como uma situação puramente hipotética caracterizada de modo a conduzir a uma certa concepção da justiça." RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.13.

<sup>68</sup> RAWLS, John. **O liberalismo político**. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000. P.47-48.

gerenciar os conflitos entre os homens. O liame mantido com o conceito de liberdade passa pelo poder do Estado de um lado e a liberdade do indivíduo de outro.<sup>69</sup> O problema é que a multiplicidade cultural e a evolução da sociedade tornaram as relações intersubjetivas mais complexas.

O dinamismo cultural e a evolução da sociedade são potencializadores de divergências, sendo os conflitos inerentes a essas relações intersubjetiva produzidas pelas interações nessa atual sociedade complexa e plural, representando, então, as diferenças que caracterizam a individualidade humana.<sup>70</sup> No entanto, quando valores essenciais são atingidos, torna-se um problema de ordem pública, com possível criminalização das condutas desvirtuadas.<sup>71</sup>

O controle social é feito pelo Estado com a criminalização de condutas que violam valores essenciais. Cria-se, desta forma, uma estrutura para lidar com criminalização primária e criminalização secundária, conforme ensina Zaffaroni e Batista:

criminalização primária é o ato e o efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas. Trata-se de um ato formal fundamentalmente programático: o deve ser apenado é um programa que deve ser cumprido por agências diferentes daquelas que o formulam. Em geral, são as agências políticas (parlamentares, executivos) que exercem a criminalização primária, ao passo que o programa estabelecido deve ser realizado pelas agências de criminalização secundária [...] a criminalização secundária é a ação punitiva exercida sobre pessoas concretas [...].<sup>72</sup>

A criminalização secundária tem como critério seletivo preponderante o estereótipo, daí decorre o entendimento de Zaffaroni e Batista de que há uma inequívoca uniformidade na população penitenciária, relacionada com “desvalores estéticos (pessoas feias), que o biologismo criminológico considerou causas do delito quando, na realidade, eram causas da criminalização, embora possam vir a tornarem-se causas do delito quando a pessoa acabe assumindo o papel vinculado ao estereótipo.”<sup>73</sup>

---

<sup>69</sup> CICHOCKI NETO, José. **Limitações ao acesso à justiça**, 1 ed., Curitiba: Juruá, 2009.

<sup>70</sup> FOLLET, Mary Parker. **Profeta do gerenciamento**. Tradução de: Eliana Hiocheti e Maria Luiza de Abreu Lima. Rio de Janeiro: Qualitymark, 1997. P.298.

<sup>71</sup> CASTRO, Lola Aniyar de. **Criminologia da Libertação**. Rio de Janeiro: ICC, 2005. P.56.

<sup>72</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. v. 1. P.43.

<sup>73</sup> Ibidem. p.46.

Nesse cenário o ofendido é o Estado, pois ele se apropria do conflito e transforma a noção de dano em infração, conforme esclarece Ana Messuti:

a vítima, em particular, sofreu um despojamento por parte do sistema penal. Este tirou da verdadeira vítima de sua tal qualidade, para investir a comunidade nesta qualidade. O sistema penal substituiu a vítima real e concreta por uma vítima simbólica e abstrata: a comunidade [...] Mas esta substituição não significa que se acentue a preocupação pelas vítimas coletivas, minorias, grupos étnicos, povos oprimidos. Ou seja, não significa a substituição do indivíduo individual pelo indivíduo coletivo. A substituição que tem lugar é a de um indivíduo de carne e osso, individual ou coletivo, por um ente abstrato, a comunidade.<sup>74</sup>

As sociedades modernas periféricas, como as da América Latina, adotam sistemas que produzem subcidadãos desprovidos de capital cultural e condições sociais básicas, são considerados a 'ralé estrutural' (estereótipo objeto da criminalização secundária) que preenchem as penitenciárias. Essa sociedade, se apresenta como uma imagem caricata, e segundo Carvalho "dividida em sócios ou comparsas e humilhados. Todos temem a todos, já que a instituição do elo social se dá a partir dos tímidos e particularistas interesses privados; a única forma de integração possível passa a ser a ameaça da punição, como na imagem brutal do Leviatã de Hobbes."<sup>75</sup>

Considerando que esse paradigma punitivo é inadequado para sociedades modernas, se faz necessário uma reforma do sistema penal, mas não para pôr fim a aplicação penal estatal como forma de pacificação dos conflitos. Há necessidade de reestruturação sob o prisma de "uma justiça penal pacificadora não punitiva. A meta de pacificação dos conflitos e problemas sociais, como princípio de todos os modelos de justiça, tem de ser o ponto de apoio indissolúvel desse sistema."<sup>76</sup>

### 3 JUSTIÇA RESTAURATIVA

No direito penal durante séculos foi negado a possibilidade de que "las partes em pugna puedan resolver su situación. Esto en parte se debió a que el propio estado, mediante el llamado 'proceso de expropiación del conflicto' no permitió la real

---

<sup>74</sup> MESSUTI, Ana. **O tempo como pena**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. P. 72-73.

<sup>75</sup> CARVALHO, Thiago Fabres de. **Criminologia, (In)visibilidade, Reconhecimento. O controle penal da subcidadania no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 2014. P.182.

<sup>76</sup> SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Justiça Restaurativa e Paradigma Punitivo**. Curitiba: Juruá, 2009. P.182.

participación de los verdaderos protagonistas del conflicto.”<sup>77</sup> Eiras Nordenstahl destaca que:

El sistema tradicional penal está basado en el pasado. El gran objetivo de todo el proceso es reconstruir históricamente lo sucedido, determinar la verdad de los hechos. Por este motivo, decimos que su producto final resulta ser una fotografía, una impresión estática. Algunas veces verosímil, muchas otras distorsionada, y puede ocurrir que hasta sea totalmente diferente a la realidad histórica. Por otro lado, un proceso restaurativo, que se basa en la deconstrucción de las narrativas y la coconstrucción luego de un discurso aceptado por las partes, no tiene como finalidad determinar la verdad. Aquí entendemos que se trata de algo así como una película, de un proceso dinámico y en movimiento que no se orienta al pasado sino a la elaboración de un futuro común.<sup>78</sup>

Hodiernamente o paradigma punitivo se mostra inadequado, justificando uma reforma no sistema penal “no pretendemos de ninguna manera La abolición total del derecho penal, sino su sustitución por otros modos de control social y sanción.”<sup>79</sup>

A Justiça Restaurativa não deve ser entendida como uma panaceia ou um instituto que vai resolver todos os problemas do processo penal. Mesmo que seja amplamente adotada, algumas ideias relacionadas ao sistema jurídico ocidental teriam que permanecer para proteger Direitos humanos fundamentais.<sup>80</sup>

Há uma grande confusão acerca do conceito de justiça restaurativa, evidenciada por uma variedade de propostas de termos. De forma que “justicia positiva, pacificadora, relacional, reparativa, restauradora, comunitaria. Junto a esos adjetivadores, aprecen los sustantivos restitución, reconciliación, restauración, recomposición, reparación, expiación, indemnización del daño, servicios comunitarios, mediación,”<sup>81</sup>

O conceito<sup>82</sup> de Justiça Restaurativa de Sérgio García Ramírez, pode ser assim entendido:

---

<sup>77</sup> EIRAS NORDENSTAHL, Ulf Christian. **Mediación penal: de la práctica a la teoría**. Buenos Aires: Librería Histórica, 2005. P.25.

<sup>78</sup> Ibidem. p.35.

<sup>79</sup> Idem.

<sup>80</sup> ZEHR, Howard. **Justiça Restaurativa**. São Paulo: Palas Athena, 2012. P.22.

<sup>81</sup> RAMÍREZ, Sérgio García. **En búsqueda de la tercera vía: la justicia restaurativa**. *Revista de ciencias penales. Inter criminis*. Cidade do México: Inacipe, n.13, 2005. P.197.

<sup>82</sup>“A Justiça Restaurativa baseia-se num procedimento de consenso, em que a vítima e o infrator, e, quando apropriado, outras pessoas ou membros da comunidade afetados pelo crime, como sujeitos centrais, participam coletiva e ativamente na construção de soluções para a cura das feridas, dos traumas e perdas causados pelo crime. Trata-se de um processo estritamente voluntário, relativamente informal, a ter lugar preferencialmente em espaços comunitários, sem o peso e o ritual solene da arquitetura do cenário judiciário, intervindo um ou mais mediadores ou facilitadores, e podendo ser

“Se trata de una variedad de prácticas que buscan responder al crimen de un modo más constructivo que las respuestas dadas por el sistema punitivo tradicional, sea el retributivo, sea el rehabilitativo. Aun a riesgo de un exceso de simplificación, podría decirse que la filosofía de este modelo se resume en las três „R“: Responsibility, Restoration and Reintegrations (responsabilidad, restauración y reintegración). Responsabilidad del autor, desde que cada uno debe responder por las conductas que asume libremente; restauración de la víctima, que debe ser reparada, y de este modo salir de su posición de víctima; reintegración del infractor, restableciéndose los vínculos con la sociedad a la que también se ha dañado con el ilícito”.<sup>83</sup>

A justiça restaurativa possui uma estrutura ética que a possibilita ultrapassar os limites da compensação. Desta forma, vai além da ideia de reparação material do dano. Ela engloba a “restauración de los lazos sociales entre la víctima y el dañado, entre lá víctima e la comunidad, y entre el dañado y la comunidad. En otros términos, la reparación del dañado a la víctima es el puente de partida de una transformación más profunda de las relaciones sociales em juego”.<sup>84</sup> Para Scuro Neto:

fazer justiça” do ponto de vista restaurativo significa dar resposta sistemática às infrações e a suas consequências, enfatizando a cura das feridas sofridas pela sensibilidade, pela dignidade ou reputação, destacando a dor, a mágoa, o dano, a ofensa, o agravo causados pelo malfeito, contando para isso com a participação de todos os envolvidos (vítima, infrator, comunidade) na resolução dos problemas (conflitos) criados por determinados incidentes. Práticas de justiça com objetivos restaurativos identificam os males infligidos e influem na sua reparação, envolvendo as pessoas e transformando suas atitudes e perspectivas em relação convencional com sistema de Justiça, significando, assim, trabalhar para restaurar, reconstituir, reconstruir; de sorte que todos os envolvidos e afetados por um crime ou infração devem ter, se quiserem, a oportunidade de participar do processo restaurativo.<sup>85</sup>

A justiça restaurativa é um procedimento que (com base em técnicas adequadas de intersessão por meio dos representantes da comunidade, vítimas e ofensores) busca reparação moral e material do dano. De acordo com Azevedo, deve

---

utilizadas técnicas de mediação, conciliação e transação para se alcançar o resultado restaurativo, ou seja, um acordo objetivando suprir as necessidades individuais e coletivas das partes e se lograr a reintegração social da vítima e do infrator.” PINTO, R. Gomes, SLAKMON, C. R. de Vitto, (Org.). **Justiça Restaurativa**. Brasília, DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD, 2005. P.19-20.

<sup>83</sup> RAMÍREZ, Sérgio García. **En búsqueda de la tercera vía: la justicia restaurativa**. *Revista de ciencias penales. Inter criminis*. Cidade do México: Inacipe, n.13, 2005. P.199.

<sup>84</sup> Ibidem. P.232.

<sup>85</sup> SCURO NETO, Pedro. **Por uma justiça restaurativa: real e possível**. *Revista da AJURIS*, Porto alegre, v. 32, n. 99, set. 2005. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. P.21.

estimular as seguintes condutas: i) responsabilização por atos lesivos; ii) a assistência às vítimas; iii) a inclusão de ofensores; iv) empoderamento das partes; v) a solidariedade; vi) respeito mútuo entre vítima e ofensor; vii) a humanização das relações.<sup>86</sup>

A ONU (Organização das Nações Unidas) editou a Resolução 2002/12, convocando os Estados membros a disseminarem programas de Justiça Restaurativa. Pinho destaca que:

Por consequência natural, os conceitos da justiça restaurativa chegaram ao Brasil, principalmente a partir da observação e o estudo do direito comparado, trazendo a baila suas premissas, aplicações e experiências que lograram êxito. Por isso, é necessário registrar que o modelo restaurativo no Brasil não é cópia dos modelos estrangeiros, pois nosso modelo é restritivo, e carece de muitas transformações legislativas para a aplicação integral da justiça restaurativa. Ademais, como a justiça restaurativa é um processo de constante adaptação, é de bom alvitre sempre a adequação necessária à realidade brasileira.<sup>87</sup>

Diante disso, preconizando-se pelo enfoque de institutos introduzidos no sistema penal brasileiro por força da Lei nº 9.099/95 (que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais). Mais tarde, com Resolução 2002/12 da ONU (que busca convocar os Estados membros a disseminarem programas de Justiça Restaurativa). O Brasil, seguindo a diretrizes da citada Resolução da ONU, editou a Resolução nº 125/2010 (que dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos). Sobre a justiça restaurativa, foi editado a Resolução 225/2016 do CNJ (que dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa) que é mais específica. Sendo que em 2019, foi editado a Resolução 288/2019 que define a política institucional do Poder Judiciário para a promoção da aplicação de alternativas penais, com enfoque restaurativo, em substituição à privação de liberdade.

#### 4 JUSTIÇA RESTAURATIVA E A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

---

<sup>86</sup> AZEVEDO, André Gomma de. **O componente de mediação vítima-ofensor na justiça restaurativa: uma breve apresentação de uma inovação epistemológica na autocomposição penal.** In: SLAKMON, C., R. De Vitto, e R. Gomes Pinto, org., 2005. Justiça Restaurativa (Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD), p. 140.

<sup>87</sup> PINHO, Rafael Gonçalves de. **Justiça Restaurativa: um novo conceito.** *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ.* Volume III. Ano 3, 2009. P.246.

O interesse em desenvolver tecnologia com a criação de robôs inteligentes, que tenham capacidade de lidar com situações sem a interferência humana, possibilitou surgimento de uma nova ciência com atuação de pesquisadores e cientistas de várias áreas do conhecimento.<sup>88</sup>

Warren McCulloch e Walter Pitts foram pioneiros no uso da Inteligência Artificial (IA), desenvolveram o primeiro trabalho em 1943 propondo um modelo de neurônios artificiais, utilizando-se de recursos da matemática e de arquitetura binária para otimizar suas ideias. Serviu como base para desenvolvimento do seu trabalho: a teoria computacional de Turing, o estudo da lógica proposicional de Russel e Whitehead e a filosofia básica relacionada com função dos neurônios do cérebro.<sup>89</sup>

A Inteligência artificial pode ser definida como um “estudo do comportamento inteligente (em homens, animais, máquinas) e a tentativa de encontrar formas pelas quais esse comportamento possa ser transformado em qualquer tipo de artefato por meio da engenharia”.<sup>90</sup>

Atualmente vem crescendo e rompendo barreiras o uso da (IA) Inteligência Artificial em vários seguimentos da sociedade. São utilizados dados (cálculos e algoritmos) para alimentar um determinado sistema de inteligência artificial para utilizá-lo na tomada de decisões. Nesse sentido, Goodnight destaca que:

A inteligência artificial (IA) possibilitou que máquinas aprendam com experiências, se ajustem a novas entradas de dados e performem tarefas como seres humanos. A maioria dos exemplos de IA sobre os quais você ouve falar hoje – de computadores mestres em xadrez a carros autônomos – dependem de processamento de linguagem natural. Com essas tecnologias, os computadores podem ser treinados para cumprir tarefas específicas ao processar grandes quantidades de dados e reconhecer padrões nesses dados.<sup>91</sup>

Nos Estados Unidos para operacionalizar e dispensar o trabalho de advogados em análise e interpretação de acordos financeiros é utilizado o sistema de machine

---

<sup>88</sup> Nesse sentido, Strathern destaca que “é bem possível que o desenvolvimento do computador venha a se provar uma das maiores realizações tecnológicas da humanidade. O computador pode vir ainda a se situar ao lado do uso do fogo, a descoberta da roda e o aproveitamento da eletricidade. Esses avanços anteriores exploraram forças básicas: o computador explora a própria inteligência”. STRATHERN, Paul. **Turing e o computador**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar: 2000. P.7

<sup>89</sup> RUSSELL, Stuart J.; NORVIG, Peter. **Inteligência artificial**. Tradução Regina Célia Simille. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

<sup>90</sup> WHITBY, Blay. **Inteligência artificial: um guia para iniciantes**. São Paulo: Madras, 2004. P.19.

<sup>91</sup> GOODNIGHT, Jim. **Inteligência artificial. Analytics Software & solutions**. Disponível em: [https://www.sas.com/pt\\_br/insights/analytics/inteligencia-artificial.html](https://www.sas.com/pt_br/insights/analytics/inteligencia-artificial.html). Acesso em: 03 dez. 2021. P.5.

learning (programa Contract Intelligence – COIN). Esse tipo de tecnologia (inteligência artificial) já é também largamente utilizado em seus tribunais.<sup>92</sup>

Essa revolução digital também já atingiu o mundo jurídico<sup>93</sup>, no caso do Brasil esse avanço ainda é tímido em razão do atraso tecnológico em comparação com sociedades mais desenvolvidas. Mas já é uma realidade e na medida que houver uma melhor capacitação das máquinas “elas constantemente tomarão empregos. Os melhores e mais brilhantes profissionais humanos durarão mais tempo – os especialistas que realizam tarefas que não podem ou não devem ser substituídas por máquinas. Mas não haverá o suficiente dessas tarefas.”<sup>94</sup>

Não resta dúvidas sobre a eficiência das novas tecnologias no desenvolvimento das tarefas, segundo Cunha “aumenta a eficiência de entrega dos serviços, ampliando a qualidade e reduzindo o desperdício e o risco de erros, desde que sua implementação esteja associada a uma visão revolucionária de melhoria contínua que preserva a harmonia entre Pessoas, Processos e Tecnologia.”<sup>95</sup>

Em busca de melhorias e resultados mais satisfatórios, mesmo que de forma tímida, alguns países já utilizam a Inteligência Artificial para decidir processo com base na racionalidade e inteligência da máquina (alimentada por dados). Freitas e Palermo aduzem que na China e Estônia já existe plataformas nos tribunais com trabalhos desenvolvidos inteiramente por algoritmos automaticamente:

se refieren también a la existencia de portales de cibermediación donde la labor del facilitador se realiza mediante algoritmos de forma automática. En China y en Estonia ya existen plataformas en los tribunales en las que, sin intervención humana, las partes cargan los datos del conflicto a resolver y, mediante mecanismos de inteligencia artificial, se busca jurisprudencia, se contrastan pruebas y se redacta una resolución.<sup>96</sup>

---

<sup>92</sup> GALEON, Dom; HOUSER, Kristin. An AI Completed 360,000 Hours of Finance Work. Just Seconds. 2017.

<sup>93</sup> Melo e Petersen informam que “o Poder Judiciário já está utilizando inteligência artificial para reduzir o volume de processos, o que espelha a revolução que se inicia na justiça brasileira. Pelo menos 13 tribunais do país, dentre eles o Supremo Tribunal Federal (STF), utilizam algum tipo de robô para trabalhos repetitivos ou inteligência artificial para tarefas como sugestão de sentenças e indicação de jurisprudência.” MELO, Tiago; PETERSEN, *Tomas M. Como a digitalização fez com que o Judiciário brasileiro não parasse durante a pandemia*. 13/08/2020. P.01.

<sup>94</sup> SUSSKIND, Richard. *Tomorrow's lawyers: an introduction to your future*. 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 188.

<sup>95</sup> CUNHA, Gerson Salvi. **Advocacia 4.0 e a reinvenção das organizações jurídicas**. In: MAPELLI, Aline; GIONGO, Marina; CARNEVALE, Rita. *Os impactos das novas tecnologias no direito e na sociedade*. Erechim: Deviant, 2018. p. 41-52. P.44.

<sup>96</sup> FREITAS, P. M. y PALERMO, P. G. (2016). **Restorative justice and technology**. En P. Novais y D. Carnero (Eds.) *Interdisciplinary perspectives on contemporary conflict resolution* (pp. 80-94). Hershey, PA: IGI Global. 2016. P.94.

Na América Latina, Corvalán explica que existe um sistema chamado Prometea criado por uma Universidade na Argentina que decide casos menores automaticamente por algoritmos. Sistema que também é utilizado na Colômbia.<sup>97</sup> Referendando as palavras de Corvalán, afirma Miró:

Aluden al sistema informático llamado Prometea, creado por el Laboratorio de Innovación e Inteligencia Artificial de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, y por el cual se ha interesado el Ministerio de Justicia español. Este sistema utilizado por la administración de justicia argentina se dirige a la resolución de casos menores, incluyendo accidentes de tráfico. Sus creadores insisten en que su programación algorítmica es abierta, auditable y trazable, con base en el historial de casos resueltos por los jueces del país. Este sistema también se utiliza en Colombia para algunos casos.<sup>98</sup>

Com a pandemia da Covid-19 intensificou-se a migração das práticas de justiça restaurativa para o virtual para modalidade de círculos não-conflitivos com menos complexidade. Esse ambiente se mostrou apropriado para dar continuidade aos círculos de construção de paz, desenvolvendo a metodologia e etapas próprias do procedimento através de videoconferência. Contudo, é importante não confundir a utilização das ferramentas tecnológicas que possibilitam dar continuidade no procedimento de justiça restaurativa com encontros indiretos através de videoconferência com uma justiça restaurativa inteiramente desenvolvida pela Inteligência Artificial. O que seria, nas palavras de Martínez, desumanizante:

Por tanto, partiendo de los presentes extendidos de la justicia restaurativa a través de encuentros indirectos, es posible un futuro familiar de justicia restaurativa desarrollada digitalmente, siempre que se respeten sus principios, algo que nunca será posible en ese futuro impensado de una justicia restaurativa digital desarrollada totalmente mediante inteligencia artificial, potencialmente deshumanizadora.<sup>99</sup>

Uma justiça restaurativa inteiramente praticada pela Inteligência Artificial não se apresenta como adequado, pois há necessidade de que sejam propiciadas soluções que tenham em conta os direitos humanos. Visto que esse procedimento

---

<sup>97</sup> CORVALÁN, J. G. (2018). **Inteligencia artificial: retos, desafíos y oportunidades—Prometea: la primera inteligencia artificial de Latinoamérica al servicio de la Justicia**. Revista de Investigaciones Constitucionales, 295-316. 2018. P. 304.

<sup>98</sup> MIRÓ, F. (2018). **Inteligencia artificial y justicia penal: más allá de los resultados lesivos causados por robots**. Revista de Derecho Penal y Criminología, 87-130. 2018. P.99.

<sup>99</sup> MARTÍNEZ. Varona, Gema. **Justicia restaurativa digital, conectividad y resonancia en tiempos del COVID-19**. Revista de Victimología | Journal of Victimology | N. 10/2020 | P. 9-42. P.32

envolve afeto e a transformação acontece através da cooperação, sendo necessário a interação entre os envolvidos (mesmo que de forma indireta) até por via de videoconferência.<sup>100</sup>

Embora a justiça restaurativa não tenha como principal objetivo a reconciliação ou perdão, nesse ambiente é bem possível que isso venha ocorrer. A Justiça restaurativa é um aporte para humanização do direito, mas não deve ocorrer pressão para busca da reconciliação, e não deve ser praticada automaticamente por meio de Inteligência Artificial.<sup>101</sup>

O olhar humano e a análise cuidadosa do julgador (ou do colaborador na busca da conciliação) não podem ser dispensados no ato de julgar ou de conciliar. Embora as ferramentas digitais ou tecnológicas possibilitem muitas facilidades na triagem e “classificação processual, gestão de precedentes qualificados e até de leitura automática de peças processuais e comparação entre textos para auxiliar na tomada de decisão. O recurso digital alia-se ao elemento humano, permitindo mais celeridade processual e segurança jurídica.”<sup>102</sup>

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A multiplicidade e o dinamismo cultural que resultam da evolução da sociedade são potencializadores de divergências, sendo os conflitos inerentes a essas relações intersubjetivas produzidas pelas interações nessa atual sociedade complexa e plural.

Quando valores essenciais são violados o Estado criminaliza as condutas desvirtuadas criando uma estrutura para punir aqueles que venham transgredir as regras. Nesse cenário o ofendido é o Estado, pois ele se apropria do conflito e transforma a noção de dano em infração.

Hodiernamente se faz necessário rever o sistema punitivo do Estado, pois ele se mostra inadequado para as sociedades. Não para pôr fim a aplicação penal estatal, mas uma reestruturação sob o prisma de uma justiça penal pacificadora.

Nesse cenário, a justiça restaurativa se apresenta como uma adequada via de acesso à justiça, por se tratar de um procedimento com aporte necessário para

---

<sup>100</sup> DONEDA, Danilo César Maganhoto. *Et al. Considerações iniciais sobre inteligência artificial, ética e autonomia pessoal*. *Revista Pensar*. Fortaleza, v. 23, n. 4, p. 1-17, out./dez. 2018. P.3.

<sup>101</sup> ZEHR, Howard. *Justiça Restaurativa*. São Paulo: Palas Athena, 2012. P.18.

<sup>102</sup> STJ. Superior Tribunal de Justiça. *Revolução tecnológica e desafios da pandemia marcaram gestão do ministro Noronha na presidência do STJ*. 23/08/2020. P.1.

humanização do direito, pois embora não tenha como objetivo principal o perdão, nesse ambiente com práticas pautadas na cooperação é bem possível que a paz seja celada com a reconciliação.

Intensificou-se as práticas de justiça restaurativa migrando para o virtual durante o período da pandemia da Covid-19, sendo que esse ambiente digital se mostrou viável para continuidade dos círculos de construção de paz, desenvolvendo sua metodologia e etapas próprias do procedimento utilizando a videoconferência para aproximação (mesmo indiretamente) para interação dos envolvidos.

Embora as ferramentas digitais e tecnológicas sejam muito importantes para facilitar o desenvolvimento de etapas no processo restaurativo e do direito em geral. O olhar humano e a análise cuidadosa do julgador (ou do colaborador na busca da conciliação) não podem ser dispensados no ato de julgar ou de conciliar sob pena de desumanizar o procedimento.

A utilização da (IA) Inteligência Artificial com um robô “boca do sistema” automaticamente produzindo decisões ou conciliações apartadas do calor humano e do substrato social é um caminho perigoso para um retorno à completude que caracterizou o velho positivismo, que equiparou o direito a lei, tendo dominado o pensamento jurídico da primeira metade do século XX onde o Juiz era a “boca da lei” (mero reproduzidor da lei) tendo promovido a barbárie sob a proteção da legalidade.

## REFERÊNCIAS

AZEVEDO, André Gomma de. **O componente de mediação vítima-ofensor na justiça restaurativa: uma breve apresentação de uma inovação epistemológica na autocomposição penal.** In: SLAKMON, C., R. De Vitto, e R. Gomes Pinto, org., 2005.

BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade - Para uma teoria geral política.** Trad. Marco Aurélio Nogueira. 3ª ed. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1990.

CAPPELLETTI, Mauro, e GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça.** Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1988.

CARVALHO, Thiago Fabres de. **Criminologia, (In)visibilidade, Reconhecimento. O controle penal da subcidadania no Brasil.** Rio de Janeiro: Revan, 2014.

CASTRO, Lola Aniyar de. **Criminologia da Libertação.** Rio de Janeiro: ICC, 2005.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Saggi di diritto processuale civile. Dell'azione nascente dal contratto preliminare** Roma, Foro Italiano, 1930.

CICHOCKI NETO, José. **Limitações ao acesso à justiça**, 1 ed., Curitiba: Juruá, 2009.

CORVALÁN, J. G. (2018). **Inteligencia artificial: retos, desafíos y oportunidades—Prometea: la primera inteligencia artificial de Latinoamérica al servicio de la Justicia**. Revista de Investigaciones Constitucionales, 295-316. 2018.

CUNHA, Gerson Salvi. **Advocacia 4.0 e a reinvenção das organizações jurídicas**. In: MAPELLI, Aline; GIONGO, Marina; CARNEVALE, Rita. Os impactos das novas tecnologias no direito e na sociedade. Erechim: Deviant, 2018.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**, 11. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

DONEDA, Danilo César Maganhoto. *Et al.* **Considerações iniciais sobre inteligência artificial, ética e autonomia pessoal**. Revista Pensar. Fortaleza, v. 23, n. 4, p. 1-17, out./dez. 2018.

EIRAS NORDENSTAHL, Ulf Christian. **Mediación penal: de la práctica a la teoría**. Buenos Aires: Librería Histórica, 2005.

FOLLET, Mary Parker. **Profeta do gerenciamento**. Tradução de: Eliana Hiocheti e Maria Luiza de Abreu Lima. Rio de Janeiro: Qualitymark, 1997.

FREITAS, P. M. y PALERMO, P. G. (2016). **Restorative justice and technology**. En P. Novais y D. Carnero (Eds.) Interdisciplinary perspectives on contemporary conflict resolution (pp. 80-94). Hershey, PA: IGI Global. 2016.

GALEON, Dom; HOUSER, Kristin. **An AI Completed 360,000 Hours of Finance Work in Just Seconds**. 2017.

GOODNIGHT, Jim. **Inteligência artificial. Analytics Software & solutions**. Disponível em: [https://www.sas.com/pt\\_br/insights/analytics/inteligencia-artificial.html](https://www.sas.com/pt_br/insights/analytics/inteligencia-artificial.html). Acesso em: 03 dez. 2021.

LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?** Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Cultura Jurídica - Líder, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 2. ed. revista e atualizada. São Paulo: RT, 2008.

MARTÍNEZ. Varona, Gema. **Justicia restaurativa digital, conectividad y resonancia en tiempos del COVID-19**. Revista de Victimología | Journal of Victimology | N. 10/2020.

MELO, Tiago; PETERSEN, Tomas M. **Como a digitalização fez com que o Judiciário brasileiro não parasse durante a pandemia**. 13/08/2020.

MESSUTI, Ana. **O tempo como pena**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MIRÓ, F. (2018). **Inteligencia artificial y justicia penal: más allá de los resultados lesivos causados por robots**. Revista de Derecho Penal y Criminología, 87-130. 2018.

MORAES, Humberto Peña de; SILVA, José Fontenelle Teixeira da. **Assistência judiciária: sua gênese, sua história e a função protetiva do Estado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1984.

OLIVEIRA, Eduardo Matos. **Transformações no acesso à justiça: da expansão do judiciário às soluções alternativas de conflitos**. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensum Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.13, n.1, 1º quadrimestre de 2018. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) -ISSN 1980-7791

PINHO, Rafael Gonçalves de. **Justiça Restaurativa: um novo conceito**. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ. Volume III. Ano 3, 2009.

PINTO, R. Gomes, SLAKMON, C. R. de Vitto, (Org.). **Justiça Restaurativa**. Brasília, DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD, 2005.

RAMÍREZ, Sérgio García. **En búsqueda de la tercera vía: la justicia restaurativa**. Revista de ciencias penales. Inter criminis. Cidade do México: Inacipe, n.13, 2005.

RAWLS, John. **O liberalismo político**. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000.

\_\_\_\_\_. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **O contrato social e outros escritos**. Introd. e trad. Rolando Roque da Silva. São Paulo, Cultrix, 1965.

RUSELL, Stuart J.; NORVIG, Peter. **Inteligência artificial**. Tradução Regina Célia Simille. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Justiça Restaurativa e Paradigma Punitivo**. Curitiba: Juruá, 2009.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pósmodernidade**. 7. ed. Porto: Afrontamento, 1994.

SCURO NETO, Pedro. **Por uma justiça restaurativa: real e possível**. Revista da AJURIS, Porto alegre, v. 32, n. 99, set. 2007.

SILVA, José Afonso. **O Estado Democrático de Direito**. In: Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: FGV, vol. 173, jul./set. de 1988.

A aplicação do diálogo e da negociação: Justiça Restaurativa e as Novas Dinâmicas dos métodos adequados de solução de conflitos

STJ. Superior Tribunal de Justiça. **Revolução tecnológica e desafios da pandemia marcam gestão do ministro Noronha na presidência do STJ.** 23/08/2020.

STRATHERN, Paul. **Turing e o computador.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar: 2000.

SUSSKIND, Richard. **Tomorrow's lawyers: an introduction to your future.** 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2017.

WATANABE, K. **A política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses.** In: TOLEDO, A. S. P. de. Estudos avançados de mediação e arbitragem. Vol. 1. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

WHITBY, Blay. **Inteligência artificial: um guia para iniciantes.** São Paulo: Madras, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro.** 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZEHR, Howard. **Justiça Restaurativa.** São Paulo: Palas Athena, 2012.

**Capítulo 5**  
**MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE**  
**CONTROVÉRSIAS: VERDADES, ILUSÕES E**  
**DESCAMINHOS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO**  
**CIVIL**

*Marcelo Barbi Gonçalves*

## **MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS: VERDADES, ILUSÕES E DESCAMINHOS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

**Marcelo Barbi Gonçalves**

*Doutor em Direito Processual (UERJ). Mestre em Direito (UFAL). Juiz Federal*

### **RESUMO**

O autor, neste texto, aborda os métodos alternativos de resolução de controvérsias. Nunca, como na atual quadra histórica, se fez ecoar a exigência de levar ao conhecimento do legislador processual o precário estado do sistema judiciário brasileiro. Contudo, não se pode negligenciar a injustiça que se observa quando as partes em confronto não estão em condições de paridade. A abertura aos meios consensuais, que ocorre em virtude de uma gama de fatores, não pode ocorrer sem observância das situações jurídicas de direito material.

