

IV Seminário de Direito Constitucional

Mediação, Conciliação e Arbitragem
sob o viés constitucional

23 de maio de 2018 | Anais Eletrônicos



Organizadores:
Diego Beal
Elizabete Geremias



© 2018 Editora Unoesc
Direitos desta edição reservados à Editora Unoesc
É proibida a reprodução desta obra, de toda ou em parte, sob quaisquer formas ou por quaisquer meios, sem a permissão expressa da Editora.
Rua Getúlio Vargas, 2125, Bairro Flor da Serra, 89600-000 – Joaçaba – Santa Catarina, Brasil
Fone: (55) (49) 3551-2065 – Fax: (55) (49) 3551-2004 – editora@unoesc.edu.br

Editora Unoesc

Coordenação
Tiago de Matia

Revisão linguística e metodológica: Bianca Regina Paganini
Revisão eletrônica: Caren Scalabrin, Daniely Akemi Terao Guedes, Simone Dal Moro
Produção gráfica e diagramação: Daniely Akemi Terao Guedes

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

S471a Seminário de Direito Constitucional (4. : 2018 : 23 de maio : Joaçaba, SC).
Anais do IV Seminário de Direito Constitucional / organizadores Diego Beal, Elizabete Geremias. – Joaçaba, SC: Unoesc, 2018.
126 p.

Tema: Mediação, conciliação e arbitragem sob o viés constitucional.
Anais eletrônicos
ISSN 2447-0392

1. Direito constitucional. 2. Direitos civis. I. Beal, Diego, (coord.). II. Geremias, Elizabete, (coord.). III. Título.

CDD 341.2

Universidade do Oeste de Santa Catarina

Reitor
Aristides Cimadon

Vice-reitores dos Campi
Campus de Chapecó
Ricardo Antônio De Marco

Campus São Miguel do Oeste
Vitor Carlos D' Agostini

Campus Videira
Ildo Fabris

Campus Xanxerê
Genesio Téo

Pró-reitora de Graduação
Lindamir Secchi Gadler

Pró-reitor de Pesquisa, Pós-graduação e Extensão
Fábio Lazzarotti

Diretora Executiva da Reitoria
Cleunice Frozza

Organizadores
Diego Beal
Elizabete Geremias

Comissão Científica
Celso Paulo Costa
Darléa Carine Palma Mattiello
Elizabete Geremias
Leonardo Dlugokenski

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	5
A CASTRAÇÃO QUÍMICA COMO PENA PARA CRIMES SEXUAIS DIANTE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	7
Ligia Maria Ribeiro Busch, Mariana Vieira da Silva	
A CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO E A VIOLAÇÃO DE PRESSUPOSTOS CONSTITUCIONAIS	19
Guilherme Wieczynski	
MEDIAÇÃO NO AMBIENTE ESCOLAR: CONSIDERAÇÕES ACERCA DAS ETAPAS E PROCEDIMENTO	31
Emanuel Natã, Fernanda Trentin	
MEIOS VIRTUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS	43
Fernanda Trentin, Luciana Zangalli	
O PAPEL DA COMISSÃO INTERSINDICAL DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA (CONCILIA) NO PROCESSO DE DESJUDICIALIZAÇÃO DOS CONFLITOS NA RESOLUÇÃO DAS LIDES TRABALHISTAS NA CIDADE DE CHAPECÓ, SC	55
Eder Todeschini, Elizabete Geremias	
O PROCEDIMENTO ARBITRAL: UM ESTUDO COMPARATIVO ENTRE AS LEGISLAÇÕES BRASILEIRA E ALEMÃ	65
Kauane Falcade Cavalheiro	
O USO DA ARBITRAGEM BRASILEIRA COMO INSTRUMENTO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NOS CONTRATOS INTERNACIONAIS DO COMÉRCIO	77
Leticia Restello, Maria Luiza Roman Folle	
PLANEJAMENTO NA ÁREA DA SAÚDE: INSTRUMENTOS DE GESTÃO E O DIREITO À PARTICIPAÇÃO POR MEIO DOS CONSELHOS MUNICIPAIS DE SAÚDE DIANTE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	89
Janaína Reckziegel, Orides Mezzaroba, Simone Tatiana da Silva	
PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: ASPECTOS HISTÓRICOS	99
Caroline Gheno Fontana	

TRÁFICO DE PESSOAS: ESCRAVIDÃO A SER COMBATIDA PELA CONSTITUIÇÃO PENAL	107
Cláudia Marcolin, Juliano Seger	
UM NOVO MODELO DE JUSTIÇA: A JUSTIÇA RESTAURATIVA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E SUA INCIDÊNCIA NO DIREITO PENAL.....	119
Ana Laura Orsolin	

APRESENTAÇÃO

A Universidade do Oeste de Santa Catarina (Unoesc) tem contribuído crescente e significativamente para o desenvolvimento regional. Entre os aportes que alavancam esse desenvolvimento estão as suas iniciativas relacionadas aos mais variados projetos de ensino, pesquisa e extensão.

Nessa perspectiva, apresentamos à comunidade acadêmica os Anais do **IV Seminário de Direito Constitucional**, promovido pelo Curso de Direito da Unoesc Chapecó. Uma iniciativa que tem como fundamento motivar os corpos docente e discente para a produção científica e socialização de conhecimentos e de experiências acadêmicas.

O Seminário de Direito Constitucional é um evento anual, considerando-se a notória e natural intervenção que o estudo dos direitos fundamentais provoca sobre o ensino jurídico como um todo. A quarta edição contou com a temática *Mediação, Conciliação e Arbitragem sob o viés constitucional*, e dela participaram professores, pesquisadores, acadêmicos e profissionais da área jurídica.

Exercitar a arte de escrever, refletir, pesquisar e entender as várias nuances de um problema, por meio da reflexão crítica, do intercâmbio entre os saberes e da articulação entre a teoria e a prática, projeta-nos a níveis mais altos de aprendizado, contribuindo de forma concreta para o desenvolvimento pessoal e profissional.

Boa leitura a todos!

Prof. Diego Beal
Organizador

A CASTRAÇÃO QUÍMICA COMO PENA PARA CRIMES SEXUAIS DIANTE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Ligia Maria Ribeiro Busch¹
Mariana Vieira da Silva²

RESUMO

No presente trabalho teve-se como objetivo demonstrar a inconstitucionalidade da inserção da castração química no ordenamento jurídico brasileiro como método punitivo ao condenado por crime sexual. Busca-se apresentar a importância do princípio da dignidade da pessoa humana, abordando também os direitos fundamentais que substanciam a Carta Magna, trazendo isso para dentro do ordenamento jurídico brasileiro, o qual é o foco da discussão. Explica-se ainda o procedimento de castração química a fim de demonstrar o quão invasivo ele é e suas consequências para aquele que a ele seria submetido, além de trazer a contextualização histórica da utilização desse método em diversas épocas passadas, mostrando que desde o princípio o ato de castrar foi considerado algo gravoso, pois era utilizado como meio de causar sofrimento aos inimigos, na maioria dos casos. Apresenta-se, também, como o ordenamento jurídico brasileiro atual pune os crimes contra a liberdade sexual. Por fim, intentou-se justificar a inconstitucionalidade da adoção da castração química como método punitivo partindo de toda análise constitucional de princípios e direitos adotados pela Constituição Federal do Brasil de 1988 e pela norma penal infraconstitucional.

Palavras-chave: Direito constitucional. Direito penal. Princípio da dignidade da pessoa humana. Castração química.

1 INTRODUÇÃO

Nesta pesquisa, trabalha-se a respeito do Direito Constitucional Penal e analisa-se a relação existente entre a norma infraconstitucional e a Lei Maior, de forma a compreender a delimitação do poder punitivo estatal diante das disposições de direitos fundamentais estabelecidas na Constituição.

Nesse contexto, a discussão a ser realizada tem como enfoque principal a análise da castração química como um possível instituto do Direito Penal e a sua incompatibilidade com o ordenamento jurídico, dado o princípio da dignidade da pessoa humana.

¹ Acadêmica do Curso de Direito na Universidade do Oeste de Santa Catarina de Chapecó; ribeiroca2010@hotmail.com

² Acadêmica do Curso de Direito na Universidade do Oeste de Santa Catarina de Chapecó; marianavieira03@outlook.com

A escolha do tema foi motivada pelo Projeto de Lei n. 5398/2013 em trâmite no Congresso. O Projeto de Lei proposto pelo deputado Jair Bolsonaro objetiva instituir a castração química como requisito para obtenção de livramento condicional e progressão de regime ao condenado por crimes sexuais.

Por meio de pesquisa qualitativa, valendo-se de doutrinas, artigos científicos e jurisprudências, justifica-se assim a pesquisa. Admitindo a importância de tal estudo como quebra às conjecturas populares, desdobra-se a pesquisa fundamentando os princípios constitucionais, as finalidades do direito penal e da pena, além de realizar a aplicação efetiva de tais conceitos na análise da castração química como possível instituto penal.

2 DIREITO CONSTITUCIONAL PENAL

A finalidade do Direito Penal é proteger os bens mais importantes e necessários para a própria sobrevivência da sociedade, sendo a pena, portanto, o simples instrumento de coerção de que se vale o Direito Penal para a proteção dos bens, valores e interesses mais significativos da sociedade. Luiz Regis Prado, no mesmo sentido, afirma que o pensamento jurídico moderno reconhece que o escopo imediato do Direito Penal radica na proteção de bens jurídicos – essenciais ao indivíduo e à comunidade (GRECO, 2007).

Greco (2007, p. 6) aduz, ainda, que os valores abrigados pela Constituição, tais como a liberdade, a segurança, a vida, o bem-estar social, a igualdade e a justiça, são de tal grandeza que o Direito Penal não poderá virar-lhe as costas, servindo a Lei Maior de norte ao legislador na seleção dos bens tidos como fundamentais. Logo, pode-se observar que o Direito Penal atua como instrumento de tutela aos bens jurídicos, assim como aos direitos fundamentais, por ser norma infraconstitucional e ter o dever de respeitar a norma constitucional.

Há de se citar duas correntes teóricas referentes às finalidades da pena: das teorias absolutas ou retributivas da pena e das teorias relativas ou preventivas da pena. A primeira tem como característica essencial conceber a pena como um mal, um castigo, como retribuição ao mal causado por meio do delito, de modo que sua imposição estaria justificada, não como meio para o alcance de fins futuros, mas pelo valor axiológico intrínseco de punir o fato passado na incumbência de realizar a justiça. De outro lado, para as teorias relativas, a pena se justifica, não para retribuir o fato delitivo cometido, mas, sim, para prevenir a sua prática. A pena se aplica para que o autor do delito não volte a delinquir, passando a ser concebida como meio para alcance de fins futuros e estar justificada por sua necessidade de prevenir delitos (BITTENCOURT, 2016).

No sistema prisional brasileiro a pena tem várias finalidades, dentre as quais se destacam a ressocialização do condenado e a prevenção geral de crimes. Retirou-se da pena o componente unitário da vingança, trocado por uma finalidade ética voltada à ressocialização e reinserção social (SILVA, 2015).

Importante esclarecer que nesse contexto o poder punitivo é limitado, como visto, tanto pela norma constitucional, abrangendo os direitos fundamentais e principalmente a dignidade da pessoa humana, quanto pelo ideal de prevenir e reprovar o crime. Logo, não pode o Estado intervir de forma a passar por cima desses preceitos-base, cominando uma pena ao indivíduo, que venha a interferir diretamente na dignidade da pessoa, instrumentalizando-a e tirando dela a própria essência de seus direitos.

2.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os Direitos fundamentais são os direitos considerados indispensáveis a todos para que tenham uma vida digna, livre e igual, na forma da lei. Porém, não somente, visto que o caráter formal não supre a necessidade da materialidade de mencionados direitos (PINHO, 2014).

Os direitos fundamentais surgiram após décadas de lutas, pois como bem observa Ihering (2012) em sua obra *A luta pelo direito*, nenhum direito positivado surge de forma não intencional ou inconsciente, nenhuma lei surge de forma orgânica, como uma árvore que floresce na primavera. Para que um direito seja positivado, faz-se mister a atuação persistente daqueles que o desejam, e foi de forma análoga a essa teoria que surgiram os direitos fundamentais (IHERING, 2012).

Classificam-se os direitos fundamentais em gerações ou dimensões, com base no lema da Revolução Francesa, liberdade, igualdade e fraternidade. Os da primeira dimensão são os chamados direitos de liberdade, tendo por titular o indivíduo que defenderá sua liberdade diante do Estado; os direitos da segunda dimensão são os chamados direitos de igualdade, que evidenciam os direitos sociais e coletivos exigindo a intervenção do Estado para promover tais direitos por meio de normas programáticas; por fim, os direitos de terceira dimensão são aqueles que dizem respeito a fraternidade e solidariedade, são transindividuais, pois abordam assuntos de interesse geral, como a proteção do gênero humano (LENZA, 2017).

São características do Direitos fundamentais:

- a) historicidade: são direitos históricos, não surgiram de uma única vez, mas em determinadas circunstâncias e de modo gradativo (BOBBIO, 2004);
- b) universalidade: destinam-se a todos, de modo indiscriminado, independentemente de raça, credo, nacionalidade, convicção política, ou qualquer outra circunstância superficial;
- c) inalienabilidade: são intransferíveis, inegociáveis e indisponíveis, visto que tal característica resulta da dignidade da pessoa humana, e o homem jamais deixará de ser portador de direitos fundamentais;
- d) efetividade: é dever do Estado garantir a máxima efetivação dos direitos fundamentais;

- e) vedação ao retrocesso: uma vez estabelecidos os direitos fundamentais, estes não podem ser limitados ou diminuídos, caracterizando um retrocesso às normas de direitos e garantias fundamentais;
- f) complementaridade: interpretam-se os direitos fundamentais de forma conjunta, e não isoladamente (DIÓGENES JÚNIOR, 2012);
- g) limitabilidade: não são absolutos, podendo haver uma limitação sempre que houver colisão de direitos fundamentais (PINHO, 2014);
- h) concorrência: podem ser exercidos de forma cumulativa;
- i) irrenunciabilidade: o titular de tais direitos não pode renunciar a eles, pode haver o seu não exercício, porém nunca a sua renunciabilidade (LENZA, 2017);
- j) imprescritibilidade: por serem sempre exercíveis e exercidos não há fundamento para perda de sua exigibilidade pela prescrição (SILVA, 2003).

É importante observar o estudo do saudoso jurista e doutrinador português, José Gomes Canotilho, acerca das funções dos Direitos Fundamentais. Segundo ele, são funções dos direitos fundamentais: a defesa da pessoa humana e da sua dignidade perante os poderes do Estado; a prestação do Estado para com os particulares; a proteção do indivíduo titular de direitos perante terceiros; e assegurar que o Estado trate os seus cidadãos como fundamentalmente iguais (CANOTILHO, 2002).

2.1.1 Dos direitos fundamentais na Constituição brasileira

Na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, os Direitos Fundamentais recebem maior ênfase e grau de importância, em decorrência do período que precedeu a elaboração da Carta Magna. De 1964 a 1985 vivenciou-se no País um período marcado fortemente pelo autoritarismo, caracterizado pela supressão dos direitos fundamentais por meio dos Atos Institucionais que legitimavam os atos realizados pelo Regime Militar vigente (NUNES, 2016).

Após esse longo período de Ditadura, ao elaborar nova Constituição, o constituinte encontrou um meio de reagir ao regime de restrição e aniquilação das liberdades fundamentais ao qual todos estavam submetidos. E por isso hoje os direitos fundamentais dispostos na Constituição possuem importância suprema, de tal maneira que, além de estarem definidos em artigo específico na Carta Constitucional, são também “cláusulas pétreas”, conforme art. 60, § 4º da CF. Portanto, não podem ser suprimidos ou modificados em sua essência pela ação do poder Constituinte derivado (SARLET, 2010).

Os Direitos Fundamentais encontram-se no artigo 5º da Constituição Federal do Brasil. Ao ler o próprio caput do referido artigo, compreende-se a abrangência de tais direitos, note: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos

brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes [...]"

Como visto, a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no país destinam-se os direitos fundamentais, sem qualquer tipo de distinção entre eles.

Referente à aplicação das normas definidoras de direito e garantias fundamentais, estabelece o § 1º do art. 5º da CF possuírem aplicação imediata. José Afonso da Silva ensina que ter "aplicação imediata" significa possuir todos os meios e elementos necessários para incidir prontamente aos fatos e situações a que regularem (LENZA, 2017). Entende-se, também, que por serem normas de aplicação imediata não necessitam de outras normas que as regulamentem ou o seu exercício efetivo (PINHO, 2014).

Vale frisar a incidência dos Direitos Fundamentais no Direito Penal brasileiro. De acordo com Gomes (2006), os princípios constitucionais penais acham-se ancorados no princípio-síntese do Estado Constitucional e Democrático de Direito, que é o da dignidade humana. Princípio que está ligado diretamente aos direitos e garantias fundamentais e a partir do qual toda ordem jurídica baseia sua existência, visto que nenhum ordenamento jurídico poderá contrariar o princípio da dignidade humana.

2.2 DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A dignidade da pessoa humana é um conceito muito amplo. Assim, dificulta os doutrinadores a formular um conceito jurídico sobre o tema; porém, a dignidade da pessoa humana pode ser considerada uma união de princípios e valores, os quais têm como objetivo garantir que cidadão terá os seus direitos assegurados do poder estatal (ANDRADE, 2007).

Conforme Plácido e Silva, dignidade deriva do latim *dignitas* e é compreendida como a qualidade moral do indivíduo, a qual faz da pessoa merecedora de respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade. Desse modo, acaba implicando um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegura a pessoa contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, além de garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável (SARLET, 2012).

A Constituição Federal de 1988 traz como fundamentos do Estado Democrático de Direito e, conseqüentemente, da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana, e está disposto no art. 1º, III da Constituição Federal: "A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III – a dignidade da pessoa humana." (BRASIL, 1988).

O STF exemplificou este artigo com a Súmula Vinculante 11, a qual aborda que:

só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do

agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado. (LEWANDOWSKI et al., 2016, p. 17).

Tendo em vista a concepção vinda da natureza racional, Kant expõe que a autonomia da vontade, entendida como a faculdade de escolher a si mesmo e atuar em compatibilidade com a representação de algumas normas, é uma qualidade apenas encontrada em seres racionais, estabelecendo-se no fundamento da dignidade da natureza humana (SARLET, 2012).

Segundo Sarlet (2012), há quem diga que a dignidade da pessoa não deve ser considerada exclusivamente, como algo inerente à natureza humana, pois seria a consequência do trabalho de várias gerações e da humanidade no geral, razão pela qual as dimensões natural e cultural da dignidade da pessoa humana se relacionam e se complementam mutuamente.

Seguindo a linha de raciocínio de Sarlet (2012), a dignidade da pessoa humana, na sua condição de princípio fundamental e em sua relação com os direitos e deveres fundamentais, apresenta uma dupla dimensão objetiva e subjetiva, na qual, segundo a tradição jurídico-constitucional germânica, amplamente expandida entre nós, segura relação com os valores fundamentais de uma determinada comunidade. Assim, os princípios e direitos fundamentais denotam uma expressão jurídico-constitucional, uma certa ordem de valores comunitária, sendo vedada a redução dos direitos individuais.

A partir do exposto, vale evocar que cada ser humano, em virtude de sua dignidade, faz jus a igual respeito, e que tal dignidade não poderá ser despercebida nem para resguardar a dignidade de terceiros. Fica clara, desse modo, tamanha importância da observância e cumprimento da norma e dos princípios fundamentais que consagram a proteção da humanidade (SARLET, 2012).

3 A CASTRAÇÃO QUÍMICA, CONCEITO E HISTÓRICO

A castração pode ser física ou química. A primeira consiste na simples retirada dos órgãos reprodutores e tem a característica marcante de ser irreversível, ou seja, o castrado fica permanentemente incapacitado. Já a castração química consiste na aplicação de hormônios femininos que diminuem drasticamente o nível de testosterona, nesse caso, os efeitos só se mantêm enquanto durar o tratamento (AGUIAR, 2007).

A castração química caracteriza-se pela administração de substâncias que bloqueiam a produção do hormônio testosterona, cessando a libido e controlando o desejo e os impulsos sexuais daqueles a ela submetidos. É uma forma de castração reversível, causada mediante a aplicação de hormônios que atuam sobre a hipófise, glândula do cérebro que regula a produção e liberação da testosterona (PAZ, 2013).

O método mais comum consiste na aplicação de antiandrógenos de modo oral ou injetável, como o medicamento Depo-Provera (acetato de medroxyprogesterona), versão sintética do hormônio feminino progesterona. Referido medicamento poderá incidir nos seguintes efeitos

colaterais: depressão, diabetes, fadiga crônica, alteração na coagulação sanguínea, entre outros (HEIDE, 2007).

Em diversos momentos da história o ato de castrar foi utilizado com as mais aleatórias intenções. Atualmente, a castração é utilizada de forma terapêutica, a fim de curar o câncer testicular ou de próstata, e também para a mudança de sexo. Além disso, na antiguidade, era comum o uso da castração como forma de punir os vencidos em guerras a fim de humilhá-los. Registra-se também a castração realizada por motivos religiosos, como no caso dos castrati, destinados a ter voz aguda para cantarem em igrejas (AGUIAR, 2007).

Posteriormente, a castração foi utilizada para a criação dos eunucos, os homens castrados. Ao que consta, em certo período os reis castravam fisicamente serviçais domésticos responsáveis por cuidar de suas esposas e filhos, pois acreditavam que, desse modo, tornariam os homens mais dóceis, além de torná-los sexualmente impotentes e assim estariam garantindo a proteção de seu harém (PAZ, 2013).

Os crimes de ordem sexual comumente eram punidos nos parâmetros da Lei de Talião, ou seja, o autor sofria castigo igual ou relacionado ao dano por ele causado, por meio da máxima “olho por olho, dente por dente”. Era uma exigência social de vingança em favor da honra pessoal, familiar ou tribal que penas como a castração fossem aplicadas aos estupradores, por exemplo (MARQUES, 2010).

4 DOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL

A Constituição Federal de 1988 ordena da seguinte forma: “a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.” (art. 227, § 4º). Encontram-se no Código Penal brasileiro disposições a respeito do crime de estupro no artigo seguinte:

Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso:

Pena – reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

§ 1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos:

Pena – reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos.

§ 2º Se da conduta resulta morte:

Pena – reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

A Lei n. 12.015/2009 alterou o Título VI do Código Penal, que passou a tutelar a dignidade sexual, diretamente vinculada à liberdade e ao direito de escolha de parceiros, e suprime, de uma vez por todas, a superada terminologia “crimes contra os costumes”. Na realidade, reconhece que os crimes sexuais violentos ou fraudulentos atingem diretamente a dignidade, a liberdade e a personalidade do ser humano (BITTENCOURT, 2016).