**Palavras-chave:** Métodos alternativos de resolução de controvérsias  
- A crise do Poder Judiciário - Condições de paridade entre as partes  
- Injustiça.

### **RIASSUNTO**

L'autore, in questo testo, tratta dei metodi alternativi di risoluzione delle controversie. Mai come in questo periodo nel nostro paese si è sentita l'esigenza di portare all'attenzione del legislatore processuale il precario stato del sistema giudiziario brasiliano. Tuttavia, non si deve dimenticare la palese ingiustizia che si può trovare quando le parti non sono in condizione di parità. L'apertura a nuovi metodi alternativi al procedimento ordinario, dovuta ad una molteplicità di fattori, non si può fare senza guardare la situazione del diritto materiale.

**Parole-chiave:** Metodi alternativi di risoluzione delle controversie - La crisi del sistema processuale - Condizione di parità delle parti - Ingiustizia.

### **1. O processualista entre o *velho* e o *novo***

Uma das principais novidades do Novo Código de Processo Civil em relação ao diploma anterior refere-se à ênfase nos meios alternativos de solução de controvérsias. O paradigma adjudicatório, pelo qual a composição dos conflitos se dá

imperativamente por um terceiro imparcial, deixa de ser o remédio exclusivo oferecido pela farmacologia jurídica.<sup>103</sup>

Litígios<sup>104</sup> são como doenças do corpo social. O estado *fisiológico* do Direito é o cumprimento espontâneo das obrigações. Uma vez verificado o suporte fático, devem as partes da relação jurídica voluntariamente fazer incidir o preceito secundário.<sup>105</sup> À exceção de hipóteses que demandam cogente passagem judiciária - cada vez mais infrequentes (pense-se nos divórcios e inventários consensuais a partir da Lei 11.441/07) -, a situação ideal de realização do Direito é o cumprimento espontâneo das normas.

A partir do momento em que as regras de convivência são descumpridas, cogita-se dos meios pelos quais se deve restaurar a ordem jurídica violada.<sup>106</sup> Isso porque, a não correspondência entre o *dever-ser* normativo e o *ser* social implica no estado *patológico* do Direito. Para correção deste quadro, é necessária a atuação de atividades destinadas à efetividade dos preceitos. Conforme ensinamento de Cândido Rangel Dinamarco:

O Estado, conhecedor das concretas transgressões a todo o momento perpetradas contras as regras de convivência e não ignorando que as próprias sanções estabelecidas para essas transgressões podem restar sem efetividade se não contarem com um mecanismo de apoio, predispõe *meios de atuação*, pelos quais se dispõe a impor imperativamente a observância das normas (tutela preventiva) e as consequências antes ditadas no plano puramente abstrato (tutela reparatória etc.).<sup>107</sup>

---

<sup>103</sup> Conforme se colhe de sua Exposição de Motivos: "Pretendeu-se converter o processo em instrumento incluído no contexto social em que produzirá efeito o seu resultado. Deu-se ênfase à possibilidade de as partes porem fim ao conflito pela via da mediação ou da conciliação. Entendeu-se que a satisfação efetiva das partes pode dar-se de modo mais intenso se a solução é por elas criada e não imposta pelo juiz".

<sup>104</sup> A doutrina, de um modo geral, à semelhança do paciente freudiano que está sempre a limpar os óculos sem nunca pô-los na cabeça, combate a litigiosidade sem, antes, sequer defini-la. Para fins do presente artigo, valemo-nos do seguinte conceito: "Litigância, na linguagem comum, refere-se às controvérsias que são solucionadas por meio do uso do sistema de justiça. O significado principal, então, infere três elementos distintos: primeiro, uma demanda, ou seja, uma tentativa ativa de alcançar um objetivo desejado; segundo, a existência de uma disputa ou de um conflito ou, em outras palavras, resistência à reivindicação apresentada; e terceiro, o uso de uma instituição específica, a justiça, para resolver o referido conflito ou disputa". (Friedman, Lawrence M. Litigância e sociedade. Trad. Tatiana Mesquita. *Revista de Direito Administrativo* v. 263, maio-ago./2013, p. 15).

<sup>105</sup> "Do ponto de vista da lógico-formal, a norma jurídica constitui uma proposição hipotética que, usando-se a linguagem da lógica tradicional, pode ser assim expressada: 'se SF então deve ser P', em que a hipótese (=antecedente) é representada pelo suporte fático (SF) e a tese (=consequente) pelo preceito (P)". (Mello, Marcos Bernardes de Mello. *Teoria do Fato Jurídico. Plano da Existência*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva. 2013, p. 62).

<sup>106</sup> Esse é, como é intuitivo, um esquema-geral bosquejado sem prejuízo de tutelas preventivas do ilícito (inibitória) e do dano (cautelar).

<sup>107</sup> Tutela jurisdicional. In: *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010,

O ponto é que esses *meios de atuação* sempre foram envernizados com a pena estatal. À sociedade nunca foram oportunizados eficazes mecanismos aptos à autocomposição de controvérsias. O cidadão, face à inoperância de meios resolutivos amigáveis, via-se perante uma encruzilhada: renunciava à sua posição jurídica de vantagem ou recorria ao Poder Judiciário.

É como se a medicina oferecesse apenas um remédio para tratar a doença do paciente. Mais: demorava-se muito para ser atendido pelo médico. A consulta? Cara. E o medicamento? De efeito retardado, por vezes sequer funcionava. Pior: criava outra moléstia.

Esse quadro de insatisfação - que culminou com a inserção da conciliação e da mediação no seio do Novo Código de Processo Civil - não é recente. É bem de dizer que, há mais de três décadas, percebe-se uma constatação difusa na doutrina pátria no sentido de que soluções consensuais deveriam estar à disposição para fins de composição dos conflitos de interesses.

Deve-se louvar a *Comissão Fux* e os juristas que participaram das discussões nas Casas Legislativas por terem auscultado os anseios da comunidade jurídica<sup>108</sup> à busca da *deformalização das controvérsias*.<sup>109</sup> Um passo importante foi dado. Progressos podem ser diagnosticados. Mas, há problemas de técnica legislativa? Erros teóricos foram cometidos? Poder-se-ia ter avançado mais?

Mauro Cappelletti, após referenciar as críticas que foram dirigidas ao *Projeto de Acesso à Justiça*, advertiu que há dois modos de se recusar mudanças: "um é simplesmente dizer não às reformas; o outro - talvez menos ostensivo - é exigir perfeição (o enfoque do tudo-ou-nada)".<sup>110</sup>

---

Vol. 1, p. 364.

<sup>108</sup> Por todos, Leonardo Greco: "As soluções meramente quantitativas somente agravam a crise de credibilidade que assola a Justiça do nosso tempo e afasta cada vez mais o Poder Judiciário da sua mais elevada missão, que é a de ser o guardião da eficácia concreta de direitos fundamentais do homem, pilar sobre o qual se assenta o Estado Democrático de Direito contemporâneo. Mas a verdade é que é preciso que em cada país sejam encontrados caminhos para debelar essa crise aliviando a justiça da sufocante avalanche atual de processos e de recursos. Parece-me que essas soluções se encontram fora do Judiciário, através de políticas preventivas da litigiosidade nas relações entre o Estado e os particulares e o estímulo aos meios alternativos de solução de controvérsias". (Publicismo e privatismo no processo civil. *Revista de Processo* n° 164/2008, p. 55).

<sup>109</sup> Grinover, Ada Pellegrini. *Deformalização do processo e deformalização das controvérsias*. In: *Novas Tendências do Direito Processual*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 175 *passim*.

<sup>110</sup> Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. *Revista de Processo* n° 74/1994, p. 89, nota de rodapé n° 18.

Assiste razão ao mestre florentino. É fácil ser engenheiro de obra pronta. O processualista deve estudar o novel CPC sob o prisma de suas potencialidades emancipatórias. Cotejando-se o novo e o velho, nem o mais empedernido misoneísta poderá negar que o avanço foi grande. Cabe ao operador do direito, agora, deslaçar as amarras dogmáticas concebidas à base de um *modelo monopolista de jurisdição* e permitir que a sociedade, no exercício pleno de sua cidadania, atue participativamente do processo decisório.

## 2. Barreiras Teóricas, Culturais e Institucionais

Conforme salientado, no Brasil não é nova a percepção de que soluções amigáveis deveriam estar à disposição dos cidadãos para fins de composição de suas controvérsias. Todavia, barreiras teóricas, culturais e institucionais precisavam ser superadas para que se avançasse na matéria. Esses obstáculos podem ser visualizados, seguindo os passos de Cappelletti, tanto no plano dos "produtores" do direito quanto no dos "consumidores" do serviço de justiça.<sup>111</sup>

Do ponto de vista teórico, saliente-se que vicejou na doutrina, durante longo período, a tese de que o Estado deteria o monopólio da função jurisdicional. A esse propósito, recorde-se o conceito de jurisdição de uma das mais festejadas obras de Teoria Geral do Processo:

Que ela é uma função do Estado e mesmo monopólio estatal, já foi dito; resta agora, a propósito, dizer que a jurisdição é, ao mesmo tempo, *poder, função e atividade*. Como poder, é manifestação do poder estatal, conceituado como capacidade de decidir imperativamente e impor decisões. Como função, expressa o encargo que têm os órgãos estatais de promover a pacificação de conflitos interindividuais, mediante a realização do direito justo e através do processo. E como atividade ela é o complexo de atos do juiz no processo, exercendo o poder e cumprindo a função que a lei lhe comete. O poder, a função e a atividade somente transparecem legitimamente através do processo devidamente estruturado (devido processo legal).<sup>112</sup>

<sup>111</sup> "A velha concepção consistia em ver o direito sob a única perspectiva dos 'produtores' e de seu produto: o legislador e a lei, a administração pública e o ato administrativo, o juiz e o provimento judicial. A perspectiva de acesso consiste, ao contrário, em dar prioridade à perspectiva do consumidor do direito e da justiça: o indivíduo, os grupos, a sociedade como um todo, suas necessidades, a instância e aspiração dos indivíduos, grupos e sociedades, os obstáculos que se interpõem entre o direito visto como 'produto' (lei, provimento administrativo, sentença) e a justiça vista como demanda social, aquilo que é justo". (Acesso à justiça e a função do jurista. *Revista de Processo* nº 61, jan-mar/1991, p. 156).

<sup>112</sup> Grinover, Ada Pellegrini; Cintra, Antônio Carlos de Araújo; Dinamarco, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 139.

Dessa forma, os meios de solução de controvérsias heterocompositivos (arbitragem) ou autocompositivos (mediação, conciliação, negociação, avaliação neutra de terceiros, processo participativo) acabaram sendo encobertos por uma doutrina adjudicatória oficial.

Veja-se, porém, que dois dos autores da referida obra já reviram suas posições. Grinover, após afirmar que a mediação e a conciliação detêm natureza jurisdicional, salientou que a jurisdição não é mais *poder*, senão *função* e *atividade*:

Durante muito tempo, negou-se natureza jurisdicional à mediação e conciliação. Claro que isso se deveu ao próprio conceito de *jurisdição* e aos elementos que a definiam, sendo os principais a *lide*, a *substitutividade*, a *coisa julgada*. No entanto, a existência desses elementos oferece dúvidas até em relação ao processo estatal: onde estaria a lide no processo penal? E no processo civil versando sobre direitos indisponíveis? E por que o juiz se substituiria às partes para julgar? Uma coisa são as partes, outra completamente diferente é o juiz. E a coisa julgada, então? Este verdadeiro dogma clássico perdeu seus absolutismo e relevância. Hoje a *preclusão administrativa* faz as vezes da coisa julgada, e há processos judiciais em que a satisfação do direito ocorre sem a coisa julgada (como em diversos procedimentos sumários, na monitória, na estabilização da tutela antecipada, etc.). Chega-se a falar na *relativização ou desconsideração da coisa julgada*, perante o princípio da proporcionalidade. Jurisdição, na atualidade, não é mais poder, mas apenas função e atividade. E, sobretudo, seu maior indicador é o *acesso à Justiça*, estatal ou não.<sup>113</sup>

De sua parte, Dinamarco passou a sustentar que constitui tendência moderna o abandono do *fetichismo da jurisdição estatal*,<sup>114</sup> lecionando - ao se manifestar sobre a arbitragem - que:

Assumindo enfaticamente que a jurisdição tem por escopo magno a pacificação de sujeitos conflitantes, dissipando os conflitos que os envolvem, e sendo essa a razão última pela qual o próprio Estado a exerce, não há dificuldade alguma para afirmar que também os árbitros exercem jurisdição, uma vez que sua atividade consiste precisamente em pacificar com justiça, eliminando conflitos.<sup>115</sup>

<sup>113</sup> *Justiça conciliativa*. Disponível em: <http://www.direitoprocessual.org.br/index.php?meios-alternativos-de-solucao-de-controversias>. Acesso em: 24.09.2014.

<sup>114</sup> Tutela jurisdicional. In: *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, Vol. 1, p. 391/392.

<sup>115</sup> *A Arbitragem na Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 39. Igualmente: "Não há (ou não há mais) como sustentar qualquer laivo de *monopólio estatal* da distribuição da justiça, no sentido radical que perdurou por décadas, cabendo antes reconhecer que o exercício da *jurisdição* está presente sempre que um agente, órgão ou instância se mostre capaz de prevenir ou compor um conflito em modo justo, tempestivo e sob uma boa relação custo-benefício" (Mancuso, Rodolfo de Camargo. *Acesso à Justiça. Condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: RT, 2011, p. 393).

Percebe-se, assim, à vista dos resíduos de litigiosidade não solucionados pelos sistemas formais de tutela, que a lógica imperante é a do *quanto mais melhor*. Não há, com efeito, um excesso de canais viabilizadores do acesso à ordem jurídica justa,<sup>116</sup> senão uma *subrepresentação* dos conflitos nas instâncias auto e heterocompositivas.

No que se refere aos obstáculos culturais, não se pode olvidar a necessidade de se romper com o ranço do paternalismo entranhado na sociedade brasileira. O desenvolvimento das forças econômico-sociais a reboque do Estado, o esgarçamento do tecido comunitário e o engatinhar dos *corpos intermediários* (associações, sindicatos etc.), entre outros fatores, conduzem a uma nefasta dependência institucional no plexo de predicados da cidadania.<sup>117</sup>

Com efeito, canalizam-se para o Judiciário conflitos sem que os litigantes, *sponte propria*, tentem resolvê-lo. Ocorre, porém, que esse mau vezo de entregar ao Estado toda e qualquer controvérsia faz com que as partes não se envolvam de modo direto na solução dos conflitos. Sem embargo, os meios alternativos pressupõem uma mentalidade receptiva a esse modelo pacificador. Nessa linha de convicções, salientam Humberto Dalla Bernadina de Pinho e Michele Paumgarten que:

Educar a sociedade a resolver seus próprios conflitos, ou a escolher o melhor método para resolvê-los, é uma tarefa árdua, principalmente quando, por mais que seja frustrante a inoperância dos serviços judiciais, é difícil quebrar um sistema que, apesar de opressivo, é confortável porque é conhecido, familiar.<sup>118</sup>

Por fim, destaque-se o obstáculo institucional decorrente de uma visão preconceituosa por parte dos membros do Poder Judiciário. Os anos de estudo, assim

---

<sup>116</sup> A conhecida expressão é da lavra de Watanabe (Acesso à justiça e sociedade moderna. In: Grinover, Ada Pellegrini; Dinamarco, Cândido Rangel; \_\_\_\_\_. *Participação e Processo*. São Paulo: RT, 1988, p. 135).

<sup>117</sup> Conforme ensina Carlos Alberto Carmona: "Faço aqui um alerta: a terminologia tradicional, que as reporta a 'meios alternativos' parece estar sob ataque, na medida em que uma visão mais moderna do tema aponta para meios adequados (ou mais adequados) de solução de litígios, não necessariamente alternativos. Em boa lógica (e tendo em conta o grau de civilidade que a maior parte das sociedades atingiu neste terceiro milênio), é razoável pensar que as controvérsias tendam a ser resolvidas, num primeiro momento, diretamente pelas partes interessadas (negociação, mediação, conciliação); em caso de fracasso deste diálogo primário (método autocompositivo), recorrerão os conflitantes às fórmulas heterocompositivas (processo estatal, processo arbitral). Sob este enfoque, os métodos verdadeiramente alternativos de solução de controvérsias seriam os heterocompositivos (o processo, seja estatal, seja arbitral), não os autocompositivos (negociação, mediação, conciliação)". (*Arbitragem e Processo. Um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 32/33).

<sup>118</sup> Mediação obrigatória: um oxímoro jurídico e mero placebo para a crise do acesso à justiça. Disponível em: <http://www.humbertodalla.pro.br/>. Acesso em: 25.09.2014.

como as dificuldades para ingresso, remoção e promoção na carreira geram nos magistrados um sentimento refratário aos meios alternativos. A jurisdição, quer lhes parecer, é privativa do juiz togado.

Nesse ponto, recorde-se a interessante pesquisa *Magistrados Brasileiros: caracterização e opiniões*, patrocinada pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e coordenada pela Prof.<sup>a</sup> Maria Tereza Sadek.<sup>119</sup>

No que se refere à agilidade, os entrevistados têm uma percepção bastante crítica do Judiciário. Apenas 9,9% dos magistrados o consideram como "muito bom" e "bom". No extremo oposto, 48,9% avaliam a instituição, quanto à agilidade, como "ruim" e "muito ruim". Quanto às custas, 40,9% o qualificam de forma "ruim" e "muito ruim".

Nada obstante, 89,8% dos entrevistados consideram que o Judiciário deve ter o monopólio da prestação jurisdicional. De outro lado, 79,6% concordam com a afirmação segundo a qual "todas as formas alternativas de solução de conflitos (juiz leigo, juiz de paz, juiz arbitral, comissão de conciliação prévia) devem estar subordinadas ao Poder Judiciário".

Percebe-se, assim, que os juízes, malgrado cômicos da baixa qualidade do serviço prestado, recusam-se a admitir que outros agentes possam prover os cidadãos com soluções mais econômicas, tempestivas e adequadas. Mais: com respostas que, para além de solucionar o conflito episódico, pacificam os conflitantes. Desfazem a *lide sociológica*.

### **3. Meios alternativos no direito objetivo vigente**

Antes de analisar as previsões do Novo CPC que consagraram os meios alternativos de resolução de controvérsias, destaque-se, sumariamente, a evolução desses institutos no direito vigente.

---

<sup>119</sup> Disponível em: <http://www.amb.com.br/portal/docs/pesquisa/PesquisaAMB2005.pdf>. Acesso em: 25.9.2014.

Nesse passo, o primeiro aceno normativo deu-se com a Constituição do Império de 1824, a qual previu a arbitragem, bem como a mediação prévia obrigatória.<sup>120-121</sup>

Posteriormente, com a edição da Consolidação das Leis do Trabalho em 1934, houve a instituição das Juntas de Conciliação e Julgamento, as quais foram extintas pela EC n.º 24/99, ocasião na qual os órgãos colegiados de primeiro grau transformaram-se em Varas do Trabalho.

Com a Lei n.º 7.244/84, que instituiu os "Juizados Especiais de Pequenas Causas", a conciliação passou a ser a mola-mestra do procedimento. A respeito, veja-se que, de acordo com o seu art. 2º, se buscaria, sempre que possível, a conciliação das partes. Conforme leciona Grinover: "A conciliação é buscada incessantemente no processo brasileiro de pequenas causas. Pode-se até dizer que constitui a tônica da lei, obstinadamente preocupada em conciliar".<sup>122</sup>

A Constituição de 1988 previu, em seu art. 98, inc. I, a criação de juizados especiais, providos por juízes togados e leigos, competentes para a conciliação de causas cíveis de menor complexidade, os quais advieram com as Leis 9.099/95 (Juizados Especiais Cíveis e Criminais Estaduais) e 10.259/01 (Juizados Especiais Cíveis e Criminais Federais). Com a Lei 12.153/09, sistemática análoga foi estendida para fins de abarcar causas cíveis de interesse dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios até o valor de 60 salários mínimos.

Em 1994, houve a alvissareira promulgação da Lei 8.952/94, a qual previu como dever do magistrado "tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes" (art. 125, IV), bem como instituiu a conciliação como uma das finalidades da audiência preliminar (art. 331). Na prática, porém, os processos continuaram sendo saneados por escrito, de forma que o intuito legislativo restou esvaziado.<sup>123</sup>

---

<sup>120</sup> Art. 160. Nas cíveis e nas penais civilmente intentadas, poderão as partes nomear juízes árbitros. Suas sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas partes. Art. 161. Sem se fazer constar que se tem intentado o meio da reconciliação, não se começará processo algum. Art. 162. Para este fim haverá juízes de paz, os quais serão eletivos pelo mesmo tempo, e maneira, por que se elegem os vereadores das câmaras. Suas atribuições e distrito serão regulados por lei.

<sup>121</sup> De acordo com o relato de Kazuo Watanabe, o modelo não vingou em virtude de conflitos políticos entre os Partidos Liberal e Conservador: "Os historiadores dizem que a figura do juiz de paz foi uma concepção dos liberais contra os conservadores, pois, com essa instituição, procuravam fazer face ao excessivo autoritarismo do Estado. Como todos os conflitos eram solucionados pelos funcionários do Judiciário, o juiz de paz, pessoa eleita pelo povo, portanto, teoricamente de sua confiança, ao atuar, estaria quebrando um pouco do autoritarismo estatal". (Modalidade de Mediação. In: *Série Cadernos do CEJ* n.º 22, Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2011, p. 44).

<sup>122</sup> Deformalização do processo e deformalização das controvérsias. In: *Novas Tendências do Direito Processual*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 186.

<sup>123</sup> A propósito, registre-se a posição do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a não realização

Um passo significativo na busca da *justiça coexistencial* ocorreu com a Lei 9.307/96, a qual disciplinou, inovadoramente, a arbitragem no direito brasileiro. São dois os seus principais aportes: (i) a instalação coercitiva da arbitragem no caso de inadimplemento do compromisso arbitral<sup>124</sup> e (ii) a dispensabilidade da homologação do laudo arbitral.<sup>125-126</sup>

Destaque-se, por fim, a Resolução nº. 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça, a qual dispõe sobre a *Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário*. Seus considerandos<sup>127</sup> são uma bússola interpretativa para que se compreenda, como salientou Watanabe, a necessidade de que à cultura da sentença se substitua a da pacificação.<sup>128</sup>

---

da audiência preliminar não nulifica o processo. Por todos: Resp 148.117, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, j. 08.03.05.

<sup>124</sup> Art. 7º: Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavrar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim.

<sup>125</sup> Art. 18: O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário.

<sup>126</sup> Nesse sentido: "Antes da edição da Lei 9.307/96 o procedimento existente para as arbitragens no Brasil sofria, no mínimo, de dois grandes (e graves) problemas. O primeiro era que a sentença arbitral, isto é, a decisão ofertada pelo árbitro no final do processo, no sistema antigo, tinha de ser previamente homologada pelo Poder Judiciário para que passasse então a ser exigível. Ou seja, depois de transcorrido todo o processo arbitral, a parte vencedora tinha necessariamente de ingressar no Poder Judiciário para homologar o resultado de sua vitória na arbitragem. O segundo era que a lei não previa a chamada força vinculante da cláusula compromissória (Lemes, 1996, p. 232). Ou seja, no momento em que o contrato estava sendo assinado, as partes estabeleciam, por meio de uma cláusula compromissória, que as eventuais controvérsias decorrentes daquele instrumento não seriam resolvidas pelo Poder Judiciário, mas sim por um determinado árbitro ou tribunal arbitral. Ocorria, entretanto, que se porventura - quando surgisse um litígio - uma das partes se negasse a dar início à arbitragem, nada podia a outra fazer para compelir aquele que prometera se submeter ao processo arbitral". (A arbitragem como 'saída' do Poder Judiciário? (Machado, Rafael Bicca. Algumas relações entre Direito e Economia com apoio em Albert Hirschman. In: Jobim, Eduardo; \_\_\_\_\_ (coords). *Arbitragem no Brasil. Aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 361).

<sup>127</sup> "CONSIDERANDO que o direito de acesso à Justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal além da vertente formal perante os órgãos judiciários, implica acesso à ordem jurídica justa; CONSIDERANDO que, por isso, cabe ao Judiciário estabelecer política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses, que ocorrem em larga e crescente escala na sociedade, de forma a organizar, em âmbito nacional, não somente os serviços prestados nos processos judiciais, como também os que possam sê-lo mediante outros mecanismos de solução de conflitos, em especial dos consensuais, como a mediação e a conciliação; CONSIDERANDO a necessidade de se consolidar uma política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios; CONSIDERANDO que a conciliação e a mediação são instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios, e que a sua apropriada disciplina em programas já implementados no país tem reduzido a excessiva judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentenças; CONSIDERANDO que a organização dos serviços de conciliação, mediação e outros métodos consensuais de solução de conflitos deve servir de princípio e base para a criação de Juízos de resolução alternativa de conflitos, verdadeiros órgãos judiciais especializados na matéria (...)".

<sup>128</sup> Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/Download/Conciliacao/Nucleo/ParecerDesKazuoWatanabe.pdf>. Acesso em: 05.11.2014.

#### 4. Anverso e reverso dos meios suasórios de resolução de conflitos

É imprescindível alertar que o tema sob análise detém uma face oculta que é negligenciada por parcela da doutrina pátria que versa sobre os meios resolutivos que não envolvam ou, até mesmo, dispensam a participação do Judiciário.

Face à *explosão da litigiosidade*, o discurso remansoso vai no sentido de que uma saída seria a disseminação de mecanismos alternativos tais como arbitragem, mediação e conciliação. Os argumentos são de conhecimento cursivo: a justiça informal permitiria uma solução amigável; aproximaria as partes; seria menos dispendiosa; mais célere. Além disso, a decisão se vocacionaria a ser adimplida, pois foi negociada. E, por fim, com a participação popular pelo processo, tributar-se-ia a democracia participativa.

Aplausos. A platéia está embevecida. Os meios alternativos são a panacéia geral.

Esse discurso retórico não é falso. Sem embargo, é extremamente incompleto. Pretende chamar o jurisdicionado de *Alice*. Mudar o nome dos Tribunais para *Cortes das Maravilhas*. Mas a realidade é bem diferente das fantasias doutrinárias.

Deveras, a sociedade brasileira é tisonada por relações de classe que mascaram uma distribuição de renda abissalmente injusta. Em relações paritárias, decerto, os meios suasórios prestam um ótimo serviço à cidadania.

Todavia, quando empregados em situações nas quais os conflitos ocorram entre jurisdicionados com poderes estruturalmente desiguais, estiola-se a parte débil. Consumidor e empresa, locador e inquilino, é bem de ver, não se tratam com reciprocidade em procedimentos informais. Desprovido dos poderes de *iudicium*, o mediador/conciliador não detém instrumentos para pôr cobro à desapropriação exercida às barras das mesas de negociação.

Sobreleva afirmar, entretantes, que essas impositões, aparentemente antitéticas, não são infensas a uma solução de compromisso. Não se trata de ser, evocando Owen Fiss, a favor ou *against settlement*. O Direito, como a vida em geral, não se afina com absolutos. Trata-se, agora, de explorar as potencialidades de cada qual dessas abordagens e, equilibrando-as, chegar a um ponto ótimo de composição.

#### 4.1 A justiça informal como remédio para a crise judiciária

Um comportamento pode ser positivamente valorado pelo ordenamento jurídico em virtude de dois motivos: (i) ele em si mesmo é considerado em conformidade com o projeto constitucional de bem-estar, ou, (ii) conquanto axiologicamente neutro, gerador de externalidades que se afinam com interesses tutelados pelo sistema. *Tertium non datur*. Conforme depreender-se-á das linhas seguintes, o mesmo se passa em relação aos meios alternativos. Para melhor visualização do ponto, vejamos algumas manifestações doutrinárias.

Após salientar que "a crescente sobrecarga dos tribunais, a morosidade dos processos e a burocratização da justiça trazem relevantes limitações ao exercício da função jurisdicional", aduzem Ana Tereza Palhares Basílio e Joaquim de Paiva Muniz que:

Em um país de dimensões continentais, grande população e quantidade imensa de ações, não basta agilizar o processo judicial, pois se estaria tentando esvaziar o mar com um balde. Há que se implementar medidas mais profundas de redução da quantidade de causas. Por isso, tem-se buscado, outrossim, popularizar meios alternativos de solução de conflitos, inspirados muitas vezes em experiências bem sucedidas no exterior, visando desafogar o Poder Judiciário.<sup>129</sup>

É nesse sentido, ainda, que se manifestam Eduardo Cambi e Alisson Farinelli:

A conciliação e a utilização de alternativas ao processo civil tradicional deve ser incentivada. Evidenciado que o Poder Judiciário não está em condições de atender a todos os jurisdicionados com rapidez e eficiência, outros meios, mesmo que não estatais, devem ser buscados.<sup>130</sup>

Nesse passo, registre-se passagem de entrevista concedida pelo então Secretário Nacional da Reforma do Judiciário à revista Consultor Jurídico em 19.12.2010. Quando indagado acerca de quais reformas ainda precisavam ser feitas para atacar a morosidade, respondeu o Sr. Marivaldo de Castro Pereira:

Os mais recentes levantamentos do *Justiça em Números* revelaram que houve um aumento de demanda. O Judiciário ganhou muito em produtividade, mas houve um aumento de demanda ainda maior. Isso

---

<sup>129</sup> Projeto de Lei de Mediação Obrigatória e a busca da pacificação social. *Revista de Arbitragem e Mediação* n° 13, abril/2007, p. 38.

<sup>130</sup> Conciliação e Mediação no Novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo* n° 194, abril/2011, p. 281.

significa que é fundamental investir na disseminação de meios alternativos para solução de conflitos, como é o caso da mediação e da conciliação.<sup>131</sup>

Desses excertos se colhe uma amostra da doutrina - francamente majoritária - que vincula os meios alternativos de resolução dos conflitos com a crise do Poder Judiciário. Afirma-se, sinteticamente, que a qualidade do serviço jurisdicional é insatisfatória, de sorte que a arbitragem, a mediação e a conciliação mostram-se como alternativas viáveis ao cidadão.

O que se depreende dessa linha de exposição é uma visão *instrumentalizada* dos meios suasórios. Atuam a fim de desonerar o Estado da prestação da tutela jurisdicional. Nessa perspectiva, o apelo à informalização da justiça passa a ser alardeado como recurso para o desafogamento dos acervos processuais. Reside, pois, em uma *razão funcional*, o ponto de partida para a promoção dos institutos consensuais.<sup>132</sup> Na pena de Owen Fiss: "the allure of settlement in large part derives from the fact that it avoids the need for a trial".<sup>133</sup>

A propósito, Antonio Celso Fonseca Pugliese e Bruno Meyerhof Salama adotam uma linha expositiva diversa, porquanto afirmam que a arbitragem "compete" com o modelo estatal de jurisdição. Ou seja, não haveria uma *funcionalização* dos meios informais à serviço do Poder Judiciário, já que ambos disputam pela oferta das atividades de solução de controvérsias.

Após sustentarem que a "dinâmica da relação de oferta e procura pela prestação jurisdicional tem contornos semelhantes à da oferta e procura por produtos e serviços no mercado", aduzem os articulistas que:

A competição entre a prestação jurisdicional pública e privada induz, assim, a redução dos custos de transação associados à prestação

---

<sup>131</sup> Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2010-dez-19/entrevista-marivaldo-pereira-secretario-reforma-judiciario>. Acesso em: 28.09.2014.

<sup>132</sup> "A celeridade é o argumento que, de tão contrastante, acaba por confundir finalidade e consequência. Se pensarmos em acesso à justiça, a finalidade não seria desafogar, mas garantir direitos, resolver conflitos, harmonizando e pacificando a sociedade. Se o Judiciário consegue dar respostas com qualidade em um tempo adequado, um tempo em que cada vez mais se otimiza a prestação jurisdicional, a celeridade faz do desafogar uma consequência. Mas parece que na ânsia de atingir números, desafogar torna-se a própria finalidade. Para aumentar ainda mais a complexidade e os paradoxos desta questão, não podemos perder de vista que o acesso à justiça, no movimento das ondas renovatórias, ainda está em vias de ampliação, tanto qualitativa quanto quantitativa". (Rebouças, Gabriela Maia. Reflexões sobre esgotamentos e perspectivas de um direito judicialmente organizado: ampliando o acesso à justiça, p. 135). Disponível em:

<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3578.pdf>. Acesso em: 28.09.2014.

<sup>133</sup> Against Settlement. *Yale Law Journal* n° 93, may/1984, p. 1.083.

jurisdicional pelo Estado. Em especial, a competição dá incentivos ao Estado para modernizar a legislação, repelindo normas indesejadas ou menos eficientes e substituindo-as por normas mais adequadas às necessidades da sociedade.<sup>134</sup>

Rebuscou-se o artigo com toda a atenção e, surpreendentemente, verificou-se que sua ideia central, de fato, é que o Estado e as Câmaras Arbitrais seriam instituições em constante competição. Pois bem.

O Poder Judiciário, firme-se o ponto, não é agente econômico. Não presta o serviço jurisdicional com fins lucrativos. Fora essa a sua intenção, não seria retribuído por taxa, a qual, como não se ignora, está submetida ao princípio da referibilidade. Aliás, que *player* é esse que, quando o consumidor não pode pagar, trabalha de graça?

Prestando jurisdição, o Estado não almeja *superávit*. Aliás, o direito fundamental à jurisdição, sendo um autêntico direito de liberdade, exige variegadas prestações positivas (organizacionais, normativas e materiais). De acordo com o Relatório Justiça em Números 2014, do Conselho Nacional de Justiça, em 2013 os gastos com o Poder Judiciário atingiram R\$ 61,6 bilhões. "Que empresa deficitária!", devem pensar os articulistas...

Ocorre que o Estado não é um fim em si mesmo. Ele está à serviço do cidadão, assim como os seus recursos estão voltados à persecução do bem comum. A sua lógica operacional é distinta daquela do mercado. Pense-se na prestação de serviços de transporte urbano em vias deficitárias. Ao assim proceder, está-se cumprindo com o dever de "erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais" (art. 3º, inc. III, CRFB/1988). Caso esse serviço público fosse disponibilizado para fins de concessão/permissão a iniciativa privada se voluntariaria? É evidente que não. E assim o faz porque a sua lógica é lucrativa, e, não, pautada pelo interesse público. O mesmo se passa com a composição dos conflitos.

Os articulistas sustentam que a arbitragem, se comparada com a prestação jurisdicional, é mais ágil. Salientam, ainda, que o árbitro, ao contrário do juiz estatal, "pode ter formação específica em área técnica que interessa diretamente ao objeto da

---

<sup>134</sup> A economia da arbitragem: escolha racional e geração de valor. In: Jobim, Eduardo; Machado, Rafael Bicca (coords). *Arbitragem no Brasil. Aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 80/81.

arbitragem",<sup>135</sup> de maneira que a especialização daqueles gera uma maior qualidade das decisões.

Analise-se esses argumentos. Antes: se a veracidade das premissas autoriza o acerto da conclusão.

Como é de conhecimento cursivo, o juiz estatal, via de regra, é um *clínico geral* do Direito. Um dia, atua em uma Vara de Fazenda Pública; outro, em uma Criminal; remove-se e, então, passa a exercer suas funções em um Juizado Especial; após, ao se titularizar, incumbe-lhe uma Vara de Execução Fiscal. Esses são fatos, e reconhecê-los não importa em qualquer juízo de desvalor. Mas, indaga-se, esse quadro é predicado exclusivo do Direito?

Veja-se o que se passa na área médica. Um bom hospital possui em seus quadros tanto neurocirurgiões quanto clínicos. Cada qual, em sua respectiva esfera de atuação, presta o mister que lhe cabe: um, é ótimo para acabar com uma virose; o outro, especialista em operar tumores cerebrais.

Neurocirurgiões e clínicos, por acaso, competem?

Passa-se o mesmo com a prestação jurisdicional. Os juízes, por dever de ofício, não são especialistas - para citar o exemplo dos articulistas - em contratos de exploração e transporte de petróleo. Portam na horizontalidade o que lhes carece na verticalidade. Assim o é e assim deve continuar a sê-lo. Consulta ao interesse público que os juízes conheçam extensivamente todas as matérias, e, não, que tenham "formação específica em área técnica que interessa diretamente ao objeto da arbitragem". Neurocirurgiões disputam mercado com neurocirurgiões, não com clínicos. Por esse argumento, pois, não se chega à conclusão propugnada. Vamos ao próximo.

A agilidade do processo de arbitragem é notória, assim como a morosidade do estatal. Mas não se pode negligenciar que a celeridade é apenas uma das diversas variáveis que compõem a equação que sintetiza uma resolução de conflitos afinada com a tábua constitucional.

De plano, registre-se que se contam aos borbotões as hipóteses em que, nos termos do art. 33 da Lei 9.307/96, se propõem ações declaratórias de nulidade da sentença arbitral. Nos termos de seu § 3º, a mesma faculdade pode ser exercida em

---

<sup>135</sup> Ibidem, p. 18.

sede de embargos do devedor. Nesse caso, o processo arbitral, face à duplicação de instâncias, não será mais célere que um análogo iniciado no Judiciário.

Além disso, registre-se que o procedimento arbitral não comporta sindicabilidade jurisdicional quanto ao mérito. Todavia, parece passar despercebida à doutrina a seguinte indagação: qual o custo desse *tradeoff*? Garantias processuais porventura não poderão ser insanavelmente violadas?

A propósito, Hermes Marcelo Huck e Rodolfo da Costa Manso Real Amadeo relatam julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro no qual se anulou laudo proferido sem que o órgão arbitral tivesse admitido a realização de prova pericial pleiteada pela parte vencida. Segundo Huck e Amadeo, "O Tribunal de Justiça entendeu que, ao negar a realização daquela prova, os árbitros teriam violado o princípio do contraditório".<sup>136</sup>

Essa decisão evidencia a necessidade de convivência harmoniosa entre os princípios constitucionais do processo. Celeridade, sim. A todo custo, não. Conclusão esta, destaque-se, que já foi ventilada, com o brilhantismo que lhe é peculiar, por Barbosa Moreira:

Para muita gente, na matéria, a rapidez constitui o valor por excelência, quiçá o único. Seria fácil invocar aqui um rol de citações de autores famosos, apostados em estigmatizar a morosidade processual. Não deixam de ter razão, sem que isso implique – nem mesmo, quero crer, no pensamento desses próprios autores – hierarquização rígida que não reconheça como imprescindível, aqui e ali, ceder o passo a outros valores. Se uma justiça lenta demais é decerto uma justiça má, daí não se segue que uma justiça muito rápida seja necessariamente uma justiça boa. O que todos devemos querer é que a prestação jurisdicional venha ser melhor do que é. Se para torná-la melhor é preciso acelerá-la, muito bem: não, contudo, a qualquer preço.<sup>137</sup>

Superado o imaginoso argumento de competição entre os processos arbitral e estatal, volve-se agora lume para uma tese realmente atrativa.

Doutrina de escol advoga que a disseminação da justiça informal deve ser incentivada em virtude de sua aptidão para promover o escopo pacificador da jurisdição. A acomodação dos litígios seria a mola-mestra dos meios alternativos. "Não importa se são ou não fiéis ao direito substancial", afirma Dinamarco, pois "o

---

<sup>136</sup> Árbitro: juiz de fato e de direito. *Revista de Mediação e Arbitragem* n° 40, jan.-mar./2014, p. 182.

<sup>137</sup> O futuro da justiça: alguns mitos. *Revista de Processo* n° 102, abr.-jun./2001, p. 232.

importante é que sejam aptos a pacificar as pessoas e eliminar seus conflitos, fazendo-lhes justiça".<sup>138</sup>

O processualista sustenta que a concretização do direito objetivo no âmbito dos meios alternativos de resolução de conflitos é meramente acidental, pois

Os meios alternativos não são ligados ao escopo jurídico de atuar a lei (e na prática só ocasionalmente conduzem a isso), mas buscam a pacificação das pessoas e a eliminação de conflitos, o que constitui o escopo magno do próprio sistema de tutela jurisdicional.<sup>139</sup>

Essa linha de exposição, porém, requer análise sobre ao menos duas considerações: (i) "pacificação das pessoas" e "eliminação de conflitos" não são termos necessariamente equipolentes: a composição - consensual ou não - por parâmetros injustos nada pacífica, de forma que "settlement is a truce more than a true reconciliation";<sup>140</sup> (ii) a subtração do referencial normativo como paradigma decisório possui o condão de satelitariamente acirrar a prática do ilícito. O enfrentamento a essas questões, entretantes, já se relaciona com as dobras da *outra história* dos meios alternativos.

## 4.2 A face oculta da Justiça consensual

Em 1984, um artigo acerca dos *Alternative Dispute Resolution* percorreu o mundo acadêmico. Trata-se de umas daquelas raras jóias que importam na abertura de vias exploratórias antes ocultas. Em *Against Settlement*,<sup>141</sup> Owen Fiss se insurge basicamente contra duas reformas realizadas no *Federal Rules of Civil Procedure*. Saliente-se, desde logo, que o ordenamento jurídico norte-americano prevê um condomínio legislativo da União e dos Estados quanto às normas processuais. Nada obstante isso, na prática - e por variadas razões que aqui não comportam

---

<sup>138</sup> Tutela jurisdicional. In: *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, Vol. 1, p. 392.

<sup>139</sup> *Ibidem*. No mesmo sentido, Cássio Scarpinella Bueno ao tratar dos meios alternativos de solução de conflitos: "Se é certo que tais técnicas não se valem, necessariamente, da atuação do Estado-juiz, é correto o entendimento que cada um deles representa, em um contexto mais amplo, um método de atingir uma das finalidades mais caras ao direito processual civil - e do próprios Estado - que é a pacificação social". (*Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. Teoria Geral do direito processual civil*. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 48).

<sup>140</sup> Fiss, Owen. *Against Settlement*, 93 *Yale Law Journal*, may/1984, p. 1.075.

<sup>141</sup> *Ibidem*.

desenvolvimento -, muitos Estados seguem o modelo federal. É nesse sentido que se manifesta Maurice Rosemberg:

Nearly fifty years have passed since the Federal Rules of Civil Procedure were adopted. By any fair appraisal they have represented a major advance in the administration of civil justice in this country. Despite their federal genesis, many states have judged them the best procedural rules anywhere and have adopted them nearly *in toto*, with only the changes necessary to accommodate local circumstances.<sup>142</sup>

A primeira reforma facilitava a celebração de acordos no bojo da *pretrial conference*, ao passo que a segunda determinava que, se o vencedor recebesse um julgamento menos favorável do que a oferta feita pela outra parte, pagaria os honorários advocatícios desta. É interessante perceber que no sistema norte-americano, à diferença do que se passa no Brasil, cada uma das partes arca com os custos de seus procuradores. Os artigos emendados são os seguintes:

Rule 16. Pretrial Conferences; Scheduling; Management  
(a) PURPOSES OF A PRETRIAL CONFERENCE.

In any action, the court may order the attorneys and any unrepresented parties to appear for one or more pretrial conferences for such purposes as: (...) (5) facilitating settlement.

Rule 68. Offer of Judgment

(d) PAYING COSTS AFTER AN UNACCEPTED OFFER.

If the judgment that the offeree finally obtains is not more favorable than the unaccepted offer, the offeree must pay the costs incurred after the offer was made.

A principal linha argumentativa de Fiss reside na consideração de que os meios alternativos retratariam uma capitulação à sociedade de massas.<sup>143</sup> A explosão do fenômeno consumerista teria gerado demandas em excesso, não tendo o Poder Judiciário se aparelhado para dar vazão aos reclamos sociais. Os ADR, em verdade, seriam um subterfúgio estimulado pelo Estado à vista da sua incapacidade de disciplinar os conflitos sociais em franca expansão.

<sup>142</sup> The Federal Civil Rules After Half a Century. *Maine Law Review* vol. 36, 1984, p. 243.

<sup>143</sup> Conforme aduz Cappelletti: "Qual é a primeira característica da sociedade moderna, contemporânea? Acredito que a essa pergunta se pode responder que a sociedade contemporânea se caracteriza pelo fenômeno, muito específico, de massa. Do ponto de vista econômico – olhemos a economia da sociedade industrial – tipicamente a produção é uma produção de massa, não mais uma produção artesanal. Comércio de massa: consumo, tipicamente, de massa. Vivemos, marcadamente, em uma economia cuja preocupação, trabalho, comércio, consumo se caracterizam por esse aspecto massivo" (Tutela dos interesses difusos. *Revista Ajuris* nº. 33, v. 13, mar/1995, p. 170).

Além disso, os ADR representariam a versão civil do *plea bargaining*, instituído pelo qual os acusados de um crime assumem sua culpabilidade antes da instauração da ação penal e, com isso, obtêm uma redução da pena. Ambos se assemelhariam pois atingem uma solução negociada mediante a submissão dos interesses do polo mais frágil da relação. O consentimento de uma das partes, assim, seria viciado, daí resultando um acordo com vocação para o injusto. Veja-se:

By viewing the lawsuit as a quarrel between two neighbors, the dispute-resolution story that underlies ADR implicitly asks us to assume a rough equality between the contending parties. It treats settlement as the anticipation of the outcome of trial and assumes that the terms of settlement are simply a product of the parties' predictions of that outcome. In truth, however, settlement is also a function of the resources available to each party to finance the litigation, and those resources are frequently distributed unequally. Many lawsuits do not involve a property dispute between two neighbors, or between AT&T and the government (to update the story), but rather concern a struggle between a member of a racial minority and a municipal police department over alleged brutality, or a claim by a worker against a large corporation over work-related injuries. In these cases, the distribution of financial resources, or the ability of one party to pass along its costs, will invariably infect the bargaining process, and the settlement will be at odds with a conception of justice that seeks to make wealth of the parties irrelevant.<sup>144</sup>

Fiss, ainda, elenca três causas pelas quais a disparidade de recursos pode influenciar a negociação pela parte "menos consistente": (i) hipossuficiência informacional, de sorte que não lhe é possível antecipar o resultado do julgamento e, por conseguinte, o custo-benefício do acordo; (ii) necessidade de reparação imediata dos danos (essa carência é tão premente que se aceita uma quantia muito inferior àquela que obteria em sede adjudicatória); e (iii) impossibilidade de financiamento dos custos do litígio, tais como perícia e taxa honorária de manutenção de processo.

No âmbito jurisdicional, por sua vez, essas assimetrias teriam seus efeitos atenuados em virtude de um sadio ativismo que permitiria aos juízes encetar medidas a fim de diminuir o impacto das desigualdades distributivas. Haveria, de certa forma, o exercício de uma *parcialidade positiva*,<sup>145</sup> a qual, sinteticamente, consiste em

---

<sup>144</sup> *Against Settlement*, p. 1076.

<sup>145</sup> "Ressalte-se que a leitura da imparcialidade como princípio normativo do Poder Judiciário, segundo a perspectiva deste trabalho, deve ser realizada em duas vertentes, isto é, a *vertente negativa*, na qual se reclama um direito a um processo em que se apresente um julgador que não tenha qualquer inclinação para a determinada *parcialidade negativa* (suspeito ou impedido), e a outra *vertente de caráter positivo*, na qual se exige do juiz, diante das barreiras externas existentes (sociológica, cultural, econômica), o reconhecimento no transcurso e no desenvolvimento da relação jurídica processual dessas diferenças, ou seja, a exigência de um comportamento ético material do magistrado com base

compensar disparidades fáticas entre os litigantes com desnivelamento de tratamento por parte do magistrado. De acordo com Fiss:

There is, moreover, a critical difference between a process like settlement, which is based on bargaining and accepts inequalities of wealth as an integral and legitimate component of the process, and a process like judgment, which knowingly struggles against those inequalities. Judgment aspires to an autonomy from distributional inequalities, and it gathers much of its appeal from this aspiration.<sup>146</sup>

Merece lume, também, o ponto no qual Fiss discorre criticamente acerca da *voz autorizativa* do acordo. Com efeito, frequentemente há uma colisão de interesses entre a parte e seu representante, de maneira que este pode fazer prevalecer os seus em detrimento dos daquela. Assim, advogados/negociadores podem celebrar acordos que lhes são vantajosos, não obstante perniciosos ao seu cliente, o qual, desprovido de conhecimentos jurídicos, não deteria aptidão para valorar a conduta adotada em seu desfavor. Da mesma forma, em organizações, "the chief executive officer may settle a suit to prevent embarrassing disclosures about his managerial policies, but such disclosures might well be in the interest of the shareholders".<sup>147</sup>

No que aduz com a afirmação de Dinamarco no sentido de que a justiça informal é incentivada em virtude de sua aptidão para promover o *escopo pacificador* da jurisdição, Fiss faz a seguinte objeção: a finalidade da jurisdição não seria a otimização de fins privados, ou simplesmente assegurar a paz, senão efetivar valores encampados pelo ordenamento jurídico. Ou melhor, o seu objetivo maior seria a aplicação desses valores e a conformação da realidade em relação a eles. Em suas palavras:

Civil litigation is an institutional arrangement for using state power to bring a recalcitrant reality closer to our chosen ideals. (...) Although the parties are prepared to live under the terms bargained for, and although such peaceful coexistence may be a necessary precondition of justice, and itself a state of affairs to be valued, it is not justice itself.<sup>148</sup>

E, vinte e cinco anos após a publicação de *Against Settlement*, e à vista da repercussão e das críticas que lhe foram dirigidas, o autor ratificou seu posicionamento em *The History of an Idea*. Nessa oportunidade, Fiss, após salientar

---

na denominada *parcialidade positiva do juiz*" (Souza, Artur César de. A parcialidade positiva do juiz: fundamento ético-material do Código Modelo Ibero-Americano. Revista de Processo n° 224, out./2013).

<sup>146</sup> Ibidem, p. 1078.

<sup>147</sup> Ibidem.

<sup>148</sup> Ibidem, p. 1089.

que "the purpose of adjudication is not the resolution of a dispute, not to produce peace, but rather justice", lecionou que:

The bargaining that normally takes place between litigants - characterized, as I then assumed, by the pursuit of self-interest, imbalances of material resources, inequalities of information, and strategic behavior - has no connection to justice whatsoever. It is obviously not constitutive of justice, nor is it much of an instrument for achieving justice. On occasion, bargaining might produce a just outcome, just as the judicial process might sometimes fail and produce an unjust outcome. But there is no reason to presume that the outcome of the bargaining process - a settlement - is just. All we can presume of a settlement is that it produces peace - often a very fragile and temporary peace - and although peace might be a precondition for the achievement of justice, it is not justice itself.<sup>149</sup>

Essas considerações de Fiss ecoaram em diversos juristas de tomo. É o caso, por exemplo, de Ugo Mattei, para quem *ADR* seria um mecanismo instituído à vista de uma situação de emergência artificialmente forjada com o intuito de mascarar projetos de dominação.<sup>150</sup>

Para o Professor da Universidade de Torino, os meios alternativos são apresentados como a cura para a famigerada *explosão da litigiosidade* propagada pelas classes mais abastadas. Acerca desse fenômeno, é imperioso fazer uma parentética referência a Marc Galanter, autor de um clássico trabalho no qual se propôs a questionar o senso comum<sup>151</sup> no sentido de que os norte-americanos possuem uma propensão à judicialização das controvérsias.

Após salientar que, se fosse real o "unappeasable appetite" para o litígio, o aumento no número de processos deveria se verificar de forma generalizada, Galanter demonstra que o impacto da sociedade de massas nos *caseloads* se deu de forma díspare. Com efeito, apenas alguns campos temáticos sofreram um impacto significativo dos novos fenômenos sociais, econômicos e políticos. Assim, *v.g.*, nas Cortes Federais, entre 1975 e 1984, enquanto os casos de *products liability*

---

<sup>149</sup> The History of an Idea, 78 *Fordham Law Review*, 2009, p. 1277.

<sup>150</sup> Emergency-Based Predatory Capitalism: The Rule of Law, Alternative Dispute Resolution, and Development. In: Fassin, Didier; Pandolfi, Mariella (orgs.). *Contemporary states of emergency*. New York: Zone Books, 2010. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1472370>. Acesso em: 29.11.2014.

<sup>151</sup> "For almost a decade now, there has been increasing concern about the excessive legalization of American society. Many observers are convinced that America has suffered a hypertrophy of its legal institutions – manifested in the presence of too much law, too much lawyers, excessive expenditure on legal services, too much litigation, an obsessively contentious population enthralled with adversary combat, and an intrusive activist judiciary – and a concomitant erosion of community, decline of self-reliance and atrophy of informal self-regulatory mechanisms" (The day after the litigation explosion. 46, *Maryland Law Review* 3, 1986, p. 4/5).

aumentaram 272%, as demais categorias inseridas no *tort filings* tiveram um modesto acréscimo de 17%.<sup>152</sup>

Lado outro, os casos de *recovery of overpayment* e *social security* recrudesceram, respectivamente, 6.682,7% e 412,9% nesse período, representando, somados, mais de 50% do acréscimo geral de processos. Galanter, a propósito, faz a seguinte observação:

Half of the total increase is accounted for by two giant increases – recovery cases and social security cases. Each is the result of deliberate and calculates official policy: to recover overpayment of veterans' benefits by litigation and to curtail disability benefits by summarily removing beneficiaries from the rolls.<sup>153</sup>

À luz desses dados, Mattei sustenta que, malgrado os entusiastas do *ADR* o apresentarem como uma solução para a *explosão da litigiosidade*, a informalização da justiça está vinculada às tendências neoliberais.

Segundo sua linha de exposição, a partir dos anos 80 muitos países reduziram os investimentos em acesso à justiça como parte do processo de desmantelamento do Estado-Providência. Os cortes orçamentários, dessa forma, não se restringiram apenas à saúde, educação e moradia. Intuiu-se que, se o objetivo era a derrogação dos direitos que socorrem aos mais necessitados, dever-se-ia restringir a porta de acesso ao Judiciário. Em outras palavras: o direito à proteção jurídica, cuja denegação acarreta a de todos os demais - e, por isso, qualificado como um *direito charneira*<sup>154</sup>- foi agarrutado:

The demise of the welfare state has produced a decline in the ideal of access to justice for all - the same fate that has happened to access to education, health care, and other services. The irresistible development of ADR thus must be understood in connection with the demise of the welfare state. Ideological hostility to the welfare state, first in the United States and then all over the world, coincides with a new, postmodern phenomenon. As a response to the access to justice problem, the ADR industry promised a huge saving in welfare funds. The access problem was to be solved by denying it exists, with the extra advantage that the nonconformist man or woman loses the right to have a court rule on their case and perhaps can be cured of their unreasonableness and dissent.<sup>155</sup>

<sup>152</sup> Ibidem, p. 21.

<sup>153</sup> Ibidem, p. 17. A afirmação do autor pode ser corroborada por dados oriundos de outra obra de sua autoria: Why the "haves" come out ahead? Speculations on the limits of legal change. *Law and Society Review* vol. 9, 1974, p. 106/107.

<sup>154</sup> A expressão é da lavra de Boaventura de Souza Santos (Introdução à sociologia da administração da justiça. *Revista de Processo* nº 37, jan.-mar./1985, p. 125).

<sup>155</sup> *Emergency-Based Predatory Capitalism...*p. 17.

Nessa linha de convicções, afirma Mattei que os meios alternativos se inserem dentro do projeto neoliberal, e, por conseguinte, não estão preocupados com o valor *justiça*. Assim como a *reengenharia* do Estado está associada ao interesse do mercado,<sup>156</sup> a privatização da justiça, travestida de composição suasória, atende aos escopos dos detentores de poder. Veja-se:

ADR systematically favors the stronger economic and political interests against the weaker ones while at the same time effectively taming social dissent and silencing the demand for justice. The emergency here is the impossibility of delivering ordinary public access to justice and the consequent beneficial nature of any kind of private alternative.<sup>157</sup>

O autor, em outro ensaio,<sup>158</sup> destaca que a solução privatista importa em menosprezar as virtudes da litigância adversarial em favor de uma ideologia da paz que apenas favorece aqueles que possuem poder de barganha. O que significa dizer que, em situações onde há disparidade de forças, a *pseudoconsensualidade* não passa de um arremedo para esvaziar as prateleiras do Judiciário.

Com efeito, a retirada dos litígios de massa do sistema adjudicatório faz com que os *repeat players*<sup>159</sup> não enfrentem as consequências jurídicas de suas ações, já que o seu arbítrio não se submete a um sistema equanime de aferição de responsabilidade. De um lado, o Direito perde o posto de referencial normativo como paradigma decisório para o consentimento viciado. E, de outro, a norma jurídica do caso concreto deixa de ser a emanção da vontade geral - uma das principais conquistas iluministas - para ser um ato formalmente consensual e substancialmente coercitivo. Após salientar que "the future of access to justice, in the original sense of granting equal opportunities to litigation for the rich and the poor, seem quite grim", Mattei afirma que:

The birth of the ADR industry, and the development of a professional class of mediators, not necessarily trained in the law and serving the

---

<sup>156</sup> Mattei elenca quatro ajustes estruturais como cernes dos Structural Adjustment Plans (SAPs) do Banco Mundial e do FMI: "First, let markets freely determine prices while reducing or eliminating all state controls. Second, transfer all resources held by the state to the private sector. Third, reduce the budget of the state as much as possible. And fourth, reform the courts and the bureaucracy in such a way as to facilitate the development of the private sector" (Ibidem, p. 21).

<sup>157</sup> Ibidem.

<sup>158</sup> Access to Justice. A Renewed Global Issue? *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 11.3 (December 2007).

<sup>159</sup> Galanter, Marc. Why the "haves" come out ahead? Speculations on the limits of legal change. *Law and Society Review* vol. 9, 1974.

interests of harmony and non-adversary social control, had transformed *the issue of access to justice, by limiting as much as possible access to courts of law*. This was accomplished by creating an alternative system not based on justice but on harmony and, most importantly, a system that was almost entirely privatized.<sup>160</sup>

As críticas, como se percebe, são contundentes. Ao seu lume, poder-se-ia dizer que obviar os meios alternativos em qualquer modalidade de conflito é a medida mais adequada. O Estado seria o melhor prestador do serviço de distribuição de justiça. À consensualidade forjada preferir-se-ia sempre a justa adjudicação.

Quer nos parecer, entretanto, que Fiss e Mattei podem ser conciliados com Dinamarco e Watanabe. Mas, para tanto, excessos de ambas as partes devem ser decotados. Não se trata de ser *contra* ou a *favor* dos meios suasórios. Conforme dissemos, o Direito, como a vida em geral, não se afina com *absolutos*. O de que se trata, portanto, é de precisar quando a justiça alternativa é virtuosa, o que, conforme demonstrar-se-á no próximo tópico, depende de circunstâncias contingenciais.

#### **4.3 Podando os excessos à procura de uma *terceira via***

No intuito de conciliar as posições antagônicas, é preciso fixar que a solução de compromisso passa pelo joeiramento dos casos em que arbitragem, mediação, conciliação, negociação devem ser adotados. Isso ocorre por uma simples razão: os meios alternativos devem ser aderentes à realidade subjacente ao litígio a fim de servir como instrumento de efetivação dos valores constitucionais. Nesse sentido, não apenas o direito material (reparação de danos oriundos de inadimplemento contratual) deve ser considerado, como, ainda e sobretudo, as partes do caso (o contrato se passa entre duas multinacionais ou, ao revés, entre uma imobiliária e o adquirente).

Perceba-se que, no primeiro caso, as empresas sentam-se paritariamente na mesa de negociações. Não há, evocando as lições de Fiss, hipossuficiência informacional, de sorte que os contendores podem anteciper probabilisticamente o resultado da adjudicação e, por conseguinte, o custo-benefício do acordo. De outro lado, não há uma necessidade premente de reparação dos danos sofridos, de maneira que ambas as partes podem provisionar recursos e aguardar pacientemente o trânsito

---

<sup>160</sup> *Access to Justice...*, p. 3.

em julgado. E, por fim, as multinacionais não se veem constrangidas pelos custos do litígio, podendo arcar com onerosas perícias e renomados escritórios de advocacia.

No segundo, conquanto se tenha igualmente uma hipótese de inadimplemento contratual, as assertivas do parágrafo anterior não podem ser reiteradas. Ou melhor, o podem mas apenas para a imobiliária. E é aqui que se encontra o *calcanhar de Aquiles* da justiça alternativa. Nesse caso, o conflito deve, salvo alguma particularidade da relação jurídica de direito material (imobiliária *versus* comprador-construtora), passar pela via adjudicatória. Se o litígio não for solucionado sob o pálio de um processo civil envernizado com a tinta da efetividade social, a desigualdade fática vai resultar num acordo divorciado da pauta constitucional. A *paridade de armas*, como se sabe, é pressuposto da justiça. Conforme ensina Michele Taruffo, não se pode dissociar o conceito de *giudizio* com o de igualdade material das partes:

Altrettanto difficile sarebbe ritrovare un giudizio nella decisione di un giudice corrotto, ovvero in quella del giudice che si limitasse a ratificare la vittoria di chi ha più denaro, o di chi prevale in una prova di forza (come accadeva ai tempi del duello giudiziario), o di abilità (come accade nel caso dei peggiori duelli avvocateschi), o di chi gode de uno *status* privilegiato, o di chi è innocente per definizione per meriti politici, e così via elencando.<sup>161</sup>

Saliente-se que essa ponderação não passou despercebida ao precursor do mais festejado movimento de reforma da Justiça Civil. Como é cediço, a terceira onda renovatória do acesso à justiça - "novo enfoque de acesso à justiça"<sup>162</sup>-, consiste em uma proposta de reformulação sistêmica dos meios de solução de conflitos, com ênfase na consensualidade. Nada obstante isso, Cappelletti, após salientar que "há situações em que a justiça *conciliatória* (ou coexistencial) é capaz de produzir resultados que, longe de serem de 'segunda classe', são melhores, *até qualitativamente*, do que os resultados do processo contencioso",<sup>163</sup> afirma que isso

---

<sup>161</sup> Giudizio: processo, decisione. *Sui Confini – Scritti sulla Giustizia Civile*, Bologna: Ed. Mulino, 2002, p. 168.

<sup>162</sup> "Essa 'terceira onda' de reforma inclui a advocacia, judicial ou extrajudicial, seja por meio de advogados particulares ou públicos, *mas vai além*. Ela centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas. Nós o denominamos 'o enfoque do acesso à justiça' por sua abrangência. Seu método não consiste em abandonar as técnicas das duas primeiras ondas de reforma, mas em tratá-las como apenas algumas de uma série de possibilidades para melhorar o acesso" (Cappelletti, Mauro; Garth, Byrant . *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre: Fabris, 2002, p. 67/68).

<sup>163</sup> Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. *Revista de Processo* n° 74, 1994, p. 90.

não ocorre sempre. Exemplifica com os assuntos de direito de família, nos quais o movimento feminista norte-americano afirma que "se atua com frequência de modo bem pouco equitativo para com as mulheres".<sup>164</sup>

Vittorio Denti, de sua parte, também se mostrou preocupado com o a justiça informal no caso de disparidade de poder entre as partes. Veja-se:

Esiste infatti il rischio che il ricorso a metodi alternativi impliciti - insieme ad una riduzione dei tempi di soluzione delle liti - anche una riduzione delle garanzie che il processo, pur con i suoi tempi e le sue inefficienze, è in grado di offrire alle parti. Ciò vale in particolare quando queste procedure coinvolgono le cc.dd. parti deboli (consumatori, minoranze, ecc.) le quali, in sede conciliativa, sono maggiormente esposte, rispetto a quanto avviene nel processo giurisdizionale, al rischio di abusi ad opera delle parti dotate di maggior potere contrattuale.<sup>165</sup>

À luz dessas considerações, pode-se afirmar que os meios alternativos devem ser fomentados apenas no bojo de relações paritárias, sob pena de eliminação de controvérsias de forma antagônica aos valores constitucionais. A mediação/conciliação, firme-se o ponto, não podem ser instrumentos à disposição da parte mais forte para fins de expropriação de direitos. A esse propósito, recorde-se lição de Boaventura de Souza Santos no sentido de que em Nova Iorque, após a criação do tribunal de habitação destinado a resolver de modo consensual os conflitos entre inquilinos e senhorios, o número de despejos aumentou.<sup>166</sup>

Dinamarca, conforme destacado anteriormente, afirma que não importa se os meios alternativos são ou não fiéis ao direito material. À primeira vista, poder-se-ia imaginar que nas dobras da justiça informal haveria uma espécie de substituição do juízo de legalidade por um juízo de equidade. E, se assim fora, não objetaríamos. Mas o de que se trata é de um desapossamento travestido de consenso nas hipóteses em que há desequilíbrio de poder. Escamoteia-se a injustiça com a veste da informalidade. Um ponto de vista, impositivo de um acordo de adesão, prevalece sobre o outro.

Além disso, a perda do referencial normativo como paradigma decisório gera sérios riscos para a pacificação social. Se esse escopo já é discutivelmente alcançado

---

<sup>164</sup> Ibidem, p. 91. Em outra passagem, ensina Cappelletti que: "Isso suscita questão básica acerca do emprego generalizado de ADR e procedimentos simplificados: eles podem ser explorados pela parte mais forte sempre que não haja 'paridade de armas' entre os litigantes" (ibidem).

<sup>165</sup> *La giustizia civile*. Bologna: Il Mulino, 1989, p. 159.

<sup>166</sup> Introdução à sociologia da administração da justiça. *Revista de Processo* nº 37, jan-mar/1985, p. 135.

para o litigante subjugado, do ponto de vista macrosocial a informalização da justiça pode fomentar surpreendentemente a violação dos direitos.

Isso porque, se os particulares estão imersos em processos resolutivos à revelia das normas positivas, "a primazia cabe ao acordo interindividual, que pode, inclusive, contraditar o direito geral", conforme salienta Alexandre Veronese.<sup>167</sup> Ou seja: o que vai disciplinar o comportamento social não será a lei editada pelos representantes populares, senão aquela outorgada pelo *repeat player* sob o pálio da fabulosa consensualidade. Fácil concluir que, nesse contexto de *deslegalização*, haverá uma "ruptura de padrões mínimos de observância de condutas no cotidiano",<sup>168</sup> já que os atores socialmente hegemônicos serão incentivados a descumprir as leis à vista da possibilidade de impor a sua *vontade de poder*.