Os povos antigos já puniam com grande severidade os crimes sexuais, principalmente os violentos, entre os quais se destacava o de estupro. No antigo direito romano, considerava-se

estupro toda união sexual ilícita com mulher não casada. Contudo, a conjunção carnal violenta, que ora se denomina estupro, estava para os romanos no conceito amplo do *crimen vis*, com pena de morte (BITTENCOURT, 2016).

Durante a Idade Média foi seguida a mesma tradição romana, aplicando-se ao estupro violento a pena capital. As conhecidas Ordenações Filipinas também puniam com pena de morte “todo homem, de qualquer estado e condição seja, que forçadamente dormir com qualquer mulher.” Somente na legislação genuinamente brasileira houve uma atenuação na punição dessa infração penal. Com efeito, o Código Penal de 1830 passou a punir o estupro violento com a pena de prisão de três a 12 anos, acrescida da obrigação de adotar a ofendida. Já o Código Penal Republicano de 1890 atenuou ainda mais a punibilidade do estupro, cominando-lhe a pena de um a seis anos de prisão celular, além da constituição de um dote para a vítima (BITTENCOURT, 2016).

As Ordenações Filipinas puniam a sodomia e os toques desonestos e torpes, independentemente de serem praticados com ou sem violência. O Código Criminal de 1830 punia a ofensa pessoal para fim libidinoso que causasse dor ou mal corpóreo, mesmo que não tivesse havido cópula carnal. O Código Penal de 1890, por sua vez, punia o atentado violento ao pudor com a pena de um a três anos de prisão celular (BITTENCOURT, 2016).

Em suma, conforme a lei atual, o bem jurídico protegido é a liberdade sexual da mulher e do homem, o direito de exercerem a sua sexualidade, ou seja, a faculdade que ambos têm de escolher livremente seus parceiros sexuais, podendo recusar inclusive o próprio cônjuge, se assim o desejarem. (BITTENCOURT, 2016).

4.1 DA CASTRAÇÃO QUÍMICA COMO PENA PARA ABUSADORES SEXUAIS E SUA INCONSTITUCIONALIDADE

No Brasil, ao se falar de castração química para criminosos sexuais há grande apoio da população em favor de tal medida. No entanto, apoiam essa medida imaginando tratar-se de castigo pavoroso e doloroso, assumindo, assim, um castigo aplicado com o caráter retributivo/vingativo da pena (HEIDE, 2007). Porém, como explicado anteriormente, a castração química difere da física, assim, não há dor no procedimento.

Diante da Constituição Federal e, principalmente, dos Direitos Fundamentais inerentes ao princípio da Dignidade da Pessoa Humana, a castração química como método punitivo se torna inconcebível no âmbito jurídico. Uma vez que são vedadas as penas de morte, de caráter perpétuo, de trabalho forçado, de banimento e as penas cruéis, a pena de castração química afrontaria todo o alicerce do Texto Constitucional (PAZ, 2013).

As opiniões contrárias à prática de castração química como pena se fundamentam a partir da Constituição Federal de 1988, que estabelece os direitos fundamentais e a proteção à dignidade da pessoa humana. Ademais, apoia-se na não penalização de forma cruel, e no não

tratamento desumano aos apenados, que visa salvaguardar os direitos individuais dos presos, não importando o delito que este tenha praticado (SILVA, 2015).

Uma pena de tal caráter iria de encontro ao disposto no inciso III, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988. Ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante. A castração química pode ser entendida como tortura ou tratamento degradante, pois priva o sujeito de dignidades, torna vil, deteriora e é desumana (PEREIRA, 2014).

Acabaria, ainda, com a capacidade do criminoso, submetido a essa pena, de procriar, ferindo também o direito à vida. Além de que a integridade física seria ultrajada, pois teria o preso o seu corpo violado com a finalidade de penalização (SILVA, 2015).

A respeito da dignidade da pessoa humana, como visto anteriormente, tem-se que é algo intrínseco à condição de ser humano, portanto, toda conduta que prevê sua violação deve ser totalmente repelida, pois retira do indivíduo algo que lhe permite sentir-se isonômico, igual aos demais. Embora a prisão tenha caráter temporário, permitindo o retorno do apenado à vida em sociedade de maneira digna e normal, ao aplicar pena de castração química a volta do apenado à sociedade não ocorreria de tal forma, pois os efeitos continuariam a afetar a vida sexual daquele que tomou os medicamentos (PEREIRA, 2014).

Contudo, há revelações de que 90% dos indivíduos pedófilos submetidos à medida de castração química em outros países obtiveram significativa melhora, mas ao cessar as medicações houve alto índice de recaídas (LIMA; FRANÇA, 2014)

Por fim, mister lembrar que os apenados no Brasil possuem direitos assegurados pela Carta Magna, além de diversos tratados internacionais nesse gênero. Em seu artigo 5º, inciso XLIX, a Constituição Federal assegura ao preso o respeito à integridade física e moral, e embora a realidade carcerária se distancie do que é disposto na ordem jurídica constitucional, há de se prevalecer a norma (RANGEL, 2014).

5 CONCLUSÃO

Este trabalho abordou de forma sistemática a relação existente entre a dignidade da pessoa humana, o ordenamento jurídico brasileiro e a possibilidade de adotar a castração química como pena ao condenado por crimes sexuais.

Em relação à castração química, foi possível observar que se trata de um método utilizado há muito tempo e que, conforme a época, apresentou diferenças em seu uso de acordo com os objetivos e as crenças que moviam as pessoas de determinado grupo a utilizá-lo. Sabe-se que a castração química já foi utilizada como forma de condenar e torturar, como oferta para obter graças divinas, como meio de purificar a raça humana pelos nazistas, como forma de melhorar a voz pelos castrati, e também em razão de vingança em guerras e várias outras situações abordadas na pesquisa.

Porém, a castração química difere da castração física utilizada no passado. Trata-se aqui de um tratamento baseado na administração de substâncias bloqueadoras de hormônio testosterona a fim de cessar a libido e controlar os desejos e impulsos sexuais. Viu-se, ainda, que o medicamento mais comum utilizado nesse tratamento é a Depo-Provera, uma versão sintética do hormônio feminino progesterona.

Ao pensar na sociedade atual é de se perceber a fixação das pessoas e o seu ínfimo desejo de vingança em relação aos crimes de ordem sexual. Para a sociedade em geral, melhor é a pena que seja mais gravosa ao criminoso, e esse é o dever do Estado, impor a pena de forma a retribuir o crime praticado. Obviamente, esta não é a posição adotada pelo Estado. As penas devem visar não somente à retribuição, mas também à prevenção, assim como não há pena que vise somente prevenir, além de seguir a risca os princípios que norteiam o ordenamento jurídico constitucional penal.

Ademais, fez-se mister analisar o princípio da dignidade da pessoa humana em conjunto com os direitos fundamentais para que se possa esclarecer a importância desses pressupostos em relação ao que se quer aqui discutir. Ao explicar sobre referidos assuntos, sintetiza-se a ideia de que todo indivíduo tem direitos inerentes a ele, sem os quais seria impossível viver em sociedade, e é essa a base fundamental da Constituição Federal de 1988.

Portanto, ao analisar a possibilidade de inserção da castração química como pena ao abusador sexual ou qualquer outro que venha a praticar crimes contra a liberdade sexual de outrem, conclui-se que se trata de um método de fato inconstitucional, que não somente viola os princípios fundamentais, mas vai de encontro a tudo que já foi construído no ordenamento jurídico brasileiro, todas as conquistas de direitos que levaram décadas para serem regulamentadas e hoje são a base de toda organização constitucional. Considerar a ideia de adotar tal medida na época atual seria retroagir à época de ditaduras, vinganças pessoais e leis draconianas, em que as liberdades e a dignidade humana não possuíam valor algum. Seria instrumentalizar o ser humano, descartando sua dignidade e direitos.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, A. M. F. M. O “direito” do condenado à castração química. *Jus Navigandi*, 11 nov. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10613/o-direito-do-condenado-a-castracao-quimica>>. Acesso em: 30 abr. 2018.

ANDRADE, V. F. *A dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Cautela, 2007.

BITENCOURT, C. R. *Tratado de direito penal: parte geral*. 22. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

BOBBIO, N. *A era dos direitos*. 7. reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/297730/mod_resource/content/0/norberto-bobbio-a-era-dos-direitos.pdf>. Acesso em: 04 maio 2018.

- BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27 abr. 2018.
- BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 27 abr. 2018.
- CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Portugal: Almedina, 2003.
- DIÓGENES JÚNIOR, J. E. N. Aspectos gerais das características dos direitos fundamentais. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, v. XV, n. 100, maio 2012. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11749>. Acesso em: 26 abr. 2018.
- GOMES, L. F. *Direito Penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- GRECO, R. *Curso de Direito Penal*. 9. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.
- HEIDE, M. P. Castração Química para Autores de Crimes Sexuais e o Caso Brasileiro. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 12, n. 1400, maio 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/9823>>. Acesso em: 30 abr. 2018.
- IHERING, R. V. *A luta pelo direito*. 2. ed. São Paulo: Hunter Books, 2012.
- LENZA, P. *Direito constitucional esquematizado*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- LEWANDOWSKI, R. et al. A Constituição e o Supremo. 5. ed. atual. até a EC 90/2015. Brasília, 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoLegislacaoAnotada/anexo/a_constituicao_e_o_supremo_5a_edicao.pdf>. Acesso em: 01 maio 2018.
- LIMA, A. H. M.; FRANÇA, M. S. O direito penal, pedofilia e os crimes sexuais contra vulneráveis. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVII, n. 130, nov. 2014. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14364>. Acesso em: 10 maio 2018.
- MARCHI, T. do C. A Castração química como pena para o pedófilo e sua (in)constitucionalidade frente ao princípio da dignidade humana. 2015. 50 p. Monografia (Graduação em direito)– Universidade do Oeste de Santa Catarina, Chapecó, 2015. Disponível em: <<http://pergamum.unoesc.edu.br/pergamumweb/vinculos/000005/0000055e.pdf>>. Acesso em: 30 abr. 2018.
- MARQUES, A. Crimes sexuais da antiga castração para a moderna castração química. *Jornal da Grande Aracaju*, 28 ago. 2010. Disponível em: <<http://www.grandearacaju.com.br/archimedesmarques.php?pag=2>>. Acesso em: 27 abr. 2018.
- NUNES, R. de S. A história do direito e a ditadura militar. *Conteúdo Jurídico*, Brasília, DF, 04 fev. 2016. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.55150&seo=1>>. Acesso em: 30 abr. 2018.

PAZ, B. B. *A castração química como forma de punição para os criminosos sexuais*. 2013. 30 p. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais)–Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2013. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2013_1/barbara_paz.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2018.

PEREIRA, P. H. S. A castração química à luz dos princípios da proporcionalidade, dignidade e vedação de penas cruéis. *Jus Navegandi*, 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/27058/a-castracao-quimica-a-luz-dos-principios-da-proporcionalidade-dignidade-e-vedacao-de-penas-cruéis>>. Acesso em: 27 abr. 2018.

PINHO, R. C. R. *Teoria geral da Constituição e direitos fundamentais*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

RANGEL, A. J. Violação aos direitos humanos dos encarcerados no Brasil: perspectiva humanitária e tratados internacionais. *JusBrasil*, 2014. Disponível em: <<http://ninhajud.jusbrasil.com.br/artigos/123151293/violacoes-aos-direitos-humanos-dos-encarcerados-no-brasil-perspectiva-humanitaria-e-tratados-internacionais>>. Acesso em: 30 abr. 2018.

SARLET, I. W. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, I. W. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. 9. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SILVA, J. A. da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, M. A. D. A castração química frente aos predadores sexuais: uma análise legal. *Jurisway*, 2015. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=14237>. Acesso em: 30 abr. 2018.

A CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO E A VIOLAÇÃO DE PRESSUPOSTOS CONSTITUCIONAIS

Guilherme Wieczynski¹

RESUMO

A presente publicação é ambientada no campo de direito constitucional e penal, utiliza-se de método dedutivo e tem como escopo fazer uma análise acerca da interrupção da gravidez, expondo aspectos relacionados a sua história, legislação nacional e dispositivos pertinentes e ocorrências no Brasil, para fim de aproximar questões constitucionais atinentes ao ordenamento jurídico nacional. Coloca-se como uma forma de fomentar o debate acadêmico em relação ao assunto sob uma ótica analítica, esclarecendo tópicos que, por vezes, podem ser abordados de maneira inadequada pelo senso comum, e expor que, de fato, a criminalização da interrupção da gravidez, como é imposta na legislação penal nacional, implica graves violações de direitos fundamentais expostos na Constituição.

Palavras-chave: Aborto. Direito Constitucional. Direito Penal. Criminalização do aborto.

1 INTRODUÇÃO

O aborto, ou a expulsão prematura do embrião ou feto, é objeto de estudo dos mais variados campos do conhecimento e é abordado, em maior ou menor nível, por vários filósofos, juristas, cientistas e pensadores através da história, como Shen Nung, Hipócrates, Aristóteles e Agostinho de Hipona.

Como consequência do avanço dos direitos das mulheres e da busca pela igualdade de gênero em ascensão, tem-se alcançado importantes resultados para a população feminina, como emancipação, sufrágio, educação, saúde, autonomia sobre o próprio corpo e o combate à violência doméstica. E nesse processo também é vital que seja incluído o acesso ao aborto seguro, que, se não garantido, resulta de modo prejudicial na efetivação dos direitos reprodutivos, à saúde e ao planejamento familiar que são expostos no Texto Constitucional nacional. Em maior ou menor intensidade, esses direitos foram e ainda são negados às mulheres em todo o mundo, porém, felizmente, também vêm cada vez mais sendo debatidos no cenário mundial a partir do século XX, e no Brasil não seria diferente.

Tomando parte nesse debate, este texto apontará fatos históricos sobre o aborto, assim como informações de natureza jurídica constitucional e infraconstitucional, posições de operadores de direito, dispositivos legislativos, acontecimentos recentes e outros dados de

¹ Acadêmico do Curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina de Chapecó; guilhermew90@gmail.com

natureza relevante para essa discussão, tendo como embasamento a letra de doutrinas, artigos, julgados, reportagens e pesquisas, para, então, abordar a questão da criminalização do aborto e o modo como ela confronta a matéria constitucional.

2 CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS

Hipócrates (460 - 370 a.c), filósofo considerado pai da medicina, já relatava em suas obras práticas de aborto e seus métodos. Em seu tratado, *Doenças da Mulher*, Hipócrates faz menção de vários métodos abortifacientes, dos quais a maioria é de introdução vaginal de misturas de raízes e ervas da época (RIDDLE, 1992, p. 76).

Ainda no contexto da Grécia antiga, extrai-se a posição de Shor e Alvarenga (1994, p. 3):

[...] Na antiga Grécia, o aborto era preconizado por Aristóteles como método eficaz para limitar os nascimentos e manter estáveis as populações das cidades gregas. Por sua vez, Platão opinava que o aborto deveria ser obrigatório, por motivos eugênicos, para as mulheres com mais de 40 anos e para preservar a pureza da raça dos guerreiros. Sócrates aconselhava às porteiras, por sinal profissão de sua mãe, que facilitassem o aborto às mulheres que assim o desejassem.

O velho testamento, que é visto, em parte ou na sua totalidade, como guia das religiões abraâmicas (cristianismo, judaísmo e islã), bem como de outras religiões monoteístas, possui várias menções ao aborto, das quais vale notar a presente no texto de Êxodo, cuja autoria é estimada em 600 a.C.

Se homens brigarem e ferirem uma mulher grávida, e ela der à luz prematuramente, mas não houver um acidente fatal, aquele que causou o acidente pagará a indenização imposta pelo marido da mulher; ele a pagará por meio dos juízes. 23 Mas, se houver um acidente fatal, se dará vida por vida [...] (TRADUÇÃO DO NOVO MUNDO DAS ESCRITURAS SAGRADAS, Ex 21:22, 23).

Nos Estados Unidos, o aborto se tornou legal em 1973, após a decisão da Suprema Corte no caso *Roe v. Wade*.

No entendimento da corte americana, as leis dos estados, permitindo o aborto apenas em caso de risco de vida da gestante, violavam o disposto na Emenda n. 14 à Constituição norte-americana.

Quando o caso chegou ao conhecimento do Excelso Tribunal norte-americano, a Suprema Corte estabeleceu que as Leis estaduais sobre aborto, que permitiam a interrupção da gravidez apenas com o intuito de salvar a vida da gestante, eram inconstitucionais, por violarem o princípio da privacidade disposto na Emenda n. 14 à Constituição norte-americana. A decisão acarretou na total liberdade para que as mulheres a partir de então pudessem interromper sua gestação no primeiro trimestre, e autorizou a existência de critérios de limitação para a interrupção no segundo e no terceiro trimestres (CABRAL, 2009, p. 1-2).

3 ABORTO NA LEGISLAÇÃO ORDINÁRIA

No Brasil, o Código Penal de 1830 não listava o autoaborto em seu texto, restringindo-se a tipificar o aborto consentido e sofrido. Eis a letra da lei:

Art. 199. Occasionar aborto por qualquer meio empregado interior, ou exteriormente com consentimento da mulher pejada.

Penas - de prisão com trabalho por um a cinco annos.

Se este crime fôr commettido sem consentimento da mulher pejada.

Penas - dobradas.

Art. 200. Fornecer com conhecimento de causa drogas, ou quaesquer meios para produzir o aborto, ainda que este se não verifique.

Penas - de prisão com trabalho por dous a seis annos.

Se este crime fôr commettido por medico, boticario, cirurgião, ou praticante de taes artes.

Penas - dobradas. (BRASIL, 1830).

Por outro lado, o Código Penal de 1890, promulgado no início do período da República Velha (1889-1930) pelo primeiro presidente do Brasil, Marechal Deodoro da Fonseca, já diferenciava o autoaborto e permitia o aborto necessário, em caso de possível morte da gestante.

Art. 300. Provocar abôrto, haja ou não a expulsão do fructo da concepção:

No primeiro caso: - pena de prisão cellullar por dous a seis annos.

No segundo caso: - pena de prisão cellullar por seis mezes a um anno.

§ 1º Si em consequencia do abôrto, ou dos meios empregados para provocal-o, seguir-se a morte da mulher:

Pena - de prisão cellullar de seis a vinte e quatro annos.

§ 2º Si o abôrto for provocado por medico, ou parteira legalmente habilitada para o exercicio da medicina:

Pena - a mesma precedentemente estabelecida, e a de privação do exercicio da profissão por tempo igual ao da condemnação.

Art. 301. Provocar abôrto com annuencia e accordo da gestante:

Pena - de prissão cellullar por um a cinco annos.

Paragrapho unico. Em igual pena incorrerá a gestante que conseguir abortar voluntariamente, empregado para esse fim os meios; e com redução da terça parte, si o crime for commettido para occultar a deshonra propria.

Art. 302. Si o medico, ou parteira, praticando o abôrto legal, ou abôrto necessario, para salvar a gestante de morte inevitavel, occasionar-lhe a morte por impericia ou negligencia:

Pena - de prisão cellullar por dous mezes a dous annos, e privação do exercicio da profisão por igual tempo ao da condemnação. (BRASIL, 1890).

Atualmente no Brasil, o aborto e suas condutas encontram-se tipificadas nos arts. 124 a 128 do Código Penal, prevendo penas ao crime nas práticas de: autoaborto, quando a gestante pratica o aborto em si ou permite que lhe seja provocado; aborto praticado por terceiro sem o consentimento da gestante; e aborto praticado com o consentimento da gestante. A pena para o autoaborto é de reclusão, de um a três anos (art. 124, CP), a mesma de crimes como sequestro e cárcere privado (art. 148, CP), destruição, subtração, ocultação ou vilipêndio de cadáver (arts. 211 e 212, CP) e homicídio culposo (art. 121, CP). Todavia, ressalta-se que a legislação penal permite o aborto necessário, que se configura pelo risco de vida da gestante, o sentimental,

quando a gravidez é resultado de estupro, e o aborto de feto anencefálico, este nos termos julgados na ADPF 54 no STF.

No caso da gravidez decorrente de estupro (Art. 128, II, CP), a disposição dada pela Portaria n. 1.508, de 01 de setembro de 2005, do Ministério da Saúde, é que o Procedimento de Justificação e Autorização da Interrupção da Gravidez deve ocorrer em quatro fases. Na primeira, a gestante deve relatar, perante dois profissionais de saúde, circunstâncias da violência sexual, como data, hora aproximada, tipo e forma da violência, e local, assim como dados do agressor. A segunda fase consiste em exames médicos gerais e avaliação por parte de equipe de saúde multiprofissional, que deverão subscrever o Termo de Aprovação de Procedimento de Interrupção da Gravidez, e, após, ocorre a assinatura da gestante no Termo de Responsabilidade e, por fim, o Termo de Consentimento Livre e Esclarecido, em que haverá o esclarecimento à gestante de fatores relacionados à sua saúde, procedimentos da intervenção, formas de acompanhamento e a garantia de sigilo com relação aos dados envolvidos, exceto a requisição judicial (Portaria n. 1.508, de 01 de setembro 2005).

Em 2012, foi julgada procedente a ADPF 54, proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, que almejava atacar a ilegalidade da interrupção voluntária da gravidez em fetos anencéfalos. A ação foi julgada procedente em abril de 2012, declarando, assim, a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada no Código Penal brasileiro.

A título de informação, segundo Diniz, Medeiros e Madeiro (2017, p. 6-7), o aborto é comum no Brasil, visto que aproximadamente uma em cada cinco mulheres brasileiras já abortaram. No ano 2015, foi realizado cerca de meio milhão de abortos, e metade destes ocorreu por meio de medicamentos, como o misoprostol (Cytotec®). Segundo reportagem do jornal O Globo, essa medicação é ofertada em camelódromos ao ar livre no centro do Rio de Janeiro por um valor que varia entre R\$ 250,00 e R\$ 600,00 (ROBERTO JUNIOR, 2015); também nessa linha, a reportagem informa que mulheres no Estado do Mato Grosso do Sul adquirem a substância em drogarias paraguaias localizadas em zonas fronteiriças (MÉDICA..., 2008).

4 A POSIÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS E A RELAÇÃO DE PAÍSES COM A LEGISLAÇÃO PERMISSIVA AO ABORTO

Conforme afirmam especialistas da ONU, a criminalização do aborto aumenta os riscos para a saúde das gestantes que recorrem aos serviços clandestinos inseguros e ilegais. No mesmo texto, recomenda-se a legalização do aborto, a pedido da gestante, durante o primeiro trimestre da gravidez, pois um sistema que nega o acesso ao aborto seguro se mostra como instrumentalizador do corpo feminino e de uma grave violação dos direitos humanos. As consequências disso são graves, pois o manutenção de uma gravidez indesejada aumenta

o risco de fístula obstétrica, além de, por vezes, impedir o acesso à educação e interromper a ascensão social e econômica da gestante, isso quando as mulheres não pagam o preço do aborto com suas vidas (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2016).