Dessa forma, a longa caminhada evolutiva do Direito no sentido de um sistema de normas gerais, abstratas e impessoais pode sofrer grave revés em face de um processo descriterioso de informalização. Para que esse direito *estamental* não prevaleça, portanto, as partes devem se situar em um plano paritário. Devem, como se costuma dizer, *falar de igual para igual*.

Feitas essas considerações, passa-se a analisar o Código de Processo Civil em sua versão aprovada pelo Senado Federal em 17 de dezembro de 2014.

## 5. O Novo Código e a *lex mercatoria*

Conforme salientado, o novo diploma processual destaca-se, em relação ao CPC/73, pela ênfase dada aos meios suasórios de composição de conflitos. Se antes o paradigma adjudicatório era nitidamente predominante, no novo *codex* se percebe uma nítida mudança de perspectiva. A solução imperativa das desavenças, portanto, deixa de ser o remédio-padrão do ordenamento jurídico.

O diploma recém aprovado, de forma inovadora, após prever que o mediador e o conciliador judicial são auxiliares da justiça (art. 149), dispõe que:

Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação, e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

---

<sup>167</sup> Projetos Judiciários de Acesso à Justiça: entre Assistência Social e Serviços Legais. *Revista Direito GV* v. 3 n. 1, jan.-jun./2007, p. 30.

<sup>168</sup> *Ibidem*.

§ 1º A composição e a organização do centro serão definidas pelo respectivo tribunal, observadas as normas do Conselho Nacional de Justiça.

§ 2º Em casos excepcionais, as audiências ou sessões de conciliação e mediação poderão realizar-se nos próprios juízos, desde que conduzidas por conciliadores e mediadores.

§ 3º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não tiver havido vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

§ 4º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que tiver havido vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

Não se requer grande esforço para se compreender que o diploma desconsidera a necessidade de, à vista das relações díspares de poder entre as partes, dar tratamento adequado ao litígio. É preciso destacar que o critério utilizado pelo legislador para definição dos casos que se submetem à conciliação/mediação é equivocado.

Segundo o novo CPC, o conciliador atuaria nos casos em que *não tiver havido vínculo anterior entre as partes*. O mediador, por sua vez, naqueles em que *tiver havido vínculo anterior*. Não se diz, veja-se, uma palavra sequer acerca do eventual desequilíbrio de armas entre os litigantes. Ademais, sublinhe-se que o mediador/conciliador não detém poderes para coibir a exploração da parte mais frágil,<sup>169</sup> de modo a corroborar a percepção de que esta se encontrará relegada à própria sorte por ocasião do entabulamento do acordo.

O legislador, de fato, ignorou a mais importante discussão que permeou o estudo dos *Alternative Dispute Resolution* nos Estados Unidos nos últimos trinta anos. A polêmica noticiada no item anterior, aliás, sequer constou da Exposição de Motivos da Comissão de Juristas encarregada da elaboração do Anteprojeto do Código de Processo Civil.

Os meios alternativos, o temos dito *ad nauseam*, não podem ser fomentados para hipóteses em que as partes não estão em situação de paridade. Nesse sentido,

---

<sup>169</sup> A despeito do acerto da tese de Marc Galanter no sentido de que a força organizacional dos *repeat players* influencia o resultado dos julgamentos (*Why the "haves" come out ahead? Speculations on the limits of legal change. Law and Society Review* vol. 9, 1974; Wheeler, Stanton. et al. Do the "haves" come out ahead? Winning and losing in state supreme courts, 1870-1970. 21 *Law and Society Review* 403, 1987), não se pode descurar que a autonomia dos tribunais - no sentido de independência das forças sociais -, em virtude dos predicamentos da magistratura, é significativamente maior do que a dos auxiliares de justiça.

saliente-se que Teresa Arruda Alvim Wambier, em caudaloso estudo acerca da mediação no direito comparado, afirma que na Espanha: "Some express exclusions are based on the fact that there is 'an initial imbalance in the positions of the parties'. This is considered to happen in criminal, consumer and labour mediation, among others".<sup>170</sup>

A fábula de que a justiça consensual detém - invariavelmente - aptidão para alcançar resultados justos é de uma alegoria tamanha que, contra-argumentar, neste passo da exposição, representaria um estipêndio ocioso que nos dispensamos de fazê-lo. Fazemos nossas, portanto, as lições de Grinover:

Mas há um argumento, levantado por Michele Taruffo, que me inquieta: o mediador/conciliador não saberia lidar com conflitos em que há desequilíbrio entre as posições das partes, como sabe fazer o juiz, e isto levaria a acordos injustos, de certa forma impostos à parte mais fraca, com a complacência do terceiro facilitador. A crítica de Michele Taruffo não se baseia em meras hipóteses ou fantasias. A prova disto está em diversas práticas de mediação/conciliação que se utilizam em nosso país: a conciliação na Justiça do Trabalho é de índole matemática: pediu tanto, aceite 50% e recebe logo. Nas causas previdenciárias, quando o INSS está convencido de que o segurado tem razão, não resolve a questão administrativamente mas vai à conciliação para oferecer 70% da importância devida: outra importância tarifária. E no campo do consumidor, nos assim chamados "mutirões de conciliação", o credor simplesmente oferece uma proposta fechada, para renegociar a dívida (e o pior é que com isto obtém um título executivo, que antes da negociação não existia). Os exemplos acima demonstram que, em situações de desequilíbrio, a Justiça conciliativa não funciona, seja ela conduzida pelo juiz ou pelo terceiro-facilitador. Talvez minha conclusão seja drástica demais, mas reafirmo minha posição no sentido de que a almejada pacificação não pode ser buscada a qualquer preço, e se a Justiça conciliativa nada mais é do que um meio de acesso à Justiça, não podem ser admitidas soluções injustas para a parte mais fraca.<sup>171</sup>

Nos termos em que se encontra o novo CPC, percebe-se que os meios alternativos ao processo são incentivados porque o Judiciário não está se desincumbido do seu dever de prestar uma tutela jurisdicional célere, tempestiva e adequada. Firmada a premissa de que a qualidade do serviço ofertado é insatisfatória, resolve-se o problema a partir de estratégias indiferentes à sorte do direito material.

Não se ataca a origem da crise: combate à cultura demandista, fortalecimento da cidadania, reforma da administração judiciária, informatização, capacitação do

---

<sup>170</sup> Mandatory mediation: Is it the best choice? *Revista de Processo* n° 225, nov./2013, p. 431.

<sup>171</sup> *Justiça conciliativa*. Disponível em: <http://www.direitoprocessual.org.br/index.php?meios-alternativos-de-solucao-de-controversias>. Acesso em: 24.09.2014.

quadro técnico, subutilização do processo coletivo, enfrentamento das causas pré-processuais de uma litigância excessiva etc. O que importa é a celeridade. O desafogamento dos empoeirados escaninhos. A injustiça decorrente de um acordo de adesão, não.

O que se depreende dessa linha de exposição é que reside em uma razão instrumental, e, não, em um imperativo de justiça, o ponto de partida para a promoção dos meios alternativos. Não é a necessidade de "adequação da técnica às diferentes situações de direito substancial"<sup>172</sup> o que norteia o novo Código de Processo Civil, senão o escopo de, por vias oblíquas, pôr termo indiscriminadamente aos conflitos sociais. E isso nada mais é do que a instituição, em pleno século XXI, de uma nova feição da *lex mercatoria*.

## 6. Bibliografia

Amadeo, Rodolfo da Costa Manso Real; Huck, Hermes Marcelo. Árbitro: juiz de fato e de direito. *Revista de Mediação e Arbitragem* n° 40, jan.-mar./2014.

Basílio, Ana Tereza Palhares. Muniz, Joaquim de Paiva. Projeto de Lei de Mediação Obrigatória e a busca da pacificação social. *Revista de Arbitragem e Mediação* n° 13, abril/2007.

Bueno, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. Teoria geral do direito processual civil*. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

Cambi, Eduardo; Farinelli, Alisson. Conciliação e Mediação no Novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo* n° 194, abril/2011.

Cappelletti, Mauro; Garth, Byrant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

\_\_\_\_\_. Acesso à justiça e a função do jurista. *Revista de Processo* n°. 61, jan.-mar./1991.

\_\_\_\_\_. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. *Revista de Processo* n° 74, 1994.

\_\_\_\_\_. Tutela dos interesses difusos. *Revista Ajuris* n°. 33, v. 13, mar/1995.

Carmona, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo. Um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

---

<sup>172</sup> Marinoni, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2013, p. 150.

Cartwright, Bliss. et al. Do the Haves Come out Ahead - Winning and Losing in State Supreme Courts, 1870-1970, 21 *Law and Society Review* 403, 1987.

Cintra, Antônio Carlos de Araújo; Grinover, Ada Pellegrini; Dinamarco, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

Denti, Vittorio. *La giustizia civile*. Bologna: Il Mulino, 1989.

Dinamarco, Cândido Rangel. *A Arbitragem na Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2013.

\_\_\_\_\_; *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. Vols. 1 e 2. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

\_\_\_\_\_; Cintra, Antônio Carlos de Araújo; Grinover, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

Farinelli, Alisson; Cambi, Eduardo. Conciliação e Mediação no Novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo* n° 194, abril/2011.

Fiss, Owen. Against Settlement, 93 *Yale Law Journal*, may/1984.

\_\_\_\_\_ The History of an Idea, 78 *Fordham Law Review*, 2009.

Friedman, Lawrence M. Litigância e sociedade. Trad. Tatiana Mesquita. *Revista de Direito Administrativo* v. 263, maio-ago/2013.

\_\_\_\_\_ et al. Do the Haves Come out Ahead - Winning and Losing in State Supreme Courts, 1870-1970, 21 *Law and Society Review* 403, 1987.

Galanter, Marc. The day after the litigation explosion. 46, *Maryland Law Review* 3 (1986).

\_\_\_\_\_ Why the "haves" come out ahead? Speculations on the limits of legal change. *Law and Society Review* vol. 9, 1974.

Garth, Byrant; Cappelletti, Mauro. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

Greco, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. *Revista de Processo* n° 164/2008.

Grinover, Ada Pellegrini. \_\_\_\_\_. *Justiça conciliativa*. Disponível em: <http://www.direitoprocessual.org.br/index.php?meios-alternativos-de-solucao-de-contro-versias>. Acesso em: 24.09.2014.

\_\_\_\_\_ *Novas Tendências do Direito Processual*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

A aplicação do diálogo e da negociação: Justiça Restaurativa e as Novas Dinâmicas dos métodos adequados de solução de conflitos

\_\_\_\_\_; Cintra, Antônio Carlos de Araújo; Dinamarco, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

Hazard Jr, Geoffrey C; Taruffo, Michele. *American Civil Procedure – an introduction*. New Haven: Yale University Press, 1993.

Huck, Hermes Marcelo; Amadeo, Rodolfo da Costa Manso Real. Árbitro: juiz de fato e de direito. *Revista de Mediação e Arbitragem* n° 40, jan.-mar./2014.

Kagan, Robert A. et al. Do the Haves Come out Ahead - Winning and Losing in State Supreme Courts, 1870-1970, 21 *21 Law and Society Review* 403, 1987.

Machado, Rafael Bicca. A arbitragem como 'saída' do Poder Judiciário? (Algumas relações entre Direito e Economia com apoio em Albert Hirschman. In: Jobim, Eduardo; \_\_\_\_\_ (coords). *Arbitragem no Brasil. Aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

Mancuso, Rodolfo de Camargo. *Acesso à Justiça. Condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: RT, 2011.

Marinoni, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2013.

Mattei, Ugo. Access to Justice. A Renewed Global Issue? *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 11.3 (December 2007).

\_\_\_\_\_. Comparative Law and Critical Legal Studies. *University of California Hastings College of the Law*, october/2006. Disponível em: [http://works.bepress.com/ugo\\_mattei/32](http://works.bepress.com/ugo_mattei/32). Acesso em: 14.11.2014.

\_\_\_\_\_. Emergency-Based Predatory Capitalism: The Rule of Law, Alternative Dispute Resolution, and Development. In: Fassin, Didier; Pandolfi, Mariella (orgs.). *Contemporary states of emergency*. New York: Zone Books, 2010. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1472370>. Acesso em: 29.11.2014.

Mello, Marcos Bernardes de Mello. *Teoria do Fato Jurídico. Plano da Existência*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva. 2013.

Moreira, José Carlos Barbosa. O futuro da justiça: alguns mitos. *Revista de Processo* n° 102, abr.-jun./2001.

Muniz, Joaquim de Paiva; Basílio, Ana Tereza Palhares. Projeto de Lei de Mediação Obrigatória e a busca da pacificação social. *Revista de Arbitragem e Mediação* n° 13, abril/2007.

Paumgarten, Michele; Pinho, Humberto Dalla Bernardina. Mediação obrigatória: um oxímoro jurídico e mero placebo para a crise do acesso à justiça. Disponível em: <http://www.humbertodalla.pro.br/>. Acesso em: 25.09.2014.

Pereira, Marivaldo de Castro. Entrevista ao Conjur. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2010-dez-19/entrevista-marivaldo-pereira-secretario.reforma-judiciario>. Acesso em: 28.09.2014.

Pinho, Humberto Dalla Bernardina. *A mediação no direito brasileiro: evolução, atualidades e possibilidades no Projeto do Novo Código de Processo Civil*. Disponível em <http://www.humbertodalla.pro.br>. Acesso em: 09.08.2014.

\_\_\_\_\_; Paumgarten, Michele. Mediação obrigatória: um oxímoro jurídico e mero placebo para a crise do acesso à justiça. Disponível em: <http://www.humbertodalla.pro.br/>. Acesso em: 26.09.2014.

Pugliese, Antonio Celso Fonseca; Salama, Bruno Meyerhof. A economia da arbitragem: escolha racional e geração de valor. In: Jobim, Eduardo; Machado, Rafael Bicca (coords). *Arbitragem no Brasil. Aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

Rebouças, Gabriela Maia. Reflexões sobre esgotamentos e perspectivas de um direito judicialmente organizado: ampliando o acesso à justiça. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3578.pdf>. Acesso em: 28.09.2014

Rosemberg, Maurice. The Federal Civil Rules After Half a Century. *Maine Law Review* vol. 36, 1984.

Salama, Bruno Meyerhof; Pugliese, Antonio Celso Fonseca. A economia da arbitragem: escolha racional e geração de valor. In: Jobim, Eduardo; Machado, Rafael Bicca (coords). *Arbitragem no Brasil. Aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

Santos, Boaventura de Souza. Introdução à sociologia da administração da justiça. *Revista de Processo* nº. 37, jan.-mar./1985.

Souza, Artur César de. A parcialidade positiva do juiz: fundamento ético-material do Código Modelo Ibero-Americano. *Revista de Processo* nº 224, out./2013.

Taruffo, Michele; Hazard Jr, Geoffrey C. *American Civil Procedure – an introduction*. New Haven: Yale University Press, 1993.

Veronese, Alexandre. Projetos Judiciários de Acesso à Justiça: entre Assistência Social e Serviços Legais. *Revista Direito GV* v. 3 n. 1, jan.-jun./2007.

Wambier, Teresa Arruda Alvim. Mandatory mediation: Is it the best choice? *Revista de Processo* nº 225, nov./2013.

Watanabe, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: Grinover, Ada Pellegrini; Dinamarco, Cândido Rangel; \_\_\_\_\_. *Participação e Processo*. São Paulo: RT, 1988.

A aplicação do diálogo e da negociação: Justiça Restaurativa e as Novas Dinâmicas dos métodos adequados de solução de conflitos

\_\_\_\_\_ Modalidade de Mediação. In: *Série Cadernos do CEJ* n° 22, Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2011.

\_\_\_\_\_ Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/Download/Conciliacao/Nucleo/ParecerDesKazuoWatanabe.pdf>. Acesso em: 05.11.2014.

Wheeler, Stanton. et al. Do the “haves” come out ahead? Winning and losing in state supreme courts, 1870-1970. 21 *Law and Society Review* 403, 1987.

**Capítulo 6**  
**O PRINCÍPIO DA IGUALDADE NAS AÇÕES**  
**AFIRMATIVAS E A POLÍTICA DE COTAS**  
*Mário de Aragão Andrade Júnior*

## O PRINCÍPIO DA IGUALDADE NAS AÇÕES AFIRMATIVAS E A POLÍTICA DE COTAS

**Mário de Aragão Andrade Júnior**

*Especialista em Direito Tributário pela Faculdade Legale (2020). Especialista em Direito Médico e da Saúde pela Faculdade Legale (2020). Mestrando em Direitos Fundamentais pela Universidade da Amazônia – UNAMA. Advogado com atuação nas áreas de Direito Tributário, Direito de Família, Direito Médico e da Saúde. E-mail: mariodearagao@gmail.com.*

### RESUMO

O presente artigo estuda o instituto das ações afirmativas no Brasil, colocando-as como um importante instrumento de promoção dos direitos humanos em nível nacional, com ênfase nas política de Cotas. O objetivo é mostrar como o Brasil vem implementando políticas afirmativas para proteção e promoção dos direitos humanos. Relataremos sobre direitos humanos, sua afirmação histórica e jurídica no Brasil e no Mundo. Trataremos do princípio da dignidade da pessoa humana e suas implicações jurídicas. No capítulo seguinte o princípio da igualdade, o liberalismo, o capitalismo, o estado social, a democracia e a concepção formal e material da igualdade são aprofundadas. Falaremos das ações afirmativas, origem, objetivos e compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro e relataremos sobre a questão racial e as Cotas no Brasil. Como exemplos de medidas afirmativas, citamos as afirmações nas relações de como forma de ingresso nas universidades Públicas utilizando como critério a cor da pele, uma vez que comprovada que o “candidato” fosse negro, este teria ingresso nas universidades públicas através de cotas raciais, sendo tratado de forma diferente dos outros, com certo benefício, ferindo assim o princípio da igualdade, no qual está garantido na nossa Constituição Federal em seu artigo 5º que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo aos brasileiros e aos estrangeiros principalmente a Igualdade.

**Palavras-chave:** Ação afirmativa; Discriminação; Ensino Superior; Princípio da Igualdade; Sistemas de Cotas.

### ABSTRACT

This article studies the institute of affirmative action in Brazil, as an important instrument for the promotion of human rights at the national level, with emphasis on Quota policies. The objective is to show how Brazil has been implementing affirmative policies for the protection

and promotion of human rights. We will report on human rights, their historical and legal declaration in Brazil and in the World. We will deal with the principle of the human person and its representations. In the following principle of equality, capitalism, the welfare state, democracy and the formal and material creation of equality are close. We will talk about affirmative actions, origin, objectives and compatibility with the Brazilian legal system and we will report on the racial issue and Quotas in Brazil. As examples of affirmative measures, we cite as affirmations in the relations of relations of entrance in the public universities using the skin color as a criterion, since the black "candidate" would have been admitted to public universities through racial quotas, being treated with right, without distinction of any kind, without distinction of any kind, without distinction of any kind, without guarantee of any kind, in all its different articles it is guaranteed in our Federal Constitution. mainly foreigners to Equality.

**Keywords:** Affirmative action; Discrimination; University education; Principle of Equality; Quota Systems.

## 1. Introdução

O trabalho apresentado tem como objetivo estudar a inconstitucionalidade das cotas raciais em instituições de ensino superior ante o princípio da igualdade. O sistema de cotas raciais nas universidades públicas brasileiras é assegurado pela lei de nº 12.711 de 2012, que garante a reserva de vagas para aqueles que declaram ser negros. Esse tipo de ação afirmativa tem o objetivo de diminuir as diferenças entre as pessoas brancas e negras, contudo sua consumação contraria princípio constitucional.

A aplicação dessa política gera vários outros tipos de discriminações, bem como beneficiar determinados grupos e indivíduos em prejuízo de outros, fazendo o uso de critérios como a "cor" da pele do indivíduo como forma de ingresso nas universidades públicas, critérios estes injustos e até mesmo inconstitucionais.

O grande problema no Brasil não é a cor em si, não é a cor que define a capacidade da pessoa. As cotas raciais são usadas como forma de compensação pelo passado, pela escravidão que sofreram os ascendente das pessoas negras. Porém não tem como compensar o passado dessas pessoas com uma vaga nas universidades federais do Brasil.

O grande obstáculo a ser enfrentado não é a cor da pele do candidato, mais sim o ensino das escolas públicas que por sua vez deixam a desejar. Se houver uma

melhora, um investimento significativo na educação dos brasileiros, logo todos irão competir de igual para igual, sem ter a necessidade de instituir cotas raciais.

Instituir cotas raciais sob o argumento de compensar de alguma forma, aquelas pessoas que ao longo da história foram discriminadas é incoerente, tendo em vista que nem o passado e nem a cor da pele do candidato à vaga, tem poder de determinar quem está capacitado ou não a ingressar nas universidades públicas.

## **2. Princípio da igualdade**

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, bem como que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos da Lei Maior. A concepção da igualdade ganhou força jurídica com o surgimento dos documentos legais escritos, após as revoluções do final do século XVIII. No entanto, como inaugural da segunda geração dos direitos fundamentais, a igualdade surgiu nos ordenamentos jurídicos apenas no início do século XX. A liberdade tida como princípio maior das Cartas Políticas Americana e Francesa somente era possível aliada ao reconhecimento da igualdade de todos perante a lei. Uma abstração legal de igualdade social.

Guilherme Machado Dray, 1999, aduz que o princípio da igualdade perante a lei consistiria na simples criação de um espaço neutro, onde as virtudes e as capacidades dos indivíduos livremente se poderiam desenvolver. Paulo Bonavides, 2005, menciona que o centro medular do Estado social e de todos os direitos de sua ordem jurídica é indubitavelmente o princípio da igualdade. Mas, ainda com Bonavides, entende-se que a igualdade deixou de ser a igualdade jurídica do liberalismo para se converter na igualdade material. Não uma igualdade perante a lei, mas um tratamento igualitário feito pela lei e através da norma, de forma que os três poderes estatais estão vinculados aos postulados dessa concepção axiológica. Como leciona Bonavides, Liberdade sem igualdade é valor vulnerável, 2005.

Se a liberdade é o primeiro direito fundamental, a igualdade se posiciona como princípio meio de assegurar a plenitude da liberdade. Assim, a igualdade consagrada na Constituição possui dois desdobramentos, o da igualdade formal ou procedimental e a igualdade material ou substancial. O procedimento será sempre uniforme para todos os integrantes da comunidade, no entanto haverá sempre a necessidade de

verificação das diferentes realidades sociais para fins de aplicação a igualdade material ou de resultado.

### **3. As ações afirmativas**

#### **3.1. O Estado provedor**

O modelo de Estado de direito nascido com a Revolução Francesa cedeu espaço ao Estado social de direito, após a Segunda Guerra Mundial e, modernamente, se chama Estado democrático de Direito. A Sociedade e o homem são os fins e valores supremos. Segundo Paulo Bonavides, O Estado de direito se consubstanciava numa ideia fundamental: a limitação da autoridade governativa, que se lograria tecnicamente mediante a separação de poderes e a declaração de direitos. Norberto Bobbio afirma que o Estado de direito é uma conquista alcançada após séculos de luta e sofrimento, na eterna contenda por novas liberdades contra velhos poderes.

O Estado social de direito, de origem alemã, se caracteriza por sua postura intervencionista e provedora dos meios conducentes à justiça social, não se acomodando apenas em prever direitos e limitar o poder estatal. A injustiça e a exclusão geradas pela igualdade formal-liberal, já tratada acima, mostrou a necessidade de evolução política do Estado, partindo-se para a defesa de interesses coletivos e não apenas privados.

O Estado democrático de direito deve garantir a liberdade, a igualdade e a fraternidade, agindo de forma positiva na perseguição desses ideais, considerando os direitos fundamentais oponíveis erga omnes, até mesmo contra o próprio ente público. Assim, temos um Estado provedor que busca efetivar ao máximo os direitos sociais, considerando que a democracia não é só o desejo da maioria, mas a observância e o respeito a cada grupo e a toda a sociedade.

O Estado atual busca igualar juridicamente indivíduos naturalmente desiguais, que não podem ser subjugados e impedidos de desfrutar das mesmas condições que a maioria dos membros da sociedade gozam. As ações afirmativas se realizam no afã estatal de políticas públicas específicas, com o objetivo de desfazer e remediar os diversos males associados à discriminação de raça, gênero, sexo, classe econômica etc. No rol de movimentos e grupos sociais que demandam políticas

positivas de inclusão social encontram-se crianças, adolescentes, mulheres, pessoas idosas, homossexuais, bissexuais, transexuais, pessoas com deficiência, povos indígenas, populações negras e quilombolas, ciganos, ribeirinhos, varzanteiros, pescadores, entre outros.

### **3.2 Conceito, Origem e objetivos das ações afirmativas**

No que diz respeito as ações afirmativas, podemos compreendê-las como medidas públicas que são adotadas, voltadas as pessoas, a grupos que são discriminados e que por sua vez, se tornam vítimas pela exclusão social. Álvaro Ricardo de Souza Cruz conceitua as ações afirmativas como:

Medidas públicas e privadas, coercitivas ou voluntárias, implementadas na promoção/integração de indivíduos e grupos sociais tradicionalmente discriminados em função de sua origem, raça, sexo, opção sexual, idade, religião, patologia física/psicológica (CRUZ 2003, p.184).

Seguindo uma mesma linha de raciocínio o autor Joaquim Benedito Barbosa Gomes define ações afirmativas como sendo:

Conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas à discriminação racial, de gênero, por deficiência física e de origem nacional, bem como para corrigir ou mitigar os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso aos bens fundamentais como a educação e o emprego (GOMES 2004, p.173).

Percebe-se então que as ações afirmativas têm como principal objetivo a integração de grupos e indivíduos que são discriminados pela sociedade, seja por sua raça, origem, cor, e até mesmo por sua religião.

Podemos concluir então que o conjunto de políticas públicas tem como objetivo dar igualdade a esses grupos e indivíduos que de alguma forma sofreram ou sofrem discriminação, dando assim a igualdade de oportunidades a todos.

A necessidade de enfrentar positivamente o problema da injustiça social resultante da discriminação racial, gênero, orientação sexual ou econômica, impôs a criação das ações afirmativas para compensação dessas falhas sociais. A diferenciação é usada como uma visão política de inclusão social que identifica as

minorias (ROCHA), desfavorecidas, privilegiando-os com ações governamentais específicas à correção da deficiência de cada grupo.

A mudança inicia na distribuição e na aplicação de recursos públicos e perpassa toda a estrutura e gestão da administração pública, bem como dos Poderes do Estado, a fim de se construir uma sociedade dentro de padrões mínimos de desigualdade social. O Estado não pode assistir à perpetuação da injustiça social irrazoável e superficial que aflige nossa sociedade inaceitável índice de desenvolvimento humano. As ações afirmativas são instrumentos adequados para correção do processo histórico de discriminação de minorias arraigado em nossa sociedade, trazido ocultamente através dos anos.

As *affirmative action*, nos Estados Unidos, *positive discrimination* ou *positive action*, na Europa, são medidas políticas concretas que observam e respeitam as diferenças dos integrantes da sociedade. São discriminações inclusivas executadas pelo Estado, confirmando que o dogma liberal da igualdade ruiu assim como a própria política liberal. Cuida-se da percepção de que ao lado de pessoas que ostentam condições semelhantes, outras existem que necessitam de medidas compensatórias de uma realidade social desfavorável, fruto de comportamentos humanos inevitáveis ou de posições sociais desfavoráveis, traçadas pelas forças ocultas da própria vida.

Exemplo do primeiro caso pode ser a discriminação sofrida por grupos, tais como os negros, as mulheres, os deficientes físicos e mentais, os homossexuais etc., e no segundo a extrema pobreza que atinge parcela considerável da população brasileira. Enfim, as ações afirmativas dão vida ao direito à diferença e força ao princípio democrático. Podem ser conceituadas como medidas políticas temporárias compensatórias ou corretivas de situações sociais desiguais erguidas ao longo dos anos pelas relações servis ou pela verticalidade injusta na sociedade. São políticas públicas que reconhecem e protegem indivíduos iguais na diferença.

Para o Ministro do STF Joaquim Barbosa (GOMES, 2001), atualmente, as ações afirmativas podem ser definidas como um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero, por deficiência física e de origem nacional, bem como para corrigir ou mitigar os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego.

Para a Ministra do STF Carmem Lúcia Antunes Rocha, 1996, “a ação afirmativa é, então, uma forma jurídica para se superar o isolamento ou a diminuição social a que se acham sujeitas as minorias”. Já Petrônio Domingues, 2005, aduz que, a expressão “ação afirmativa” foi criada pelo presidente dos Estados Unidos J. F. Kennedy, em 1963, significando um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate da discriminação de raça, gênero etc., bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado (GOMES, 2001).

Ressalta ainda a Ministra Carmen Lúcia, (ROCHA), que em nenhum Estado Democrático, até a década de sessenta, e em quase nenhum até esta última década do século XX se cuidou de promover a igualação vencerem-se os preconceitos por comportamentos estatais e particulares para que superação das formas de desigualação injusta.

Temos, pois, que as ações afirmativas surgiram nos Estados Unidos, ainda na década de 60, como política pública de correção e compensação das desigualdades sociais de que eram vítimas alguns grupos sociais. Nesse diapasão, a velha política de caráter repressivo perde força para medidas de comprometimento com uma mudança de postura do Estado e da sociedade, e buscam a igualdade material observando, contudo, as diferenças.

Assim, ao lado da lei meramente proibitiva passa a existir um instrumento capaz de reverter esse quadro social, ampliando as oportunidades a serem aproveitadas por todos, possibilitando verdadeira igualdade de condições. Portanto, as ações perseguem a concretização do princípio da igualdade material, dotando os agentes públicos de mais um instrumento de efetivação de direitos.

Existe também nas medidas afirmativas um objetivo latente de incutir uma mudança cultural na sociedade, bem como uma voz pedagógica, no sentido de difundir a necessidade de respeito e convivência com a diferença, pois a discriminação desqualificada gera mazelas sociais indesejadas.

A mensagem positiva é a de que se reconhece e se protege a diversidade, bem como se exige a eliminação de qualquer tratamento normativo-social que destoe dessa ideia. As afirmações quebram as barreiras invisíveis da discriminação estrutural na sociedade impeditiva de sucesso e de ascensão social, criando, por outro lado, figuras emblemáticas positivas que espelham um modelo louvável de mobilidade

social ascendente, que deve ser perenemente observado num país de forte ordem democrática.

Como bem ensina Joaquim Barbosa, as políticas afirmativas não devem se limitar à esfera pública. Ao contrário, devem envolver as universidades, públicas e privadas, as empresas, os governos estaduais, as municipalidades, as organizações governamentais, o Poder Judiciário etc. O Decreto nº 4.228/2002, no âmbito da administração pública federal, direta e indireta, instituiu o Programa Nacional de Ações Afirmativas com vistas à realização de metas percentuais da ocupação de cargos comissionados pelas mulheres, populações negras e pessoas com deficiência.

### **3.3 a conformidade constitucional das ações afirmativas**

As medidas afirmativas já existem na realidade brasileira e vigem em nosso ordenamento. Temos como exemplos:

- As medidas especiais de proteção aos consumidores dispostas na Lei 8.078/90, que considera o consumidor a parte mais vulnerável da relação de consumo e, assim, tenta igualar essa diferença de poder com institutos jurídicos protetivos, tais como a inversão do ônus da prova e outros;
- As disposições previstas na Lei 8.069/90, que protegem as crianças e os adolescentes, garantindo-lhes o atendimento prioritário em todos os órgãos públicos, proibindo-lhes o tratamento ofensivo por toda a comunidade e considerando-os pessoas em especial processo de desenvolvimento físico e psicológico;
- A Lei 10.741/2003 dispensa tratamento diferenciado aos idosos, considerando-lhes a condição de pessoas em idade avançada, que muito já contribuíram para o progresso de suas famílias e de seu país.

Outros casos serão mostrados nas linhas que seguem. No entanto, ainda se questiona se tais medidas positivas encontram amparo constitucional ou se obedecem ao nosso modelo constitucional e, *mutatis mutantis*, caso contrário, como adequá-las ao nosso sistema jurídico. Em verdade, o próprio constituinte originário elencou na Carta Mãe os valores da justiça social, do bem-estar e do pluralismo como fins do Estado, bem como proclamou o dever de construção de uma sociedade justa, sem pobreza, sem desigualdade social, através da promoção do bem de todos sem

preconceitos de nenhuma natureza, como objetivos fundamentais da República. E vários outros dispositivos constitucionais explicitam essa mesma intenção de compensação de desigualdades:

Art. 7º - São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XX – Proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei; Art. 37 (...) VIII – A lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão; Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) VII – redução das desigualdades regionais e sociais (...) IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Com esteio em tais preceitos, é que pensamos não haver violação de Preceito Normativo Maior na criação de políticas públicas de cunho afirmativo. Todas as opções políticas governamentais devem obedecer aos valores maiores do Estado, e as ações afirmativas assim o fazem, na medida em que são modulações políticas coerentes de um governo que prima pela justiça social. Exemplificando, podemos dizer que a correta destinação de verbas públicas, a áreas socialmente deficitárias, integrando as camadas sociais privadas de melhores recursos financeiros representam bem o melhor caminho a percorrer.