O aborto, atualmente, encontra legislações mais permissivas em países como África do Sul, Albânia, Armênia, Estados Unidos, Áustria, Azerbaijão, Bielorrússia, Bósnia, Canadá, Cuba, Cabo Verde, Barém, China, Croácia, Bélgica, Bulgária, Camboja, Coreia do Norte, França, Estônia, Macedônia, Dinamarca, Alemanha, Hungria, Itália, Grécia, Geórgia, Guiana, Vietnã, Ex-República Iugoslava, Quirguistão, Lituânia, Mongólia, Latvia, Montenegro, Nepal, Países Baixos, Portugal, Porto Rico, Noruega, Rússia, Sérvia, Romênia, República Tcheca, Eslováquia, Eslovênia, Cingapura, Suíça, Suécia, Tunísia, Turquia, Turcomenistão, Ucrânia, Uzbequistão, Tadjiquistão e Uruguai (MANO, 2010). Esses países têm o aborto legalizado, por requisição da mulher, entre períodos que variam de até 10 semanas, como em Portugal, até 24 semanas, como no Reino Unido.

5 A RESPONSABILIDADE DO DIREITO BRASILEIRO SOBRE O ABORTO

É preciso destacar que a Constituição Federal não possui em seu texto menção a quando ocorreria o início da vida humana, a vedação ao aborto ou a qualquer dispositivo que afirme a sua ilicitude. Sobre isso, extrai-se posição do STF:

O Magno Texto Federal não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ela começa. Não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativa (teoria “natalista”, em contraposição às teorias “concepcionista” ou da “personalidade condicional”). E, quando se reporta a “direitos da pessoa humana” e até a “direitos e garantias individuais” como cláusula pétrea, está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa, que se faz destinatário dos direitos fundamentais “à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”, entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (como direito à saúde e ao planejamento familiar). Mutismo constitucional hermeneuticamente significativo de transpasse de poder normativo para a legislação ordinária. [...] Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Onde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana. [...] Os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo direito comum. O embrião pré-implante é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição. [ADI 3.510, rel. min. Ayres Britto, j. 29-5-2008, P, DJE de 28-5-2010.]

Resta então, somente para a legislação ordinária, definir o aborto como conduta ilícita ou não. Porém, é necessário lembrar que o legislador exerce a sua atividade com base nos valores e princípios de sua época, o que pode fazer com que seu produto, isto é, as normas por ele editadas, possa cair em desuso, ineficácia ou anacronismo com o passar do tempo e as transformações sociais que o direito deve reger. Isso tornou-se observável no Código Civil de 1916 que, em seu conteúdo, apresentava uma visão patriarcal e conservadora e transformava a força física do homem em poder pessoal, o que condizia com a sociedade da época (DIAS, 2005). Na letra do

antigo código, encontravam-se normas, que, posteriormente, não mais encontraram aporte na realidade, como o art. 178, que conferia ao marido o direito de pleitear no judiciário a anulação do casamento se descobrisse que sua esposa não era mais virgem, dentre outros.

Nessa direção, observa-se que, por vezes, o direito brasileiro não acompanha a sociedade, os fatos sociais e até mesmo as questões constitucionais. Isso é mais do que perceptível em se tratando de questões como escravidão, sufrágio feminino e divórcio e, também, ao analisar o Código Penal brasileiro vigente desde 1942 que, ao tipificar o aborto, mostra-se defasado e viola direitos constitucionais fundamentais, como se expõe a seguir.

6 VIOLAÇÃO DE PRESSUPOSTOS CONSTITUCIONAIS

Segundo Marmelstein (2006, p. 29) e Piovesan (2015, p. 187), ideais como liberdade, igualdade, solidariedade, justiça e tratamento digno se mostraram presentes, em maior ou menor intensidade, em diversas civilizações no decorrer da história. O reconhecimento de direitos do homem é tão antigo quanto a própria sociedade, embora ele nem sempre tenha ocorrido de maneira positivada. Entretanto, como relata Ferreira Filho (2003, p. 279), ao nascer o constitucionalismo no século XVIII, direitos fundamentais e Constituição estavam, na perspectiva doutrinária e na concretização prática, intimamente ligados.

Nessa linha, de acordo com a doutrina de Moraes (2007, p. 99), “A constitucionalização dos direitos humanos fundamentais não significa mera enunciação formal de princípios, mas a plena positivação de direitos, com base nos quais qualquer indivíduo poderá exigir sua tutela perante o Poder Judiciário.”

Entre as características dos direitos fundamentais, encontra-se a historicidade, o que os faz refletir as concepções e valores fundamentais de cada sociedade, decorrendo, então, na inviabilidade da consideração de uma visão em torno dos direitos fundamentais que os qualifique como absolutos, imutáveis e supraestatais. Os direitos fundamentais permanecem sendo modificados para melhor atender às demandas da sociedade (BOBBIO, 1992, p. 12-24 apud GUERRA, 2014).

Tendo isso em vista, é possível afirmar que o direito à saúde, expresso nos arts. 6º e 196 da CF, é claramente, infringido pela criminalização do aborto no Brasil, isso porque o aborto como uma prática recorrente encontra relação direta com a saúde enquanto direito fundamental.

O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. **O Poder Público**, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, **não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional.** (RE 271.286 AgR, rel. min. Celso de Mello, j. 12/9/2000, 2ª T, DJ de 24/11/2000, grifo nosso).

Nessa esteira, merece atenção a posição de Juan Méndez, Relator Especial das Nações Unidas sobre Tortura e Outros Tratamentos ou Punições Cruéis:

Aborto inseguro é a terceira principal causa de mortes maternas no mundo. Onde o aborto é restrito pela lei, a mortalidade materna aumenta enquanto mulheres são forçadas a passar por abortos clandestinos em condições anti-higiênicas. Consequências a longo e curto prazo também decorrem de abortos precários e da imposição a mulheres a carregar gravidezes contra sua vontade. [...] Acesso dificultado ao aborto voluntário resulta na morte desnecessária de mulheres. (UNITED NATIONS, 2016, tradução nossa).²

Brasileiras como Jandira Magdalena dos Santos Cruz, Caroline de Souza Carneiro e Aline dos Reis Franco tiveram suas vidas ceifadas vítimas de aborto clandestino. Jandira foi vista pela última vez na rodoviária de Campo Grande, levada pelo ex-marido para então ser conduzida a uma clínica clandestina para realizar o procedimento abortivo pelo qual teria pago R\$ 4.500. Jandira faleceu após passar pela cirurgia, e seu corpo, encontrado carbonizado e sem a arcada dentária, só foi identificado por exame de DNA (CASO JANDIRA..., 2014). Caroline de Souza Carneiro, então com 28 anos, veio a óbito após realizar um aborto em uma clínica clandestina do Rio de Janeiro; de acordo com laudo da polícia civil, havia sangue coagulado na cavidade uterina da vítima, além de um corte de 18 cm na altura da região do baixo ventre, além de escoriações no cotovelo e joelhos. Seu corpo foi abandonado em Duque de Caxias, na baixada fluminense (RODRIGUES, 2017). Aline dos Reis Franco, 26, mãe de dois filhos, morreu em 06 de dezembro de 2016. Aline, então grávida de dois meses, percorreu 421 km de Campo Grande a Porto Murтинho, local onde teve acesso à droga abortiva, que, após seu consumo, lhe provocou mal-estar e convulsões, fazendo-se cair no chão e bater a cabeça várias vezes. Aline foi levada para o hospital de Porto Murтинho para receber atendimento, mas omitiu do médico local que estava grávida e que havia tomado um remédio abortivo. Foi encaminhada para Campo Grande em urgência, porém faleceu dentro da ambulância já na Cidade de Jardim (COELHO, 2016).

Situações trágicas como essas poderiam ter um desfecho diferente se o direito constitucional à saúde fosse realmente efetivado no Brasil e o aborto seguro fosse uma opção para essas mulheres. Segundo estudo da OMS, a restrição ou proibição do acesso não reduz o número de abortos. Relata-se que, em nações onde o aborto é completa ou parcialmente

2 “Unsafe abortion is the third leading cause of maternal death globally. Where access to abortion is restricted by law, maternal mortality increases as women are forced to undergo clandestine abortions in unsafe and unhygienic conditions. Short- and long-term physical and psychological consequences also arise due to unsafe abortions and when women are forced to carry pregnancies to term against their will (A/66/254). Such restrictive policies disproportionately impact marginalized and disadvantaged women and girls. Highly restrictive abortion laws that prohibit abortions even in cases of incest, rape or fetal impairment or to safeguard the life or health of the woman violate women’s right to be free from torture and ill-treatment (A/HRC/22/53, CEDAW/C/OP.8/PHL/1). Nevertheless, some States continue to restrict women’s right to safe and legal abortion services with absolute bans on abortions. Restrictive access to voluntary abortion results in the unnecessary deaths of women.” (UNITED NATIONS, 2016).

proibido, um em cada quatro abortos é seguro, porém onde o aborto é legal, nove entre dez são realizados de maneira segura (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 2017).

A dignidade da pessoa humana também se mostra desrespeitada pela continuidade da criminalização do aborto no Brasil; a respeito da conceituação desse ideal, extrai-se a visão da doutrina de Sarlet (2006, p. 60), que o define como

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

A legislação brasileira, por não reconhecer a mulher como ser digno da capacidade ética e da autonomia para tomar decisões sobre o seu próprio corpo, conseqüentemente não a reconhece como ser digno de liberdade sobre sua própria existência; nessa esteira, o filósofo do direito Dworkin (2003, p. 143, grifo nosso) afirma:

As leis que proíbem o aborto, ou que tornam mais difícil e caro para as mulheres que desejam fazê-lo, privam as mulheres grávidas de uma liberdade ou oportunidade que é crucial para muitas delas. Uma mulher forçada a ter uma criança que não deseja porque não pode fazer um aborto seguro pouco depois de ter engravidado não é dona de seu próprio corpo, pois a lei lhe impõe uma espécie de escravidão. Além do mais, isso é só o começo. Para muitas mulheres, ter filhos indesejados significa a destruição de suas próprias vidas, porque elas próprias não deixaram ainda de ser crianças porque não poderão trabalhar, estudar ou viver de acordo com o que consideram importante, ou porque não tem condições financeiras de manter os filhos.[...] Para muitas mulheres, **esses sofrimentos que decorrem da criminalização do aborto pela sociedade não são apenas indesejáveis, mas igualmente terríveis.** Elas ficam tão traumatizadas que fariam praticamente qualquer coisa para evitá-los.

Nessa esteira, é possível afirmar que a atual criminalização do aborto prevista no Código Penal se mostra inconstitucional, por desrespeitar pressupostos constitucionais como o direito à saúde, à dignidade da pessoa humana e à liberdade, impondo uma condição de desrespeito à autonomia e autodeterminação das mulheres, que é proveniente de legislação excessivamente retrógrada e que não encontra real suporte na realidade nacional.

7 CONCLUSÃO

O aborto é uma prática conhecida na história das mais variadas culturas que estiveram presentes na formação da civilização humana, e a partir do século XX, com o avanço das conquistas femininas, coloca-se como um direito que não deve ser negado às mulheres. Isso já ocorre na maioria das democracias ocidentais, e no Brasil, isso não deveria ser diferente.

O aborto também se mostra como um acontecimento corriqueiro no cenário nacional, visto que uma em cada cinco mulheres já o fez, porém, como consequência de sua condição criminal, ele

ocorre de maneira mortal e insalubre para muitas mulheres, a maioria de baixa renda, que nada mais querem do que exercer liberdade sobre suas próprias vidas e seus próprios corpos.

Ao negar à mulher a autonomia sobre o próprio corpo, o Estado não a reconhece como ser livre e suficiente para reger o próprio destino e, conseqüentemente, deixa de cumprir pressupostos que são positivados pela mesma Magna Carta que legitima a existência, a estrutura e a formação do Estado propriamente dito.

A Constituição Cidadã, assim como várias outras, demonstra-se como um marco na conquista de direitos fundamentais, e já em seu preâmbulo compromete-se a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, o bem-estar, entre outros, porém a legislação penal no que diz respeito ao aborto não é recepcionada pelo Texto Constitucional no que concerne ao direito à saúde e à dignidade humana, reproduzindo um padrão sexista de supressão a liberdades que é contraditório ao que a Constituição prevê, e para o bem da sociedade como um todo, essa violação a direitos fundamentais não pode perdurar. Encerra-se com o pensamento de Moraes (2007, p. 99): “O respeito aos direitos fundamentais, principalmente pelas autoridade públicas, é pilastra mestra na construção de um verdadeiro estado de direito democrático.”

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890*. Promulga o Código Penal. 1890. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm>. Acesso em: 28 abr. 2018.

BRASIL. *Lei de 16 de dezembro de 1830*. Manda executar o Código Criminal. 1830. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm>. Acesso em: 28 abr. 2018.

CABRAL, B. F. Precedentes sobre a prática de aborto no direito norte-americano de 1973 a 2007. *Jus.com.br*, ago. 2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/13256/precedentes-sobre-a-pratica-de-aborto-no-direito-norte-americano-de-1973-a-2007>>. Acesso em: 21 abr. 2018.

CASO JANDIRA: grávida morta em clínica clandestina de aborto se torna símbolo no Rio. R7, 18 dez. 2014. Disponível em: <<https://noticias.r7.com/rio-de-janeiro/caso-jandira-gravida-morta-em-clinica-clandestina-de-aborto-se-torna-simbolo-no-rio-18122014>>. Acesso em: 28 abr. 2018.

COELHO, H. Mulher morreu de hemorragia interna após aborto, diz laudo da polícia. G1, 06 set. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2016/09/mulher-morreu-de-hemorragia-interna-apos-aborto-diz-laudo-da-policia.html>>. Acesso em: 28 abr. 2018.

DIAS, M. B. *A mulher no Código Civil*. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/18_-_a_mulher_no_c%F3digo_civil.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2018.

DINIZ, D.; MEDEIROS, M.; MADEIRO, A. Pesquisa Nacional do Aborto 2016. *Ciência & Saúde Coletiva*, 22(2):653-660, 2017. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csc/v22n2/1413-8123-csc-22-02-0653.pdf>>. Acesso em 28 abr. 2018.

DWORKIN, R. *Domínio da Vida - Aborto, Eutanásia e Liberdades Individuais*. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GUERRA, S. *Direitos Humanos – Curso Elementar*. São Paulo: Saraiva, 2014.

MANO, M. K. Veja as restrições legais ao aborto em cada país. *OperaMundi*, 14 out. 2012. Disponível em: <<http://operamundi.uol.com.br/conteudo/reportagens/6974/veja+as+restricoes+legais+ao+aborto+em+cada+pais.shtml>>. Acesso em: 28 abr. 2018.

MARMELSTEIN, G. *Curso de direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008.

MÉDICA faz alerta contra venda de abortivo no Paraguai. *Gazeta do Povo*, 20 nov. 2008. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/medica-faz-alerta-contra-venda-de-abortivo-no-paraguai-baetpjemqz6hkym81kk1ppr9q>>. Acesso em: 21 abr. 2018.

MORAES, A. de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2007.

ORGANIZAÇÃO NAS NAÇÕES UNIDAS. *Aborto inseguro ainda está matando dezenas de milhares de mulheres, alertam especialistas da ONU*. 27 set. 2016. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/aborto-inseguro-ainda-esta-matando-dezenas-de-milhares-de-mulheres-alertam-especialistas-da-onu/>>. Acesso em: 28 abr. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *OMS: proibição não reduz número de abortos e aumenta procedimentos inseguros*. 28 set. 2017. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/oms-proibicao-nao-reduz-numero-de-abortos-e-aumenta-procedimentos-inseguros/>>. Acesso em: 21 abr. 2018.

PIOVESAN, F. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 15. ed. Saraiva: 2015.

RIDDLE, J. M. *Contraception and Abortion from the Ancient World to the Renaissance*. Harvard: Harvard University Press, 1992.

ROBERTO JUNIOR, P. De uso proibido no Brasil, abortivo é encontrado com facilidade em camelôs no centro. *O Globo*, 04 mar. 2015. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/rio/de-uso-proibido-no-brasil-abortivo-encontrado-com-facilidade-em-camelos-do-centro-15495646>>. Acesso em: 21 abr. 2018.

RODRIGUES, L. Ela levou minha filha para morte, diz mãe sobre amiga que ajudou em aborto. *Campo Grande news*, 13 jan. 2017. Disponível em: <<https://www.campograndenews.com.br/cidades/-ela-levou-minha-filha-para-morte-diz-mae-sobre-amiga-que-ajudou-em-aborto>>. Acesso em: 28 abr. 2018.

SARLET, I. W. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais: Na Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Livraria do Advogado, 2006.

SCHOR, N.; ALVARENGA, A. T. de. O Aborto: Um Resgate Histórico e Outros Dados. *Rev. Bras. Cresc. Dás. Hum.*, São Paulo, v. 4, n. 2, 1994.

TRADUÇÃO DO NOVO MUNDO DAS ESCRITURAS SAGRADAS. *Sociedade Torre de Vigia de Bí-
blias e Tratados*, 2015.

UNITED NATIONS. *Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or de-
grading treatment or punishment*. Human Rights Council, 05 Jan. 2016. Disponível em: <[www.
ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session31/Documents/A_HRC_31_57_E.doc](http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session31/Documents/A_HRC_31_57_E.doc)>.
Acesso em: 28 abr. 2018.

MEDIAÇÃO NO AMBIENTE ESCOLAR: CONSIDERAÇÕES ACERCA DAS ETAPAS E PROCEDIMENTO

Emanuel Natã¹
Fernanda Trentin²

RESUMO

Considerando a aplicação da mediação nas mais diversas áreas, especialmente no âmbito da gestão escolar, mostra-se necessário analisar se o procedimento adotado para esse fim, que diverge ou se assemelha ao modelo utilizado para a solução de conflitos jurídicos, amplamente difundido pelo sistema judiciário e incentivado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ). No presente artigo faz-se um breve estudo sobre a mediação, destacando as duas modalidades já citadas, de forma a analisar suas etapas, demonstrando, ao final, que a mediação de conflitos escolares está se utilizando, posto que sem regramento específico, das técnicas e etapas da mediação de conflitos jurídicos.

Palavras-chave: Mediação. Tratamento de solução de conflitos. Mediação escolar.

1 INTRODUÇÃO

Muito se tem ouvido falar sobre a mediação nos últimos tempos. Isso porque não apenas o judiciário passou a utilizá-la, com a promulgação da Lei de Mediação e determinação expressa no atual Código de Processo Civil, mas também porque o tema tem aparecido nas escolas sob a figura da mediação escolar.

A mediação como tratamento para solução de conflitos jurídicos tem regras e procedimento previstos na lei supramencionada, além de possuir princípios e etapas específicas, que por sua vez poderão ser utilizados, *a priori*, pelo mediador escolar, por exemplo.

Nesse sentido, busca-se verificar se a mediação escolar está intimamente relacionada com a mediação que vem sendo realizada nos Fóruns e Núcleos de assistência jurídica ou se apenas são mecanismos parecidos, sem, no entanto, possuírem regras similares.

Considerando-se que o objetivo no presente artigo é encontrar possíveis similaridades entre os conceitos de mediação como tratamento adequado de solução de conflitos jurídicos e a mediação como método escolar de auxílio ao aluno, necessário se faz observar o significado da expressão "mediação" no dicionário.

¹ Graduando em Direito e Psicologia pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Graduando em Gestão Pública pelo Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial; emanuelnemanuel2@gmail.com

² Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina; Especialista em Direito do Consumidor e da Empresa pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Professora na Universidade do Oeste de Santa Catarina; fernandatrentin@hotmail.com

Do Dicionário Michaelis de Língua Portuguesa, extrai-se que mediação é substantivo feminino, que provém do latim *mediatione* e significa "ato ou efeito de mediar", ou ainda "intercessão, intervenção ou intermédio."

Referido dicionário traz, também, um significado jurídico para a expressão, destacando-a como "Intervenção por meio da qual se procura chegar a um acordo" ou também "Procedimento que visa aproximar as partes interessadas para o fechamento de um contrato ou negócio."

Os significados do dicionário, portanto, não respondem à indagação sugerida no presente artigo, motivo pelo qual será necessário trazer à tona conceituações próprias, ou seja, específicas do ramo do direito e da pedagogia, já que são assuntos relacionados a essas áreas.

Assim, inicia-se o presente artigo falando da mediação como tratamento adequado de solução de conflitos e, posteriormente, da mediação escolar, buscando analisar se o procedimento adotado será o mesmo, em ambos os casos.

2 COMEÇANDO A FALAR SOBRE MEDIAÇÃO

Vivencia-se no Brasil, na atualidade, o momento de eclosão do Marco Legal da Mediação. Nesse cenário, a aplicação da mediação tornou-se uma realidade incontestável. A construção do processo de mediação ganha novas facetas e por isso continua, de modo que não se pode perder de vista a sua repercussão e condição de garantir ou instrumentar a concretização da pacificação e justiça social. A mediação de conflitos tem evoluído muito no Brasil, tanto na parte legislativa, quanto na parte prática. Embora ainda seja confundida com a conciliação, trata-se de um instituto mais complexo e completo na solução de conflitos envolvendo relações continuadas (TARTUCE, 2018).

Assim, não é possível afirmar o seu marco inicial, embora se encontrem registros remotos dessa prática no Ocidente, através da concepção da conciliação cristã, com repercussões desde o Direito Romano. A Igreja, no âmbito religioso, exerceu o lugar daquele que busca o bom termo para solucionar uma desavença entre as pessoas. No Brasil, especificamente, sua primeira manifestação decorreu das Ordenações Filipinas, depois, regulamentada nacionalmente na Carta Constitucional do Império, de 1824, a reconhecer a atuação conciliatória do Juiz de Paz ante o desenvolvimento dos processos (MARTINEZ, 2002).

Conforme Farias (2018), o processo de mediação foi sendo desenvolvido de modo inconsciente ou intuitivo. Nos períodos mais remotos, a mediação ainda não era assim denominada, de forma que somente após a conscientização e teorização desse processo é que ele foi assim definido e as experiências relatadas puderam ser devidamente classificadas como momentos de ocorrência de mediação. Somente a partir da metade do século XX é que o processo de mediação foi definido e sua prática foi utilizada de forma direcionada e orientada.