No que diz respeito ao princípio da igualdade, já se aduziu que a igualdade material é coerente com o respeito às distinções, sendo que a postura do Estado moderno exige não somente a garantia à diferença, mas também a promoção de condições materiais que compensem os desníveis sociais causados pela discriminação negativa. Assim, é que a Constituição facilita a inclusão das mulheres e dos portadores de deficiência física no mercado de trabalho, sem significar nenhuma violação ao princípio fundamental da igualdade.

A observância dos princípios constitucionais se impõe a todas as autoridades públicas. Assim sendo, não poderá o governador, o legislador ou mesmo o aplicador da lei se afastar desse princípio. No caso do magistrado, *verbi gratia*, deverá sempre aplicar a lei de forma favorável à realização plena da justiça social, de acordo com a mens constitucional. Para tanto, deverá corrigir lesões aos direitos humanos fundamentais, até mesmo adentrando na esfera de atuação do administrador,

garantindo a efetivação dos postulados constitucionais, não esquecendo, contudo, da imperiosidade da reserva do possível (BRASIL, 2006).

Calha esclarecer que as ações afirmativas se inserem no espaço traçado pelos direitos fundamentais de segunda dimensão, os chamados direitos sociais, correlacionados ao mandamento francês da igualdade. Por serem direitos fundamentais, são dotados de eficácia imediata e aplicabilidade plena, mas proclamadas em normas programáticas, que fixa olhos para o futuro. Por isso, o cidadão poderá exigir do Estado as ações concretas necessárias à efetivação e à materialização dos direitos sociais. E esse é o ponto nevrálgico do sistema, a força normativa desses direitos enunciados pela norma constitucional.

Ilustrando a situação, tome-se um caso de verificação de ato de improbidade administrativa relacionado à utilização do erário, que exigirá a anulação do ato administrativa por má destinação dos recursos públicos ou por desvio de verbas públicas de áreas intocáveis, como a educação e a saúde. A atuação jurisdicional nesses casos deve garantir não somente o desfazimento do ato lesivo, mas também compelir o Estado à ação que mais se aproxima da materialização dos direitos fundamentais de segunda geração. É preciso, entretanto, indagar qual o critério aceitável a fundamentar as ações afirmativas, pois nem todas as diferenciações são razoáveis, sob pena de arbitrariedade e deturpação da igualdade material.

A diferenciação deve obedecer aos parâmetros da razoabilidade, racionalidade e proporcionalidade, porquanto o critério deve ser objetivo, necessário e servir para reajustar situações de desajustes sociais alarmantes. Assim, outros princípios igualmente relevantes na consecução das ações afirmativas são os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, pois estes comandos dizem respeito à correlação entre meios e fins a serem observados em todos os atos do poder público.

#### **4. Cotas raciais**

##### **4.1 raça**

Sergio Danilo Pena, médico geneticista e professor da universidade federal de Minas Gerais, explica em audiência pública (2012), que o termo “raça”, só é correto ao nos referirmos a “raça humana”, deixando claro que todas as pessoas

independentemente de cor pertencem a raça humana, inexistindo assim a divisão científica entre “raça negra” e “raça branca”.

Kamel (2009 p.45) menciona em sua obra o geneticista Craig Venter, que fora o primeiro geneticista a descrever a sequência do genoma humano, dizendo que “raça é um conceito social, não um conceito científico. Os geneticistas chegaram a um consenso após várias pesquisas realizadas ao longo dos anos de que os homens são todos iguais inexistindo a expressão “raça negra” “raça branca”.

Para que tenhamos melhor compreensão da inexistência de raças entre os homens continuaremos a seguir o pensamento do autor Ali Kamel.

Kamel faz uma comparação dos animais em relação aos homens. O autor nos pede para considerar dois tipos de grupos. O primeiro sendo considerado como “raça negra” levando-se em conta as suas características como: homens de cor preta, com o nariz achatado e com cabelos crespos. Já o segundo grupo denominado “raça branca”: homens por sua vez de cor branca, nariz fino e de cabelos lisos.

Kamel aduz: No grupo de negros haverá indivíduos altos, baixos, inteligentes, menos inteligentes, destros, canhotos, com propensão a doenças cardíacas, com proteção genética contra câncer, com propensão genética ao câncer, etc.

No grupo de Brancos igualmente haverá indivíduos altos, baixos, inteligentes, menos inteligentes, destros, canhotos, com propensão a doenças cardíacas, com proteção genética contra câncer, com propensão genética ao câncer, etc. (KAMEL 2009, p. 44).

O que o autor quer demonstrar é que em cada grupo, a diversidade desses indivíduos tornam-se grande entre si, porém acontece o mesmo no outro grupo, ou seja, essa tal “diversidade” se repete nos dois grupos, nos dois conjuntos.

A única coisa que podemos dizer que é diferente entre esses grupos nada mais é que a cor da pele, as características como: o formato do nariz, o cabelo etc. e isso ocorre somente porque esses grupos foram divididos por essas “características”. Fora isso os dois grupos são exatamente iguais. O fato ou critério cor da pele, cabelo, nariz, altura, físico, não basta, não é o suficiente para dar origem ao termo “raça”.

Os geneticistas afirmam que a genética de todos os seres humanos é semelhante o suficiente para que uma pequena porcentagem de genes que há distinção entre a aparência física, a cor da pele não é o suficiente, não é o bastante para dividir a sociedade em “raças”. Ante exposto, entendemos que o termo “raça negra” “raça branca” é utilizado erroneamente.

Nesse sentido (Kamel, 2009) critica o projeto de lei que fora aprovado à época no Senado e estaria em tramitação na câmara que instituiu “O Estatuto da Igualdade Racial” pois se houvesse a aprovação desse projeto, seríamos classificados como uma nação Bicolor, e que a noção de “raça, que é a base de todo racismo”, estaria então no centro de tudo, quando por sua vez deveria esta inexistir.

O autor ainda ressalta que o Brasil perderia o encanto perderia de certa forma a sua identidade, como se percebe os brasileiros seriam definidos pela raça, uma expressão, termo ou conceito que a própria ciência despreza.

Mais uma vez os brasileiros “imitariam” os Estados Unidos sendo divididos somente em brancos ou negros, uma nação bicolor no qual ficariam os brasileiros brancos de um lado e os brasileiros negros do outro.

#### **4.2 a inconstitucionalidade das cotas raciais no Brasil**

As cotas raciais violam o princípio da igualdade, como já mencionamos tal princípio está definido no artigo 5º da Constituição Federal, no qual esclarece que “todos são iguais perante a lei sem a distinção de qualquer natureza”.

A lei das cotas raciais contradiz a lei do princípio da igualdade, pois, a lei das cotas concede privilégios a determinadas classes usando o critério cor para isso, já a lei do princípio da igualdade nega esse tipo de privilégio, vantagem concedida a esses grupos, pois essas pessoas na nossa Constituição são sim iguais aos demais.

Certos autores nos fazem refletir que é um equívoco pensar que com as cotas raciais teremos um país mais justo, melhor, com menos diferenças, pois enquanto está havendo a implementação das cotas raciais nas universidades de todo país, as escolas de ensino público estão sendo “esquecidas”, pois a lógica seria primeiro investir, melhorar de vez a educação básica nessas escolas capacitando aos alunos a enfrentarem o vestibular, sem a necessidade de uso de cotas raciais. Segundo (Kaufmann, 2011) “O governo tem custo zero”, uma vez que todos ficam focados em participar das cotas, e esquecem de cobrar ao governo melhorias nas escolas públicas.

As cotas não poderiam utilizar a cor do indivíduo como critério, pois após uma enorme miscigenação quem é considerado realmente branco ou realmente negro em nosso país? Ou seja, nosso país não pode ser comparado aos Estados Unidos, onde

por sua vez, só existem pessoas brancas ou negras (quase não houve miscigenação). Ora o Brasil é na verdade um país mestiço, logo devemos trata-lo como tal.

As cotas raciais desmerecem os próprios negros, já que presumem ser incapazes de passar no vestibular, sem uma certa “ajuda”.

Por mais que os negros tiveram grandes perdas e sofrimentos no passado devido a escravidão, não se pode pensar em recompensá-los com uma vaga nas universidades, isso seria injusto, ora após tamanho sofrimento com a escravidão, humilhação, com todo o racismo, com todos os tipos de maus tratos, pensar que uma vaga na universidade vai recompensar todo o ocorrido ou parte dele, não seria o mais certo.

## **5. Posições das pessoas que declaram ser contra as cotas raciais como forma de ingresso nas universidades**

Importante abordarmos aqui as opiniões de advogados, autores, professores e juízes que declaram ser contra esse tipo de política.

Dessa forma podemos começar com José Roberto F. Militão advogado, membro da Comissão de Assuntos Antidiscriminatórios Conad-OAB/SP, também sendo ex secretário geral do Conselho da Comunidade Negra do Governo do Estado de São Paulo de 1987 a 1995. José Roberto F. Militão declarou:

Nós negros brasileiros, não desejamos ter um tratamento separado, nós não desejamos ter um status jurídico separado, distinto, nem para ser excluído, como lembrou o Frei David em outros Estados, mas também para ser incluído. E para fazer uma inclusão através de legislação do Estado é necessário excluir alguém, dois corpos não ocupam o mesmo espaço. Nós aprendemos em física. Não se faz uma inclusão pelo aspecto racial sem fazer uma exclusão pelo aspecto racial. Daí está o problema que merece reflexão e que merece o debate (MILITÃO 2009).

Após a declaração então do advogado José Militão, entendemos que este deixa claro que não precisamos disso (cotas raciais), precisamos tão somente que o Estado nos assegure à igualdade de tratamento e também de oportunidades lógico.

Compartilhando dessa mesma lógica o autor Ali Kamel aduz:

Raça, até aqui, foi sempre uma construção cultural e ideológica para que uns dominem outros. A experiência histórica demonstra isso. No Brasil dos últimos anos, o Movimento Negro parece ter se esquecido

disso e tem revivido esse conceito com o propósito de melhorar as condições de vida de grupos populacionais. A estratégia está fadada a nos levar a uma situação que nunca vivemos: o ódio racial. Onde quer que o conceito raça tenha prevalecido, antagonismos insuperáveis surgiram entre grupos, e deram origem muitas vezes a tragédias. Por que aqui seria diferente? (KAMEL, 2006, p. 47).

Kamel deixa claro seu pensamento no qual as cotas por serem utilizadas com o objetivo de alcançar privilégios através da “raça” da cor no qual determinado indivíduo possui, isso gera ódio racial, naqueles cujo não gozam dos mesmos privilégio.

Kamel ainda preleciona: “que se o racismo na sociedade brasileira é de fato um entrave substantivo à mobilidade dos negros, educação somente não basta” (KAMEL, 2009 p. 34).

Ou seja, se afirmarmos que a desigualdade entre as pessoas negras e as pessoas brancas consiste em grande proporção no racismo, não irá adiantar somente investir na educação dessas pessoas que são negras, pobres e brancas também, tendo como objetivo tornar o Brasil um país mais justo.

Podemos também mencionar o Juiz, da 2<sup>o</sup> Vara Federal de Florianópolis em Santa Catarina, Carlos Alberto da Costa Dias no qual afirma que essa política das cotas raciais no Brasil como meio de ingresso nas universidades públicas são discriminatórias, pois, partem de um pressuposto também racista, segundo o juiz que participou da audiência pública sobre a questão das ações afirmativas, o juiz faz referência a constituição dizendo que esta faz vários tipos de discriminações positivas claro, por exemplo com relação as mulheres, ou aquelas pessoas que são portadoras de alguma deficiência, porém, já no caso das pessoas negras passa a ser diferente, pois o discrimen não pode vir a ser arbitrário.

O autor Jocélio Teles dos Santos em seu livro “cotas nas universidades” (SANTOS, 2012.p.60) menciona um “debate virtual” na universidade da Bahia. Esse debate teve início quando determinado professor, enviou um texto para a lista docente defendendo as cotas raciais. Logo as posições contrárias viriam em seguida.

Santos explica também que os nomes desses professores foram omitidos, pois esta lista docente é totalmente restrita ao espaço virtual dessa comunidade docente. Logo demonstraremos apenas o posicionamento de alguns professores, sem ser possível obter sua identificação. O primeiro deles preleciona o seguinte sobre as cotas raciais:

Se é para conceder cotas e esconder (tapar o sol com peneira) a real causa de acesso à universidade pública, não é justo usar cor de pele como parâmetro. Sabemos que o motivo é socioeconômico, desde a origem, quando aqui chegaram os navios negreiros cheios de escravos. As pessoas negras foram colocadas à margem da sociedade juntamente com os índios e hoje muitas minorias são também marginalizadas. Conceder cotas não resolvem nada. Os negros, índios etc. precisam de emprego, saúde e boas escolas públicas de 1º e 2º graus. Assim todos estarão em pé de igualdade na disputa de vagas pelo vestibular. (SANTOS, p.63, 2012).

O segundo professor aduz:

Também sempre fui intrigado com os critérios de 'negritude'. A proposta mais sensata que já tiveram coragem de me propor foi da auto definição. Acredito muito mais na eficiência das políticas de universalização dos direitos e neste caso de oportunidades. Porque não pensamos em colaborar com o ensino 'médio público'? (SANTOS, p. 64. 2012)

Em seguida o terceiro professor se manifesta:

Preocupo-me com esse racismo institucional disfarçado em solução social tardia para erros cometidos no passado, e até no presente [...] Creio que esse sistema de cotas é um mecanismo racial cruel, pois espelha-se na falsa ideia da compensação social, mas deixa claro, ou quer deixar, que essas pessoas não tem competência suficiente para competir. (SANTOS, p.67. 2012).

Por fim o quarto professor menciona:

Advogo que o mais justo e democrático seria ampliar as vagas, criar cursos noturnos [...] O que é ser negro na Bahia? Existe branco na Bahia? Se somos todos mestiços, afrodescendentes, porque não enfrentarmos a questão política e pedagógica de reorganização de uma educação pública de qualidade e inclusiva? (SANTOS, p.67. 2012).

Podemos perceber claramente que a maioria dos argumentos acima, defende a melhoria nas escolas de ensino público, ao invés da adoção de cotas raciais, pois se o governo melhorar e investir no ensino das escolas públicas, que é a base de tudo, logo, não tem necessidade de cotas raciais, tendo em vista que todos estarão competindo de igual pra igual.

O melhor sem dúvida sempre será investir na educação, começando nas escolas públicas que tem a qualidade de ensino tão baixa, deixando assim a desejar. Quanto mais melhorias houver em prol do ensino público, mais a população carente

se beneficiará, e poderá competir de igual pra igual, ao ingressar nas universidades públicas ou privadas.

## **6. Conclusão**

Como disse Norberto Bobbio, no final do século XX vivemos uma época mais de efetivação do que de conquista de direitos. Realmente, os enunciados normativos estão por todos os lados, como símbolo de ação, mas por si só não representam efetivamente avanços sociais. A estrutura social nem sempre acompanha a tecnologia jurídica proclamada pelas leis que, por isso, muitas vezes, já nascem sem eficácia. Medidas políticas mais simples podem trazer resultados mais satisfatórios à sociedade.

O presente trabalho mostrou exatamente como o Estado brasileiro está lidando com o quadro de injustiça social em nossa sociedade, principalmente com alguns grupos sociais vítimas de discriminação negativa: os negros. Vimos que políticas públicas diferenciadas, chamadas de ações afirmativas, estão sendo exploradas pelo Estado em diversas áreas, como no processo eleitoral, no serviço público, na educação, no trabalho, na economia etc., e um notável retorno social já pode ser visualizado, vimos que existem diversas opções a respeito da política de Cotas, e como o Brasil lida com toda essa situação.

Mais mulheres agem na política, mais deficientes ocupam cargos públicos e mais negros e pobres sentam nos bancos universitários do Brasil, e outras conquistas podem ser observadas. No entanto, é importante aprofundar-se no estudo das situações de desigualdades, principalmente na investigação de suas causas e consequências sociais.

As discriminações positivas são medidas especialíssimas e, por isso, seus critérios devem ser coerentes e razoáveis, primando sempre pelo método de maior benefício à comunidade. As ações afirmativas, por sua vez, merecem mais espaço na política brasileira, porquanto muito ainda se tem a fazer em prol das minorias marginalizadas pelo processo histórico de exclusão social. Ressalte-se, ainda, que ao lado das afirmações, outras medidas de governo devem ser implementadas para inibição de todas as formas sociais de discriminação e produção de desigualdade, principalmente, ações políticas integradas de prevenção, inibição e conscientização ao respeito à diferença e à necessidade de convivência plural.

A Ministra Cármen Lúcia afirma que “contra todas as formas de preconceito, contra quem quer que seja, há o direito constitucional” (Voto da Ministra no julgamento da Adi 4277/DF).

Mas é preciso lembrar que só o espírito da norma não resolve o problema. A sociedade exige a materialização dos fins insculpidos na Constituição com objetividade no enfrentamento das dificuldades existentes em setores proeminentes, tais como educação, segurança, saúde, alimentação, moradia e emprego. Enfim, são ações concretas do Estado que a sociedade deseja, pois intenções já existem nas leis.

Neste sentido, inegável o conteúdo humanitário das ações afirmativas, porquanto são ações governamentais frutos dessa política que facilita o acesso a direitos fundamentais como o trabalho, a saúde, a educação, o lazer, a moradia, entre outros, garantindo a fruição de direitos em igualdade de condições. Afinal de contas, a consolidação da democracia exige a garantia dos direitos humanos, independentemente de origem, idade, sexo, etnia, raça, condição econômica e social, orientação ou identidade sexual, credo religioso e convicção política. E a paz social é norte inatingível sem a extinção das barreiras sociais levantadas por anos de injustiças e discriminações irrazoáveis.

## **8. REFERÊNCIAS**

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional positivo. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília. Senado Federal, 1998.

BRASIL. Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990.

BRASIL. Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990.

BRASIL. Lei n.º 10.741, de 1º de outubro de 2003.

BRASIL. Lei n.º 11.340, de 7 agosto de 2006.

CARLOS VELLOSO, AÇÃO DECLARATÓRIA DE INCONSTITUCIONALIDADE, Nº 2.076 - AC, STF, REL. MIN. 2002, 2003).

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. O direito a diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência. Editora Del Rey, p. 184. 2003.

DRAY, Guilherme Machado. Título. O Princípio da Igualdade no Direito do Trabalho. Data. 1999.

GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. O debate constitucional sobre as ações afirmativas, p.173 2004.

KANT, Immanuel. KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos. São Paulo: Martin Claret, 2006.

KAMEL, Ali. Não somos racistas: uma reação aos que querem nos transformar numa nação bicolor. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército, Nova fronteira. P.44,89,90,91,92. 2009.

KAUFFMANN, Roberta Fragoso. Cotas sociais, ao invés de raciais, como forma de integração dos negros no Brasil. Youtube, 22 de nov. de 2011.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade. Revista de Informação Legislativa, Brasília, 131:283-295, jul./set. 1996.

SANTOS, Jocélio Teles dos Santos. Cotas nas Universidades: Análise dos processos de decisão. Salvador, p. 40-50, 63, 64, 67. 2012.

**Capítulo 7**  
**UNIVERSALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS**  
*Evanilde Gomes Franco*  
*Mário de Aragão Andrade Júnior*

## UNIVERSALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

**Evanilde Gomes Franco**

*Doutora em Ciências Sociais com concentração em Sociologia do Direito Universidade Federal do Pará – UFPA (2009). PHD em Políticas Públicas e desenvolvimento – Universidade de Lyon/França (2011). Finanças Públicas- Senior studies – Universidade de Chicago - Ilynois - EUA (2010). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará – UFPA. Colaboradora científica da Revista World Fashion taxes - USA-Chicago University. Colaboradora permanente do Instituto Superior de Contabilidade e Administração (ISCAL – LISBOA -PORTUGAL). Pesquisadora na área Jurídica, com ênfase em Direito Constitucional, Direito Tributário, Direito Fiscal, Direito Administrativo. Advogada com atuação nas áreas de Direito Tributário e Empresarial e referência em Direito Municipal no Brasil. E-mail: evafranco21@gmail.com.*

**Mário de Aragão Andrade Júnior**

*Especialista em Direito Tributário pela Faculdade Legale (2020). Especialista em Direito Médico e da Saúde pela Faculdade Legale (2020). Mestrando em Direitos Fundamentais pela Universidade da Amazônia – UNAMA. Advogado com atuação nas áreas de Direito Tributário, Direito de Família, Direito Médico e da Saúde. E-mail: mariodearagao@gmail.com.*

### RESUMO

O presente artigo trata sobre a Declaração dos Direitos Humanos como ela autoproclama-se universal, evidenciando-se não apenas no título, mas também nos próprios artigos que propõem um ar generalizante. A partir disso, podemos levantar uma discussão acerca da universalização desses direitos que tem o desafio, expandir-se para todos os países levando em consideração os múltiplos fatores étnicos e culturais como garantias de direitos fundamentais para a satisfação do básica do bem-estar do homem.

**Palavras-chave:** Direitos Fundamentais; Direitos Humanos; Universalização.

### **ABSTRACT**

This article deals with the Declaration of Human Rights as it proclaims itself universal, evident not only in the title, but also in the articles themselves that propose a generalizing air. From this, we can raise a discussion about the universalization of these rights that has the challenge, expand to all countries taking into account the multiple ethnic and cultural factors as guarantees of fundamental rights for the satisfaction of the basic well-being of man.

**Keywords:** Fundamental Rights; Human rights; Universalization.

## **1. INTRODUÇÃO**

A universalização é um fenómeno que ocorre à escala global, este processo consiste numa integração económica, social, cultural e política entre diferentes países, resultante dos desenvolvimentos ocorridos, principalmente, nos meios de transporte e telecomunicações. A universalização veio para servir o capitalismo e os países desenvolvidos para que possam buscar novos mercados. Com o declínio do socialismo, o sistema capitalista passou a predominar no mundo, sua consolidação deu início à era da universalização.

Por outro lado, temos direitos humanos, que são direitos humanos básicos. Esses direitos são considerados fundamentais porque sem eles a pessoa não é capaz de se desenvolver e participar plenamente da vida. Não existe direito mais importante do que outro. Para o exercício pleno da cidadania, é necessário garantir todos os direitos humanos. Todo cidadão deve ter todos os direitos humanos garantidos, nenhum deve ser esquecido, respeitar os direitos humanos é promover a vida em sociedade, sem discriminação de classe social, cultura, religião, raça, etnia, orientação sexual.

Para que existam direitos iguais, devemos respeitar as diferenças. Nosso trabalho é explicar a relação entre universalização e direitos humanos hoje.

## **2. CONHECENDO UM POUCO MAIS DE DIREITOS HUMANOS**

### **2.1. O QUE SÃO DIREITOS?**

O conceito de lei é discutido há muito tempo e nunca se chegará a um consenso claro. No entanto, esta não é uma discussão sem sentido, porque é claro que nossa sobrevivência neste mundo depende disso.

O termo direito tem dois significados: um se refere às normas estabelecidas pela lei, ou seja, as normas legais, o segundo se refere à capacidade que todos temos de exigir que outros realizem determinadas ações para defender nossos direitos. Portanto, o direito no sentido de direito objetivo é um preceito hipotético e abstrato, que visa regular o comportamento do ser humano em sociedade, e sua característica essencial é a força coercitiva conferida pela própria sociedade.

Essa força que existe apenas nas normas legais significa que as organizações sociais, ou seja, o Estado, intervêm, ou devem intervir, para que os preceitos legais sejam obedecidos. Para tanto, as normas jurídicas costumam conter, além das ordens que regulam o comportamento humano, outro dispositivo, que estipula as consequências da violação das normas. Outro estado de direito é chamado de sanções.

## **2.2. CONCEITO DE DIREITOS HUMANOS**

Os direitos humanos são universais e significam liberdade, escolha, oportunidade, emprego, casamento, parto, manutenção da vida, direito à alimentação, saúde e educação. Estes são a base da vida de todas as pessoas. Quer estar em seu modo de vida.

Em 1948, a Organização das Nações Unidas (ONU) ratificou a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que afirmava que “todos nascem livres e iguais em dignidade e direitos”. Certifique-se de que todos possam obter os benefícios que a vida social pode proporcionar.

Isso garante que todos sejam iguais, não físicos, intelectuais ou culturais; independentemente de gênero, nacionalidade, cor, poder econômico ou crenças religiosas, todos têm o mesmo valor.

## **2.3. EXCLUSIVIDADE DOS DIREITOS HUMANOS**

Na história dos direitos humanos, isso mostra claramente que esses direitos trabalham para os privilegiados. Quando as Nações Unidas foram criadas, a Carta das Nações Unidas e a Declaração Universal dos Direitos Humanos abandonaram a ideia de direitos humanos exclusivos. Então as pessoas pensam que agora os direitos humanos farão as pessoas viverem sem diferenças e podem lutar pelo fim do racismo e de muitas outras formas de discriminação.

Setores da sociedade nacional e internacional querem proteger e defender o status quo. A sociedade tem setores onde todos têm sua liberdade, independentemente das demandas dessa libertação igual.

Os direitos humanos tinham seus limites, eles não podiam assumir nenhuma obrigação. Formularam direitos imperfeitos, cuja evolução ajudou a eliminar algumas dessas imperfeições. Em 1946, a ONU assumiu certas dimensões:

Especificar e desenvolver o conteúdo real dos padrões;

Esclarecer as obrigações dos Estados correspondentes a essas normas;

Estabelecer mecanismos de monitoramento da execução dos direitos humanos pelo Estado;

Estabelecer procedimentos para reagir contra violações;

Descubra os vínculos entre os direitos humanos e outras questões fundamentais da comunidade mundial, como o desenvolvimento e a busca pela paz.

A Declaração Universal faz com que todos aceitem as obrigações impostas que mencionam claramente os direitos de todos, dando a possibilidade aos Estados de ratificarem, se assim o desejarem.

Às vezes, o problema com certas coisas está em como aplicá-las e não no que constitui tal dimensão. Para entender uma sociedade, precisamos conhecer suas culturas, origens, raízes e então aplicar esses direitos.

## **2.4. DIREITOS DO HOMEM SUJEITO DE DIREITOS INTERNO E EXTERNO**

Os direitos humanos devem ser analisados de todos os ângulos possíveis, antes de serem colocados ou aplicados em uma constituição. O homem é quem decide em que cultura, religião, sentimento, política se adequariam as decisões. Não se pode motivar apenas uma parte, seria praticamente o mesmo que dizer que nada é verdade, pois cada uma tem uma origem diferente.

No passado, os direitos humanos viviam apenas no plano das ideias, geralmente não podemos vê-los apenas no mundo das ideias, porque enfrenta oposição à ciência. São direitos que o homem tem consigo mesmo e com a sociedade.

Para criar um homem livre e unido, você deve sondar os pensamentos socialistas de todos em suas mentes. Direitos são grupos de ordens que tentam fazer o bem para todos, mas infelizmente existem culturas onde eles não conseguem se adaptar.

Para o homem, esse tipo de lei é baseado no naturalismo, pois é aquele que busca o seu próprio interesse. Com a concretização dos direitos humanos, muitas coisas mudariam, pois cada país teria um molde de acordo com sua cultura para seus direitos, colocando em prática sua liberdade ou alguns dos princípios mais importantes de sua vida.

## **2.5 DIREITOS HUMANOS E ALGUMAS GRANDES TRADIÇÕES CULTURAIS**

Para obedecer ao direito de todos, não podiam romper com nenhuma cultura religiosa, crença e principalmente com os costumes de cada povo; porque é sobre os obstáculos que podem surgir durante a realização dos direitos.

As culturas, ou seja, os povos não têm a mesma ideia, são requisitos diferentes, onde uns pedem mais e outros não dão a devida importância ao facto, por isso e outros factos que cada país tem a sua constituição.

O judaísmo seria um exemplo de cultura que sofre de grandes problemas. Os direitos sociais tinham que ser entendidos como comunais (o social nos lembra governo e comunidade), seria a comunidade que mais precisaria de ajuda, para dar dignidade a todos e tirar a injustiça dos meios.

A África se caracteriza pela ideia de que os direitos humanos são justamente o seu humanismo, ela tem três pontos de partida e a ligação com os conceitos modernos:

O humanismo africano tem o homem acima de tudo para tudo; visa valorizar os aspectos econômicos. A família em crescimento, pensando no todo como se fosse um grupo e não uma individualidade. Exercite o socialismo e não o capitalismo.

Entenda a humanidade como uma irmandade;

Para compreender a natureza do humanismo africano em relação à formulação dos direitos humanos, tem três elementos:

O humanismo africano não espera, ele age;

Eles constroem relacionamentos para uma melhor convivência;

Ele vê os problemas”;

Se juntarmos os exemplos, mostraremos as mesmas dificuldades: todos os problemas vêm de um ambiente igualitário e social. Onde há muito pensamento marxista; Marx entende que isso é contra os direitos humanos, ele opta pela sociedade como um todo e não por ser individualista.

Os direitos econômicos, sociais e culturais vão além das tradições ocidentais. Hoje, as concepções de direitos humanos nada mais são do que o medo dos trabalhadores e da expansão colonialista, é como se os fatos tivessem se invertido.

Há muita ênfase nos direitos humanos internacionais e nos tratados que eles cobrem; eles veem que o capitalismo está muito acima dos direitos humanos, é como se fosse algo fora de controle, então o socialismo não tem voz no mundo.

### **3. UNIVERSALIZAÇÃO E DIREITOS HUMANOS**

#### **3.1. GLOBALIZAÇÃO**

A globalização é um dos processos de aprofundamento da integração econômica, social, cultural e política, que foi originalmente promovida por meios de transporte e comunicação mais baratos em países ao redor do mundo no final do século 20 e início do século 21. Este é um fenômeno, porque a força motriz do capitalismo precisa formar uma aldeia global para fornecer um mercado maior para os países centrais (os chamados países desenvolvidos) cujos mercados internos foram saturados. O processo de globalização envolve a forma como os países interagem e aproximam as pessoas, ou seja, conecta o mundo entre si levando em consideração aspectos econômicos, sociais, culturais e políticos.

Segundo (Baez e Barreto, 2007), no processo de globalização devem-se distinguir dois fenômenos distintos que ocorrem ao mesmo tempo, mas terão resultados objetivos distintos: o primeiro se deve à transformação das cadeias econômicas e sociais. E as atividades políticas não são mais nacionais, mas adquiriram uma dimensão transregional e intercontinental; mas, por outro lado, a globalização também se refere a observações e observações dentro do próprio sistema político nacional, no âmbito dos países e nas conexões entre sociedade e cultura interligadas.

O fim da Segunda Guerra Mundial é considerado o início da globalização moderna, e espera-se que esse monstro não volte a acontecer no futuro, porque os países vitoriosos e os países destruídos do Eixo concluíram que são cruciais para o futuro da humanidade. é importante estabelecer mecanismos diplomáticos e comerciais para aproximar os países. Desse consenso, nasceu a Organização das Nações Unidas.

A necessidade de expansão dos mercados tem levado gradativamente à abertura dos países a produtos de outros países, marcando o crescimento da ideologia econômica liberal.

(Baez e Barreto, 2007), a atividade característica da globalização ainda está relacionada ao direito. Justamente porque os Estados-nação soberanos estão sujeitos a diferentes influências culturais, políticas e econômicas, as leis resultantes, juntamente com a manifestação de sua vontade política, sofreram mudanças fundamentais neste processo.

Para os direitos humanos, a globalização é fundamental, porque traz avanços e conquistas à vida digna de todas as pessoas e promove o desenvolvimento das classes sociais na direção da realização de novos direitos. Este não é mais um movimento apenas regional ou nacional, mas sim, é um movimento verdadeiramente internacional.

### **3.2. APROFUNDANDO SOBRE A UNIVERSALIZAÇÃO E DIREITOS HUMANOS**

A universalização traz um discurso que parece apresentar um diagnóstico persuasivo da condição humana atual. Em uma era mais interdependente, os eventos mundiais no exterior têm muito mais impacto internamente. Com o aumento da comunicação e da informação, a distância geográfica e cultural diminui a cada década, estamos cientes dos acontecimentos nos países localizados do outro lado do mundo em tempo praticamente real e os fluxos de pessoas, capitais e comércio só tendem a aumentar.

Facilitado por infraestrutura física (transporte e sistemas bancários internacionais), regulatória (regras de negócios) e simbólica (inglês como língua mundial). Mas a universalização decorre, além disso, da crescente escala ou amplitude dos fluxos globais de informação e ações internacionais, onde eventos locais podem ter peso global. Assim, a ordem mundial ultrapassa ou tem precedência sobre as ordens locais, nacionais ou regionais da vida social.

A confluência de nações e povos faz coincidir o destino dessas sociedades. Após a ligação entre socialismo e capitalismo e a queda do socialismo, o tema da universalização está em constante ascensão com as discussões de que o mundo está se transformando em um espaço social e econômico comum. Enquanto alguns defensores das ideologias liberais, conservacionistas e socialistas não oferecem uma interpretação consistente da era da universalização, outros no mesmo campo a veem como uma ameaça a valores arraigados, paradigmas estabelecidos e ortodoxias políticas.

Fixar um conceito de universalização é de fato inexistente, ter que colocar um significado exato nas ciências sociais sempre leva a disputas. Mas, em geral, é percebido como uma ação que, mesmo à distância, tem impacto até mesmo em terceiros, aumento da interação social, interdependência e erosão de fronteiras. Na compreensão plena desse conceito e de outros, a compreensão do global, da integração. É inegável que o fundamento não tem aspecto material.