Após a análise dos estudos evidenciou-se a pluralidade dos métodos contemporâneos de resolução de conflitos extrajudiciais. Com essa conscientização os Estados Unidos decidiram se aprofundar nesse assunto. Com enfoque na teorização da mediação foram observadas três escolas clássicas sobre mediação, com formas diferentes: o Modelo Tradicional-Linear (desenvolvido pela Harvard Law School), o Modelo Transformativo (introduzido por Robert A. Bush – teórico da negociação – e Joseph F. Folger – teórico da comunicação) e o Modelo Circular-Narrativo (proposto por Sara Cobb) (LIMA; ALMEIDA, 2010).

A mediação se expandiu para diversos países, como França, Argentina, Canadá, Portugal Inglaterra e Espanha, aumentando as maneiras de atuação e procedimentos, sabendo em si que poderiam se adaptar de acordo com o contexto econômico, social e jurídico de cada país (LIMA; ALMEIDA, 2010).

Com o Brasil não foi diferente, de maneira que igualmente importou a mediação como processo extrajudicial de resolução de conflitos em razão, sobretudo, da crise instaurada no Poder Judiciário. A ordem jurídica já não consegue se comunicar com toda a população, gerando entraves ao acesso do órgão estatal jurisdicional. Assim, tais fatos induziram ao entendimento de que o Estado não é suficiente – como único centro de poder – para garantir a resolução de conflitos e efetivação de direitos e deveres dos cidadãos, especialmente aqueles localizados nas comunidades mais carentes e marginalizadas (CAPPELLETTI; BRYANT, 1998).

A partir dessa conjuntura, verificou-se o surgimento de duas novidades: um (novo) centro de poder – a sociedade organizada (ou emancipada) – e (novos) instrumentos processuais (que podem ser manuseados por este novo centro), para satisfazer a solução de conflitos e a promoção de direitos e deveres fundamentais – por meio de ações legais e pacíficas. A sociedade civil organizada aparece muitas vezes fundamentada na participação comunitária, localizada nas regiões mais carentes de justiça, com a finalidade de viabilizar esse acesso, sendo reconhecida por centros de organização comunitária. Os novos processos – a exemplo, por excelência, da mediação – visam à utilização de procedimentos compatíveis com a estrutura dessas organizações (WOLKMER, 1997).

O instituto da mediação, embora utilizado por instituições privadas no Brasil desde a década de 1990, foi recentemente reconhecido pelo Poder Judiciário. O grande receio é que os novos diplomas legais, quando manejados pelo Poder Judiciário, promovam uma massificação do processo de mediação, uma desqualificação dos seus profissionais e, por fim, uma "desacreditação" pelos usuários na sua eficiência. Enfim, que o processo de mediação seja demasiadamente desvirtuado ou paralelamente entregue a outros profissionais como nova forma de atuação. Por isso, em vez de ampliar tanto a utilização da mediação pelo Poder Público, os novos diplomas deveriam ter se preocupado em estimular mais e garantir a satisfação do

processo por meio de entes privados, já experientes no desenvolvimento das ações mediativas (CAPPELLETTI; BRYANT, 1998).

A ideia de mecanismos de solução de conflitos ou meios alternativos de solução de conflitos é relativamente nova e deriva da *Alternative Dispute Resolution (ADR)*, de origem norte-americana, a partir da década de 1970. Nos Estados Unidos da América, inúmeros mecanismos alternativos de solução de conflitos são utilizados, como a *mediation* (mediação), a *arbitration* (arbitragem), a *negotiation* (negociação) e o *mixed process*. O ordenamento jurídico brasileiro, seguindo a processualística atual, organiza-se em torno de três formas de resolução de conflitos: autotutela (ou autodefesa), autocomposição e heterocomposição (CABRAL, 2018).

O mediador exerce a função de ajudar as partes a reconstruírem simbolicamente a relação conflituosa, enquanto o conciliador exerce a função de negociador do litígio, reduzindo a relação conflituosa a uma mercadoria. Portanto, a mediação é um processo de reconstrução simbólica do conflito no qual as partes têm a oportunidade de resolver suas diferenças reinterpretando, no simbólico, o conflito com o auxílio de um mediador, que as ajuda, com sua escuta, interpretação e mecanismos de transferência, para que elas encontrem os caminhos de resolução, sem que o mediador participe da resolução ou influa em decisões (WARAT, 2001).

A mediação, embora não seja uma ciência, também apresenta sua diversidade. Assim, ela tem aplicação em diversas áreas do conhecimento, como na educação, psicologia, sociologia. A esse respeito, Morais (2008, p. 158) afirma que:

a mediação é uma realidade multidisciplinar, reunindo, nos seus princípios, conhecimentos a vários níveis, de Direito, Psicologia, Sociologia, no fundo de todas as ciências sociais e humanas, daí ser a mediação tão rica e eficaz na resolução de litígios, e por causa disso acolhida já por inúmeros ordenamentos jurídicos.

No âmbito do Direito, a doutrina sustenta a possibilidade de sua atuação em matéria de direito de família, ambiental, penal, consumidor, empresarial, juvenil, urbanístico, comunitário, entre outros. A possibilidade escolar será analisada a seguir.

3 A MEDIAÇÃO ESCOLAR: CONSIDERAÇÕES ACERCA DAS ETAPAS E PROCEDIMENTO

A escola se transformou em um lugar de convergência de inúmeras dinâmicas sociais, políticas, econômicas, culturais, simbólicas e morais deste tempo. Dessas dinâmicas interessa o debate sobre os processos de mediação como uma aposta à resolução dos conflitos, agressividades e manifestações de violências no interior da unidade escolar. O conceito de mediação advém das ciências forenses e se constitui por ser uma técnica, entendida como inovação jurídica aplicável à sociedade para intervenções públicas e privadas de resolução de conflitos (ABRAMOVAY, 2002).

A escola tem potencial de disparar os elementos da mediação em suas normativas (projeto político pedagógico) e práticas (ação pedagógica), como a noção de pertencimento.

Da mediação jurídica à mediação escolar, a educação deve assumir o papel de conduzir seus processos internos (ABRAMOVAY, 2004)

Chrispino (2007) chama de mediação de conflito o procedimento pelo qual um terceiro imparcial auxilia os participantes a colocar as questões em disputa, desenvolvendo opções, considerando alternativas e chegando a um acordo aceitável por eles. Em que pese o autor esteja falando da mediação no contexto escolar, não a conceitua dessa forma, mas apenas genericamente.

Possatto et al. (2018), por sua vez, comentam acerca da origem da mediação escolar, ressaltando que sua "antessala" está na mediação de conflitos em contextos fora da sala de aula.

Trata-se de técnica que pode superar as dimensões funcional, dogmática e normativa do direito, traduzida em instrumento de revisão do papel formador da escola, em que propõe interpretações conciliadoras às manifestações e expressões de violência do cotidiano e da realidade escolar. Esse conflito, estruturado em fundamentos das noções de pertencimento, de reconhecimento, de comunidade, de juventude, de ator social e de protagonismo fomentam identidades, afirmações, autonomias, emancipações e superações das desigualdades e das singularidades (ORTEGA; DEL REY, 2002).

Assim, os autores destacam que as experiências de solução de conflitos judiciais, especialmente nos Estados Unidos, na década de 1970, e na França, em 1980, fizeram com que a mediação fosse se estendendo a outros ramos, incluindo-se na esfera escolar.

Ortega e Del Rey (2002, p. 147) elucidam que "A mediação é a intervenção, profissional ou profissionalizada, de um terceiro – um especialista – no conflito travado entre duas partes que não alcançam, por si mesmas, um acordo nos aspectos mínimos necessários para restaurarem uma comunicação, um diálogo que, é necessário para ambas."

A escola, enquanto espaço-lugar de formação, apresenta as habilidades para desencadear ações sólidas de mediação e de resolução de seus conflitos. Em outros termos, as técnicas e os processos de mediação, no sentido das possibilidades de resolução dos conflitos, ganham relevância diante da realidade exposta. Contudo, denota-se que a escola tem dificuldade na transparência de suas regras, bem como de permitir que outros atores contribuam na gestão escolar. Integralizar as premissas existentes no Programa Mais Educação, conforme a Portaria Interministerial nº 17/2007, não é tarefa tranquila, uma vez que ela tem que se esforçar para:

IV - prevenir e combater o trabalho infantil, a exploração sexual e outras formas de violência contra crianças, adolescentes e jovens, mediante sua maior integração comunitária, ampliando sua participação na vida escolar e social e a promoção do acesso aos serviços sócio-assistenciais do Sistema Único de Assistência Social – SUAS.

Na concepção de Nunes (2011), os processos de mediação são formas de restaurar a cultura da paz nas escolas. A concepção de mediação está consignada no projeto pedagógico

das unidades escolares estudadas. A escola elabora, no Projeto Político-Pedagógico (PPP), as diretrizes para suas ações e norteamientos e o documento, obrigatório para todas as unidades escolares, denominados de Finalidades da Escola, Estrutura Organizacional, Currículo, Tempos e Espaços Escolares, Processos de Decisão, Relações de Trabalho e Avaliação (NUNES, 2011).

O autor enaltece que no âmbito escolar se espera que o professor saiba fazer uso do conflito como uma oportunidade pedagógica e emancipação de aprendizagem, buscando solucionar as demandas conflitantes na construção da mudança cultural no ambiente escolar. Nesse contexto, os professores se apropriam desse conhecimento e incorporam a prática dos valores no seu cotidiano. O instituto da mediação da justiça em alguns estados brasileiros já faz parte da rotina das escolas, sendo um importante mecanismo para frear a violência no âmbito escolar (GOMES, 2014).

Com o auxílio do mediador, os envolvidos buscarão compreender as fraquezas e fortalezas de seu problema, a fim de tratar o conflito de forma satisfatória. Na mediação, por constituir um mecanismo consensual, as partes apropriam-se do poder de gerir seus conflitos, diferentemente da jurisdição estatal na qual esse poder é delegado aos profissionais do direito, com preponderância àqueles investidos das funções jurisdicionais (MORAIS; SPENGLER, 2008, p. 134).

Partindo-se do pressuposto de que na mediação se trabalha a cooperação, o respeito, a identidade e o reconhecimento do outro enquanto pessoa, o processo de mediação deverá:

- a) favorecer e estimular a comunicação entre as partes em conflito, o que traz consigo o controle das interações destrutivas;
- b) levar a que ambas as partes compreendam o conflito de uma forma global e não apenas a partir da sua própria perspectiva;
- c) ajudar na análise das causas do conflito, fazendo com que as partes separem os interesses dos sentimentos;
- d) favorecer a conversão das diferenças em formas criativas de resolução do conflito;
- e) reparar, sempre que viável, as feridas emocionais que possam existir entre as partes (THEODORO, 2005).

Ademais, na seara escolar, para que um projeto de mediação seja implementado é preciso identificar as necessidades das instituições que vão se beneficiar com o programa; pedir apoio da comunidade educativa; demonstrar as vantagens em ter professores treinados em mediação; verificar as disputas que serão objeto de mediação; e traçar um programa de formação em mediação de conflitos (PIMENTA, 2007).

Na Argentina, onde a mediação escolar tem sido aplicada com grande veemência, o Ministério de Educación, Ciencia y Tecnología de La Nación lançou o Programa Nacional de

Mediação Escolar, que aponta fases necessárias para a implementação de um projeto de mediação de conflitos. São elas:

A) Diagnóstico de necessidades - Avaliação e diagnóstico das necessidades da Escola, reconhecimento da área envolvente, onde a escola se encontra inserida, geográfica e socialmente. B) Ações de sensibilização - Para implementar o projeto é necessário sensibilizar todos aqueles que, de uma forma ou de outra, irão ser por ele afetados, sendo da maior importância o seu envolvimento no projeto, a sua motivação e compromisso com os seus objetivos. C) Criação de uma equipa de apoio - Dentro da escola, que poderá envolver docente e não docentes, pais e alunos, com as seguintes competências: 1. Acompanhamento do projeto; 2. Coordenação com a equipa externa multidisciplinar de técnicos/ mediadores; 3. Monitorização e apoio nas diversas fases do projeto; 4. Participação na capacitação dos alunos e na sensibilização de todos os sectores intervenientes; 5. Apoio aos mediadores, reunir com eles para rever dificuldades e propor soluções; 6. Proposta de ajustes que considere necessários para o desenvolvimento do projeto. D) Formação e capacitação. (BUSH; FOLGER, 2005).

Uma das alternativas encontradas pelos sistemas escolares e principalmente na rede privada de ensino para lidar com esses alunos especiais "incluídos" é a contratação de um profissional para atuar como mediador. Antes de discutir as competências e responsabilidades desse profissional, vale observar que a literatura apresenta uma grande diversidade de nomenclaturas: mediador escolar (FONSECA, 2014; GOMES, 2015), agente educacional especializado, professor de apoio educacional especializado, facilitador (GLAT; PLETSCH, 2012), professor de apoio (BRASIL, 2015), professor de apoio à inclusão, professor de apoio permanente para alunos com necessidades educativas especiais, entre outras. Apesar dessa gama de terminologias, no decorrer deste texto será usada com a que maior se aproxima da sua real função: mediador escolar.

Segundo Glat e Pletsch (2012), o mediador ou facilitador de aprendizagem é um elemento de apoio ao professor da turma comum em que há algum aluno especial incluído que necessite de um atendimento mais individualizado. A principal função do mediador é: dar suporte pedagógico às atividades do cotidiano escolar, sem com isso substituir o papel do professor regente. O mediador acompanha o dia a dia do aluno, realizado em concordância com a equipe escolar, fazendo as adaptações necessárias para o desenvolvimento e aprendizagem do educando. No caso de alunos com deficiências motoras severas ou múltiplas, o mediador também auxilia nas atividades de locomoção e de vida diária na escola (GLAT; PLETSCH, 2012, p. 24).

4 ETAPAS DA MEDIAÇÃO: SIMILARIDADES ENTRE A MEDIAÇÃO DE CONFLITOS JURÍDICOS E A MEDIAÇÃO ESCOLAR

Esta seção tem por objetivo analisar possíveis divergências no que se refere aos procedimentos de mediação como pacificadora de conflitos jurídicos e a mediação escolar. Para

tanto, optou-se por trabalhar as etapas de uma e outra, a fim de verificar eventuais diferenças que respondam à problemática desta pesquisa (MEDINA, 2004).

A mediação escolar tem sido considerada uma modalidade de atendimento educacional especializado (AEE) de forma a apoiar a escolarização de alunos incluídos, uma vez que aposta na valorização da diversidade e na singularidade de cada sujeito. Nessa perspectiva, cabe ao mediador um olhar mais próximo para as peculiaridades do educando por ele atendido, como apontam Mousinho et al. (2010). Assim, a função do mediador consiste em proporcionar um atendimento individualizado a esse educando, uma vez que ele teria dificuldades com o desenvolvimento da aula proposta pelo docente de turma (MOUSINHO et al., 2010).

Embora tenham, por lei, que aceitar alunos com deficiências e outras necessidades educacionais especiais, os profissionais entendem que as demandas desse público estão além de suas possibilidades de atendimento. Assim, colocam para as famílias a necessidade de um profissional que acompanhe esse aluno na escola, e o que muitas vezes acaba condicionando a matrícula do aluno público-alvo da educação especial é a presença desse profissional (UNESCO, 1994).

Outra questão que merece destaque em relação à presença desse profissional em escolas privadas consiste em ele não fazer parte, efetivamente, da equipe escolar. Uma vez que com a ausência dessa parceira, desse reconhecimento enquanto profissional, o seu trabalho está fadado ao fracasso, pois o mediador não pode apenas ocupar o espaço ao lado do aluno, mas deve garantir que esse aluno aprenda, participe das atividades de sala de aula, que ele seja acolhido por toda a equipe escolar, uma vez que a educação inclusiva perpassa em um processo de movimento coletivo da escola, e não de responsabilidade desse profissional. Em síntese, o mediador é um profissional com formação nas áreas de saúde ou educação, ou ainda em formação, que se encontra no espaço escolar e, na maioria dos casos, não é funcionário da instituição, mas da família do educando (MARTINS, 2018).

Lima (2010), citando Vygotsky, informa que a mediação no âmbito escolar se constitui em um processo entre homem e mundo, relacionando-se com outros homens. Ainda, diz que o mediador deve ser capacitado para a prática de mediação de conflitos, o que pode ser feito por meio de um procedimento padrão ou não.

Mostra-se que não haveria um procedimento rígido para mediar, muito embora fosse interessante seguir um roteiro. No referido roteiro, estaria a primeira etapa, chamada de pré-mediação, momento em que haveria o contato inicial dos participantes e o esclarecimento das regras e objetivos.

A pré-mediação seria seguida da exposição dos motivos que levaram as partes a utilizar o procedimento, com tempos individuais para cada um deles. Concluídas as exposições, o mediador deve perguntar se há mais situações a mencionar, seguindo, então, para a técnica do resumo, em que menciona o que compreendeu de cada exposição, mostrando pontos de

convergências e enaltecendo a comunicação. Na sequência, as conclusões começam a vir à tona, com possibilidade de finalização por meio de um acordo, que posteriormente será redigido, caso se concretize (PIMENTA, 2007).

Bush e Folger (2005), que utilizam o método da mediação transformativa, dizem não haver um modelo linear, podendo a mediação possuir estágios mais flexíveis, desde que incluam a criação do contexto, a exploração da situação, a deliberação, as possibilidades criadas e a tomada de decisão.

Isodi (2008), por sua vez, entende que a mediação deve compreender a identificação do problema, a escolha do método, a seleção do mediador, a reunião de dados, a definição de problemas, o desenvolvimento de opções, a redefinição de posições, a barganha e a redação do acordo. Portanto, adotam-se procedimentos similares para a solução de conflitos jurídicos, identificando, além do procedimento indicado, a possibilidade de fazer sessões individuais com os mediandos, além do uso de algumas técnicas específicas (ISODI, 2008).

Assim, as etapas utilizadas no âmbito de solução de conflitos jurídicos vêm sendo utilizadas para abordar outros tipos de conflitos, entre eles o escolar, o que sugere que, a par de algumas diferenças no que se refere ao tema do embate, pessoas envolvidas e o local de ocorrência, a mediação de conflitos jurídicos tem servido de norte à aplicação em outras esferas (COLET; COUTINHO, 2018).

Em que pese o CNJ esteja desenvolvendo ações para fomentar a prática da mediação nas escolas, não traz regramento específico no que se refere às etapas para desenvolvimento do procedimento, o que faz crer que pode ser utilizado o método já desenvolvido para a resolução de conflitos judiciais (MARTINS, 2018).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando que o objetivo do presente artigo era analisar possíveis pontos de divergência ou similaridades entre a mediação de conflitos jurídicos e a mediação de conflitos escolares, optou-se por traçar as etapas de uma e de outra, para verificar tais pontos parecidos ou desiguais.

Nesse sentido, buscou-se identificar as etapas da mediação de conflitos jurídicos e as etapas da mediação escolar, observando-se, pois, que não há qualquer determinação quanto ao procedimento que deve ser adotado para a solução de conflitos escolares a respeito de estágios ou etapas.

Assim, ousou-se concluir no sentido de que a mediação escolar, importante instrumento de gestão escolar, pode e está utilizando as ferramentas, princípios e métodos da mediação de conflitos jurídicos.

Ao que parece, não há nenhum impedimento nesse sentido. Porém, há que se ressaltar – inclusive será objeto de um próximo estudo/artigo – que há modalidades diferentes de mediação escolar, com propósitos e circunstâncias diferentes.

Desse modo, as similaridades aqui apontadas dizem respeito aos conflitos escolares em que alunos possuem divergência em relação ao próprio colega ou até mesmo com professores e direção. Ou seja, trata-se da mediação de conflitos de interesses, e não outras modalidades de mediação, que visam equilibrar o nível de aprendizado do aluno, por exemplo.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVAY, M. (Org.). *Escola e violência*. Brasília: UNESCO, 2002.

ABRAMOVAY, M. (Org.). *Escolas inovadoras: experiências bem-sucedidas em escolas públicas*. Brasília: UNESCO, Ministério da Educação, 2004.

BRASIL. Lei n. 13.146, de 06 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 07 jul. 2015.

BUSH, R. A. B.; FOLGER, J. P. *The promise of mediation: the transformative approach to conflict*. Ed. rev. São Francisco: Jossey-Bass, 2005.

CAPPELLETTI, M.; BRYANT, G. *Acesso à Justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CHRISPINO, Á. Gestão do conflito escolar: da classificação dos conflitos aos modelos de mediação. *Ensaio: aval. pol. públ. Educ.*, Rio de Janeiro, v. 15, n. 54, p. 11-28, jan./mar. 2007.

COLET, C.; COITINHO, V. O tratamento de conflitos a partir da mediação e da justiça restaurativa: a implementação de uma cultura de paz e justiça social. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 19., 2010, Fortaleza. *Anais...* Fortaleza jun. 2010. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3220.pdf>>. Acesso em: 22 abr. 2018.

FARIAS, J. G. S. C. Panorama da mediação no Brasil: avanços e fatores críticos diante do marco legal. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br>>. Acesso em: 27 maio 2018.

FONSECA, B. *Mediação Escolar e autismo: a prática pedagógica intermediada na sala de aula*. Rio de Janeiro: WAK, 2014.

GOMES, M. M. *O orientador educacional, o mediador escolar e a inclusão: um caminho em construção*. Rio de Janeiro: WAK, 2014.

GLAT, R.; PLETSCHE, M. D. *Inclusão de alunos com necessidades educacionais especiais*. Rio de Janeiro: EdUERJ, 2012.