O comércio, o mercado, o capital e o fluxo de pessoas ao redor do mundo têm uma base monetária. Como base material, não priva a universalização da capacidade de intervenção nos aspectos sociais, culturais e políticos. Conforme afirmado em Held:

Em termos leigos, universalização refere-se ao aumento da escala, magnitude gradual e acelerada e aumento do impacto dos fluxos inter-regionais e padrões de interação social. Refere-se a uma mudança ou transformação na escala da organização social que conecta comunidades remotas e amplia o escopo das relações de poder nas principais regiões e continentes do mundo. (HELD. 2001).

Mas não deve ser entendido como algo que prenuncia o surgimento de uma sociedade global harmoniosa, ou um processo universal de integração global no qual há uma convergência crescente de culturas e civilizações. Isso ocorre porque a consciência da crescente interdependência não só gera novas animosidades e conflitos, mas também pode alimentar uma política relacional e uma xenofobia arraigada. (HELD, 2001, p. 13).

A universalização econômica agravou ainda mais as desigualdades sociais, agravando as marcas da pobreza absoluta e da exclusão social. Asbjorn Held diz,

“Podem e devem ser encontradas formas de o Estado garantir o respeito e a proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais, a fim de preservar as condições de uma economia de mercado relativamente livre. A ação governamental deve promover a igualdade social, lutar contra as desigualdades sociais, compensar os desequilíbrios gerados pelos mercados e garantir o desenvolvimento humano sustentável. A relação entre governos e mercados deve ser complementar.”

A hierarquia econômica da universalização traz consigo uma desigualdade que a distância de um ideal do universal vindo com o global, único e unificado quando se pensa no colapso das fronteiras, nas interações sociais e na interdependência das nações. Ele realmente veio aqui apenas para validar uma ideia neoliberal, a criação de um mercado livre e global e a solidificação do capitalismo nas principais regiões econômicas do mundo? Reduzi-lo puramente a isso poria um limite em seu significado

e desempenho na ordem mundial atual. Se pensarmos nos aspectos e nos reflexos da universalização já ocorridos na história, o reducionismo do sentido fica distante.

O estreito relacionamento entre as nações trouxe a necessidade de criar regras para governá-las e evitar futuros desastres, mesmo em alguns lugares, mas que pesariam muito no cenário mundial. A estreita vinculação com as mudanças na sociedade, no desenvolvimento e nas mudanças sociais está diretamente ligada ao nascimento, expansão e universalização de novos direitos. Em um cenário globalizado, os direitos humanos emergentes consolidam as reais demandas da própria sociedade à luz das condições de vida emergentes e das prioridades crescentes determinado socialmente.

Como o Holocausto, que aconteceu durante o período nazista, na Alemanha de 1943 a 1945. Justamente no ano em que terminou o Holocausto, dada essa necessidade de reger essas relações, a ONU, as Nações Unidas e cada vez mais as leis dos organismos internacionais são essenciais para a humanidade coexistência.

Este órgão foi o criador de um dos mais importantes conjuntos de direito internacional que temos hoje, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

Esta declaração nasceu de um edifício histórico, bem como dos valores da pessoa humana: dignidade, direito à vida, fraternidade, igualdade, etc. Ainda estão em constante processo de construção e reconstrução, dada a sua trajetória, destaca-se a concepção atual de Direitos Humanos, baseada na proteção da dignidade humana.

A internacionalização dos direitos humanos é o movimento mais recente da história, nascido depois da guerra em resposta às atrocidades e horrores cometidos durante o nazismo. Dada a natureza histórica dos direitos, destaca-se o denominado conceito contemporâneo de direitos humanos, proposto pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e reafirmado pela Declaração dos Direitos Humanos de Viena de 1993.

O estado é considerado o principal violador dos direitos humanos. A marca registrada da era de Hitler é a destruição e aniquilação de pessoas. É nesta situação que esforços devem ser feitos para reconstruir os direitos humanos como paradigma e marco ético que norteia a ordem internacional contemporânea, ou seja, quando os valores humanos são cruelmente abolidos, torna-se necessário restaurar os direitos humanos a um nível razoável.

Na área de precedente no processo de justificação dos direitos humanos na ordem internacional, merecem destaque as experiências do Tribunal de Nuremberg, 1945-1946, que proporcionou um poderoso impulso para justificar os direitos humanos.

No final da Segunda Guerra Mundial e após intensos debates sobre como responsabilizar os alemães pela guerra e os estudantes bárbaros da época, os aliados chegaram a um consenso, com o Acordo de Londres de 1945, que previa um Tribunal Militar Internacional tente criminosos de guerra.

O significado do Tribunal de Nuremberg para o processo de justiça em direitos humanos é duplo: ele não apenas consolida a ideia da limitação necessária da soberania nacional, mas também reconhece que os indivíduos têm direitos protegidos pelo direito internacional. Assim, há uma mudança importante nas relações interestaduais, o que sinaliza mudanças na compreensão dos direitos humanos, que, portanto, não poderiam mais ficar restritos à jurisdição interna exclusiva.

Os direitos humanos articulados com o papel relevante das organizações internacionais fornecem uma estrutura razoável para os constitucionalistas globais. Assim, o poder constitutivo dos Estados e, conseqüentemente, das respectivas constituições nacionais, está hoje cada vez mais ligado aos princípios e normas do direito internacional. É como se se transformasse em parâmetro de validade das próprias constituições nacionais.

Para os universalistas, os direitos humanos derivam da dignidade humana, especialmente das condições básicas de valores de seu país. Eles se defendem dessa perspectiva, que é um mínimo moral irreduzível.

Porém, para os relativistas, cada cultura tem seu próprio discurso sobre os direitos fundamentais, que está relacionado às circunstâncias específicas de cada sociedade. Não existe moral universal, porque a história do mundo é uma história de multiculturalismo.

Para Boaventura de Souza Santos, “os direitos humanos devem ser repensados como multiculturalismo. Na minha opinião, o multiculturalismo é um pré-requisito para uma relação equilibrada e forte entre as capacidades globais e a legitimidade local. Dois atributos da política hegemônica de direitos humanos”. Acredita-se que, respeitando a diversidade e reconhecendo a dignidade e os direitos uns dos outros, a abertura do diálogo entre as culturas é uma condição para a

celebração do “mínimo moral irreduzível” da cultura dos direitos humanos, através da universalidade da convergência.

Há uma grande dificuldade de inserção dos direitos humanos em países não laicos, pois as liberdades humanas só podem ser compreendidas na medida em que atendam à vontade divina, os direitos e deveres desses países são medidos de acordo com a religião e os conceitos escritos em livros de séculos de existência, é a ordem pública que prevalece, uma época de diferentes valores mundiais onde o mundo não tinha acesso a lugares distantes um do outro e a ideia do direito humano a ser preservado estava apenas começando a emergir.

Uma das controvérsias mais antigas e amargas no campo dos direitos humanos diz respeito à questão do caráter universal ou relativo desses direitos. Em outras palavras, se os direitos humanos internacionalmente reconhecidos devem merecer tratamento igual em todas as nações, ou se eles estão sujeitos a variações nas classificações hierárquicas de acordo com as diferentes bases culturais sobre as quais uma sociedade se estabeleceu?

Na raiz da retórica dos direitos humanos está a premissa de que a natureza humana é universal e comum a todos os indivíduos. E não poderia ser de outra forma, porque de outra forma seria ilógico defender a existência de uma declaração universal de direitos.

### **3.2. SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS**

Após a conscientização da humanidade quanto à necessidade de internacionalização dos direitos humanos, a comunidade mundial aspirava a um sistema de controle, fiscalização e respeito a esses direitos. Como assegurar o respeito e a obrigatoriedade dos direitos humanos no seio da sociedade? As evoluções axiológicas e normativas alcançadas pelos direitos humanos ainda carecem de força executiva para sua eficácia. Com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, A Comissão de Direitos Humanos - CDH se empenhou na elaboração dum sistema internacional de vigilância sobre as lesões aos direitos humanos fundamentais.

No entanto, a criação de uma jurisdição internacional colocava em perigo a jurisdição nacional dos Estados, bem como a soberania política dos mesmos. Vigia a ideia de abstenção da comunidade internacional em âmbito interno. Foi preciso distinguir os direitos fundamentais, de previsão expressa nas cartas políticas e defesa

no âmbito interno, dos direitos humanos, expressos em documentos internacionais ratificados pelas nações.

Os direitos fundamentais constam no ordenamento jurídico interno dos países e possuem uma identificação humanitária, mas não da mesma generalidade de que são dotados os direitos humanos, que abrangem os direitos fundamentais e requerem tutela de âmbito nacional e internacional.

O avanço do sistema protetivo internacional dos direitos humanos foi gradual e se dividiu em três vertentes: o direito internacional dos direitos humanos, o direito internacional humanitário e o direito internacional dos refugiados. A proteção internacional dos direitos humanos se baseou inicialmente na elaboração de tratados, acordos ou convenções internacionais, como instrumentos normativos internacionais de proteção aos direitos humanos, podemos citar a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial - 1968, a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher - 1979, a Convenção sobre a Prevenção e a Punição do Crime de Genocídio, a Convenção sobre o Status dos Refugiados, as Convenções sobre Escravidão (a primeira das quais remonta a 1926), a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Punições Cruéis, Desumanos ou Degradantes, e mais recentemente, a Convenção sobre os Direitos da Criança, ratificados pelos Estados.

Posteriormente, na criação de órgãos judiciais internacionais, o Tribunal Penal Internacional, a Corte Interamericana e a Corte Europeia de Direitos Humanos, ou quase judiciais, como a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas.

Em 1967, a Comissão de Direitos Humanos da ONU abre a fase chamada de intervencionista e passa a apurar violações aos direitos humanos em determinados países. A resolução nº 1235 permitiu o monitoramento da situação na África do Sul, inclusive com ações ostensivas. Em 1969, a situação humanitária nos territórios árabes ocupados por Israel também se torna objeto de acompanhamento da ONU, Celso Lafer em palestra feita no Colóquio A Carta de São Francisco: 50 anos depois, organizado pela Área de Assuntos Internacionais do Instituto de Estudos Avançados na Sala do Conselho Universitário da USP no dia 23 de junho de 1995. Mencione-se ainda a criação do Procedimento Confidencial criado em 1970, por meio da resolução nº 1503, pelo qual, após comunicações recebidas pelo Secretário-Geral, com base em exames superficiais, poderiam ser verificadas supostas violações dos direitos humanos.

Entretanto, somente em 1975 foi definitivamente rompido o limite traçado pela soberania estatal na proteção dos direitos humanos e, pela primeira vez na história, a seletividade intervencionista, baseada em fatores políticos, foi esquecida.

O Caso emblemático ocorreu no Chile quando, o Grupo de Trabalho Especial sobre a Situação dos Direitos Humanos no Chile do regime de Pinochet foi aprovado e autorizado por países não-alinhados e até socialistas para averiguar os desmandos lá cometidos contra os direitos dos indivíduos vítimas daquele regime político.

A proteção aos direitos humanos tinha conteúdo geral, combatendo principalmente a desigualdade e a discriminação, pregando a isonomia entre todos os seres humanos, independentemente de cor, raça, sexo, idade, origem, cultura, religião, classe econômica etc. Atualmente, a defesa é primordialmente material, pois luta pela provisão dos direitos básicos dos seres humanos, tais como saúde, trabalho, educação, cultura, alimentação e lazer nos países mais pobres, através de suas ações humanitárias, ampliando cada vez mais o âmbito de suas ações. Essa visão, inclusive, serve de norte para os Estados na consecução de políticas públicas corretivas e compensatórias de injustiça social.

### **3.3 A REGIONALIZAÇÃO DA PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS**

A Declaração de 1948 legou ao Mundo uma concepção universal e indivisível dos direitos humanos. A condição de pessoa humana passou a ser o único status indispensável. Direitos não apenas relacionados à sobrevivência humana foram contemplados internacionalmente, tais como o direito à universalização, à democracia, ao meio ambiente saudável, à convivência harmônica das nações etc.

Os Estados passaram então a colaborar com o sistema internacional de proteção dos direitos humanos. Até 2003, por exemplo, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos contava com 149 Estados-partes, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais contava com 146 Estados-partes, a Convenção contra a Tortura contava com 132 Estados-partes, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial contava com 167 Estados-partes, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher contava com 170 Estados-partes, e a Convenção sobre os Direitos da Criança apresentava a mais ampla adesão, com 191 Estados-partes (Human Development Report (2003). Entretanto, ao lado do sistema global inaugurado pela ONU em 1948, surgiram os

sistemas regionais de proteção aos direitos humanos, como sistemas complementares, mais particularmente na Europa, América e África, como destaca Flávia Piovesan, 2004.

Cançado Tridade lembra que: “cada sistema regional funciona em seu próprio ritmo e vive seu próprio momento histórico. Assim, no tocante ao sistema interamericano de proteção, busca-se hoje uma coordenação maior entre a Comissão e a Corte Interamericanas de Direitos Humanos.

No contexto do sistema europeu, o Protocolo nº 11 (de maio de 1994) à Convenção Europeia de Direitos Humanos dispõe sobre a “fusão” da Comissão e Corte Europeias de Direitos Humanos, conducente ao estabelecimento de um único órgão judicial de controle, uma nova Corte Europeia de Direitos Humanos, que no futuro operaria como uma verdadeira Corte Constitucional Europeia. No âmbito do sistema africano, considera-se hoje a possibilidade da futura criação de uma Corte Africana de Direitos Humanos, para complementar o trabalho da Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos. Enfim, aos sistemas regionais existentes vem hoje somar-se a Carta Árabe de Direitos Humanos de 1994”.

Na América, em 1969 foi aprovada a Convenção Americana de Direitos Humanos - Pacto São José da Costa Rica, A Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura em 1985 e Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a violência contra a Mulher de 1994. Em 1998, O Brasil reconheceu a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos. A Corte Interamericana de Direitos Humanos é competente para cuidar das violações aos direitos humanos em toda a América, após a provocação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que é o Órgão de legitimidade ativa na Corte. Salientando que, não são todos os casos de agressões aos direitos humanos que são levados à Corte, pois em respeito à soberania dos Estados, somente em caráter complementar serão recebidas as ações pela Corte.

### **3.4. A PROMOÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO BRASIL**

A Constituição Brasileira de 1988 estabeleceu a mais precisa e detalhada carta de direitos de nossa história. Ademais previu a prevalência dos direitos humanos como um dos princípios regentes das relações internacionais.

Em razão do disposto no § 3º do artigo 5º da Constituição, alterado com a EC nº45/2004, o status normativo dos tratados de direitos humanos no ordenamento

nacional foi modificado. Pela nova norma, somente esses tratados podem ser equiparados à norma constitucional quando forem aprovados pelo mesmo procedimento da emenda constitucional, Art. 60, §2º, CF:

CF/88, Art. 60 - A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: ... § 2º - A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

Os tratados internacionais que não versarem sobre direitos humanos e os tratados sobre direitos humanos, sem aprovação pelo procedimento de emenda, ainda assumem status de lei ordinária, conforme já assinalado acima. Mas este entendimento vem recebendo críticas no Supremo e um novo posicionamento parece inevitável na Última Corte.

Ademais, O Supremo Tribunal Federal já adotou a tese da prevalência dos tratados internacionais sobre o direito interno infraconstitucional, “Apelações cíveis 9.587/1951, rel. Orozimbo Nonato e 7.872/1943, rel. Philadelpho Azevedo”. A discussão sobre o status normativo assumido pelos atos internacionais é relevantíssima, na medida em que refletirá diretamente na forma pela qual se implementará a defesa dos direitos humanos dentro do Estado. Para Peter Haberle, “vivemos hoje um Estado Constitucional Cooperativo não apenas voltado para si, mas que se disponibiliza como referência a outros Estados, no qual ganha relevo o papel dos direitos humanos (PETER HABERLE, 2003)”.

O fato é que a efetividade dos direitos humanos aguarda essa mudança de postura do Estado constitucional, requerendo uma abertura maior para ordens jurídicas supranacionais de proteção de direitos humanos, pois estes refletem a consciência ética universal da comunidade mundial. Assim, havendo conflito entre leis internas e convenções, acordos ou tratados internacionais, há de prevalecer as normas de maior eficácia dos direitos humanos. Segundo Christopher Eberhard, o importante é a construção de uma comunidade internacional dos direitos humanos, capaz de manter a diversidade cultural com respeito aos direitos humanos, especial, bastando somente o procedimento de aprovação congressional e de promulgação executiva do ato.

O Direito Interno e o Direito Internacional devem interagir na realização do propósito convergente e comum, como relata a: Cf. Antonio Cançado Augusto Trindade, 1993. Mas a obrigação primária de assegurar internamente os Direitos Humanos

continua a ser responsabilidade dos Estados, pois a proteção dos direitos humanos é corolário de própria garantia da dignidade da pessoa humana.

O governo brasileiro é consciente de que a proteção efetiva destes direitos depende da atuação constante do Estado e da sociedade e tem se empenhado na proteção e promoção dos direitos humanos no país. No dia 13 de maio de 1996, o Presidente Fernando Henrique Cardoso lançou oficialmente o Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH), que propõe ações governamentais a serem implementadas pela União e pelos governos estaduais ou através de parcerias entre o governo federal, governos estaduais, governos municipais e sociedade civil. Em 2002 o Governo Federal reviu o PNDH I e lançou o PNDH II. Ainda em 2002, a Secretaria Especial dos Direitos Humanos foi elevada ao status de ministério e foram criadas a Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial e a Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres.

Em 2009 foi aprovado o PNDH III que, pela primeira vez, contou com a participação e proposições de 31 ministérios. Pode-se afirmar que o Brasil avançou significativamente na questão da promoção e proteção dos direitos humanos. Graças ao PNDH, foi possível sistematizar demandas de toda a sociedade brasileira com relação aos direitos humanos e identificar alternativas para a solução de problemas estruturais, subsidiando a formulação e implementação de políticas públicas e fomentando a criação de programas e órgãos estaduais concebidos sob a ótica da promoção e garantia dos direitos humanos.

O mais importante é que os planos concebem a proteção aos Direitos Humanos por meio de ações integradas de governo e como verdadeira política de Estado, com prosseguimento sem sobressaltos quando houver alternância de partidos no poder, fato que é natural e até indispensável na vida democrática. As ações afirmativas são também medidas adotadas pelos PNDH's e refletem o desejo estatal de fortalecer a defesa nacional aos direitos humanos. As ações discriminam positivamente, buscando restaurar a igualdade e a dignidade humana de que foram despidos os grupos sociais excluídos pela discriminação social injustificável.

As medidas positivas talvez sejam o mais imediatista instrumento de promoção e defesa dos direitos, no entanto é preciso reafirmar a necessidade de ações políticas de prevenção à perpetuação da discriminação e marginalização social de inocentes, vítimas da vida e da sociedade.

#### 4. CONCLUSÃO

Ao adotar essa abordagem, os direitos humanos podem ser melhor compreendidos. Por meio desse trabalho, percebemos que existe uma grande consistência no reconhecimento dos direitos humanos. Enfrentamos o problema do descumprimento dos direitos humanos em muitas partes do planeta porque violam a tradição, a religião e o comportamento social, impedem os indivíduos de obter o que merecem e, portanto, questionam a validade universal desses mesmos direitos.

Em relação à universalização, observamos que ainda existe uma cultura que resiste à universalização e aceita outras crenças e outras formas de olhar o mundo, que possibilita as trocas culturais, políticas e religiosas. Aceitar as diferenças torna possível abrir fronteiras para trocas globais de bens, serviços e ideias.

Também confirmamos que não podemos separar os direitos humanos da universalização, porque sem eles a universalização não pode ser alcançada porque as pessoas não serão livres.

Em suma, a universalização pode promover as pessoas e também se tornar sua inimiga. Devido à eliminação das fronteiras físicas e ao encurtamento das distâncias entre os países, a universalização expôs as pessoas a diferentes valores e símbolos culturais. No entanto, a universalização pode representar uma séria ameaça aos direitos humanos. Neste trabalho, exemplificamos a distribuição desigual de tecnologia (algumas pessoas têm mais oportunidades e conhecimento do que outras), o aumento dramático nas percepções de desigualdade e universalização, a promoção do tráfico de pessoas e a promoção do trabalho infantil.

Em relação ao objetivo deste trabalho, podemos dizer que embora a universalização tenha muitos aspectos positivos, pode colocar em risco a efetividade dos direitos humanos.

#### 5. REFERÊNCIAS

Antônio Augusto Cançado Trindade, Gérard Peytrignet e Jaime Ruiz De Santiago in As três vertentes da proteção internacional dos direitos da pessoa humana. **Direitos Humanos, Direito Humanitário, Direito dos Refugiados**, 2004.

BRASIL. **Constituição Federativa**, 1988.

BRASIL. **Constituição Federativa**, 1948.

BRASIL. **Direitos Humanos de Viena**, 1993.

BRASIL. **Constituição**, nº45/2004

BAEZ, Narciso Leandro Xavier; Barreto, Vicente; LEAL, Rogerio Gasta; Lang, João Marcelo. **A evolução dos direitos humanos**. JOAÇABA: UNOESC, 2007. 374p.

Cf. Antonio Cançado Augusto Trindade, **A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos**, in Arquivos do Ministério da Justiça, ano 46, n.12, jul./dez.1993.

Flavia Piovesan - **Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos**, outubro de 2004.

HELD, D. MCGREW, A. **Os prós e os contras da globalização**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

Human Development Report (2003). **Cadernos de Pesquisa**, v. 35, n. 124, jan./abr. 2005.

Peter Haberle, El estado constitucional, **tradução de Héctor Fix-Fierro**, México, 2003.

<https://brasil.un.org/pt-br/91601-declaracao-universal-dos-direitos-humanos>.

VILLEY, Michel. O direito e os direitos humanos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

LUCAS, Doglas Cesar. Direitos Humanos e Interculturalidade – um diálogo entre a igualdade e adiferença. Ijuí: Editora Injuí, 2010.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Curso de Direito Internacional Público. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

OLIVEIRA, Erival da Silva. Direito Constitucional – Direitos Humanos. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SANTOS, Boaventura de Souza. Uma concepção multicultural de direitos humanos. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n39/a07n39.pdf>>

SANTOS, Boaventura de Souza. Uma concepção multicultural de direitos humanos. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n39/a07n39.pdf>>

**Capítulo 8**  
**A JUSTIÇA RESTAURATIVA NO ÂMBITO PENAL**  
**ESPANHOL, VISTA SOB AS LENTES DA JUSTIÇA**  
**MULTIPORTAS**

*Guilherme Masaiti Hirata Yendo*

## A JUSTIÇA RESTAURATIVA NO ÂMBITO PENAL ESPANHOL, VISTA SOB AS LENTES DA JUSTIÇA MULTIORTAS

**Guilherme Masaiti Hirata Yendo**

*Doutorando em Direito pela Universidade Estácio de Sá – UNESA. Email: guilhermebr2005@yahoo.com.br.*

### **RESUMO**

O presente trabalho, situado na temática da Justiça Integral no ordenamento jurídico espanhol, tem como problema de pesquisa investigar se o modelo de Justiça Restaurativa no seu âmbito penal, com o uso das ferramentas de mediação, está adequado aos parâmetros do sistema de Justiça Multiportas que tem sido construído ao longo das últimas duas décadas naquele país europeu. Inicialmente, foram examinadas as principais características da temática do acesso à Justiça de maneira geral, bem como analisada a crise do sistema judiciário espanhol. Posteriormente, foi abordado o sistema de Justiça Multiportas na Espanha, desenvolvido a partir do acesso à Justiça como um direito fundamental dos cidadãos. Por fim, discorreu-se sobre os desafios para implementar a Justiça Restaurativa no âmbito do sistema penal daquele país. Como resultado, observou-se que a Justiça Restaurativa, e em especial a mediação penal, podem contribuir para descongestionar o sistema carcerário e reinserir, de modo mais efetivo, os autores de crimes ao convívio em sociedade. Concluiu-se, contudo, ser necessária a implementação de várias medidas para que tal sistema seja eficiente e ofereça as respostas que a sociedade espanhola busca, no contexto do sistema de Justiça Multiportas daquele país. Para tal pesquisa, foi empregado o método hipotético dedutivo, com a coleta de dados por meio documental e bibliográfico.

**Palavras-chave:** Justiça Restaurativa; Justiça Multiportas; mediação penal.

### **ABSTRACT**

The present work, situated on the theme of Integral Justice in the Spanish legal system, has as its research problem to investigate whether the model of Restorative Justice in its criminal scope, with the use of mediation tools, is adequate to the parameters of the Multidoor Justice system that has been built over the last two decades in that European country. Initially, the main characteristics of the theme of access to justice were examined in general, as well as the crisis of the Spanish judicial system. Subsequently, the Multidoor Justice system in Spain was approached, developed from the access to Justice as a

fundamental right of citizens. Finally, the challenges to implement Restorative Justice within the scope of the penal system of that country were discussed. As a result, it was observed that Restorative Justice, and in particular criminal mediation, can contribute to decongesting the prison system and more effectively reinsert perpetrators of crimes into society. It was concluded, however, that it is necessary to implement several measures so that such a system is efficient and offers the answers that Spanish society seeks, in the context of the Multidoor Justice system of that country. For this research, the hypothetical deductive method was used, with data collection through documents and bibliography.

**Keywords:** Restorative Justice; Multidoor Justice; criminal mediation.

## INTRODUÇÃO

A crise nos sistemas de Justiça é um fenômeno que está presente não apenas no Brasil, mas em diversos outros países do mundo.

Lentidão no desfecho dos processos judiciais, insatisfação das partes quanto à efetiva implementação de seus direitos, legislações complexas e de difícil compreensão por parte dos jurisdicionados, *déficits* de organização material e de recursos humanos nos órgãos que compõem o aparato da Administração da Justiça são apenas alguns dos problemas identificados em vários ordenamentos jurídicos do mundo atual, inclusive no ordenamento jurídico espanhol, que é o objeto espacial da presente pesquisa.

E, numa sociedade que sofre transformações em ritmo acelerado em seus modos de ser, de viver e de se relacionar, provocadas pelo avanço incessante dos meios de comunicação e de transportes, que interligam de modo aprofundado cidadãos, empresas, instituições públicas e países, os reclamos por uma Justiça que, efetivamente, como já dizia Ulpiano, “dê a cada um o que é seu”, tornam-se cada vez maiores e mais urgentes.

O presente artigo se propõe, deste modo, a realizar um estudo, dentro do ordenamento jurídico espanhol, sobre como a Justiça daquele país vem sofrendo os influxos dessas transformações sociais e das novas ideias para o tratamento dos conflitos de interesses, no particular aspecto da Justiça Restaurativa.

O problema de pesquisa destina-se a investigar se o modelo de Justiça Restaurativa no seu âmbito penal, com o uso das ferramentas de mediação, está adequado aos parâmetros do sistema de Justiça Multiportas que tem sido construído

ao longo das últimas duas décadas no país ibérico. Utiliza-se, para tal, como principal referencial teórico, o pensamento das doutrinadoras espanholas NURIA BELLOSO MARTÍN e SONIA REBOLLO REVESADO.

Para o desenvolvimento de tal pesquisa, trabalhou-se, inicialmente, com a temática do acesso à Justiça como uma preocupação contextualizada em âmbito global, seguindo-se da exposição do tratamento dado especificamente pelo ordenamento jurídico da Espanha nessa questão.

Posteriormente, abordou-se, de modo mais particularizado, a Justiça Restaurativa, com ênfase à mediação, para solução de conflitos na esfera penal.

O tema é especialmente relevante considerando que as preocupações sociais por novos parâmetros de realização de direitos têm conduzido ao surgimento de instrumentos que desafiam a ótica conservadora – ainda dominante no meio jurídico – em alguns “ramos” do Direito: cita-se, a título de exemplo, a própria inserção da mediação penal em crimes de violência de gênero, que tem sido objeto de acesa controvérsia no Direito Espanhol.

Sob tal perspectiva, o presente estudo pode servir de subsídios para gerar reflexões sobre como o tema da Justiça Restaurativa vem sendo tratado no contexto do sistema de Justiça Multiportas, visando à concretização da denominada “Justiça Integral” e, desse modo, incentivar que mais pesquisas sejam realizadas nessa área.

## **A JUSTIÇA MULTIPORTAS NA ESPANHA**

### **O acesso à Justiça nos sistemas jurídicos da atualidade: uma preocupação global**

O Direito, como fenômeno cultural, como produto da sociedade, deve acompanhar a evolução social. Se a sociedade muda, se transforma, se reinventa, devem os operadores do Direito também repensarem os institutos jurídicos à luz dessa evolução, como afirma, com propriedade, FIORI (2006, p. 2, sem destaque no original): “o avanço social, diversificando e complexizando as relações individuais, os interesses transindividuais (re)clamam por uma *nova postura* dos operadores do Direito”. Nesse sentido, a *nova postura* deve ocorrer em temas de larga repercussão mundial, como o acesso à Justiça.

A preocupação com o acesso à Justiça, em nível global, como fenômeno merecedor de atenção por parte dos operadores do Direito, vem sendo realçada

desde a publicação do célebre estudo realizado por CAPPELLETTI e GARTH, no denominado Projeto Florença (Itália), em meados dos anos 1970, em que eles realizaram, com o apoio de uma equipe multidisciplinar e multiprofissional, uma aprofundada análise crítica sobre o funcionamento dos sistemas jurídicos, funcionamento esse considerado essencial para não privar os cidadãos de seus direitos e de suas pretensões.

Isso porque, sem acesso à Justiça, não há como lutar pelos demais direitos humanos fundamentais. Ele é, portanto, um instrumento essencial e básico para que o cidadão possa exercer seus direitos concretamente. De acordo com os referidos autores (CAPPELLETTI e GARTH, 2018, p. 11): “o acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”.

Os problemas identificados nesse estudo – tais como alto valor das custas judiciais, a demora excessiva no término dos processos, as dificuldades de execução das condenações, um sistema recursal que favorece a litigiosidade etc. – são ainda mais acentuados frente ao desenvolvimento da sociedade atual, principalmente nos campos tecnológico, de comunicações e de transportes.

Isso porque o desenvolvimento de tais setores põe em evidência o *claro descompasso* que existe entre, de um lado, uma Administração da Justiça burocrática, complexa e lenta, incapaz de atender, na maioria dos casos, os direitos dos cidadãos; e, de outro lado, uma sociedade onde as relações sociais, econômicas, culturais e educacionais operam em estruturas cada vez mais interconectadas, desenvolvendo-se, portanto, de modo *dinâmico, rápido e satisfativo*, produzindo não apenas riqueza, mas também, como bem afirma BECK, riscos sistêmicos (2011, p. 23).

Vivemos, enfim, como afirma CASTELLS, numa sociedade em rede (2020, p. 554, sem destaque no original):

Redes são estruturas abertas capazes de expandir de forma ilimitada, integrando novos nós desde que consigam comunicar-se dentro da rede, ou seja, desde que compartilhem os mesmos códigos de comunicação (por exemplo, valores ou objetivos de desempenho). Uma estrutura social com base em redes é um sistema aberto altamente dinâmico suscetível de *inovação* sem ameaças ao seu equilíbrio.

É precisamente o peculiar aspecto da *inovação* uma característica sobre a qual o Direito deve estar receptivo, se quiser se amoldar a esses novos tempos. É esse o ponto sobre o qual iremos discorrer no próximo subitem.

### **Acesso à Justiça na Espanha**

Dentro desse quadro de incessantes mutações sociais, próprios de uma sociedade multifacetada, complexa, plural e cosmopolita, os reclamos por uma Justiça mais ágil, tempestiva e efetiva provocaram uma reconfiguração jurídica do direito de acesso à justiça, que passou a ser visto não apenas como mero instrumento processual de direito a uma prestação estatal sobre o pedido apresentado ao Poder Judiciário, mas sim como verdadeiro direito humano fundamental.

O diagnóstico da incapacidade do Poder Judiciário espanhol para lidar com o acesso à justiça de modo efetivo foi bem apontado por BELLOSO MARTÍN, que identificou dois problemas do sistema judicial que devem ser superados (2019, p. 2): de um lado, o esgotamento do processo judicial como principal forma de resolução de conflitos; e, de outro lado, a insatisfação dos usuários com o sistema estatal de justiça.

Partindo-se dessa realidade, iniciou-se um movimento na Espanha buscando equacionar esse problema, tendo como diretrizes fundamentais o conjunto de normas internacionais prescrevendo o direito de acesso à justiça como um direito humano de matriz fundamental: artigo 10 da Declaração Universal dos Direitos Humanos; artigos 6 e 13 da Convenção Europeia de Direitos Humanos; artigos 2 e 14 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o artigo 47 da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia. Particularmente, esse último dispositivo estabelece:

Toda pessoa cujos direitos e liberdades garantidos pelo direito da União Europeia tenham sido violados tem direito a uma ação perante um Tribunal.

Toda pessoa tem direito a que sua causa seja julgada de forma equitativa, publicamente e num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial, previamente estabelecido por lei. Toda pessoa tem a possibilidade de se fazer aconselhar, defender e representar em juízo.

É concedida assistência judiciária a quem não disponha de recursos suficientes, na medida em que essa assistência seja necessária para garantir a efetividade do acesso à justiça.

Diante dos contornos jurídicos que assumiu o direito de acesso à justiça, BELLOSO MARTÍN afirma que o acesso à justiça se converteu na *pedra angular* do espaço europeu de justiça (2019, p. 3).

Em razão desse movimento que podemos denominar de *centrípeto*, ocorrendo de fora (documentos internacionais da ONU, da União Europeia etc.) para dentro (ordenamento jurídico interno espanhol), a Espanha se viu obrigada a adequar o seu sistema jurídico a essa nova realidade, que reclamava uma *nova postura* dos operadores do Direito.

Facilitou, para atingir esse desiderato, o contido no artigo 24 da Constituição Espanhola, que reconhece não apenas o direito a uma tutela judicial efetiva, como também a garantia do devido processo legal:

1. Todas as pessoas têm direito a obter a tutela efetiva dos juízes e tribunais no exercício dos seus direitos e interesses legítimos, sem que, em nenhum caso, possa verificar-se falta de defesa.

2. Do mesmo modo, todos têm direito ao Juiz ordinário predeterminado pela lei, à defesa e à assistência por um advogado, a ser informados acerca da acusação formulada contra eles, a um processo público sem dilações indevidas e com todas as garantias, a utilizar os meios de prova pertinentes para a sua defesa, a não fazer declarações contra si mesmos, a não se confessarem culpados e à presunção de inocência.

A lei regulará os casos em que, por razão de parentesco ou de segredo profissional, não se estará obrigado a prestar declarações sobre factos presumivelmente delituosos.

Dentro dessa perspectiva, foram concebidos na Espanha diversos instrumentos legislativos que reformularam não apenas o processo judicial tradicional, mas principalmente o acesso à Justiça por outras vias além e fora do Poder Judiciário. É isso que será tratado no próximo item.

## **O desenvolvimento do sistema de Justiça Multiportas**

Dentro desse movimento de renovação processual, o ordenamento jurídico espanhol foi incorporando, ao longo dos últimos anos, mecanismos alternativos de solução dos conflitos (*MASC*), tanto de carácter autocompositivo – tais como a mediação, conciliação e negociações diretas – quanto de carácter heterocompositivo – como a arbitragem.

A tecnologia se fez presente nessa evolução, pois muitos desses mecanismos alternativos – também conhecidos como *Alternative Dispute Resolution (ADR)* – se materializaram por meio o uso de ferramentas *online* de resolução de disputas, conhecidas como *Online Dispute Resolution (ODR)*, desenvolvendo-se, então, em ambiente virtual, com o uso da Internet.

Todo esse conjunto de métodos extrajudiciais de solução de conflitos abriu um leque diversificado de possibilidades para que o jurisdicionado espanhol pudesse buscar a tutela efetiva de seu direito, não se restringindo ao simples acesso ao Poder Judiciário. Dessa forma, concretizou-se, de forma bastante efetiva, o direito de ação preconizado no artigo 24 da Constituição Espanhola e nos documentos internacionais (Carta da ONU, Convenção Europeia de Direitos Humanos etc.).

Pode-se mesmo afirmar, como o faz BELLOSO MARTÍN (2019, p. 2), que se criou uma espécie de *Justiça Integral*, ou seja,

Una forma de buscar canalizar la mejor opción para que el ciudadano pueda gestionar su conflicto según el procedimiento más idóneo según el tipo o matices principales que lo definan. Una justicia que fomenta la libertad (de elección), la autonomía de las partes, la cultura de la paz (huyendo de la confrontación adversarial).

Tais características se fazem cada vez mais presentes não só na doutrina espanhola, mas também em sua legislação, valendo destacar, nesse particular aspecto, o Preâmbulo da Lei 24, de 2018, da mediação da Comunidade Valenciana (2018):

El derecho de acceso a la justicia es un derecho fundamental e indispensable para la garantía y protección de los demás derechos, ya sea a través de procesos jurisdiccionales, de todos aquellos procedimientos orientados a tratar o prevenir conflictos o de la labor de órganos no jurisdiccionales, como, entre otros, las instituciones nacionales de derechos humanos, los organismos de igualdad y los defensores del pueblo.

Existen muchos conflictos que no llegan a los tribunales y se resuelven por otras vías. Así, por ejemplo, todas las que se pueden encontrar dentro de los denominados métodos alternativos de solución de conflictos (MASC), resolución alternativa de litigios (RAL) o métodos alternativos de resolución de conflictos (MARC o ADR, por su acrónimo en inglés), que incluyen vías alternativas como la mediación, la negociación, la conciliación, el derecho colaborativo y el arbitraje.

Observa-se, portanto, que o sistema jurídico espanhol está construindo, gradualmente, com os mecanismos de Justiça Integral, um autêntico sistema de

Justiça Multiportas (*Multidoor Justice System*), em vista de suas características. São procedimentos ágeis, mais rápidos que os processos que tramitam nos Tribunais, e que priorizam a liberdade de escolha do cidadão, que pode eleger o meio mais apropriado para a busca de suas pretensões, valorizando e reforçando, assim, a sua autonomia de vontade.

Ademais, esses procedimentos não trabalham com a imposição da consequência jurídica derivada do inadimplemento, mas sim com o desenvolvimento da escuta, do diálogo, da comunicação. Muda-se o paradigma do tratamento dos conflitos: do paradigma adversarial para o paradigma do consenso.

Ao darem mais autonomia para as partes, os mecanismos extrajudiciais de resolução dos conflitos favorecem o senso de autorresponsabilidade das partes, ao colocá-las no centro da gestão do conflito, pois elas assumem um papel de protagonismo na construção da solução, diferentemente da arena judicial, onde teriam uma postura de maior passividade, tendo em vista que a solução seria dada pelo Estado-juiz, de forma impositiva (sentença).

Trata-se, assim, de realçar mecanismos de resolução de controvérsias que favorecem o chamado *win-win*, sem prejuízo, claro, de se facultar às partes o acesso ao Poder Judiciário, caso os meios alternativos de resolução das demandas não sejam suficientes para a resolução dos conflitos de interesses.

## **A JUSTIÇA RESTAURATIVA**

### **A falência do sistema prisional e o surgimento da Justiça Restaurativa**

Em nível mundial, observou-se que o sistema carcerário não ressocializa os condenados ao convívio em sociedade. Muito pelo contrário, diante de problemas diversos, tais como precária infraestrutura dos presídios, superlotação etc., o que acaba ocorrendo, em boa parte dos casos, é o efeito contrário daquilo que desse sistema se esperaria, ou seja: aumento dos índices de criminalidade dos condenados que passam parte do tempo de cumprimento da pena em regime fechado ou semiaberto.

A busca por alternativas a tal sistema vem sendo objeto de intenso debate na sociedade, de que são exemplos o incentivo à criação de penas e medidas alternativas à pena privativa de liberdade – tais como as penas restritivas de direitos, multa etc. –

criação de acordos de colaboração premiada, acordos de não persecução penal, transação penal, suspensão condicional do processo etc.

Particularmente no sistema jurídico espanhol tem se trabalhado bastante com a ideia de Justiça Restaurativa, que é definido por BELLOSO MARTÍN nos seguintes termos (2010, p. 6):

La justicia restaurativa es todo proceso en que la víctima, el delincuente y, cuando proceda, cualquier otra persona o miembro de la comunidad afectados por el delito participen conjuntamente, de forma activa, en la resolución de cuestiones derivadas del delito, en general, con la ayuda de un mediador o facilitador. La finalidad: la reparación, la restitución y el servicio a la comunidad.

De logo se percebe as vantagens da Justiça Restaurativa sobre o tradicional sistema de punição penal estatal, uma vez que a Justiça Restaurativa dá ao acusado a oportunidade de reparar o dano mediante aceitação de sua responsabilidade, enquanto a justiça penal inevitavelmente determina a imposição de um castigo. Além disso, a Justiça Restaurativa proporciona uma participação ativa da vítima na recomposição do dano causado pelo crime, recolocando-a em posição central na esfera penal.

Assim como no caso do direito de acesso à Justiça, onde vimos a influência dos documentos internacionais atuando sobre o ordenamento jurídico espanhol de modo a fazer com que esse direito ganhasse *status* de direito fundamental, também no caso da Justiça Restaurativa observa-se fenômeno semelhante. Ou seja, vemos diretivas internacionais influenciando o ordenamento jurídico espanhol no desenvolvimento de medidas de Justiça Restaurativa.

Na Europa criou-se o Fórum Europeu para a Justiça Restaurativa – *European Forum for Restorative Justice (EFRJ)* – definida como (2022):

Uma organização de rede internacional que conecta membros ativos no campo da justiça restaurativa como profissionais, acadêmicos e formuladores de políticas em toda a Europa e além. [...] Nosso foco principal é a aplicação da justiça restaurativa em questões criminais, mas outras áreas, como família, escola e mediação comunitária, não são excluídas.

O EFRJ não defende nenhum modelo de “melhor prática” de justiça restaurativa, mas reconhece que a justiça restaurativa é uma abordagem em evolução. No entanto, é essencial que qualquer serviço restaurador se baseie em valores e princípios restauradores centrais e siga os padrões de boas práticas.

A irradiação das boas práticas de Justiça Restaurativa, no ordenamento jurídico espanhol, por meio das instituições europeias, também foi identificada por REVESADO (2019, p. 142):

Por lo tanto em Europa, mientras que los países de tradición anglosajona la resolución de conflictos por acuerdo entre las partes es parte de su cultura jurídica por influencia del sistema americano, las iniciativas de justicia restaurativa en el resto de países europeos está aumentando considerablemente gracias al impulso dado desde las instituciones europeas.

É interessante observar, nesse contexto, que o próprio Fórum Europeu reconhece que o conceito de Justiça Restaurativa não é estático, mas sim dinâmico, em evolução, cujas melhores práticas devem seguir determinados valores e princípios, os quais são determinantes no âmbito espanhol, como se verá em seguida.

### **Mediação penal na Espanha**

O instrumento que tem sido adotado para dar impulso à Justiça Restaurativa na Espanha é a mediação penal, que apresenta vários benefícios para todos os sujeitos envolvidos.

Com efeito, BELLOSO MARTÍN aponta que (2010, p. 8), através da mediação, dentre outros benefícios: (a) a vítima obtém a reparação do dano sofrido, transforma o medo e insegurança em confiança, além de manter a sua intervenção no processo; (b) para o acusado: favorece sua reinserção, já que implica um aspecto educativo, assume a responsabilização pela conduta infratora, previne a escalada de conflito, e aprende a ter atitude de empatia; (c) a sociedade civil tende a reconstruir a paz social, aumenta seu protagonismo, controla o aumento da população carcerária e incrementa a confiança na administração da justiça penal.

A mediação penal é guiada por determinados princípios, de acordo com a mesma autora (2010, p. 9). São eles: (a) a voluntariedade, ou seja, a participação deve vir de forma não impositiva; (b) a gratuidade; (c) a confidencialidade, de modo que o juiz não terá conhecimento do processo, exceto o que tiver sido acordado na ata de acordo; (d) a oficialidade, ou seja, o envolvimento dos órgãos de Justiça Estatal no procedimento; (e) a flexibilidade, quanto a prazos e conclusão do procedimento; (f) a bilateralidade, isto é, o diálogo e a participação ativa de todos os sujeitos envolvidos

no fato criminoso (autor e vítima), com a intervenção do mediador designado para o caso.

Observa-se, assim, que a mediação penal segue, em linhas gerais, as mesmas características que circundam a mediação na esfera cível.

Dá-se prevalência à autonomia das partes não só para iniciar o procedimento, mas também para conduzi-lo de forma mais flexível quanto à ritualística processual de prazos. Observa-se também o dever de confidencialidade e a necessidade de o procedimento ser menos oneroso – daí vem a gratuidade.

Nota-se, contudo, que a mediação penal deve necessariamente observar a oficialidade, ou seja, deve haver uma chancela do Poder Judiciário para que ela produza efeitos, diferentemente do que ocorre na mediação cível, que pode ser realizada não apenas dentro do processo judicial ou com a chancela do Poder Judiciário (caso ocorra em ambientes extrajudiciais), mas também totalmente fora dele, mediante acordos privados com o auxílio de um mediador.

Isso ocorre devido ao fato de a mediação penal envolver matéria criminal, em que subsiste um interesse público relevante para que haja a intervenção obrigatória do sistema de justiça estatal participando formalmente do procedimento, ainda que a decisão final, no âmbito da Justiça Restaurativa, não redunde na imposição de uma pena por parte do Estado.

BELLOSO MARTÍN discorre (2010, p. 10-17) sobre as possíveis áreas da esfera penal em que a mediação pode ser utilizada. Da perspectiva legislativa, a mediação penal tem sido aplicada em casos de infrações praticada por menores e no sistema penitenciário.

Particularmente no que tange à mediação penal de menores, REVESADO destaca (2019, p. 142) que a primeira vez em que se incorporou à legislação espanhola os princípios da justiça restaurativa se deu por meio da Lei Orgânica de Responsabilidade Penal do Menor, publicada em 12 de janeiro de 2000.

Por outro lado, remanescem áreas controvertidas para a sua aplicação concreta, tais como os casos envolvendo pessoas reincidentes, delitos de perigo (em que não há vítimas determinadas, como os crimes contra a saúde pública), delitos de atentado e delitos de violência doméstica e de gênero.

Particularmente nessa última área, BELLOSO MARTÍN refuta a aplicação das práticas de Justiça Restaurativa naqueles casos em que há uma “prolongada história de agressões, maus tratos e dominação por parte do homem sobre sua (ex) consorte

feminina” (2010, p. 15), podendo, contudo, ser aplicada em situações em que há episódios esporádicos e isolados de agressão, mas desde que se tomem algumas precauções, referentes sobretudo à segurança da vítima e ao tratamento psicológico que eventualmente tenha que ser dado ao autor da infração penal.

Torna-se ainda necessário, nesse contexto, que a situação conflitiva ocorrida no bojo da violência doméstica seja objeto de uma análise prévia por uma equipe técnica especializada e multidisciplinar (psicólogos, promotores de Justiça etc.), que avaliem com cuidado a situação, a fim de aferir os reais benefícios e ônus oriundos da aplicação de práticas de Justiça Restaurativa.

De se ressaltar, também, que a mediação penal ainda está em franca positividade no sistema jurídico espanhol, como alerta BELLOSO MARTÍN (2010, p. 17):

No hay que olvidar que la mediación penal no está regulada em el ordenamiento jurídico español. Es más, algunas de las referencias que se hacen sobre la misma es para prohibirla, como em la Ley de Protección Integral de la Violencia de género. [...] Como hemos visto, sólo está regulada y admitida em la Ley de Responsabilidad del Menor.

Posteriormente a 2010, informa REVESADO que algumas leis introduziram mudanças significativas no ordenamento jurídico-penal espanhol, autorizando a mediação em diversos contextos (2019, p. 143):

El 1 de julio de 2015 entraron en vigor varias reformas legislativas haciendo menciones específicas a la mediación. Así el artículo 84.1 del Código Penal introduce expresamente la mediación penal en el derecho de adultos. El artículo 21.5 considera circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal, la reparación o disminución del daño causado y el artículo 130.5 prevé como causa de extinción de la responsabilidad criminal el perdón del ofendido, que se puede alcanzar a través de la mediación.

Não obstante esses desafios de compatibilização da mediação penal para certos tipos de crimes, e da falta de uma regulação mais detalhada da mediação penal no direito positivo espanhol (apesar da evolução apresentada nos últimos dez anos), observa-se, de maneira geral, que as práticas da Justiça Restaurativa na Espanha, nos casos em que é passível de aplicação, como nas condutas infratoras praticadas por menores, conservam a maioria dos princípios informativos que orientam o sistema de Justiça Multiportas espanhol, ampliando o acesso à Justiça de maneira complementar ao sistema de Justiça Estatal, e criando-se, portanto, mais um canal de

diálogo e comunicação para que os efeitos do fato criminoso sejam tratados diretamente entre as partes envolvidas.

O contexto jurídico espanhol permite afirmar, aliás, que a mediação não é um simples meio *alternativo* de solução de conflitos, mas sim um meio *adequado* de solução de conflitos, inserido dentro de um catálogo de possibilidades que se oferece ao jurisdicionado, como afirmado por REVESADO (2019, p. 147):

La mediación no debe ser considerada como medio alternativo de resolución de conflictos sino, como señala Doña Ana María Carrascosa Miguel, debe ser parte de un catálogo de posibilidades que se ofrezcan al ciudadano.

Tal afirmação está em linha com o sistema de Justiça Multiportas espanhol, em que se percebe que, para determinados tipos de conflitos, há uma relação de *complementaridade* entre as diversas possibilidades de solução, cabendo ao interessado a escolha daquela que ele visualizar como sendo a mais apta para tutelar seus direitos.

## **OS DESAFIOS PARA CONSOLIDAR A JUSTIÇA RESTAURATIVA SOB AS LENTES DO SISTEMA DE JUSTIÇA MULTIPORTAS ESPANHOL**

Estabelecidas as principais características da mediação penal e suas interações no sistema de Justiça Penal espanhol, cabe agora traçar os principais desafios para fazê-la um efetivo instrumento de fortalecimento não apenas do acesso à Justiça daquele país, mas também para torná-la viável do ponto de vista do paradigma do conflito que há no Direito Penal.

### **A difusão da mediação penal**

Quando se pensa em fortalecimento do sistema de Justiça Multiportas espanhol, no particular âmbito penal, o primeiro grande desafio que se apresenta para a consolidação da Justiça Restaurativa é, paradoxalmente, de caráter não jurídico.

Trata-se de irradiar o conhecimento da própria existência desses métodos consensuais para a população em geral. Ou seja, é indispensável que a população seja instada a conhecer tais mecanismos, proporcionando-se a indispensável educação para o exercício dos direitos.

Assim como ocorre com os métodos alternativos de solução das controvérsias na esfera cível, muitos jurisdicionados ainda preferem recorrer diretamente ao Poder Judiciário por desconhecimento da existência de alternativas que podem solucionar suas demandas de forma muito mais célere e efetiva.

Nesse sentido se posiciona BELLOSO MARTÍN (2010, p. 18), que aponta a necessidade de os cidadãos conhecerem em que consiste a mediação penal, as suas vantagens e inconvenientes e, a partir da assimilação dessas informações, decidem se submetem ou não ao procedimento de mediação.

Cabe, portanto, não só ao Estado propriamente dito, mas também à própria sociedade civil, através de seus diferentes atores – meios de comunicação de massa, operadores do Direito, faculdades de ensino jurídico – disseminar a informação da existência de meios de solução de conflitos, devidamente institucionalizados, capazes de propiciar a adequada resolução de conflitos também na esfera penal.

### **Fortalecimento institucional**

Porém, além da difusão do instrumento na população, é indispensável a criação de instrumentos que a fortaleçam enquanto instituição.

Como dito anteriormente, o fato criminoso atinge uma esfera de valores distinto daquele albergado por conflitos na esfera cível, o que faz com que a oficialidade seja uma característica marcante da Justiça Restaurativa em âmbito espanhol.

Nesse contexto, torna-se indispensável a positivação das práticas de Justiça Restaurativa, em leis que expressamente a prevejam, até para dar cumprimento ao princípio da legalidade que vige de maneira ainda mais reforçada nessa esfera penal.

Para além disso, é preciso igualmente reforçar os órgãos e instituições ligados à Justiça Restaurativa, dentro justamente da perspectiva do sistema de justiça como um sistema de Justiça Multiportas. Como afirma BELLOSO MARTÍN (2010, p. 18):

Sería conveniente la creación de Oficinas de Resolución de Conflictos –ORC- y la configuración de la sede de los Juzgados como Tribunales “multipuertas”, es decir, en la propia sede de los tribunales, esta ORC pudiera informar al ciudadano de los servicios que tiene a su disposición para la resolución de sus conflictos, según las características que presentaran: el arbitraje, el proceso y la mediación.

Não é outro o pensamento de REVESADO, que enfatiza, juntamente com o fortalecimento institucional, a questão da gratuidade como elemento-chave para incentivar o uso da mediação penal (2019, p. 147):

El acceso a la justicia penal para cualquier ciudadano es gratuito y será necesario articular una serie de mecanismos para llevar a efecto una mediación penal gratuita para las partes y retribuida para los mediadores. Por lo tanto, es perentorio contar con apoyo institucional para continuar prestando el servicio. Los organismos públicos, tanto a nivel estatal, como autonómico o local, deben ser conscientes de que la mediación penal debe ser retribuida por su función pacificadora pues esa paz revierte directamente en la Sociedad en la que vivimos.

O reforço institucional da Justiça Restaurativa espanhola é, assim, a contrapartida lógica da proibição da mediação penal privada. Ora, se o Estado se obrigou a incentivar a Justiça Restaurativa como meio complementar de resolução dos conflitos penais, torna-se então necessário que ele capacite suas instituições a darem a resposta adequada e efetiva também por esse canal de solução dos conflitos.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O ordenamento jurídico espanhol deve oferecer soluções adequadas para que o acesso à Justiça se desenvolva de forma abrangente, de modo a não apenas garantir a resposta à resolução dos problemas, mas que essa resposta atenda de forma mais completa possível aos anseios da população, dos jurisdicionados.

Na Espanha, o sistema de justiça estatal também vem se tornando, assim como o sistema brasileiro, cada vez mais incapaz de atender aos reclamos de uma justiça ágil, tempestiva e efetiva.

Diante desse cenário, foram sendo desenvolvidos mecanismos de solução alternativa de conflitos, como a mediação, conciliação, arbitragem, negociações diretas etc., que complementam o acesso ao Poder Judiciário, e fazem com que na Espanha, hoje, vigore um autêntico sistema de Justiça Multiportas.

Ao cidadão é possível a escolha do meio mais adequado para tratar seu conflito de interesses, prestigiando sua autonomia de vontade, facilitando a solução de controvérsias, descongestionando o Poder Judiciário espanhol e concretizando, na prática, o direito de acesso à Justiça preconizado em diferentes documentos internacionais e também proclamado na própria Constituição Espanhola.

O sistema de Justiça Multiportas deu ensejo, igualmente, ao surgimento de práticas de Justiça Restaurativa na esfera penal, fazendo com que novos instrumentos de resolução dos conflitos penais se desenvolvessem, como a mediação penal, objeto desse estudo.

Verificou-se, através da presente pesquisa, que novos institutos processuais podem exercer um papel fundamental para reparar o dano causado pelo crime, dentro de uma ótica jurídica que proteja valores considerados essenciais pela sociedade, como aqueles ligados à restauração da ordem social através do empoderamento das próprias partes envolvidas no crime na reparação do dano.

Pode-se, inclusive, afirmar que as práticas de Justiça Restaurativa põem em evidência um processo de mudança de paradigma da resposta penal à delinquência, que, de um modelo fundado essencialmente na imposição estatal de um castigo (penal), passa a admitir também (e conviver com) um modelo fundado na autonomia das partes, no consenso, no diálogo, que repare o dano de uma forma não adversarial.

Identificou-se, assim, que a Justiça Restaurativa espanhola, com o uso da mediação penal, adequa-se ao sistema de Justiça Multiportas daquele país ibérico, ao ter como características marcantes a voluntariedade, a oficialidade, a gratuidade, a flexibilidade etc., que também são princípios que informam o modelo de Justiça Integral na área cível.

Contudo, ainda há desafios para que a Justiça Restaurativa aumente sua eficácia no ordenamento jurídico espanhol, dentre os quais se destacam a disseminação da informação sobre a existência de práticas de Justiça Restaurativa na população e o fortalecimento institucional das entidades ligadas a tais práticas.

Dentro dessa perspectiva, percebe-se a importância do estudo do Direito vivenciado em outros países, cuja experiência pode servir de referência para aprimorar as instituições no próprio ordenamento jurídico brasileiro.

Propõe-se, assim, que mais estudos sejam feitos dentro dessa visão mais holística e integral do fenômeno jurídico, abrangendo, inclusive, a experiência vivenciada em ordenamentos jurídicos estrangeiros, a fim de que a sociedade veja no Direito um instrumento eficaz para conciliar os objetivos de garantir o acesso à Justiça com aqueles alinhados aos seus anseios por uma reparação adequada dos efeitos do crime, dando concretude, destarte, aos valores emanados da Carta Constitucional e dos documentos internacionais de proclamação dos direitos humanos.

## REFERÊNCIAS

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Trad. Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

BELLOSO MARTÍN, Nuria. El derecho de acceso a la “justicia integral”: ¿un nuevo derecho ciudadano? In: PINHO, Humberto Dalla Bernardino; HILL, Flavia Pereira (Organizadores). **Diálogos sobre o Código de Processo Civil: críticas e perspectivas**. Santa Cruz do Sul (Brasil), Editora Essere Nel Mondo (E-Book), 2019, p. 241-270.

BELLOSO MARTÍN, Nuria. El paradigma conflictivo de la penalidad. La respuesta restaurativa para la delincuencia. **Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho**, n. 20, 2010, p. 1-20.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. 22. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2020.

COMUNITAT VALENCIANA. **Ley 24/2018, de 5 de diciembre, de mediación de la Comunitat Valenciana**. Disponível em: [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-966](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-966) Acesso em: 14 jun. 2022.

ESPAÑA. **Constitución Española**. Disponível em: [https://boe.es/biblioteca\\_juridica/codigos/abrir\\_pdf.php?fich=387\\_Constitucion\\_Espanola\\_Constituicao\\_Espanhola.pdf](https://boe.es/biblioteca_juridica/codigos/abrir_pdf.php?fich=387_Constitucion_Espanola_Constituicao_Espanhola.pdf) Acesso em: 8 maio 2022.

FIORI, Ariane Trevisan. Os Direitos Individuais e a Intervenção Corporal: A necessária releitura constitucional como forma de efetivação dos direitos fundamentais. **Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito**. Manaus, 2006. Disponível em: [http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/manaus/hermeneutica\\_ariane\\_trevisan\\_fiori.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/manaus/hermeneutica_ariane_trevisan_fiori.pdf) Acesso em: 7 maio 2022.

REVESADO, Sonia Rebollo. La mediación penal en España, Castilla y León y Salamanca. Familia. **Revista de Ciencia y Orientación familiar**, n. 57, p. 139-148, 2019.

THE EUROPEAN FORUM FOR RESTORATIVE JUSTICE (EFRJ). **Our mission**. Disponível em: <https://www.euforumrj.org/en/our-mission> Acesso em: 14 jun. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia**. Disponível em: [https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_pt.pdf](https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf) Acesso em: 8 maio 2022.

**Capítulo 9**

**A EXPANSÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NO  
BRASIL: DESAFIOS PARA O DESENVOLVIMENTO  
DE PROGRAMAS RESTAURATIVOS**

*Ariane Trevisan Fiori*

*Andrea Tourinho Pacheco de Miranda*

## **A EXPANSÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NO BRASIL: DESAFIOS PARA O DESENVOLVIMENTO DE PROGRAMAS RESTAURATIVOS**

***Ariane Trevisan Fiori***

*Advogada, Professora do PPGD/Unesa, Mediação Penal e Penitenciária pela Associação Espanhola de Mediação. Mestre em Direito pela Unisinos/RS, Doutora em Direito pela Universidade Estacio de Sá com bolsa sanduíche na Universidade Federal do Paraná, Pos-doutoranda pela Universidade de Burgos/Espanha*

***Andrea Tourinho Pacheco de Miranda***

*Mestre em Direito (Universidade Federal de Pernambuco). Doutoranda em Direito pelo PPGD da Universidade de Buenos Aires. Doutoranda em Direito pelo PPGD da Universidade Estácio de Sá- RJ. Professora de Direito penal da Universidade do Estado da Bahia (UNEB). Defensora Pública.*

### **RESUMO**

O presente artigo tem como objetivo traçar um breve panorama da trajetória da justiça restaurativa no Brasil, apontando os modelos e práticas adotadas, bem como os desafios a serem enfrentados nos próximos anos. Nesse sentido, a justiça restaurativa deve se expandir para ocupar espaços em processos que possam abranger a criminalidade estereotipada como a grave, apenada com prisão, que é a criminalidade tradicional contra o patrimônio (sobretudo para alcançar crimes de furto e roubo simples e qualificado), tráfico de drogas, lavagem de dinheiro, crimes contra a dignidade sexual, que constituem o objeto do hiper encarceramento contemporâneo de homens e mulheres, para, dessa maneira, impactar o encarceramento e reagir ao paradigma punitivo

**Palavras-chave:** Justiça restaurativa; Brasil; Modelos e práticas; Desafios.

### **ABSTRACT**

This article aims to provide a brief overview of the trajectory of restorative justice in Brazil, pointing out the model and practices adopted, as well as the challenges to be faced in the coming years. In this sense, restorative justice should expand to occupy spaces in processes that can cover stereotyped crime as serious, punishable by

imprisonment, which is the traditional crime against property (especially to reach crimes of simple and qualified theft and robbery), drug trafficking, money laundering, crimes against sexual dignity, which are the object of contemporary hyperincarceration of men and women, in order to, in this way, impact incarceration and react to the punitive paradigm

**Keywords:** Restorative justice; Brazil; Models and practices; Challenges

## INTRODUÇÃO

A justiça restaurativa é um tema que a cada dia se torna importante nas discussões nos Tribunais, meio acadêmico, sociedade civil, escolas, entre outros, estando presente na pauta do dia, e vem crescendo desde seu reconhecimento dentro do sistema de justiça, com a implementação da Resolução 225 de 2016, pelo Conselho Nacional de Justiça, que introduziu a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário Brasileiro, bem como estabeleceu a Resolução 309/2019, o artigo 28-A, dispondo como dever de todos os Tribunais do País, a criação de um órgão de macrogestão de justiça restaurativa, para difusão dessa prática, como política pública.

Apesar de não termos ainda uma legislação Processual Penal sobre o tema, alguns dispositivos internacionais, como a Resolução 2002/12, que normatizou a justiça restaurativa, estabelecendo conceitos, princípios e critérios de aferição de programas e práticas.

O processo de construção dessa diretiva remonta a 1999, quando editada a Resolução n. 26, do Conselho Econômico e Social (ECOSOC, 1999), sobre mediação e práticas restaurativas no sistema de justiça criminal. No Brasil, a Resolução 225 de 2016, instituída pelo Conselho Nacional de Justiça, foi o primeiro instrumento regulador no sistema de justiça a fazer referência à justiça restaurativa, estimulando a prática principalmente nos Tribunais de Justiça de todo o Brasil, embora já existissem projetos de justiça restaurativa, pioneiros.

A referida Resolução 225/2016 do CNJ, nos permitiu obter uma base sólida para desenvolver práticas restaurativas, pois seus princípios já norteiam as diretrizes que incentivaram a idealização de projetos de justiça restaurativa em todo o Brasil, em Tribunais de Justiça, escolas ou projetos de mediação comunitária, com escopo

de prevenir a violência e difundir a cultura de paz. Atualmente tramita trâmite o Projeto de Lei n. 2.976, de 2019, na Câmara dos Deputados do país, que pretende inserir no ordenamento jurídico processual penal a referida matéria.

Podemos verificar no âmbito da justiça juvenil, alguns dispositivos normativos sobre justiça restaurativa, como a Lei 12.594 de 2012 (Lei do SINASE), que no art. 35, II e III, faz menção à autocomposição de conflitos e a práticas e medidas restaurativas. No entanto, esta lei limita-se a fazer referência à justiça restaurativa, sem efetivamente regulamentar de que forma deverá ser aplicada e sem trazer outros elementos sobre o tema (por exemplo, quais são os princípios básicos sobre os quais se assenta a justiça restaurativa).

Atualmente, o desenvolvimento da justiça restaurativa e da cultura de paz, em nosso ordenamento jurídico está em fase de expansão, propiciando um novo olhar para que se possa encarar os conflitos na esfera penal, de uma maneira mais humanizada, a partir de um momento dialógico, quando se busca ouvir as queixas das vítimas e seus ofensores, promovendo, assim, a aproximação entre ambos, suas famílias e a comunidade a que pertencem, tudo isso para se chegar a um acordo que promova o entendimento entre as partes.

## **DESENVOLVIMENTO E MODELOS DE JUSTIÇA RESTAURATIVA ADOTADOS NO BRASIL**

Em matéria de justiça restaurativa juvenil, a mudança de paradigma punitivista para o restaurativo se materializa na Estratégia Nacional de Alternativas Penais – ENAPE, instituída pela Portaria n. 2.594, de 24.11.2011, do Ministro da Justiça. Segundo o art. 3º deste Projeto de Lei que cria o SINAPE, as alternativas penais têm por finalidade: I – o incentivo à participação da comunidade e da vítima na resolução de conflitos; II – a responsabilização da pessoa submetida à medida e a manutenção do seu vínculo com a comunidade, com a garantia de seus direitos individuais e sociais; e III – a restauração das relações sociais.