- ISOLDI, A. L. G. *A mediação como mecanismo de pacificação urbana*. Dissertação (Pós-Graduação em Direito)–Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008.
- LIMA, F. M. D. de A.; ALMEIDA, M. V. S. A mediação harvardiana e a mediação transformativa. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8622>. Acesso em: 22 abr. 2018.
- LIMA, V.-R. R. *Mediação e conflitos no ambiente escolar: uma questão para a gestão-escolar*. 2010. Monografia (Especialização), Fortaleza, 2010. Disponível em <http://repositorio.ufsm.br/bitstream/handle/1/379/Lima_VitoriaRegia_Rodrigues.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 04 maio 2018.
- MARTINEZ, S. R. *Mediação para a paz: ensino Jurídico na era medialógica*. 2002. Disponível em: <jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6863>. Acesso em: 22 abr. 2018.
- MARTINS, P. M. *Mediação Escolar: uma mudança de paradigma*. Disponível em: <[http://www.gral.mj.pt/userfiles/MediacaoEscolar_Umamudancade paradigma.pdf](http://www.gral.mj.pt/userfiles/MediacaoEscolar_Umamudancade%20paradigma.pdf)>. Acesso em: 04 maio 2018.
- MEDINA, E. B. de M. *Meios Alternativos de Solução de Conflitos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.
- MICHAELIS. Dicionário prático da língua portuguesa. São Paulo: Melhoramentos, 2008.
- MORAIS, J. L. B. de; SPENGLER, F. M. *Mediação e arbitragem: alternativa à jurisdição*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- MOUSINHO, R. et al. Mediação escolar e inclusão: revisão, dicas e reflexões. São Paulo: *Revista da Associação Brasileira Psicopedagogia*, v. 27, n. 82, p. 92-108, 2010.
- NUNES, A. C. O. *Como restaurar a paz nas escolas, um Guia para Educadores*. São Paulo: Contexto, 2011.
- ORTEGA, R.; DEL REY, Rosario. *Estratégias educativas para prevenção das violências*. Tradução Joaquim Ozório. Brasília, DF: UNESCO, UCB, 2002.
- PIMENTA, C. A. M. Juventude, violência e políticas públicas. *Revista Espaço Acadêmico*, a. VII, n. 75, ago. 2007. Disponível em: <<http://www.espacoacademico.com.br/075/75pimenta.htm>>. Acesso em: 22 abr. 2018.
- POSSATO, B. C. et al. *O mediador de conflitos escolares: experiências na América do Sul*. *Psicologia Escolar e Educacional*, São Paulo, v. 20, n. 2, p. 357-366, maio/ago. 2016. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/pee/v20n2/2175-3539-pee-20-02-00357.pdf>>. Acesso em: 21 abr. 2018.
- TARTUCE, F. *O novo marco legal da mediação no direito brasileiro*. Disponível em <www.fernandartuce.com.br/wp-content/uploads/2017/01/>. Acesso em: 27 maio 2018.
- THEODORO, S. H. (Coord.). *A mediação de conflitos socioambientais*. Rio de Janeiro: Garamond, 2005.

UNESCO. *Declaração de Salamanca e Linha de Ação sobre Necessidades Educativas Especiais*. Brasília, DF: CORDE, 1994.

WARAT, L. A. *O ofício do mediador*. Florianópolis: Habitus, 2001.

WOLKMER, A. C. *Pluralismo jurídico: Fundamentos de uma nova cultura no Direito*. 2. ed. São Paulo: Alfa Ômega, 1997.

MEIOS VIRTUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Fernanda Trentin¹
Luciana Zangalli²

RESUMO

Com o artigo em tela visou-se tratar dos meios eletrônicos de solução de conflitos jurídicos, atualmente conhecidos pela sigla MESCs ou, ainda, pela expressão estrangeira *e-resolutions*. Busca trazer à baila alguns conceitos sobre o conflito e possíveis modelos de solução, envolvendo modelos virtuais para tal escopo. Nesse sentido, o artigo se desdobra em três itens, sendo o primeiro voltado à teoria do conflito, o segundo sobre os tratamentos adequados de solução de conflitos e sua inserção no meio virtual e, por fim, alguns exemplos pioneiros de *e-resolutions* no Brasil. Objetiva-se tão somente verificar a existência e o funcionamento dos tais métodos no País, para observar se são mecanismos que podem fazer a diferença dentro do cenário jurídico atual, que alberga pouco mais de 95 milhões de processos judiciais. Neste artigo usou-se o método indutivo e a pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Solução de conflitos. Virtualização. E-resolutions.

1 INTRODUÇÃO

A crise sofrida pelo modelo estatal de solução de controvérsias trouxe à tona o uso cada vez mais frequente de métodos consensuais, contratados pelas partes ou até mesmo impostos pelo Estado, mas cuja decisão é, em regra, dada pelos conflitantes, a partir da utilização de metodologias que envolvem o diálogo e a negociação.

Métodos como a conciliação e a mediação têm recebido destaque nacional, mormente com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, que pôs fim às dúvidas acerca do uso da mediação e de outros métodos conhecidos e que não possuíam regulamentação específica.

Além disso, sabe-se que atualmente grande número de negociações são realizadas virtualmente, sendo que os desacordos advindos desses negócios muitas vezes são enviados ao judiciário, para solução.

Considerando o modo como os negócios vêm sendo realizados, ou seja, a forma virtual, visualiza-se a necessidade de resolver os problemas relacionados a eles também dessa forma.

¹ Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina; Professora no Curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina de São Miguel do Oeste e Pinhalzinho; fernandatrentin@hotmail.com

² Especialista em Recursos Humanos pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Graduada em Psicologia pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; graduanda em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina de São Miguel do Oeste; luci1610@hotmail.com

Nesse sentido, busca-se analisar esses mecanismos descritos, mas no formato digital, ou seja, aproveitando-se da era digital pelo uso de e-resolutions, ou seja, formatos eletrônicos de solução de conflitos, cuja possibilidade de utilização está prevista no Códex processual já citado.

Assim, o presente artigo inicia-se abordando aspectos relacionados aos conflitos, pensando nos mecanismos consensuais como forma de resolvê-los, mormente pelo formato virtual, pretendendo, ao final, observar a importância do uso destes métodos para auxiliar o judiciário na busca pela solução rápida, segura e eficaz do conflito.

2 TEORIA DO CONFLITO

Conforme salientado na introdução, para se buscarem formas eficazes de solução de conflitos, mister se faz tratar primeiro desse fenômeno, característico do ser humano, posto que reflete sua diversidade e forma de pensar.

Assim, é necessário compreender que o conflito é inevitável e pode ser uma força positiva para a crescimento, se olhado de uma forma a perceber o contexto conflituoso.

Considerando que se busca conceituar o conflito para posteriormente tratar de formas de solução, buscou-se pautar o presente artigo em situações que, de modo geral, serão resolvidos na esfera judicial. Assim, as fontes a seguir levam em conta conflitos juridicamente tuteláveis.

O assunto tomou tamanha relevância a ponto de a teoria do conflito ser estudada pelo Ministério da Justiça, que desenvolveu um Manual de Mediação Judicial, no qual conceituou conflito como “um processo ou estado em que duas ou mais pessoas divergem em razão de metas, interesses ou objetivos individuais percebidos como mutuamente incompatíveis.” (AZEVEDO, 2012, p. 27).

Para Vasconcelos (2016, p. 21), “O conflito é dissenso. Decorre de expectativas, valores e interesses contrariados. Embora seja contingência da condição humana, e, portanto, algo natural, numa disputa conflituosa costuma-se tratar a outra parte como adversária, infiel ou inimiga.”

Toffler (apud SCHABBEL, 2016) ensina que “é na teoria do conflito que mais precisamos de ideias novas e criativas. [...] Assim, ao discutirmos, brigarmos ou agredirmos ao próximo, seja familiar, colega ou parceiro de negócios nada se resolve; rompe-se, isso sim.”

Em termos coloquiais, conflito refere-se a um desentendimento – a expressão ou manifestação de um estado de incompatibilidade.

Se o conflito não se resolve no início, é comum que sua continuidade ocorra com maior frequência, incorporando-se a outros problemas e ocasionando um conflito ainda maior. A doutrina chama esse fenômeno de “espiral do conflito”, assim considerado o agravamento progressivo de uma situação conflituosa, sendo comparado a um espiral, em que, a partir de um

conflito inicial, vai desenrolando ou então enrolando-se a outras questões conflituosas a ponto de dificultar ainda mais a resolução do problema inicial.

Trata-se de um modelo de relações conflituosas conceituado por Rubin e Kriesberg como uma progressiva escalada resultante de um círculo vicioso de ação e reação, em que cada reação se torna mais severa do que a ação que a deu causa, desencadeando uma nova situação de disputa. Assim, com o crescimento do conflito, as suas causas originárias progressivamente tornam-se secundárias a partir do momento em que os envolvidos despendem maior preocupação em responder a uma ação que imediatamente antecedeu sua reação (AZEVEDO, 2012, p. 32).

2.1 OS CONFLITOS NO JUDICIÁRIO

Abordar o conflito no processo judicial pode excluir algumas significâncias tão ou mais importantes que os próprios aspectos judicialmente tutelados, isso porque muitas vezes a morosidade e os custos acarretam o abandono da ação.

Os processos de resolução de conflitos podem ser construtivos ou destrutivos. O autor Morton Deutsch caracterizou o processo destrutivo como um enfraquecimento ou rompimento da relação social preexistente à disputa em razão da forma pela qual esta é conduzida. Nesse viés o conflito tende a se agravar na relação processual, e nasce, portanto, uma competição entre as partes, em que cada uma delas busca “vencer” a disputa, decorrendo da percepção de que o interesse de ambas não pode coexistir (AZEVEDO, 2012, p. 33).

Contudo, em processos construtivos, segundo Deutsch, as partes concluiriam a relação processual com um fortalecimento da relação social preexistente à disputa, pois as partes seriam estimuladas a desenvolver soluções criativas compatíveis a interesses aparentemente contrapostos. O mediador também estimularia as partes a serem prospectivas sem atribuir culpa, promovendo condições para reformular questões diante de impasses que possam vir a surgir, alcançando além dos quesitos tutelados judicialmente e promovendo o fortalecimento da relação social.

Para as partes envolvidas em um conflito, a tendência é ver a situação como um aspecto negativo à vida delas, no entanto doutrinas enfatizam que através de conflitos podem surgir mudanças e resultados positivos.

A moderna teoria do conflito enfoca a capacidade de percebê-lo como uma possibilidade de evolução e alcance de possibilidades favoráveis ao envolvido que caracteriza. Assim, perceber as relações conflituosas como um fenômeno comum à vida em sociedade e natural entre as pessoas que convivem entre si é que faz ser possível perceber o conflito de forma positiva (AZEVEDO, 2012, p. 29).

Assim, se conduzido construtivamente, o conflito tende a proporcionar um crescimento pessoal, profissional e até mesmo organizacional. Tomando esse viés, o ser humano passa a ser o

principal protagonista de suas escolhas, não tendo que aceitar simplesmente que as resoluções de seus conflitos advenham da vontade e força jurisdicional do Estado.

Por fim, considerando que o foco da pesquisa é o estudo de métodos virtuais de solução de controvérsias, importante trazer à tona a opinião de Eckschmidt, Magalhães e Muhr (2016), que diz: “[...] conflitos são situações inerentes em relacionamentos e em relações comerciais. É praticamente impossível imaginar que uma relação comercial seja isenta da possibilidade de conflitos de vez em quando, por menor que seja a probabilidade de ocorrer.”

Nesse sentido, conforme se mencionou anteriormente e concluindo com o pensamento de Eckschmidt, Magalhães e Muhr (2016), há de fato a necessidade de desses relacionamentos comerciais, especialmente na esfera virtual, serem resolvidos de igual forma.

3 TRATAMENTO ADEQUADO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS E A UTILIZAÇÃO DOS MEIOS VIRTUAIS

Diversos são os métodos desenvolvidos a partir da implementação dos Métodos alternativos ou adequados de solução de conflitos (MASC), que hoje já vêm sendo chamados de Tratamento adequado de solução de conflitos (TASC). Entre eles, encontram-se métodos como a mediação, a conciliação, a arbitragem, a negociação e, em outros países, diversos outros relacionados ao sistema múltiplas portas.

Nesse sentido, pode-se buscar o uso de métodos eletrônicos ou virtuais com as ferramentas já existentes, ou seja, os principais mecanismos de solução consensual de controvérsias utilizados no Brasil, com a característica de que poderem ser virtualizados.

No presente artigo, contudo, apenas a mediação e a arbitragem serão analisadas com maior detalhe.

3.1 E-RESOLUTIONS

Antes de discorrer acerca dos métodos que podem utilizar a via virtual, necessário tratar, ainda que brevemente, a respeito da expressão E-resolutions, expressão sinônima da sigla ODR (Online Dispute Resolution) disseminada na era virtual pela qual se passa.

De acordo com Eckschmidt, Magalhães e Muhr (2016), as primeiras definições dos meios eletrônicos foram determinadas como um ramo dos MASC, com o diferencial que utiliza a tecnologia como auxiliar na condução do método, para que as partes possam se manifestar.

Isso porque, conforme os autores,

A cada dia que passa, novas funcionalidades tecnológicas são desenvolvidas e surgem novas maneiras e incorporá-las os MESC. Imagine que o Facebook não existia em 2003 e hoje, em pouco mais de 12 anos, é uma das maiores redes sociais do mundo com mais de 1,6 bilhões de usuários. Da mesma forma, novas definições surgiram, levando em conta, inclusive, a origem do conflito. (ECKSCHMIDT; MAGALHÃES; MUHR, 2016).

Vasconcelos (2016) destaca que os meios eletrônicos se diferenciam dos tradicionais pelo fato de serem operacionalizados em uma plataforma on-line, trazendo benefícios para as partes, especialmente praticidade, celeridade, comunicação, privacidade, sigilo, menor desgaste emocional e grande possibilidade de acordo.

No Brasil, a virtualização dos processos já vem sendo utilizada em grande escala há aproximadamente três anos, tempo que varia muito em cada estado e grau de jurisdição.

Pode-se lembrar que a partir da Emenda Constitucional n. 45/2004, o Conselho Nacional de Justiça, com a criação da Resolução n. 90 do CNJ, em seu art. 7º,³ acelerou a informatização processual inclusive nas instâncias superiores, bem como instituiu os meios necessários ao completo e seguro desenvolvimento de um mecanismo que facilitasse o peticionamento, que poderia, a partir de então, ser feito de forma eletrônica.

Abrão (2009, p. 108) destaca que caberia ao CNJ

identificar os gargalos, monitorar os estrangulamentos e ditar medidas, que sirvam de receitas a serem observadas pelas instâncias do Poder Judiciário, não apenas no acesso profissional, tramitação, chaves de segurança, códigos, senhas, mas de todos os demais subsídios que catalisam a essência da Lei 11419/2006.

No entanto, no Brasil, a virtualização de processos está mais avançada do que a virtualização da solução dos conflitos. Ainda assim, Meios Eletrônicos de Solução de Conflitos (MESC) estão sendo utilizados. Embora seu uso no Brasil seja ainda incipiente, seu estudo não é recente.

Conforme Eckschmidt, Magalhães e Muhr (2016), entre 1999 e 2002, diversas startups brasileiras tentaram implementar a novidade no Brasil, mas a ruptura da bolha da internet trouxe o retrocesso das pesquisas e do incentivo nessa área.

Katsh e Rifkin (apud ECKSCHMIDT; MAGALHÃES; MUHR, 2016) indicaram a existência de três estágios para o desenvolvimento dos meios eletrônicos para solução de conflitos, a saber, as resoluções especializadas em determinados campos de atuação, até metade dos anos 1990, o desenvolvimento da internet e do comércio eletrônico, até 1998, e o momento em que as instituições privadas passaram a se interessar pelo tema, bem como o governo e organizações internacionais.

³ Dispõe sobre os requisitos de nivelamento de tecnologia da informação no âmbito do Poder Judiciário.

Na esfera internacional, foram propagadores da ideia o autor Colin Rule, que publicou em 2002 o livro *Online Dispute Resolution for Business*, e Ethan Katch, em parceria com Janet Rifkin, que publicaram no ano anterior a obra *Online Dispute Resolution*.

Tais mecanismos, então, são procedimentos utilizados como formas consensuais de solução de conflitos, que passaram a adotar a forma on-line, no intuito de gerar rapidez e um maior alcance, principalmente na esfera comercial/consumerista.

Assim, nas seções seguintes serão abordados alguns métodos virtualizados de solução de conflitos, que nada mais são do que ferramentas já utilizadas há algumas décadas (ou séculos, como por exemplo a mediação e a arbitragem), com o plus da virtualização.

3.2 EXPERIÊNCIAS PIONEIRAS

A Ministra Nancy Andrigui, precursora da técnica da mediação no Brasil, pronunciou-se no sentido de que o sistema tradicional não promove soluções em sentido amplo, pois não penetra no âmago dos sentimentos das partes e, por consequência, não resolve por completo o problema.

Para tanto, diversas técnicas, entre elas a mediação, são utilizadas como ferramentas adequadas ao tratamento desses problemas enfrentados pelo cidadão/litigante. Em junho de 2016, o CNJ apresentou a primeira plataforma virtual de mediação, cuja lançamento já havia sido marcado na abertura do 10º Encontro Nacional do Poder Judiciário, que acontece em Brasília (CNJ, 2017).

O Conselho denominou a plataforma “sistema de mediação digital”, cujo acesso ocorre pelo próprio site do CNJ, de modo a permitir que o interessado, mesmo distante da outra parte, possa buscar a produção de um acordo.

Outra proposta que vem ganhando público é a plataforma do E-consumidor, disponível no sítio www.consumidor.gov.br, que permite àquele que teve problemas com a aquisição de produtos ou serviços tentar resolvê-lo pela internet.

Nessa plataforma, o consumidor comunica-se diretamente com empresas pré-cadastradas que, por terem interesse em dar suporte ao consumidor, respondem à reclamação e tentam resolvê-la.

Na esfera privada, diversos são os sítios de internet que possibilitam a tentativa de solução de conflitos pela forma virtual, sendo um dos mais famosos o Reclame Aqui⁴ ou, ainda, o ResolvJá,⁵ ambos com o objetivo de resolver controvérsias consumeristas.

Como se observou, trata-se de uma tendência para a busca pacífica de solução de conflitos por meio da virtualização.

⁴ <<https://www.reclameaqui.com.br/>>

⁵ <<https://www.resolvja.com.br/>>

3.3 MEDIAÇÃO VIRTUAL

A técnica de mediação utilizada na resolução de conflitos judiciais e extrajudiciais é a mediação técnica, caracterizada como “Um processo autocompositivo segundo o qual as partes em disputa são auxiliadas por uma terceira parte, neutra ao conflito, ou um painel de pessoas sem interesse na causa, para auxiliá-las a chegarem a uma composição.”

A mediação é caracterizada como um método autocompositivo indireto (ou triangular) de resolução de conflitos, a qual aborda técnicas, habilidades e procedimentos necessários para a satisfação das partes. Azevedo (2012) a conceitua como uma técnica de negociação assistida ou facilitada, em que o terceiro desenvolve um procedimento adequado para facilitar a negociação entre as pessoas em conflitos.

Assim, a mediação é um processo no qual se aplicam integralmente todas as técnicas autocompositivas, e em regra, não há restrição de tempo para sua realização. O que existe é o planejamento do mediador para desempenhar sua função.

Conforme Braga Neto (2012, p. 103),

A mediação de conflitos pode ser definida como um processo em que um terceiro imparcial e independente coordena reuniões separadas ou conjuntas com as pessoas envolvidas, sejam elas físicas ou jurídicas, com o objetivo de promover uma reflexão sobre a interrelação existente, a fim de alcançar uma solução, que atenda a todos os envolvidos.

A mediação objetiva ir além da resolução da lide processual trazida ao Poder Judiciário pelas partes. Ela busca a satisfação dos verdadeiros interesses do jurisdicionado, que ultrapassa a resolução do conflito e traz a pacificação social com resolução dos verdadeiros interesses que motivaram as partes a litigar.

Para Vasconcelos (2016, p. 60),

Mediação é método dialogal de solução ou transformação de conflitos interpessoais em que os mediandos escolhem ou aceitam terceiro(s) mediador(es), com aptidão para conduzir o processo e facilitar o diálogo, a começar pelas apresentações, explicações e compromissos iniciais, sequenciando com narrativas e escutas alternadas dos mediandos, recontextualizações e resumos do(s) mediador(es), com vistas a se construir a compreensão das vivências afetivas e materiais da disputa, migrar das posições antagônicas para a identificação dos interesses e necessidades comuns e para o entendimento sobre as alternativas mais consistentes, de modo que, havendo consenso, seja concretizado o acordo.

Essa maneira de resolução é muito eficaz, pois por trás de cada conflito estão personalidades diferentes, culturas diferentes, necessidades e interesses distintos que quando analisados e levados em consideração podem chegar mais facilmente à origem do conflito e este ser mais facilmente resolvido.

Necessário observar que, com o passar dos tempos, a mediação tornou-se um sólido instrumento que permite gerenciar conflitos ocasionados por comportamentos destrutivos. Isso porque a mediação também pode acontecer em outros formatos, menos formais, podendo ser utilizada em conflitos que não foram submetidos ao Poder Judiciário, como nas pequenas disputas entre vizinhos, ou nas escolas, nas discussões entre colegas, ou ainda no trabalho, nas desavenças entre colegas de serviço.

Fazem parte de um processo de mediação inicialmente as partes interessadas em resolver questões conflituosas que podem estar sendo discutidas tanto no âmbito judicial quanto no extrajudicial. Podem estar ou não acompanhados de seu representante legal, nesse caso do advogado, que exerce importante papel ao destacar quais são os interesses de seu assistido e muito pode vir a contribuir no processo de mediação.

A pessoa incumbida de mediar e auxiliar as partes a chegarem a um acordo que satisfaça a vontade de ambos é o Mediador, que através de técnicas específicas conduzirá o processo de mediação sempre pautado no respeito da vontade das partes, deixando que elas tomem suas próprias decisões a partir das necessidades e interesses dispostos. Cabe também ao mediador enfatizar a existência do sigilo sobre tudo o que for ali confidencializado.

Há mediações em que poderão estar presentes mais do que um Mediador, essa segunda pessoa que auxiliará no processo de mediação é chamada de co-mediador que traz as mesmas responsabilidades e deveres do Mediador. A existência de dois mediadores se justifica pela habilidade e experiência distinta de ambos, mediadores com perfis culturais diferentes e até mesmo para treinamentos supervisionados.

A clareza de informações sobre o procedimento de mediação ao qual as partes estarão submetidas tem grande influência no resultado positivo para ambas as partes envolvidas. Conhecer como se realizará o procedimento e sentir-se acolhido sob essa técnica proporcionará maior confiabilidade e credibilidade no momento de resolver o conflito.

As partes devem estar em degrau de igualdade com respeito e compreensão de suas argumentações, não gerando pretensões isoladas de favorecimento a nenhuma delas, o que proporcionará a resolução do conflito com mais agilidade e resultados mais satisfatórios.

Nesse sentido, a mediação como tratamento adequado dos conflitos, se utilizadas as técnicas corretas, pode proporcionar a busca por uma solução que envolva o entendimento dos sentimentos, o diálogo entre os litigantes e, conseqüentemente, muito mais do que o fim da disputa judicial.

Barbosa (2015, p. 1) discorda da acepção de mediação como mecanismo para auxiliar o judiciário a concluir processos ou até mesmo para resolver conflitos, uma vez que a mediação é técnica eficaz para promover a transformação do problema:

Primeiramente, impõe-se afastar a ideia de que a mediação é um mecanismo que se presta a resolver ou solucionar conflitos, assim como um meio de desafogar o Judiciário. Em contrapartida, é assertivo dizer que a mediação é uma ferramenta capaz de promover a transformação do conflito, assim como proporcionar o aperfeiçoamento do acesso à justiça, por meio do uso de linguagem própria, em decorrência do conceito a ser alinhavado a partir da ética da discussão. (BARBOSA, 2015, p. 1).

É nesse mesmo sentido que Schabbel (2016) arremata, dizendo que “insiste-se para que a mediação ocupe um espaço dentro do judiciário quando culturalmente, sua força está fora dele.”

Tentar-se-á abordar a mediação nesse mesmo sentido, para não torná-la, embora também o seja, apenas um auxiliar no controle de crescimento de processos, mas principalmente uma ferramenta que envolva os conflitantes em um processo de superação de crises, seja ela familiar, de trabalho ou outra.

3.4 ARBITRAGEM ON-LINE

No Brasil, a arbitragem segue as normas disciplinadas pela Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996. Autores que escreviam à época da promulgação da Lei a conceituavam como um sistema de julgamento cujo procedimento, técnica e princípios próprios, com força executória, consistia em que duas ou mais pessoas, físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, em litígio, estabelecem por via contratual que um terceiro resolverá a pendência havida entre elas, aceitando tal decisão (CRETELLA JUNIOR, 1994, p. 128).

Como já mencionado, embora atualmente conhecido como um método “alternativo”, esse procedimento é uma das formas mais antigas, senão a mais antiga, de resolver controvérsias.

Rocha (2008) acredita que talvez tenha sido a arbitragem o precedente para a criação de órgãos judiciais permanentes. No entanto, para o autor, a prática da arbitragem foi diminuindo sua importância, principalmente na época das codificações. Acredita, porém, que hoje se assiste ao fenômeno inverso, senão veja-se:

Atualmente, todavia, assistimos a um fenômeno inverso, ou seja, ao ressurgimento da arbitragem, determinado, de um lado, pelas deficiências do poder judiciário e, de outro lado, pela hegemonia da ideologia liberal, que estimula o recurso ao sistema do mercado como mecanismo de regulação das ações sociais, inclusive das conflitivas. (ROCHA, 2008, p. 14).

Embora na arbitragem haja a solução do conflito por intermédio de uma sentença arbitral, ainda assim pode-se dizer que impera a autonomia da vontade dos conflitantes, uma vez que são eles que escolhem o árbitro, o procedimento adotado, o prazo final para prolação da sentença, entre outros critérios.

A validade de uma sentença arbitral ocorre com base na lei, mas, também, naquilo que fora acordado pelas partes da convenção de arbitragem, que é o documento pelo qual as partes escolhem o uso da arbitragem, bem como seus limites e regras.

Nesse sentido, para que o procedimento seja realizado de forma virtual, o primeiro passo é que tal método seja estabelecido na supracitada convenção. Assim, desde que preestabelecida, a vontade de utilizar a arbitragem on-line pode ser manifestada por e-mail, e a resposta à solicitação também será feita dessa forma (ECKSCHMIDT; MAGALHÃES; MUHR, 2016).

Outros elementos, conforme os autores citados, podem ser adotados, senão veja-se: “Na arbitragem online, o árbitro e as partes podem decidir por usar recursos audiovisuais para o depoimento das testemunhas ou de peritos, como a vídeo conferência.” (ECKSCHMIDT; MAGALHÃES; MUHR, 2016).

A Lei de Arbitragem, embora da década de 1990, não proibiu formatos digitais para o procedimento, pois o art. 29,⁶ que se refere à sentença arbitral, indica que o árbitro, ou o presidente do tribunal arbitral, poderá enviar cópia da sentença por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, de forma que o e-mail, por exemplo, poderá ser utilizado.

Diversas câmaras brasileiras de arbitragem (privadas) já aderiram à arbitragem virtual. A Câmara de Mediação, Arbitragem e Justiça (Camajus) oferece aos usuários o serviço que denomina arbitragem eletrônica, mas dispõe também dos métodos da conciliação e mediação on-line. No sítio eletrônico⁷ da referida Câmara, ela se refere aos métodos como de “justiça privada, sem a necessidade de interferência do Poder Judiciário.”

Outra empresa que vem despontando na área é a Justto Inovações Tecnológicas para Resolução de Conflitos,⁸ cujo portfólio de plataformas de negociação digital está extremamente atento às novas necessidades de resolução de conflito na era virtual.

A própria ResolvJá,⁹ citada anteriormente, trabalha não apenas com a mediação, mas também com a arbitragem on-line, em cuja publicidade destaca: “Uma oportunidade para oferecer serviços abrangentes, independentes de localização geográfica das partes ou valor da causa”; eis que além de oferecer solução de conflitos por esse formato, vende sua plataforma para outras câmaras ou escritórios montarem seu próprio negócio na área.

Nesse sentido, o uso da arbitragem virtual vem se disseminando com bastante êxito, mormente para solução de controvérsias de direito do consumidor, mas possibilidade de se estender a outros campos que não estejam ligados a direitos indisponíveis.

⁶ “Art. 29. Proferida a sentença arbitral, dá-se por finda a arbitragem, devendo o árbitro, ou o presidente do tribunal arbitral, enviar cópia da decisão às partes, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, ou, ainda, entregando-a diretamente às partes, mediante recibo.”

⁷ <<https://camajus.com.br/index.php/servicos/arbitragem-eletronica>>.

⁸ <<https://justto.com.br/>>.

⁹ <https://www.resolvja.net.br/>

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As novas legislações, em especial o atual CPC, estão abertas às novidades em termos de utilização de métodos realizados sob as mais diversas formas, incluindo a plataforma digital.

Essa abertura propicia o incentivo à pesquisa nessas novas áreas, estimulando o advogado, ou a própria parte, a buscar meios mais céleres para solucionar o conflito existente.

Com a conclusão do presente artigo, pode-se observar que os conflitos são cotidianos na vida das pessoas. Problemas de relacionamento, quebra de contratos, disputas negociais ou divergência de ideais dão origem aos mais diversos problemas, que fazem com que o cidadão, exercendo o princípio constitucional de acesso à justiça, passe a litigar.

Nesse sentido, observou-se que, diante dos mais de 95 milhões de processos em tramitação no Brasil, necessário se faz utilizar formas até pouco tempo chamadas de alternativas, no sentido de desafogar o poder judiciário.

Assim, foram abordadas nesta pesquisa as formas consensuais de solução de conflitos, que poderão ser uma opção ao litígio na via judicial. No entanto, a era moderna e o acesso às tecnologias permitiu que essas formas, como a conciliação, a mediação e a arbitragem, possam ser desenvolvidas através da internet.

A implantação de métodos eletrônicos facilitará sobremaneira a resolução de conflitos de diversas áreas, mas principalmente as relacionadas ao comércio eletrônico e às relações consumeristas. São formas já utilizadas anteriormente, mas que se utilizarão de ferramentas virtuais, on-line, possibilitando o contato de pessoas em qualquer parte do Brasil ou, se a situação permitir, do mundo.

Portanto, no último item da pesquisa, foram observadas algumas experiências pioneiras, demonstrando-se que as ferramentas são úteis, já estão funcionando e, embora sem resultados divulgados, são reconhecidas como eficientes para a melhoria do acesso à justiça e do auxílio a desacumular as prateleiras (ainda que virtuais) do Judiciário.

Assim, o uso das ferramentas relacionadas aos e-resolutions é não apenas interessante, mas indispensável às novas tendências em matéria de solução de controvérsias.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, C. H. *Processo Eletrônico: Lei 11.419 de 19 de dezembro de 2006*. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BARBOSA, Á. *Mediação Familiar Interdisciplinar*. São Paulo: Atlas, 2015.

BRAGA NETO, A. Mediação de conflitos: conceito e técnica. In: SALLES, Carlos A., LORENCINI, Marco Antônio Lopes, SILVA, Paulo Eduardo da. *Negociação, Mediação e Arbitragem - Curso Básico para Programas de Graduação em Direito*. São Paulo: Método, 2012.

CRETELA JUNIOR, J. *Direito romano moderno: introdução ao direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

ECKSCHMIDT, T.; MAGALHÃES, M. E. S.; MUHR, D. *Do acordo ao conflito na era digital. (Meios eletrônicos para solução de conflitos – MESC)*. 2. ed. São Paulo: Moderattus, 2016.

SCHABBEL, C. *Mediação na prática: abordagem circular-narrativa*. São Paulo: Iglu Editora, 2016.

VASCONCELOS, C. de. *Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas*. 5. ed. Método, 2016.

O PAPEL DA COMISSÃO INTERSINDICAL DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA (CONCILIA) NO PROCESSO DE DESJUDICIALIZAÇÃO DOS CONFLITOS NA RESOLUÇÃO DAS LIDES TRABALHISTAS NA CIDADE DE CHAPECÓ, SC

Eder Todeschini¹
Elizabete Geremias²

RESUMO

Com o presente estudo teve-se como objetivo analisar o instituto das Comissões de Conciliação Prévia no Direito do Trabalho e sua eficácia a partir do surgimento da Lei n. 9.958/2000 por meio da compreensão diante das principais controvérsias. Discutem-se as comissões de conciliação prévia como uma possibilidade de desafogamento do poder judiciário, uma vez que o instituto pode ser utilizado para celebrar a composição entre os litígios, gerando vantagens para ambas as partes, se utilizada tal ferramenta de forma correta. Nessa perspectiva, foram levantados dados estatísticos da comissão de conciliação prévia da Cidade de Chapecó, em que até agosto do ano 2016, mais de 80% dos casos foram solucionados perante a comissão de conciliação prévia, tornando eficaz e rápida a solução dos conflitos. O método científico utilizado para o desenvolvimento deste artigo é o qualitativo, utilizando-se a consulta em bibliografia de fontes primárias e secundárias de autores nacionais e internacionais, bem como de publicações avulsas de revistas especializadas na área de pesquisa e textos normativos nacionais.

Palavras-chave: Conciliação. Comissões de Conciliação Prévia. Dados da Comissão de Conciliação Prévia Intersindical (Concilia). Chapecó.

1 INTRODUÇÃO

Neste artigo tem-se por objeto o estudo no processo de (des)judicialização dos conflitos trabalhistas, no que tange às demandas serem resolvidas por programas de conciliação, entre sindicatos das categorias, trabalhadores e empregadores, buscando maior agilidade e efetividade nas soluções de demandas simples, deixando a cargo do Judiciário somente a resolução de conflitos mais complexos.

Essa análise pretende colaborar com a discussão sobre a criação das comissões de conciliação, tendo em vista que o judiciário se encontra abarrotado de processos, muitas vezes não sendo possível dar-lhes a devida atenção. Para tanto, buscar-se-á identificar os fundamentos

¹ Graduado em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina de Chapecó; eder_cco@hotmail.com

² Mestre em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Especialista em Direito do Trabalho pela Universidade Castelo Branco; Professora e Pesquisadora na Universidade do Oeste de Santa Catarina; elizabete.gere-mias@unoesc.edu.br

teóricos que possam alcançar o resultado final esperado, desafogando o Judiciário e sem prejuízo para as partes.

A pesquisa é voltada para os benefícios e malefícios das comissões de conciliação, eis que não está sendo dada a devida importância para uma ferramenta relevante na resolução de conflitos de forma ágil e efetiva, com a mesma eficácia que se busca com o Judiciário.

O método científico utilizado para o desenvolvimento deste artigo é o qualitativo, utilizando-se a consulta em bibliografia de fontes primárias e secundárias de autores nacionais e internacionais, bem como de publicações avulsas de revistas especializadas na área de pesquisa e textos normativos nacionais.

2 COMISSÕES DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA

As formas alternativas de solução de conflitos figuram desde que o Brasil era Colônia portuguesa, quando já havia a previsão para que as partes em litígio procedessem a uma tentativa de conciliação, a qual era disciplinada pelas disposições constantes nas Ordenações do Reino. Assim, na legislação brasileira são percebidas desde a Constituição do Império de 1824, quando se verificou a previsão da arbitragem (OLIVEIRA, 2013).

Na Consolidação das Leis do Trabalho em 1934, instituíram-se as Juntas de Conciliação e Julgamento, extintas com a EC n. 24/1999. Na Lei n. 7.244/84 viu-se a instituição dos Juizados Especiais de Pequenas Causas. A CF/88 previu no art. 98, I, a criação dos Juizados Especiais. A Lei n. 9.958/2000 acrescentou o TÍTULO VI-A na CLT (Consolidação das Lei do Trabalho), incluindo os artigos 625-A a 625-H, que tratam das Comissões de Conciliação Prévia. A Resolução n. 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça, dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesse no âmbito do Poder Judiciário (GONÇALVES, 2015).

A Comissão de Conciliação Prévia (CCP) foi introduzida no arcabouço institucional brasileiro em janeiro de 2000 com “a atribuição de tentar conciliar os conflitos individuais do trabalho.” (BRASIL, 2000). A CCP tem o papel de promover conciliações extrajudiciais de dissídios individuais de trabalho, abrindo espaço para uma solução privada dos conflitos individuais, isto é, concede a possibilidade de os trabalhadores (através de suas representações) e os empregadores (de forma direta ou através de representação) efetuarem acordos sobre débitos trabalhistas (SINDICATO DOS TRABALHADORES NAS INDÚSTRIAS DE ALIMENTAÇÃO, 2015).

A comissão de conciliação será composta de no mínimo dois e no máximo 10 componentes, devendo ser a metade de seus membros indicadas pelo empregador e a outra metade eleita pelos empregados, em eleições secretas e fiscalizadas pelo sindicato da categoria profissional. Serão eleitos os titulares e os suplentes, e o mandato é de um ano, permitida a recondução (MARTINS, 2002).

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) (2010) define que

a conciliação é um método utilizado em conflitos mais simples, ou restritos, no qual o terceiro facilitador pode adotar uma posição mais ativa, porém neutra com relação ao conflito e imparcial. É um processo consensual breve, que busca uma efetiva harmonização social e a restauração, dentro dos limites possíveis, da relação social das partes.

Ou seja, o termo conciliar significa harmonizar, ajustar, assim, pode ser definido como um ajuste harmônico entre as partes, a solução entre duas partes, em que uma terceira pessoa, sem vínculo com as partes, tem o objetivo de mediar os conflitos e, dessa forma, solucionar a lide entre as duas partes. As comissões de conciliação prévia surgiram em razão da morosidade das soluções dos conflitos judiciais, bem como da sobrecarga do Poder Judiciário com os elevados índices de demandas judiciais, assim, foi necessário buscar novas alternativas para a solução de lides e, dessa forma, buscar desafogar o poder judiciário (SANTOS, 2014).

O CNJ instituiu a Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010, que dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Assim, em seu artigo 1º a Resolução dispõe:

Art. 1º Fica instituída a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade. (Redação dada pela Emenda nº 1, de 31.01.13)

Parágrafo único. Aos órgãos judiciários incumbe oferecer mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão. Nas hipóteses em que este atendimento de cidadania não for imediatamente implantado, esses serviços devem ser gradativamente ofertados no prazo de 12 (doze) meses.

Ou seja, com a criação das comissões de mediação e conciliação, o CNJ visa reduzir o número de ações judiciais, buscando dessa forma desafogar o poder judiciário, assim, este teria mais tempo para analisar e solucionar os conflitos que merecem maior atenção.

Nos dias atuais, com o crescente número de ações judiciais e a superlotação do judiciário de forma geral, bem como falta de mão de obra e o descaso com o Poder Judiciário, as comissões de conciliação prévia vêm sendo uma possível solução para desafogar o Poder Judiciário e para que este possa dar mais atenção aos conflitos que realmente não podem ser solucionados nas comissões de conciliação por serem casos mais complexos.

O Brasil, em matéria de Direito do Trabalho, reporta para uma realidade muito recente, no entanto não deixa a desejar em relação aos demais Países, uma vez que o princípio protecionista em relação ao trabalhador é uma grande característica do ordenamento jurídico trabalhista nacional em que a atual conjuntura é de um País em desenvolvimento constante, que busca a

proteção do trabalhador, bem como condições mais humanas de trabalho, combatendo qualquer espécie de ato desumano (COUTO, 2004).

Porém, existe ainda uma série de questões problemáticas na ceara trabalhista, pois os problemas de exploração do trabalhador, o atraso na solução das demandas trabalhistas e o desemprego evidenciam os problemas do trabalhador. Por isso, a Lei das CCPs trouxe a possibilidade de sindicatos e empresas instituírem em suas localidades as Comissões, para diante dessa possibilidade conduzirem o processo conciliatório extrajudicial, contando inclusive os acordos, com efeito de título executivo extrajudicial. O País está acompanhando as mudanças, para no futuro contar com uma Justiça do Trabalho mais célere e condizente com a realidade brasileira (COUTO, 2004).

A constituição das Comissões de Conciliação Prévia pode ocorrer, em regra, de quatro modos: no âmbito de uma só empresa (empresarial); no âmbito de mais de uma empresa (interempresarial); no âmbito de um só sindicato (sindical); e no âmbito de mais de um sindicato (intersindical). Os Núcleos Intersindicais (art. 625-H) são espécies desse último tipo de Comissão. Em todos os casos, as Comissões deverão ter composição paritária, com representantes dos empregados e dos empregadores, com a atribuição de tentar conciliar os conflitos individuais do trabalho.

3 A CRIAÇÃO DA COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA INTERSINDICAL (CONCILIA) NA CIDADE DE CHAPECÓ

A Comissão Intersindical de Conciliação Prévia de Chapecó, com o objetivo de resolução de conflitos trabalhista, foi criada em 23 de maio de 2000 por meio de Convenção Coletiva de Trabalho firmada entre o Sindicato do Comércio Varejista de Chapecó (Sindicom) e o Sindicato dos Empregados no Comércio de Chapecó (Sicom), registrada sob o número 671 na Delegacia Regional do Trabalho, por força da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) (art. 625-C) e com redação dada pela Lei n. 9.958 de 12 de janeiro de 2000.

Atualmente, de acordo com o parágrafo primeiro da cláusula primeira da Convenção Coletiva de Trabalho, firmada em 30 de novembro de 2004, com o Sindicato dos Trabalhadores na Movimentação de Mercadorias em Geral de Chapecó e de Xaxim, registrada na Delegacia Regional do Trabalho sob n. 2123,

todas as demandas de natureza trabalhista, no âmbito da representação dos convenentes, na jurisdição das Varas de Trabalho da Comarca de Chapecó e a Vara de Trabalho da Comarca de Xanxerê serão submetidas previamente à Comissão Intersindical de Conciliação Prévia, conforme determina o art. 625-D da CLT. (SINDICATO DO COMÉRCIO DA REGIÃO DE CHAPECÓ, 2016).

Destina-se a dirimir conflitos decorrentes da relação de trabalho e é composta por conciliadores representantes dos sindicatos patronais e laborais, atualmente atuando como sindicato patronal o Sindicato do Comércio da Região de Chapecó (Sicom), tendo como conciliador e coordenador geral Eduardo José Perone. Além de ser uma instância obrigatória, a Concilia caracteriza-se pela promoção de mecanismos pacíficos e cooperativos de solução de conflitos, com participação paritária, baixos custos e sem os esforços e o lapso temporal de um processo judicial.

A Concilia, em Chapecó, surgiu da necessidade de se desenvolver um procedimento pacífico e cooperativo de solução de conflitos, que visa lograr um acordo rápido, voluntário e negocial, podendo as partes com ele concordar ou discordar, optando, assim, pela via judicial de solução de conflitos. Caracteriza-se por ter menos custos e ser mais rápida do que a esfera judicial. São esclarecidas as vantagens da conciliação para ambas as partes, ajudando-as a aclarar e identificar os interesses, buscando-se um acordo satisfatório, sem a necessidade de recorrer aos Tribunais. O acordo deve favorecer às duas partes, sem haver o prejuízo de uma em detrimento da outra.

Existem muitas vantagens em se optar pela conciliação, quais sejam:

- a) é menos onerosa e mais rápida do que um processo judicial;
- b) é voluntária e efetiva, devendo ambas as partes cumprir com as obrigações estabelecidas, tendo, portanto, rigor de lei entre as partes;
- c) descongessa os tribunais, demonstrando um fortalecimento das negociações coletivas, em um ambiente pacífico, com conciliadores neutros e conhecedores das leis trabalhistas;
- d) demonstra a prestação de serviços dos sindicatos aos seus representados.

A obrigatoriedade de tentativa de conciliação pelas comissões prévias já foi firmada pelo Tribunal Superior do Trabalho em decisão datada de 29 de novembro de 2006, que extinguiu um processo que não passou pela comissão de conciliação antes de ingressar na Justiça do Trabalho. Nessa decisão fica claro que a passagem pela Comissão de Conciliação “é pressuposto de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo, sem o qual deve-se extinguir o processo”, conforme os dizeres do Ministro Carlos Alberto Reis de Paula.

Na mesma decisão, o Ministro João Oreste Dalazen destaca o papel das Comissões como uma filtragem de litígios, mostrando-se um mecanismo rápido e eficaz das rescisões de contratos. Com início das atividades em 24 de maio de 2001, o percentual de conciliação da Concilia de Chapecó é superior a 60% das demandas.

Dessa forma, quem pode pedir a conciliação é somente o funcionário, que deverá estar acompanhado de advogado, obrigatoriamente. Da data em que o processo for protocolado até a

data da audiência de conciliação, o prazo máximo decorrido será de 10 dias. A empresa receberá uma notificação da Concilia, nela constando o dia e a hora designados para a conciliação, bem como uma cópia da reclamatória do funcionário. Havendo o acordo, o funcionário tem a quitação total do seu contrato de trabalho (não podendo mais discutir a relação trabalhista na Justiça do Trabalho), e a empresa assume o compromisso com o acordo efetuado (em caso de descumprimento, o funcionário pode executar o acordo diretamente na Justiça do Trabalho). Já nos casos em que não há acordo, ficam então as partes aptas a discutir o litígio na via judicial.

Nenhuma das partes será forçada a um acordo, porém, uma vez realizado, é obrigatório, possuindo o efeito de coisa julgada, constituindo-se em título executivo extrajudicial, com eficácia liberatória geral.

Entidades que aderiram a Concilia: sindicatos dos Metalúrgicos, Hotéis, Restaurantes, Bares e Similares, Transporte Urbano – Condutores, Transporte Coletivo, Transportes Rodoviários, Postos de Combustíveis, Empregadas Domésticas, Indústria de Plásticos, Movimentadores de Mercadorias em Geral e Auxiliares em Administração de Armazéns, Similares, Conexos e Assemelhados de Xaxim.

Para a melhor realização das atividades da Concilia, solicita-se aos procuradores das partes que atentem às seguintes informações quando da confecção de suas peças:

- a) classificação completa do demandante, incluindo RG, CPF, PIS e data de nascimento;
- b) período de realização do contrato de trabalho, função exercida e valor da remuneração do funcionário;
- c) sempre que possível, anexar cópia dos documentos e do Termo de Rescisão de Contrato de Trabalho, se houver.

4 EFETIVIDADE DO TRABALHO PRESTADO PELA COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA INTERSINDICAL (CONCILIA) NA CIDADE DE CHAPECÓ E O NÚMERO DE CASOS SOLUCIONADOS

Conforme dados informados pelo Coordenador geral e conciliador da Concilia de Chapecó, SC, mais de 60% dos casos que são levados para a concilia são solucionados.