Dessa forma, com as mudanças apresentadas neste documento, a Coordenação Geral de Alternativas Penais – CGAP estabeleceu um Acordo de Cooperação com o Conselho Nacional de Justiça – CNJ, tendo por objetivo a ampliação da aplicação de alternativas penais, com enfoque restaurativo, em substituição à privação de liberdade,

No Brasil, a justiça restaurativa nasceu nas escolas, e teve no “Projeto Jundiaí”, suas primeiras linhas. O referido projeto, partiu da ideia de implementar a justiça restaurativa na América Latina, tendo sido formado por uma equipe de cientistas conhecidos pelo pseudônimo coletivo ‘Talcott’, <sup>173</sup>de abordagem normativa de problemas cuja solução deve ser buscada não através de foco exclusivo em violações a regras, mas em danos a pessoas e relacionamentos. Esse projeto ocorreu na cidade de Jundiaí (SP), sendo composto por entidades comunitárias, professores e administradores de escolas públicas, sob a coordenação de uma equipe multinacional de pesquisadores, consultores e educadores, escolas, famílias, comunidades, que compartilhariam responsabilidades na implementação dos programas; os componentes do experimento, dentre os quais a justiça restaurativa.

Uma das características da Justiça Restaurativa está em olhar para o conflito de uma forma totalitária e interligada de alguma forma com todos os envolvidos, como um grande círculo, onde exista respeito, empatia e responsabilidade mútuas. Nesse sentido, fica impossível excluir qualquer pessoa quando surge a situação problema, devendo ser trabalhado o conflito existente através de responsabilidades coletivas e individuais.

Com o olhar restaurativo, percebe-se que o fato de infligir dor, punição ou vingança, como reação a uma ofensa, não produzirá a sensação de satisfação almejada, embora seja essa a falsa ideia transmitida através do sistema penal retributivo. O sistema punitivo atual é fundamentado na dor do outro. “Não gostamos de dor e vingança e certamente não queremos ser vistos como a pessoa que inflige a dor, e, portanto, escondemos e encobrimos o fato. No entanto, é isso que fazemos ao fazer “justiça”. Infligimos dor como resposta ao crime (ZEHR, 2015, p. 81).

Nesse “círculo” submergido pela situação problema, ofensor, vítima, famílias e encontram-se para, a partir do diálogo, da empatia e da reflexão, com o objetivo de buscarem novas atitudes diante do erro cometido, com reconhecimento de todos os atos, tendo a oportunidade de expor seus sentimentos e oferecerem a reparação do dano causado à vítima e à comunidade. A Justiça Restaurativa se constitui a partir de práticas com distintas metodologias, já sendo desenvolvidas no Brasil, sendo que essas metodologias podem ser utilizadas num mesmo caso, a depender da

---

<sup>173</sup> Cf. SCURO NETO, 2019.

especificidade e necessidade observadas pelos facilitadores, em cada caso. São assim especificadas:

CÍRCULOS<sup>174</sup>: Essa prática teve início em comunidades aborígenes do Canadá, e se estabelece a partir de alguns elementos que configuram o seu método: - Os participantes devem se sentar em círculo. Um objeto chamado “bastão de fala” é passado de forma também circular, por todos os membros do grupo e tem a fala quem está de posse deste objeto, garantindo-se, assim, que todos tenham direito à fala; - O grupo é iniciado com a construção do círculo a partir de valores que integram o grupo, como o respeito, a sinceridade, a escuta.

O facilitador poderá fazer uma primeira dinâmica com o bastão para que todos expressem os valores que consideram importantes; - São convidados a este método, além das partes diretamente envolvidas, familiares, pessoas de confiança das partes que possam contribuir para a resolução, profissionais de políticas públicas relevantes para cada caso, dentre outras instituições e pessoas da comunidade; - O círculo é realizado a partir da elaboração de questões pelo facilitador, a serem expressas individualmente pelos integrantes do círculo.

Podemos verificar o crescente aumento dos círculos de construção de paz, em diversos seguimentos da sociedade, como a adoção dos círculos restaurativos entre crianças e adolescentes no convívio escolar, método que possibilita desde cedo a adoção da comunicação não violenta e a utilização da prática do círculo restaurativos, que é uma modalidade de prática da Justiça restaurativa. Essa metodologia vem dando bons resultados nas escolas, onde crianças e adolescentes, aprendem a importância da responsabilização das suas ações, em correlação à solução conflitante e a estruturação de crescimento com bases saudáveis para as crianças e os adolescentes, vez que a escola é um lugar onde muitas relações conflitantes carecem em serem resolvidas.

De acordo com Kay Pranis (2010) o formato espacial do círculo simboliza liderança partilhada, igualdade, conexão e inclusão, promovendo a responsabilidade e participação de todos. Os círculos de construção de paz possibilitam o encontro entre pessoas, criam ou fortalece. O Círculo de construção de paz é um encontro entre pessoas diretamente envolvidas em uma situação de violência ou conflito, seus familiares, seus amigos e a comunidade. Este encontro, orientado por um

---

<sup>174</sup> Cf. Manual de Gestão para Alternativas Penais: Práticas de Justiça Restaurativa. DEPEN, 2017, p. 12

coordenador, segue um roteiro pré- determinado, proporcionando um espaço seguro e protegido onde as pessoas podem abordar o problema e construir soluções para o futuro.

O procedimento como um todo se divide em três etapas: o pré-círculo (preparação para o encontro com os participantes); o círculo (realização do encontro propriamente dito) e

o pós-círculo (acompanhamento). O Círculo não se destina a apontar culpados ou vítimas, nem a buscar o perdão e a reconciliação, mas a percepção de que nossas ações nos afetam e afetam aos outros, e que somos responsáveis por seus efeitos.<sup>175</sup>

Os Círculos promovem compreensões recíprocas – ainda que os interessados estejam representados por advogados, que também são convidados para participar do procedimento – e de terceiros atingidos pelo conflito. Há círculos menos complexos (celebração, diálogo, aprendizado, construção de senso comunitário, compreensão) e mais complexos (reestabelecimento/apoio, conflito, tomada de decisão, reintegração). Práticas restaurativas são utilizadas em ambiente socioeducativo, através de programas que realizem medidas protetivas, favorecendo ambientes de diálogo.

A organização não governamental Terre des Hommes Lausanne no Brasil (2013), assinala em seu manual de execução de medidas socioeducativas em meio aberto, que o enfoque restaurativo, significa, entre outras coisas, a adoção por parte dos profissionais do atendimento socioeducativo, que deve se estender para os do sistema de justiça, das escolas, da comunidade. Nesse sentido, a adoção de uma postura norteada pelos princípios e valores da Justiça Restaurativa, bem como o desenvolvimento de práticas restaurativas para o tratamento positivo de conflitos e violências, apresentam-se como um potencializador do educar, permitindo a consolidação de uma cultura de paz concretizada com espaços seguros, já que as práticas restaurativas em âmbito escolar são práticas de cuidado, uma vez que tudo necessita de cuidado para continuar existindo. Elas representam uma relação de amor (com o outro, com o ambiente, com o espaço físico).<sup>176</sup>

---

<sup>175</sup> In: Justiça para o Século 21. Disponível em <http://justica21.web1119.kinghost.net/j21.php?id=129&pg=0#.XpC1Qv1KjIV>) 6 PRANIS, Kay. Processos Circulares. Teoria e Prática. Série da reflexão a prática. Trad. Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athenas, 2010.

<sup>176</sup> TERRE DES HOMMES, 2013, p. 20.

Dominic Barter<sup>177</sup> desenvolveu os Círculos Restaurativos, como uma prática de justiça restaurativa no Rio de Janeiro, em meados dos anos 90, com o objetivo em reduzir o nível de violência nas favelas. Depois de resultados de sucesso, a abordagem começou a ser utilizada. Merecem registro algumas experiências de justiça restaurativa no Brasil, mas que foram implementadas com um menor grau de institucionalidade, a exemplos das Escolas de Perdão e Reconciliação (ESPERE), difundidas em espaços comunitários da Igreja Católica, como as Comissões de Justiça e Paz das Pastorais Sociais nas décadas do século XXI, e os experimentos de Dominic Barter com comunicação não violenta (CNV) nas favelas do Rio de Janeiro, que datam dos anos 1990.<sup>178</sup>

Em várias situações e no Brasil, essa técnica vem sendo experimentada em alguma escola, demonstrada através de pesquisas, onde os círculos restaurativos são eficazes no combate ao bullying.

**CONFERÊNCIAS DE GRUPOS FAMILIARES:** Nessa prática restaurativa, é essencial a participação de familiares ou de outras pessoas significativas para as partes diretamente envolvidas. Esse modelo busca construir uma rede de apoio ao ofensor como meio de que ele assuma a sua responsabilidade junto à vítima, seus familiares, pessoas do seu vínculo social afetivo, possibilitando também construir estratégias que respondam às suas necessidades sociais. Nesse procedimento, a vítima pode estar presente ou ainda sua participação pode se firmar através de representação, por carta ou depoimento por videoconferência. Porém, reafirma-se aqui a necessidade de que a fase preparatória com cada parte seja realizada, dando condições aos facilitadores de entender adequadamente as questões e poder conduzir o procedimento mesmo não tendo a presença física da vítima naquele momento do círculo.

Essa prática está sendo desenvolvida nos Juizados de Violência Doméstica e Familiar, para resolver questões de violência contra mulher, bem como crimes sexuais ou outros crimes com alto grau de vitimização, quando se entende não haver a

---

<sup>177</sup> Dominic Barter é um líder de renome mundial nos campos da educação, justiça, cultura e mudança social. Ele colaborou no desenvolvimento de Círculos Restaurativos, uma prática baseada na comunidade para o envolvimento dinâmico com conflitos que cresceu a partir de conversas com moradores de favelas de favelas controladas por gangues no Rio de Janeiro. Ele adaptou a prática para os projetos nacionais premiados do Ministério da Justiça em justiça restaurativa e apoia sua aplicação em 49 países

<sup>178</sup> Cf. SILVA NETO, Nirson Medeiros da; LIMA, Isabel Maria Sampaio Oliveira; COSTA, Daniela de Carvalho Almeida da. "Dossiê justiça restaurativa no Brasil: experiências e pesquisas de sul a norte". In: Revista Ciências da Sociedade (RCS), Vol. 3, n. 6, p. 8-13, Jul/Dez 2019.

equidade entre as partes, devido a um histórico de vitimização muito intensa e complexa. Nesse tipo de prática, é mister salientar a necessidade de um maior preparo técnico dos facilitadores. Como resultado, os facilitadores devem construir com as partes um plano que contemple a reparação e responsabilização, a partir da concordância de todos.

**MEDIAÇÃO VÍTIMA OFENSOR COMUNIDADE (MVO)** A metodologia da mediação é mais aberta do que o círculo e não necessariamente conta com a presença de familiares, como nas conferências de círculos familiares, mas é também um procedimento que segue as especificações e princípios e será objetivo de um capítulo especial desse livro, haja vista que destacamos essa prática como um modelo essencial a ser desenvolvido em nosso sistema de justiça.<sup>179</sup>

Através da mediação busca-se oportunizar a restauração e reparação dos conflitos e controvérsias, através de técnicas de mediação de conflitos em um ambiente seguro e com a participação de um terceiro considerado mediador, que deve buscar fornecer suporte às partes antes e durante o momento de encontro, facilitando o diálogo entre as pessoas e potencializando os efeitos restaurativos do processo. Embora a Justiça Restaurativa seja um procedimento eficaz para o sistema penal, vem encontrando alguns obstáculos para a sua implementação.

## **CONCLUSÃO**

O sistema punitivo brasileiro é extremamente burocrático e legalista, e atuam em concordância com esse funcionamento juízes, promotores, serventuários e advogados ainda trabalham de acordo com os ditames do sistema punitivo e autofágico. Com essa formação burocrática e legalista, advindas de Faculdades de Direito altamente funcionalistas, estes profissionais passam a desenvolver hábitos e costumes do sistema penal positivista e burocrático. Além disso, o sistema punitivo brasileiro se traduz no que deseja os advogados e operadores do Direito, sem ouvir o que realmente quer as partes. Por sua vez, o Direito, na sua forma burocrática, faz transparecer que os juristas possuem fórmulas mágicas para realizá-los, como se fosse possível ignorar os conflitos existenciais, que transbordam permanentemente

---

<sup>179</sup> Cf. Manual de Gestão para Alternativas Penais: Práticas de Justiça Restaurativa. DEPEN, 2017, p. 67.

da magia sonhada. Reproduz fórmulas para alcançar a verdade, aderidas ao discurso de ordem e pureza (WARAT, 2004).

Até mesmo em alguns Juizados Especiais Criminais, que deveriam iniciar processos restaurativos, é possível observar o comportamento dos profissionais, que não conseguiram ainda abandonar a cultura do litígio, sendo a mediação ainda uma proposta longe de ser real mente implementada. Não é raro fazer uma conciliação e chamá-la de acordo restaurativo, sem que as próprias partes possam se direcionar conforme suas vontades. Ademais, os procedimentos conciliatórios e de mediação penal, são muitas vezes confundidos entre si, em que pese o processo de conciliação penal, oriundo da Lei 9.099/95 no Brasil, seja um instrumento burocratizado e autoritário de administração de um sistema penal hipertrofiado. (SICA, 2007).

Para que as práticas restaurativas sejam mais bem aceitas pela comunidade jurídica, será necessário que as faculdades de direito comecem a desenvolver núcleos de práticas jurídicas restaurativas, que possam, de igual maneira, envolver outros saberes, que não apenas o Direito, principalmente com um viés mais interdisciplinar.

Com um novo enfoque abrangendo outras áreas de saberes, com profissionais de outras áreas das ciências, psicologia, sociologia, assistência social, pedagogia, ecologia, entre outras, pode ser uma opção para que a troca de experiência interdisciplinar, também seja absorvida pela justiça penal e contribuir para desenvolvimento da cultura de paz através dos meios alternativos de resolução de conflitos.

Ademais, para que a justiça restaurativa possa ter realmente eficácia em nosso sistema jurídico penal, será necessário abandonar certos “mitos” ainda existentes em nosso sistema penal, como bem assinala Vera Andrade (ANDRADE, p. 145-146): Ao longo desse processo de construção, observa-se que vem se consolidando no Brasil certo senso comum, nucleado em um conjunto de representações, que se pode nominar de uma mitologia da Justiça Restaurativa no Brasil. Tal mitologia, que aparece no senso comum social, no funcionamento das agências de controle social (como a mídia) e inclusive no campo da pesquisa, na fala de alguns atores, parece operar como obstáculo epistemológico e político à potencialização de seus ideais meso e macro. Daí a necessidade de sua superação. Tais são os mitos da celeridade, da formação instantânea, do método alternativo de resolução de conflitos, da criminalidade leve. Esses mitos coincidem parcialmente com algumas das

representações que, na listagem de Howard Zehr (2012, p. 18-23), apresentada no marco teórico, indicam desvios da JR, ou aquilo que a Justiça Restaurativa não é.

A Justiça Restaurativa judicial, como vem sendo exercida no Brasil, não tem conseguido sequer alcançar expressivamente a justiça penal, já que ainda não vem sendo utilizada nas Varas Criminais ou em casos que possam suspender o processo penal. A prática para adultos se restringe ainda a crimes considerados leves. Nos juizados de violência doméstica e familiar, assume uma proposta complementar ao processo penal, vez que funciona de modo a não trancar a ação penal.

Doutro passo, a justiça restaurativa, deve se expandir para ocupar espaços em processos que possam abranger a criminalidade estereotipada como a grave, apenada com prisão, que é a criminalidade tradicional contra o patrimônio (sobretudo para alcançar crimes de furto e roubo simples e qualificado), tráfico de drogas, lavagem de dinheiro, crimes contra a dignidade sexual, que constituem o objeto do hiper encarceramento contemporâneo de homens e mulheres, para, dessa maneira, impactar o encarceramento e reagir ao paradigma punitivo.( ANDRADE, 2018).

Seja como Política Pública, como ocorreu em Santos, seja como meio alternativo, complementar ou substitutivo (em alguns casos) a justiça penal, a justiça restaurativa não pode se ater a apenas um modelo para sua prática se solidificar como uma opção a justiça retributiva. É que no Brasil, adotou-se o modelo dos Círculos Restaurativos como prática hegemônica nos Tribunais de Justiça, deixando a mediação penal para um segundo plano de implementação. Já está mais do que na hora de iniciarmos o modelo de mediação penal como prática restaurativa, ampliando o rol de crimes com penas maiores que cinco anos de reclusão, e que os usuários de programas de justiça restaurativo possam ter um acompanhamento mais intenso antes, durante e depois da sentença, se beneficiando de acordos que realmente possam restaurar suas vidas.

## REFERÊNCIAS

ACHUTTI, Daniel Silva. Justiça restaurativa e abolicionismo penal: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2014.

\_\_\_\_\_. PALLAMOLLA, Rafaella, “Levando a justiça restaurativa à sério: análise crítica de julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul”, In: REDES-Revista Eletrônica Direito e Sociedade, Canoas. V. 5, n. 2, p. 279, 2017.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. (Coord.) RELATÓRIO ANALÍTICO PROPOSITIVO - Justiça Pesquisa - Direitos e garantias fundamentais. Pilotando a Justiça Restaurativa: o papel do poder judiciário. REALIZAÇÃO: Fundação José Arthur Boiteux da Universidade Federal de Santa Catarina/Florianópolis. Brasília: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2018.

BLANCO, Rendon y otros. "Justicia restaurativa, marco teórico, experiencias comparadas y propuestas de política pública", In: Colección de investigaciones jurídicas, Universidad Alberto Hurtado, Escuela de Derecho, Santiago, Chile, No. 6, 2004.

BONAFÉ-SCHMITT, Jean Pierre. Justice réparatrice et médiation pénale: vers de nouveaux modèles de régulation sociale? Paris: L'Harmattan, Collection Sciences Criminelles, 2003.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução 125, de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atosadm?documento=2579> Último acesso em junho de 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução 225, de 31 de maio de 2016. Dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário. Brasília, maio de 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?Documento=2289>. Último acesso em junho de 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Guia de Conciliação e Mediação. Orientações para implantação de CEJUSCs. Brasília/DF: Conselho Nacional de Justiça, 2015.

CARVALHO, Salo de. Considerações sobre as incongruências da justiça penal consensual: retórica garantista, prática abolicionista. Diálogos sobre a justiça dialogal. Salo de Carvalho e Alexandre Wunderlich (org.). Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2002.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA/ COMITÊ GESTOR DA JUSTIÇA

RESTAURATIVA. Diretrizes Programáticas da Política Pública Nacional de Justiça Restaurativa, Resolução CNJ n. 225/2016. 2019. Disponível em: [CNJ.jus.br](http://CNJ.jus.br). Acesso em: 22/05/20.

CHRISTIE, Nils. Uma razoável quantidade de crime. Tradução, apresentação e notas: André Nascimento. 1ª reimpr. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2013.

\_\_\_\_\_. Conflicts as property. The British Journal of Criminology, v. 17, n. 1, 1997.

DIAGNÓSTICO DE SITUACIÓN SOBRE LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS (MASC) EN LA REPÚBLICA ARGENTINA.

A aplicação do diálogo e da negociação: Justiça Restaurativa e as Novas Dinâmicas dos métodos adequados de solução de conflitos

Disponível em: <http://www.cnaj.gov.ar>. Acesso em 15.09.20.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL – DIRETORIA DE POLÍTICAS PENITENCIÁRIAS COORDENAÇÃO-GERAL DE ALTERNATIVAS PENAIS.

Manual de Gestão para Alternativas Penais: Práticas de Justiça Restaurativa. Consultoria Nacional Especializada para Formulação de Modelo de Gestão para as Alternativas Penais. Autoria de Fabiana de lima leite, sob supervisão de Talles Andrade de Souza, projeto BRA/011/2014 – parceria entre Departamento Penitenciário Nacional e o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Brasília: DEPEN/Ministério da Justiça, 2017.

GIAMBERARDINO, André. Crítica da pena e justiça restaurativa: a censura para além da punição, Florianópolis: Empório do direito, 2015.

GIMENEZ, Charlize Paula Colet. O novo no direito de Luis Alberto Warat: mediação e sensibilidade. Curitiba: Juruá, 2018.

HULSMAN, Louk e CELIS, Jaqueline Bernat de. Penas perdidas: o sistema penal em questão. Trad. Ephraim Alves. Petrópolis: Vozes, 2002. JUSTIÇA PARA O SÉCULO 21- Disponível em <http://justica21.web1119.kinghost.net/j21.php?id=129&pg=0#.XpC1Qv1KjIV>. Acesso em 10.02.20

KARAM, Maria Lúcia. Juizados Especiais Criminais: a concretização antecipada do poder de punir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

KONZEN, Afonso Armando. Justiça Restaurativa e Ato Infracional: Desvelando Sentidos no Itinerário da Alteridade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LARRAURI, Elena: La Herencia de la Criminología Crítica. Siglo XXI Editores, Madrid, 1991.

LEITE, André Lamas. A Mediação Penal de Adultos: um novo paradigma de justiça? análise crítica da lei n. 21/2007, de 12 de junho. Coimbra: Editora Coimbra, 2008.

MACHADO FELIX, Criziany. MAPEAMENTO DE NORMAS E LEIS SOBRE

JUSTIÇA RESTAURATIVA (2.ª fase: primeira identificação de normativas). Programa Eurosocial: Apoio ao Acesso à Justiça Componente: Fortalecimento dos Mecanismos Alternativos de Solução de Conflitos (MASC) na América Latina, 2013. Disponível em: <http://maparegional.gov.ar>. Acesso em 16.09.20.

MATHIESEN, Thomas. Perché Il Cárcere? Trad. Enrico Pasini e Maria G. Terzi. Torino, Edizioni Gruppo Abele, 1996.

MARSHALL, Tony. Restorative Justice: an overview. Gran Bretaña: Home Office, 1999.

MULLER, Jean Marie. Não-violência na educação. Trad. de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Atenas, 2006.

NEUMAN, Elías. *Mediación y Conciliación Penal*. Buenos Aires: Depalma, 1997.

OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. *A Vítima e o Direito penal: uma abordagem do movimento vitimológico e de seu impacto no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

OLIVEIRA, Rafael Serra. *Consenso no Processo Penal: uma alternativa para a crise do sistema criminal*. São Paulo: Almedina, 2015.

PRANIS, Kay. *Processos Circulares. Teoria e Prática*. Trad. Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athenas, 2010.

RELATÓRIO ANALÍTICO PROPOSITIVO-Justiça Pesquisa-Direitos e garantias fundamentais-Pilotando a Justiça Restaurativa: O papel do poder judiciário. REALIZAÇÃO: Fundação José Arthur Boiteux da Universidade Federal de Santa Catarina/Florianópolis. Coordenação: Profa. Dra. Vera Regina Pereira de Andrade. Brasília: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2018.

RENDON Josefina. *Mediación entre víctima y ofensor*. Disponível em: [http://www.mediate.com/articles/mediacion\\_entre\\_v.cfm](http://www.mediate.com/articles/mediacion_entre_v.cfm). Acesso em: 25.05.20.

ROSA, Alexandre Morais da. *Introdução Crítica ao Ato Infracional – Princípios e Garantias Constitucionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ROSENBLAT, Fernanda Fonseca. *Um olhar crítico sobre o papel da comunidade nos processos restaurativos*. In: *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito. Programa de Pós- Graduação em Ciências Criminais-Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS.– Volume 6 – Número 1 p. 43-61 – janeiro-junho 2014*.

SABADELL, Ana Lúcia. *Manual de Sociologia Jurídica: Introdução a uma Leitura Externa do Direito*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1988.

SANTOS, Cláudia. *A “redescoberta” da vítima e o direito processual penal português*. *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra Editora: vol. III, p. 1133 a 1153, 2010.

\_\_\_\_\_. *A Justiça Restaurativa – um modelo de reacção ao crime diferente da Justiça Penal. Porquê, para quê e como?* 1ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora. 2014, p. 62.

SANZBERRO, Guadalupe Pérez. *Reparación y conciliación en el sistema penal. Abertura de una nueva via?* Granada: Comares, 1999.

SCURO NETO, Pedro. *Sociologia Geral e Jurídica: introdução à lógica jurídica, instituições do Direito, evolução e controle social*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. “Ser ou não ser Justiça Restaurativa”. O que ainda falta (vinte anos depois) para desabrochar”, In: REVISTA SOCIOLOGIA JURÍDICA, Número 29 – Julho/Dezembro 2019. Disponível em: [www.sociologiajuridica.net](http://www.sociologiajuridica.net), Acesso em: 23/05/20.

SHERMAN, Lawrence W. e STANG, Heather. Restorative justice: the evidence. London: Smith Institute, 2007.

SICA, Leonardo. Justiça Restaurativa e Mediação Penal – O Novo Modelo de Justiça Criminal e de Gestão do Crime. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SILVA NETO, Nirson Medeiros da; LIMA, Isabel Maria Sampaio Oliveira; COSTA, Daniela de Carvalho Almeida da. Dossiê “justiça restaurativa no Brasil: experiências e pesquisas de sul a norte”. In: Revista Ciências da Sociedade (RCS), Vol. 3, n. 6, p.8-13, Jul/Dez 2019.

SLAKMON, Catherine; MACHADO, Máira Rocha; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Orgs.). Novas direções na governança da justiça e da segurança. Brasília-DF: Ministério da Justiça, 2006.

\_\_\_\_\_. VITTO, Renato Campos Pinto De; PINTO, Renato Sócrates Gomes (org.). Justiça Restaurativa: Coletânea de artigos. Brasília: Ministério da Justiça e PNUD, 2005.

STRANG, Heather. Repair or revenge: victims and restorative justice. Oxford: Oxford University Press, 2002.

\_\_\_\_\_. Restorative Justice Programs in Australia. A Report to the Criminology Research Council. En línea: <http://www.criminologyresearchcouncil.gov.au/reports/strang/index.html> (Acesso em: 23 de fevereiro de 2008).

TERRE DES HOMME – Construindo relações de cuidado: um guia para implementar práticas restaurativas nas escolas. – Fortaleza: Terre des hommes Lausanne no Brasil, 2013.

TONCHE, Juliana. Justiça Restaurativa e racionalidade penal moderna: uma real inovação em matéria penal? In: Revista de Estudos Empíricos em Direito/ Brazilian Journal of Empirical Legal Studies vol. 3, n. 1, p. 129-143. jan 2016.

VEZZULLA, Juan Carlos. A Mediação de Conflitos com Adolescentes Autores de Ato Infracional. Florianópolis: Habitus, 2006.

VILLA-VICENCIO, Charles; VERWOERD, Wilhelm, 2000). Looking back reaching forward: reflections on the Truth and Reconciliation Commission of South Africa. Cape Town: University of Cape Town Press, 2000.

WALGRAVE, Lode. From Community to Dominion: In Search of Social Values for Restorative Justice. In: WEITEKAMP, Elmar G. M.; KERNER, Hans-Jurgen (Orgs.). Restorative Justice: theoretical foundations. Cullompton: Willan Publishing, 2002.

WARAT, Luis Alberto. Territórios desconhecidos: a procura surrealista pelos lugares do abandono do sentido e da reconstrução da subjetividade. Vol. I. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

\_\_\_\_\_. Ecologia, Psicanálise e Mediação. In: WARAT, Luis Alberto (Org.). Em nome do acordo: a mediação no direito. Buenos Aires: Almed, 1999.

\_\_\_\_\_. Surfando na Pororoca: o ofício de mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo de. Diálogos sobre a Justiça Dialogal: Teses e Antíteses do Processo de Informalização. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal. Trad. Vânia Romana Pedrosa e Almir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro, Revan, 1989. ZEHR, Howard. Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athenas, 2018.



## **AUTORES**

**Andrea Tourinho Pacheco de Miranda**

Mestre em Direito (Universidade Federal de Pernambuco). Doutoranda em Direito pelo PPGD da Universidade de Buenos Aires. Doutoranda em Direito pelo PPGD da Universidade Estácio de Sá- RJ. Professora de Direito penal da Universidade do Estado da Bahia (UNEB). Defensora Pública.

**Angélica Maria Lins dos Santos**

Possui graduação em Direito pela Universidade da Amazônia (2009). Pós-Graduação com ênfase em Direito e Processo do Trabalho. Mestra em Direitos Fundamentais pela Universidade da Amazônia (2018). Atualmente, é professora da Faculdade Estácio de Castanhal e Coordenadora do curso de Direito pela Universidade Estácio de Sá de Ananindeua Pará, e-mail: angelicalinsadv@gmail.com

**Ariane Trevisan Fiori**

Advogada, Professora do PPGD/Unesa, Mediação Penal e Penitenciária pela Associação Espanhola de Mediação. Mestre em Direito pela Unisinos/RS, Doutora em Direito pela Universidade Estacio de Sá com bolsa sanduíche na Universidade Federal do Paraná, Pos-doutoranda pela Universidade de Burgos/Espanha

**Elaine Freitas Fernandes**

Advogada; Doutoranda em Direitos fundamentais e novos direitos pela Universidade Estácio de Sá – UNESA. Professora universitária e coordenadora de curso. Mestre em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional pelo Centro Universitário do Pará – CESUPA. E-mail: elainefff@hotmail.com.

**Evanilde Gomes Franco**

Doutora em Ciências Sociais com concentração em Sociologia do Direito Universidade Federal do Pará – UFPA (2009). PHD em Políticas Públicas e desenvolvimento – Universidade de Lyon/França (2011). Finanças Públicas- Senior studies – Universidade de Chicago - Ilynois - EUA (2010). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará – UFPA. Colaboradora científica da Revista World Fashion taxes - USA-Chicago University. Colaboradora permanente do Instituto Superior de Contabilidade e Administração (ISCAL – LISBOA -PORTUGAL). Pesquisadora na área Jurídica, com

A aplicação do diálogo e da negociação: Justiça Restaurativa e as Novas Dinâmicas dos métodos adequados de solução de conflitos

ênfase em Direito Constitucional, Direito Tributário, Direito Fiscal, Direito Administrativo. Advogada com atuação nas áreas de Direito Tributário e Empresarial e referência em Direito Municipal no Brasil. E-mail: evafranco21@gmail.com.

### **Fernando Nogueira Bebiano**

Doutorando em Direito Público e Evolução Social pela Universidade Estácio de Sá - UNESA, Rio de Janeiro/RJ. Mestre em Direitos Fundamentais pela Universidade da Amazônia. MBA em Direito Civil e Processo Civil pela Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro - FGV. Pós-graduado em Direito do Trabalho e Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, PUC-MG. Bacharel em Direito pela Universidade da Amazônia. Professor de ensino superior (Curso de Direito). Membro do Grupo de pesquisa Observatório da Mediação e da Arbitragem da UNESA. Advogado atuando nas áreas Cível, Empresarial, Trabalhista e Previdenciária. <http://lattes.cnpq.br/5701022331319023>. f.bebiano10@gmail.com

### **Geovana Faza da Silveira Fernandes**

Doutoranda em Direito na Estácio de Sá Rio de Janeiro. Doutoranda em Sociologia e Direito na Universidade Federal Fluminense. Visiting Scholar na Governors State University – Chicago/USA (2022-2024). Mestre em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis. Visiting Researcher na Boston College Law (2018). Pós-Graduada em Direito Público pela PUC Minas. Diretora do Centro Judiciário de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos e Cidadania da Justiça Federal de Juiz de Fora. Instrutora de Mediação e Conciliação cadastrada no CNJ. Mediadora com especialização em Subtração Internacional de Crianças (Convenção de Haia de 1980). Facilitadora de Práticas Restaurativas. Instrutora de cursos de Justiça Restaurativa. Bolsista da CAPES Programa de Doutorado Sanduíche – PDSE 01/2022. E-mail: geovanafaza@gmail.com.

### **Giordani Alexandre Colvara Pereira**

Mestrando em Direito na FURB, Pesquisador do Núcleo de Estudos e Pesquisas em Constitucionalismo, Cooperação e Internacionalização – CONSTINTER/FURB, Graduado em Ciências Sociais (UFSC) e em Direito (UNOESC), especialista em

A aplicação do diálogo e da negociação: Justiça Restaurativa e as Novas Dinâmicas dos métodos adequados de solução de conflitos

Direito Penal e facilitador restaurativo do TRF da 4ª Região. E-mail: gacpereira@furb.br. <http://lattes.cnpq.br/9025547286475396>

**Guilherme Masaiti Hirata Yendo**

Doutorando em Direito pela Universidade Estácio de Sá – UNESA. Email: guilhermebr2005@yahoo.com.br.

**Laurinaldo Félix Nascimento**

Advogado. Doutorando em Direitos fundamentais e novos direitos pela Universidade Estácio de Sá – UNESA. Mestre em Administração Pública na Fundação Getúlio Vargas/RJ. Bacharel em Direito na Universidade Estácio de Sá/Recife. Coronel da Reserva da PMPE. E-mail: [lfelixfuncional@gmail.com](mailto:lfelixfuncional@gmail.com).

**Marcella Brito dos Santos**

Bacharel em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Graduada em Relações Internacionais pela Universidade da Amazônia (2011). e-mail: marcellabrito22@yahoo.com.br

**Marcelo Barbi Gonçalves**

Doutor em Direito Processual (UERJ). Mestre em Direito (UFAL). Juiz Federal

**Mário de Aragão Andrade Júnior**

Especialista em Direito Tributário pela Faculdade Legale (2020). Especialista em Direito Médico e da Saúde pela Faculdade Legale (2020). Mestrando em Direitos Fundamentais pela Universidade da Amazônia – UNAMA. Advogado com atuação nas áreas de Direito Tributário, Direito de Família, Direito Médico e da Saúde. E-mail: mariodearagao@gmail.com.

 **aclama**  
*jus*

ISBN 978-659806361-0



9 786598 063610