Entre agosto de 2014 e 2016, 74% dos casos foram solucionados pela Concilia. Para o restante, 26%, não houve acordo.

No ano 2014 a Concilia realizou um total de 531 audiências, sendo destas 413 solucionadas. Já no ano 2015, a Concilia realizou um total de 477, sendo 314 solucionadas.

No ano 2016, até o mês de agosto, ocorreram 359 audiências, sendo 288 solucionadas.

Assim, utilizando como base os dados obtidos pelas Varas do Trabalho de Chapecó, encontram-se os seguintes parâmetros:

Em 2015:

1ª Vara do Trabalho de Chapecó: 1.483 novos casos, 803 acordos.

2ª Vara do Trabalho de Chapecó: 1.530 novos casos, 931 acordos.

3ª Vara do Trabalho de Chapecó: 1.558 novos casos, 958 acordos.

4ª Vara do Trabalho de Chapecó: 1.555 novos casos, 871 acordos.

Concilia: 477 audiências, 314 solucionadas.

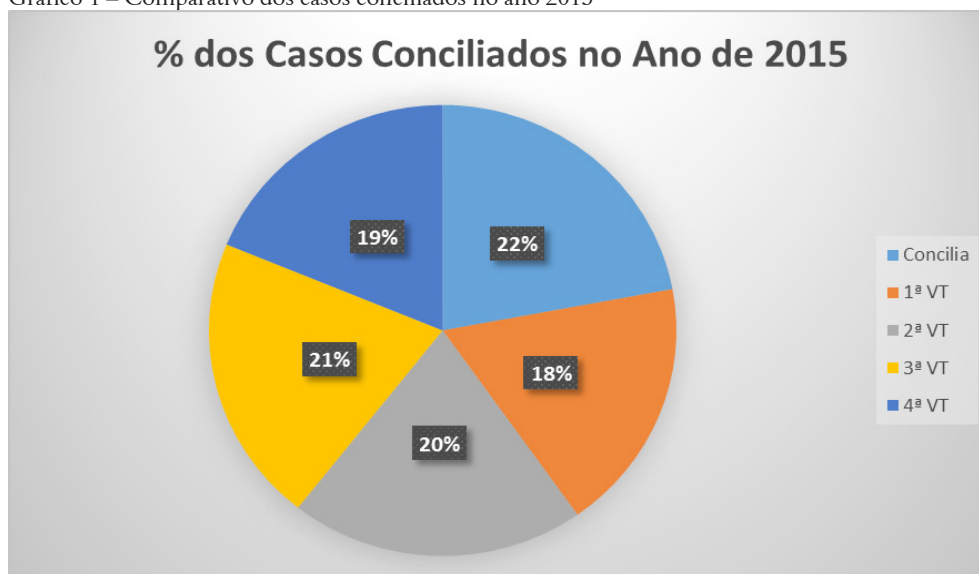
O Gráfico 1 demonstra claramente os índices de casos em que foram levados para a conciliação solucionados, bem como os que foram judicializados em 2015.

Tabela 1 – Comparativo entre os processos judicializados nas Varas do Trabalho de Chapecó e a Concilia de Chapecó no ano 2015

Ano 2015	Números de casos	Conciliados	Porcentagem (%)
Concilia	477	314	65,83
1ª VT	1483	803	54,15
2ª VT	1530	931	60,85
3ª VT	1558	958	61,49
4ª VT	1555	871	56,01

Fonte: Santa Catarina (2016) e Sindicato do Comércio da Região de Chapecó (2016).

Gráfico 1 – Comparativo dos casos conciliados no ano 2015



Fonte: Santa Catarina (2016) e Sindicato do Comércio da Região de Chapecó (2016).

Assim, até agosto de 2016 teve-se:

1ª Vara do Trabalho de Chapecó: 1.279 novos casos, 704 acordos.

2ª Vara do Trabalho de Chapecó: 1.238 novos casos, 669 acordos.

3ª Vara do Trabalho de Chapecó: 1.258 novos casos, 877 acordos.

4ª Vara do Trabalho de Chapecó: 1.253 novos casos, 749 acordos.

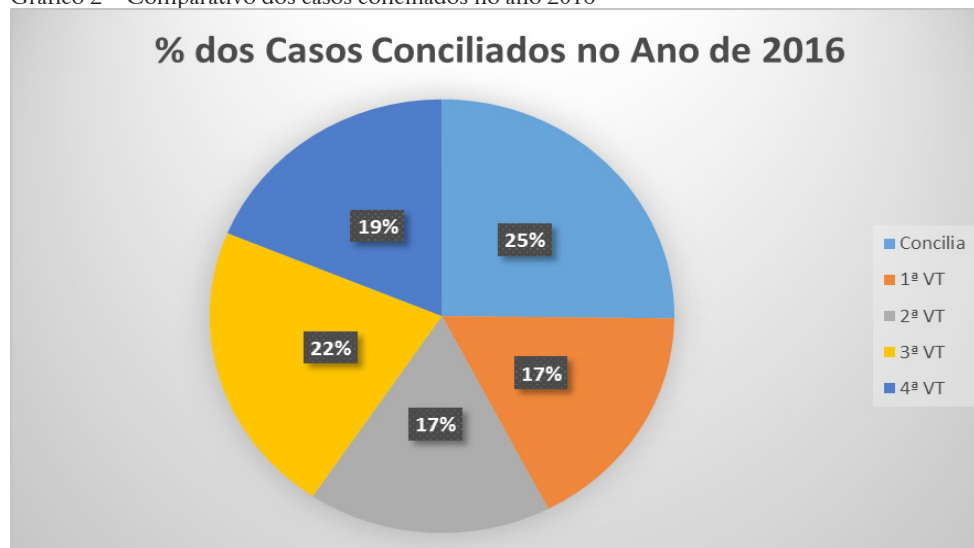
Concilia: 359 audiências, sendo 288 solucionadas.

Tabela 2 – Comparativo entre os processos judicializados nas Varas do Trabalho de Chapecó e a Concilia de Chapecó

Ano 2016	Números de casos	Conciliados	Porcentagem (%)
Concilia	359	288	80,22
1ª VT	1279	704	55,04
2ª VT	1238	669	54,04
3ª VT	1258	877	69,71
4ª VT	1253	749	59,77

Fonte: Santa Catarina (2016) e Sindicato do Comércio da Região de Chapecó (2016).

Gráfico 2 – Comparativo dos casos conciliados no ano 2016



Fonte: Santa Catarina (2016) e Sindicato do Comércio da Região de Chapecó (2016).

Verificou-se que a Concilia possui uma eficácia na solução das lides trabalhistas maior que as próprias varas do trabalho, em que se deve considerar levar em consideração que os valores da Concilia são anuais, ações que entraram e foram solucionadas no próprio ano; já os valores das varas do trabalho abrangem as ações que foram ingressadas no ano e nos casos conciliados, todas as demandas conciliadas, algumas sendo na primeira, na segunda e até na terceira audiência. Assim, levando em consideração que em algumas varas do trabalho existe um lapso temporal entre uma audiência e outra superior a um ano, a concilia tem muito mais efetividades, haja vista que entre o tempo de ingresso da demanda e a conciliação não pode ser superior a 10 dias.

5 CONCLUSÃO

Neste estudo foram consideradas as diversas formas de conciliação na Justiça do Trabalho, sendo que para os processos trabalhistas, o acordo para a solução das lides é absoluta, inclusive podendo gerar nulidades do processo, assim, as formas de efetivação do princípio constitucional do melhor interesse das partes vem sendo desenvolvido neste trabalho, permitindo entender

com base na evolução histórica como e porquê surgiu a necessidade da criação das comissões de conciliação prévia.

A Lei n. 9.958/2000 criou as comissões de conciliação prévia e deu o primeiro passo para condicionar a tentativa de conciliação prévia ao ajuizamento da ação trabalhista, visto que em caso positivo, não necessita a homologação do juiz, já que o termo de conciliação não necessita da homologação do juiz.

A conciliação é uma forma de autocomposição (empregado e empregador) pela qual as partes criam a solução para o problema, fazendo concessões mútuas sobre a situação discutida. Sobre esse acordo, observou-se que embora não haja unanimidade na doutrina, a conciliação tem natureza de jurisdição, uma vez que o ordenamento vigente deu à conciliação efeitos típicos de uma sentença judicial.

A conciliação tem a seu favor fatores como a celeridade, os baixos custos e a eficiência. Além de a solução ocorrer sem dependência de instrução probatória, cara e demorada, a eficiência também pesa porque há maior probabilidade de cumprimento espontâneo da obrigação assumida.

O método extrajudicial de solução das lides trabalhistas é muito mais rápido e eficaz, atendendo ao propósito da Justiça do Trabalho em que as lides devem atender ao princípio da celeridade, eis que trata de verba alimentar, e geralmente o empregado está em situação de necessidade, dependendo daqueles valores para a sua subsistência e, algumas vezes, inclusive de sua família.

Outra característica que se julga importante nos acordos é a capacidade de pacificação social, pois no desenvolver do procedimento há reaproximação das partes e é retomado o diálogo. A solução conciliada atinge, portanto, mais que o conflito em si, mas também suas nuances subjetivas.

Nota-se que a conciliação pode ser um instrumento poderoso na busca de soluções para os problemas do Poder Judiciário. Os que mais se destacam são o amplo acesso à Justiça e a pacificação social, fato este que fica claramente comprovado mediante os dados apresentados pelo Sicom de Chapecó, demonstrando, assim, a eficácia e a rapidez na solução dos conflitos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei n. 9.958, de 12 de janeiro de 2000. Altera e acrescenta artigos à Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, dispendo sobre as Comissões de Conciliação Prévia e permitindo a execução de título executivo extrajudicial na Justiça do Trabalho. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 13 jan. 2000.

COUTO, A. B. As comissões de conciliação prévia e pós-modernidade: a transição paradigmática na resolução dos conflitos trabalhistas. *Justiça do Trabalho*, Porto Alegre, v. 21, n. 246, p. 43-52, 2004. Disponível em: <<http://www.amdjus.com.br/doutrina/trabalhista/151.htm>>. Acesso em: 15 maio 2018.

GONÇALVES, M. B. Meios Alternativos de Solução de Controvérsias: verdades, ilusões e desca-
minhos no Novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 242, p. 597-629,
abr. 2015.

MARTINS, S. P. *Fundamentos de Direito Processual do Trabalho*. 5. ed. São Paulo: Atlas. 2002.

OLIVEIRA, C. M. de. As comissões de conciliação prévia e o princípio da inafastabilidade do
acesso ao poder judiciário. *Conteúdo Jurídico*, Brasília, DF: 19 mar. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.42532&seo=1>>. Acesso em: 23 mar. 2016.

SANTA CATARINA. TRT12. *SEESTP - Serviço de Estatística e Pesquisa. Dados estatísticos*. Dispo-
nível em: <http://www.trt12.jus.br/portal/areas/seest/extranet/estatisticas/Transparencia/Provimento_1_G.jsp>. Acesso em: 23 mar. 2016.

SANTOS, M. Conciliação: meio alternativo de solução de conflitos. Uma mudança de paradig-
mas em uma sociedade de educação judicante e litigiosa. *Jus Navigandi*, 2014, Disponível em:
<<https://jus.com.br/artigos/45313/conciliacao-meio-alternativo-de-solucao-de-conflitos/1>>.
Acesso em: 23 mar. 2016.

SINDICATO DO COMÉRCIO DA REGIÃO DE CHAPECÓ. Disponível em: <http://www.sicom.com.br/concilia.php?menu=concilia_inicial>. Acesso em: 23 mar. 2016.

SINDICATO DOS TRABALHADORES NAS INDÚSTRIAS DE ALIMENTAÇÃO. *CICOPA, Comissão de
Conciliação Prévia*. 2015. Disponível em: <<http://stiabdf.com.br/comissao/cicopa/>>. Acesso
em: 23 mar. 2016.

O PROCEDIMENTO ARBITRAL: UM ESTUDO COMPARATIVO ENTRE AS LEGISLAÇÕES BRASILEIRA E ALEMÃ

Kauane Falcade Cavalheiro¹

RESUMO

O artigo trata da aplicação do procedimento arbitral, trazendo uma alusão histórica ao surgimento desse meio de resolução de litígios, bem como os requisitos e as especificações, baseando-se na Lei de Arbitragem, Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996, e no Livro 10 do *Zivilprozessordnung* (ZPO) (Código de Processo Civil alemão), e realizando um estudo comparativo entre as duas legislações. Objetiva-se elucidar o funcionamento de tal procedimento tanto nas jurisdições nacionais brasileiras e alemãs, quanto nos casos de reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras. Além disso, são apresentadas as causas que podem levar à anulação ou nulidade da sentença.

Palavras-chave: Lei de Arbitragem. Direitos disponíveis. Cláusula arbitral.

1 INTRODUÇÃO

A arbitragem é um tema atual que vem ganhando cada vez mais espaço em relação à justiça comum. O sistema judiciário brasileiro, indubitavelmente abarrotado de processos para julgar e processos em andamento, de longe não é o meio mais rápido e satisfatório quando se trata da resolução de litígios. Por tal razão, além da informalidade, sigilo e flexibilidade, o procedimento arbitral ascende consideravelmente.

Nesse sentido, é de extrema importância um aprofundamento no tema, bem como uma explanação referente à questão da constitucionalidade ou inconstitucionalidade perante a Constituição Federal, sendo esta a primeira proposta deste artigo. A segunda consta na produção de uma comparação entre as legislações brasileira (Lei de Arbitragem, Lei n. 9.307/96) e alemã (Livro 10 do ZPO) no que tange à arbitragem e ao reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras. Além disso, busca-se analisar quais os principais fatores que levam tanto brasileiros quanto alemães a optarem pelo juízo arbitral.

¹ Universidade do Oeste de Santa Catarina; kau.falcadec@yahoo.com.br

2 ASPECTOS GERAIS DA ARBITRAGEM

A arbitragem teve origem na Antiguidade, com povos que possuíam uma base legal fundada em leis consuetudinárias, religiosas ou regidas pelo bom senso. Naquela época, a decisão era tomada por sujeitos de forte influência, os anciãos ou líderes religiosos, de forma imperativa. Atualmente, mantêm-se as principais características dos primeiros grupos e, conforme atesta Neves (2016, p. 19), “(i) as partes escolhem um terceiro de sua confiança que será responsável pela solução do conflito de interesses e, (ii) a decisão desse terceiro é impositiva [...]”

Assim, a arbitragem é considerada um meio privado facilitador para a solução de litígios que versam sobre direitos patrimoniais e disponíveis, tendo o mesmo caráter de uma sentença judicial transitada em julgado – exceto pela impossibilidade de recursos –, o que é assegurado pelo art. 515, VII do NCPC/2015, sendo a mais notável diferença, quando comparada ao procedimento judicial, o tempo abissalmente mais célere. Além disso, Muniz (2004 apud SCALVONE JUNIOR, 2010, p. 17-18) destaca as principais vantagens da aplicação desse procedimento: a especialização do árbitro, a rapidez do procedimento, a irrecorribilidade, a informalidade e a confidencialidade.

De acordo com Scavone Junior (2010, p. 23), “Entre os direitos de cunho patrimonial, encontramos as relações jurídicas de direito obrigacional, ou seja, aquelas que encontram sua origem nos contratos, nos atos ilícitos e nas declarações unilaterais de vontade.” Ademais, a arbitragem exige, ainda, que se trate de direitos disponíveis, que são os passíveis de transação e alienação, e sobre os quais incide o princípio da autonomia da vontade. Entretanto, o art. 852 do CC abre uma lacuna que possibilita tratar de questões de cunho indisponível, como, por exemplo, na ofensa ao direito à igualdade, pois esta pode gerar indenização por danos morais, propiciando que um árbitro disponha sobre o fato que enseja e a liquidação da ofensa.

Havendo cláusula arbitral e, caso não esteja convencionada à utilização dos termos do art. 9º da LICC, a Lei n. 9.307/96 dispõe que fica a critério das partes a escolha das normas de direito material, bem como se a arbitragem será de direito ou equidade. Nesse sentido, podem optar entre “a) leis internacionais de comércio; b) *Lex Mercatoria*; c) leis internacionais; d) leis corporativas; e) equidade”, conforme Scavone Junior (2010, p. 60-61), desde que não afrontem as normas cogentes ou de ordem pública. Outrossim, no caso de procedimento envolvendo a administração pública, será de direito, respeitando o princípio da publicidade.

Quanto à decisão, pode ser a *arbitragem institucional/administrada* em que uma instituição especializada responsabilizar-se-á por aspectos formais e escolha de árbitros, ou a *arbitragem avulsa/ad hoc*, determinada pela ausência de submissão das partes a um instituto.

3 A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO INSTITUTO

Houve grande especulação referente à constitucionalidade da arbitragem quando se tratou do art. 5, XXXV da CF/88 que indica que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, em razão do princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional pelo Judiciário. Entretanto, a Lei n. 9.307/96 apenas adicionou a possibilidade da arbitragem. Nesse sentido, conforme alega Scavone Junior (2010, p. 65), “[...] o Ministro Carlos Velloso [...] afirmou que o inciso XXXV representa um direito à ação, e não um dever.”

Nesse sentido, o STF alega constitucionalidade entre a escolha de arbitragem e a jurisdição. Além disso, consoante a Neves (2016, p. 19), nota-se que o STJ admite a arbitragem em contratos administrativos envolvendo o Estado que, visando a proteger o interesse público, pratica atos patrimoniais disponíveis em prol da coletividade.

4 ESTUDO COMPARATIVO COM FOCO NAS LEGISLAÇÕES BRASILEIRA (LEI N. 9.307/96) E ALEMÃ (*BUCH 10 DES ZIVILPROZESSORDNUNG*)

O *ZPO* é o Código de Processo Civil alemão que, no 10º livro, discorre sobre a aplicação da arbitragem, na qual nenhuma corte, salvo previsto, deve intervir. A seção 1025, que trata dos âmbitos de aplicação, dispõe que tal livro tratará de casos em que o local de arbitragem for a Alemanha, o estrangeiro, indeterminado ou indeterminado com réu ou demandante domiciliado ou com residência habitual na Alemanha. Ademais, versará sobre o reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras.

4.1 SUBMISSÃO AO JUÍZO ARBITRAL

O art. 3º da Lei n. 9.307/96 traz, como meio de submeter os litígios ao juízo arbitral, a convenção de arbitragem. Já a alemã, na seção 1029, sub. 2, a convenção de arbitragem (*Schiedsabrede*) ou cláusula arbitral (*Schiedsklausel*).

4.2 OBJETO DO ACORDO ARBITRAL

O art. 1º da Lei n. 9.307/96 especifica que a arbitragem pode ser aplicada em casos de direitos patrimoniais disponíveis. Já a seção 1030, sub. 1 do *ZPO* também aceita alegação referente a reivindicações patrimoniais (*vermögensrechtlicher Ansprüche*), além de não patrimoniais (*nichtvermögensrechtliche Ansprüche*), que terão efeito legal à medida que as partes tenham direito de fazer um acordo. Além disso, conforme a sub. 2, que o procedimento não pode ser aplicado em caso de habitações.

4.3 ACORDO DE ARBITRAGEM

4.3.1 Da Convenção de Arbitragem e seus efeitos – Capítulo II da Lei n. 9.307/96

Para realizar um acordo de arbitragem, as partes devem estar de acordo com a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

A cláusula compromissória é um acordo em que as parte de um contrato submeterão litígios que possam surgir de tal contrato, à arbitragem, sendo autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta. A cláusula deve ser escrita, inserida no contrato ou documento separado. No caso de contratos de adesão, a eficácia depende da concordância do aderente, devendo ser escrita em documento anexo ou em negrito, com assinatura ou vista.

No art. 5º encontra-se que:

Reportando-se as partes, na cláusula compromissória, às regras de algum órgão arbitral institucional ou entidade especializada, a arbitragem será instituída e processada de acordo com tais regras, podendo, igualmente, as partes estabelecer na própria cláusula, ou em outro documento, a forma convencionada para a instituição da arbitragem. (BRASIL, 1996).

Por outro lado, não havendo acordo, uma parte manifestará a intenção convocando a outra, por meio de comunicação e com a comprovação do recebimento, esclarecendo dia, hora e local para firmar o compromisso. No caso de não comparecimento ou resistência, pode-se requerer a citação para uma audiência especial.

Outrossim, o autor indicará o objeto, instruindo o pedido com o documento que contiver a cláusula. Da audiência, comparecendo as partes, o juiz tentará conciliação e celebração do compromisso; não concordando, o decidirá, após ouvir o réu, na audiência ou em 10 dias. A ausência injustificada do autor extingue o processo sem julgamento de mérito, enquanto na ausência do réu, caberá ao juiz determinar o conteúdo do compromisso e indicar árbitro único.

Nota-se que se a cláusula não informar sobre a nomeação, cabe ao juiz decidir, podendo indicar árbitro único.

Por fim, o art. 7º, § 7º assim dispõe “a sentença que julgar procedente o pedido valerá como compromisso arbitral.” (BRASIL, 1996).

O compromisso pode ser judicial ou extrajudicial. Quando judicial, depende de termo nos autos. Já, se extrajudicial, depende de escrito particular, assinado por duas testemunhas ou instrumento público. Ademais, pode ser extinto se expirado o prazo de apresentação da sentença, com devidas notificações, ou então, as partes não aceitarem substituto e ocorrer escusa do árbitro antes da nomeação, falecimento ou impossibilidade de voto de um árbitro.

4.3.2 *Schiedsvereinbarung - Abschnitt 2*

O acordo de arbitragem submete as disputas da relação jurídica contratual ou não, ocorridas ou que venham a surgir, à arbitragem. Tal acordo deve estar em documento assinado pelas partes ou registrado por meios de comunicação. Se transmitido de uma à outra parte ou às partes por um terceiro, e não houver objeções, será considerado parte do contrato. Ademais, se tais requisitos forem satisfeitos e referenciados em um contrato contendo uma cláusula compromissória, constituirá um acordo, desde que tal referência torne a cláusula parte do contrato. Além disso, o acordo não impede que medidas provisórias protetivas referente ao objeto do litígio sejam concedidas tanto antes quanto durante o procedimento.

O acordo também é celebrado ao se emitir um documento de embarque/carga (*bill of lading*), caso contenha referência expressa à cláusula arbitral do contrato de freteamento. Outrossim, acordo em que o consumidor é parte deve estar em um documento assinado pessoalmente pelas partes ou em um formulário eletrônico, conforme a seção 126 do *BGB*. Tal formulário poderá ser utilizado no caso de acordos do procedimento e certificações notariais. Qualquer incumprimento será sanado pela discussão do objeto.

4.4 ÁRBITROS

4.4.1 Dos Árbitros – Capítulo III da Lei n. 9.307/96

Os árbitros podem ser quaisquer pessoas capazes e de confiança das partes, as quais podem, de comum acordo, estabelecer o processo para escolhê-los, ou adotar as regras de um órgão. Se nomeados pelas partes – inclusive os suplentes, se quiserem –, deve ser em número ímpar. No caso de par, os árbitros escolherão mais um, não havendo acordo, requerer-se-á ao Judiciário a nomeação.

Nota-se que o árbitro é juiz de fato e direito e deve ser imparcial, independente, competente, discreto e diligente no exercício da função, a qual se equipara à dos funcionários públicos, para a aplicação da legislação penal. À sentença proferida não cabe recurso ou homologação do Judiciário.

O árbitro, se necessário, poderá escolher um secretário, o qual pode ser um dos árbitros, bem como solicitar às partes adiantamento de verbas para despesas e diligências.

Antes de aceitar a função, deve revelar fatos dúbios. Ademais, será impedido se tiver relação – casos de impedimento ou suspeição de juízes – com as partes ou o litígio, cabendo as responsabilidades do NCPC.

É considerado inapto e será substituído pelo indicado no compromisso se escusar-se antes de aceitar a nomeação, aceitar e, então, falecer ou for recusado. Porém, se não houver

substituto, seguir-se-ão as regras do órgão convocado na convenção; no caso de não convocação e nenhum acordo, salvo declaração de não aceitar substitutos, far-se-á uma audiência especial.

O árbitro só pode ser recusado por fatos ocorridos após a nomeação, com exceção do caso de não ser nomeado, diretamente, pela parte, ou o motivo for revelado após a nomeação.

A parte que desejar inquirir a recusa do árbitro deve apresentar as razões e provas, segundo o art. 20 da Lei, diretamente ao árbitro ou presidente. Se aceito, o árbitro será substituído.

4.4.2 *Bildung des Schiedsgerichts - Abschnitt 3*

As partes são livres quanto ao procedimento para a escolha dos árbitros, bem como quanto número, porém, caso não acordem, serão três. Além disso, salvo acordo, quando uma parte receber a notificação da nomeação deverá fazê-la.

No caso de haver dois árbitros, cada parte nomeará um e, estes, nomearão o terceiro, que será o presidente do tribunal arbitral.

A nomeação será realizada pelo tribunal, considerando as qualificações requeridas pelo acordo das partes, caso: não haja acordo entre estas, sendo indicado um árbitro; uma das partes não indicar no prazo de um mês do recebimento do requerimento ou se os dois árbitros não acordarem na escolha do terceiro; quando acordado entre as partes, uma não age como exigido ou se as partes ou dois árbitros são incapazes de chegar a um acordo, ou uma terceira parte não desempenha as funções a ela confiadas. Ademais, no caso de um único ou terceiro árbitro, o tribunal deve considerar a conveniência de indicar um de outra nacionalidade.

A fim de garantir a imparcialidade, se uma pessoa for flagrada se comunicando com o árbitro que indicará, deverá expor fatos dubitáveis.

Ocorrerá a contestação do árbitro se não for qualificado, houver imparcialidade ou ciência de novo fatos pela parte que o nomeou.

Sobre o procedimento de contestação, as partes podem acordar sobre tal; caso não haja acordo, a parte que deseja contestar deve, em duas semanas da ciência da constituição do tribunal, enviar declaração escrita ao tribunal, salvo se o árbitro se retirar ou a outra parte concordar, o tribunal decidirá. Outrossim, se não tiver sucesso, o requerente pode pedir, em um mês do recebimento da rejeição, para o tribunal decidir, sendo que enquanto tal requerimento está pendente, o tribunal pode continuar os procedimentos e dar uma sentença.

4.5 PROCEDIMENTO ARBITRAL

4.5.1 Do Procedimento Arbitral – Capítulos IV, IV-A e IV-B da Lei n. 9.307/96

Antes da instituição da arbitragem, as partes podem recorrer ao Judiciário para concessão de medida cautelar ou de urgência. Da concessão, cessa a eficácia em 30 dias, caso a parte não

requiera a instituição. Se requerida, cabe aos árbitros mantê-la. Por outro lado, estando já instituída a arbitragem, requerer-se-á a medida diretamente aos árbitros.

A arbitragem institui-se quando aceita a nomeação dos árbitros e, conforme o art. 19, § 2º (BRASIL, 1996), interrompe a prescrição que “retroage à data do requerimento de sua instauração, ainda que extinta a arbitragem por ausência de jurisdição.” No caso de, após a instituição, existirem dúvidas quanto à convenção, será elaborado adendo. E se alguma parte pretender inquirir, sobre a competência, suspeição ou impedimento dos árbitros, ou a nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção, deve fazê-lo na primeira oportunidade de manifesto. Se a arguição sobre a suspeição ou impedimento for aceita, o árbitro será substituído, e o reconhecimento da incompetência, nulidade, invalidade ou ineficácia remeterá as partes ao Judiciário. Por outro lado, se não acolhida, a arbitragem prosseguirá, seguindo o procedimento escolhido pelas partes na convenção, facultando a delegação de regulamentação ao árbitro ou tribunal. Não havendo, estes deverão discipliná-lo, respeitando os princípios do contraditório, a igualdade das partes, a imparcialidade e o livre convencimento do árbitro.

Em relação ao procedimento, inicialmente buscar-se-á a conciliação. Mediante requerimento das partes ou de ofício, pode-se requerer perícia ou outras provas, ademais tomar-se-á o depoimento das partes e testemunhas, assim como a oitiva destas, em local, dia e hora estabelecidos, reduzido a termo e assinado pelo depoente. A falta injustificada será considerada no proferimento da sentença, sendo que no caso de testemunha, pode-se requerer que seja conduzida. Além disso, a revelia da parte não impedirá o proferimento da sentença.

4.5.2 *Durchführung des schiedsrichterlichen Verfahrens – Abschnitt 5*

As partes podem escolher livremente as regras ou basear-se num código de arbitragem, bem como acordar sobre o local, porém, não acordando, será conduzido pelo tribunal.

O procedimento inicia-se na data em que o requerimento para submissão – documento que indica as partes, objeto e o acordo arbitral, à arbitragem for recebido pelo inquirido.

Dentro do prazo estipulado, o requerente deve indicar a reclamação, juntamente com os motivos, e o inquirido, a defesa. Entretanto, no caso de incumprimento do requerente, o tribunal finalizará os procedimentos, e do inquirido, continuará. Ademais, a não ser que considerado inapropriado, as partes podem realizar correções ou suplementações durante o procedimento.

Sujeito a acordo, o tribunal decidirá sobre a realização e procedimentos da audiência oral; caso uma parte falte, poderá decidir a sentença com base nas evidências anteriores. Nesse sentido, todas declarações, documentos, informações e perícias devem ser informadas.

Em relação aos peritos, salvo acordo, o tribunal indicará, e, se necessário, participarão da audiência oral, após a entrega do relatório escrito ou oral.

No que tange às provas, a parte – com a aprovação do tribunal –, ou o tribunal pode requerer assistência da corte, para obter provas ou executar atos a que não esteja habilitado. E, a não ser que considerado inadmissível, deve executar o pedido. Outrossim, os árbitros podem participar de qualquer obtenção de provas judiciais e questionários.

4.6 SENTENÇA ARBITRAL

4.6.1 Da Sentença Arbitral – Capítulo V da Lei n. 9.307/96

O proferimento da sentença será em seis meses da instituição da arbitragem ou substituição do árbitro, salvo acordo, cabendo prorrogação por comum acordo.

A decisão produzirá os mesmos efeitos da sentença judicial, será apresentada em documento escrito, sendo tomada pela opinião da maioria, se não houver acordo, prevalecerá a opinião do presidente. Ademais, o árbitro que divergir da maioria pode declarar voto separado.

Se, durante o procedimento, as partes acordarem quanto ao litígio, o árbitro ou tribunal poderá declarar o acordo mediante sentença, contendo data, lugar, relatório – com os nomes das partes e resumo do litígio –, fundamentos da decisão, o dispositivo e assinatura dos árbitros. Ademais, decidirá acerca de custas, despesas e, caso haja, verbas da litigância de má-fé.

Proferida a sentença, encerra-se a arbitragem, devendo o árbitro ou presidente enviar cópia da decisão às partes, mediante comprovação de recebimento, ou diretamente, com recibo. Em cinco dias do recebimento ou ciência, salvo acordo, a parte poderá solicitar, mediante comunicação à outra, correção de erro material, esclarecimento de obscuridade, dúvida, contradição ou omissão. A resposta, salvo acordo, será no prazo de 10 dias.

A sentença será nula se a convenção for nula, emanar de árbitro impedido, não conter os requisitos ou desrespeitar os princípios, for proferida fora dos limites da convenção ou do prazo ou for comprovada prevaricação/concussão/corrupção passiva. Assim, a parte poderá pleitear ao órgão Judiciário a declaração de nulidade. O pedido para declaração parcial ou final tem prazo de 90 dias do recebimento da decisão ou solicitação de esclarecimento, de acordo com as regras do procedimento comum, previsto na Lei n. 5.869/73.

A decretação de nulidade determinará o proferimento de nova sentença, podendo também ser requerida na impugnação ao cumprimento da sentença, caso haja execução judicial. Outrossim, a parte interessada pode requerer, ao ingressar em juízo, a prolação de sentença complementar, no caso de o árbitro não ter decidido todos os pedidos que foram submetidos.

4.6.2 *Schiedsspruch und Beendigung des Verfahrens - Abschnitt 6 und Rechtsbehelf gegen den Schiedsspruch - Abschnitt 7*

O tribunal decidirá o litígio considerando as regras da lei escolhida pelas partes e os termos do contrato, considerando, também, práticas comerciais. O tribunal aplicará as leis do Estado com que o objeto do litígio está mais conectado, salvo acordo. Podendo, inclusive, julgar *ex aequo et bono* ou *amiable compositeur*, se autorizado.

Em relação aos árbitros, quando houver mais de um, as decisões serão tomadas pela opinião da maioria. Se um se recusar a votar, os outros podem decidir sem ele, salvo acordo. Ademais, o presidente pode decidir, sozinho, questões processuais individuais, se as partes ou todos os membros do tribunal autorizarem.

Se, durante o andamento, as partes resolverem o litígio, o tribunal deve finalizar o procedimento e, se requisitado, registrar na forma de sentença acordada, a menos que viole a ordem pública. Tal sentença tem o mesmo efeito de outras sobre o mérito da causa, desde que escrita, assinada pelos árbitros, com os fundamentos da decisão e indicando data e local. Também é necessário que uma cópia assinada pelos árbitros seja entregue às partes. Outrossim, a certificação notarial será substituída por declarações das partes na sentença acordada. Ademais, a sentença pode ser declarada executória por um notário competente.

O mandato do tribunal arbitral encerra quando findo o procedimento, o qual ocorre por meio de ordem própria ou sentença final, esta quando o requerente não declarar reivindicação conforme a lei exige ou retirar a queixa sem interesse legítimo, ou então, as partes concordam com o término, não prosseguem o processo ou se a continuação se torna impossível.

Através da sentença, o tribunal, a critério e considerando as circunstâncias do caso, deverá alocar as custas, bem como decidir sobre o montante a ser suportado por cada parte. Se não estiver fixada ou só puder ser, após encerramento, será decidido em sentença separada.

Em um mês do recebimento da sentença, as partes podem solicitar a correção na adjudicação de erros, interpretação de partes específicas ou realização de sentença adicional quanto a omissões. O resultado da correção/interpretação será dentro de um mês, enquanto o da sentença adicional, dois, a qual, inclusive, pode ser realizada por iniciativa do tribunal arbitral.

O recurso contra uma sentença só pode ser feito por meio de pedido de anulação, que será aceito se o requerente não foi notificado sobre a indicação de árbitro ou procedimento, ou foi incapaz de apresentar seu caso. Bem como se uma das partes da convenção sofrer incapacidade, o acordo não for válido, a composição do tribunal ou procedimento estiverem em desacordo com a legislação ou, então, a sentença tratar de controvérsia ou contiver decisões além do escopo da submissão à arbitragem. Outrossim, quando o tribunal considerar que a causa do litígio não

pode ser solucionada por meio da arbitragem sob a lei alemã ou o reconhecimento ou execução da sentença conflitar com a política pública.

O pedido de anulação tem prazo de três meses da data em que a parte se apresentou para receber a sentença, salvo acordo. No caso de uma solicitação de correção, interpretação ou sentença adicional, o prazo será prorrogado por até um mês do recebimento da decisão. Além disso, nenhum pedido de anulação é cabível quando a sentença for executória. Por fim, a anulação da sentença arbitral torna o acordo de arbitragem operacional novamente em relação ao objeto do litígio.

4.7 SENTENÇAS ARBITRAIS ESTRANGEIRAS

4.7.1 Do reconhecimento e execução de sentença arbitral estrangeira - Capítulo VI da Lei n. 9.307/96

A sentença arbitral estrangeira é aquela proferida fora do território nacional, sendo reconhecida ou executada se homologada pelo STJ e conforme os tratados internacionais efetivos no ordenamento do Brasil e, na ausência, baseado nessa Lei. Consoante o art. 36, “Aplica-se à homologação para reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira, no que couber, o disposto nos arts. 483 e 484 do Código de Processo Civil.” (BRASIL, 1996).

A petição inicial para a homologação será requerida conforme o art. 282 do CPC e apresentará a sentença original ou cópia certificada e autenticada pelo consulado, juntamente com tradução oficial, além do original da convenção ou cópia certificada, seguido da tradução.

A homologação será negada se o réu não for notificado sobre a designação do árbitro ou procedimento ou demonstrar que a convenção era inválida ou as partes incapazes, se houve violação do princípio do contraditório, se a sentença foi proferida fora dos limites da convenção, ou, então, não tenha se tornado obrigatória, seja nula ou suspensa pelo país que a prolatou, ou se a instituição arbitral não acordar com o compromisso ou cláusula. Além disso, caso o STJ apure que não cabe arbitragem ao objeto do litígio pela lei brasileira ou a sentença ofender a ordem pública. Ademais, a negação da homologação por vícios formais não proíbe a renovação do pedido, desde que sanados os vícios.

4.7.2 *Voraussetzungen der Anerkennung und Vollstreckung von Schiedssprüchen - Abschnitt 8, § 1061*

O reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras serão concedidos consoante a Convenção de 10 de junho de 1958 sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras (Bundesgesetzblatt- BGB 1961 II p. 121).

No caso de a declaração de executoriedade ser recusada, o tribunal não concederá o reconhecimento da sentença na Alemanha. Já se a sentença for anulada no exterior depois de ter sido declarada executória, cabe pedido de anulação da declaração.

5 CONCLUSÃO

Diante das pesquisas, nota-se que interpretações restritas e superficiais ao artigo 5º, inciso XXXV da CF/88, levaram a discussões quanto à inconstitucionalidade do procedimento arbitral, o qual, de fato, goza da constitucionalidade perante a jurisdição.

Além disso, a arbitragem, muitas vezes, é o melhor meio para a resolução da lide, em razão da busca por uma conciliação amigável e da flexibilidade quanto à escolha das regras a serem seguidas pelos árbitros, os quais são pessoas de confiança das partes.

Quanto à preferência por tal procedimento, percebe-se que a incidência no Brasil ocorre pela eminente rapidez, especialmente em decorrência da ausência de recursos à sentença, enquanto na Alemanha, principalmente pela confidencialidade e oportunidade de nomeação do árbitro.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. *Zivilprozessordnung*. Livro 10, de 12 de set. de 1950. Disponível em: <<https://www.gesetze-im-internet.de/zpo/ZPO.pdf>>. Acesso em: 13 maio 2018.

BRASIL. Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. *Diário Oficial da União*, 24 set. 1996. Disponível em: <<https://www.direitocom.com/sem-categoria/lei-de-arbitragem-comentada>>. Acesso em: 10 maio 2018.

EDITORA SARAIVA. *Vade Mecum Saraiva*. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Lívia Céspedes e Fabiana Dias Rocha. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

HOFMEISTER, W.; TREIN, F. *Anuário Brasil-Europa 2002: solução de controvérsias, arbitragem comercial e propriedade intelectual*. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2003.

MORAIS, J. L. B. de; SPENGLER, F. M. *Mediação e Arbitragem*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

NEVES, D. A. A. *Manual de Direito Processual Civil*. 8. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

REICHSTEINER, B. W. *Arbitragem Privada Internacional no Brasil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

SCALVONE JUNIOR, L. A. *Manual de Arbitragem*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

TRITTMANN, R.; HANEFELD, I. Part II -Commentary on the German Arbitration Law (10th Book of the German Code of Civil Procedure), Chapter II - Arbitration Agreement, § 1030 – Arbitrability. *Kluwer Law International*, Alemanha, out. 2012. Disponível em: <https://www.americanbar.org/content/dam/aba/events/international_law/2012/09/the_4th_annual_conferenceontheresolutionofcis-relatedbusinessdis/programmaterials/2012moscow_rece ntdecisions_trittmann_hanefeld_arbitrability.authcheckdam.pdf>. Acesso em: 11 maio 2018.

O USO DA ARBITRAGEM BRASILEIRA COMO INSTRUMENTO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NOS CONTRATOS INTERNACIONAIS DO COMÉRCIO

Leticia Restello ¹
Maria Luiza Roman Folle²

RESUMO

A aplicabilidade do instituto da arbitragem nos contratos internacionais é de importância fundamental ao aprimoramento das soluções das lides nos negócios internacionais, uma vez que, nos últimos anos, vem sendo o método alternativo ao Poder Judiciário o mais utilizado para solução de controvérsias nos âmbitos nacional e internacional. A introdução da Lei Federal n. 9.307/96 no País levou em consideração diretrizes adotadas pela comunidade internacional, como foram previstas no âmbito dos países desenvolvidos. Assim, tem-se como objetivo geral analisar as vantagens potenciais da utilização da arbitragem diante dos conflitos decorrentes dos contratos internacionais. O método utilizado foi o dedutivo, por meio da pesquisa bibliográfica, consistindo na análise da legislação, doutrina e artigos jurídicos para, posteriormente, concluir a pesquisa. Com este estudo, pode-se perceber que as vantagens oferecidas pelo instituto da arbitragem, como a celeridade, o sigilo e a informalidade intensificam os fluxos comerciais das empresas brasileiras que passam a atuar e prosperar, ainda mais, no cenário econômico-financeiro global.

Palavras-chave: Arbitragem. Contratos internacionais. Conflitos.

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como objetivo central relatar como o instituto da arbitragem internacional pode ser a melhor escolha entre as partes, no momento da formação de um contrato internacional do comércio que está sob a ótica de dois ou mais ordenamentos jurídicos. Para tanto, a Lei Federal n. 9.307/96, sancionada pelo então Presidente da República Fernando Henrique Cardoso, intensificou o Brasil junto ao comércio exterior por absorver métodos extrajudiciais para solucionar controvérsias já praticadas rotineiramente pela Europa e América do Norte.

¹ Graduada em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; pós-graduanda em Direito Internacional pela Faculdade Damásio; restelloleticia@gmail.com

² Mestre em Direito pela Universidade Comunitária da Região de Chapecó; Especialista em Direito Constitucional com Ênfase em Direitos Humanos pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Membro do Grupo de Pesquisa Relações Internacionais, Direito e Poder: cenários e protagonismo dos atores estatais e não estatais da Universidade Comunitária da Região de Chapecó, com registro no Diretório dos Grupos de Pesquisa do CNPq; malufolle@hotmail.com

No Brasil, com a chegada da lei de arbitragem, consagrou-se a preponderância dos tratados internacionais sobre a legislação interna no que se refere a reconhecimentos de laudos arbitrais estrangeiros, o que, conseqüentemente, deu ênfase à abertura ainda maior nas relações econômicas. Com isso, o presente estudo demonstra as vantagens na aplicação no instituto da arbitragem comercial internacional sobre as vantagens de se submeter ao conflito de leis a tutela estatal.

Para tal, analisa-se a utilização da arbitragem comercial internacional, destacando a inserção da cláusula arbitral nos conflitos que envolvam contratualmente dois ou mais ordenamentos jurídicos, sua validade e autonomia. Assim, a lei aplicável ao mérito da disputa e, posteriormente, qual o procedimento realizado para o reconhecimento e execução de laudos arbitrais estrangeiros. Por fim, abordam-se questões sobre a competência para interpretar o laudo arbitral e aplicação a *lex mercatória*.

Utilizou-se, na metodologia do trabalho, a pesquisa bibliográfica e o método dedutivo, com os quais se buscou na lei, na doutrina e na jurisprudência os elementos para se responder ao objetivo geral e se concluir a respeito do que norteia o tema.

2 O USO DA ARBITRAGEM BRASILEIRA COMO INSTRUMENTO DE RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIA NOS CONTRATOS INTERNACIONAIS

A arbitragem é um método alternativo ao Poder Judiciário que oferece decisões ágeis e técnicas para a solução de controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis.

Com regulamentação própria no país, a arbitragem é facultativa e caracteriza-se por sua informalidade. Assim, como o meio alternativo de solução de controvérsias mais praticado no mundo em questão de direito privado, a arbitragem atua tanto no plano interno quanto no plano internacional. Embora esteja sendo mais creditada e utilizada depois da sanção da lei, a arbitragem jamais atingiu, na história do Brasil, a importância que desfruta nos países desenvolvidos.

Em verdade, ao optar pelo instituto, os contratantes evitam ações judiciais em diferentes países, controlam a sujeição a leis ou regras processuais internas que desconhecem e, ainda, escolhem o idioma em que o procedimento será realizado, a lei aplicável ao mérito do litígio, o procedimento, a câmara de arbitragem onde serão realizadas as audiências, além de elegerem o(s) árbitro(s).

Neste estudo, analisa-se a utilização da arbitragem aos contratos internacionais naqueles conflitos que envolvam contratualmente dois ou mais ordenamentos jurídicos. A lei aplicável ao mérito da disputa, o procedimento realizado para o reconhecimento e a execução de laudos arbitrais estrangeiros, a competência para interpretar o laudo arbitral e, por fim, as aplicações

da *lex mercatória* são temas umbilicalmente ligados à aplicação da arbitragem como forma de solução de litígios dos contratos internacionais.

2.1 AUTONOMIA E VALIDADE DA CLÁUSULA ARBITRAL

A forma concebida pela Lei de Arbitragem brasileira para instauração do procedimento arbitral é através da convenção de arbitragem que se constitui num acordo pelo qual as partes renunciam à jurisdição estatal e passam a decidir suas controvérsias por meio da arbitragem. O direito convencional adota essa posição considerando tanto cláusula quanto compromisso convenção de arbitragem.

O gênero convenção de arbitragem possui duas espécies, quais sejam a cláusula compromissória e o compromisso arbitral (MENDONÇA, 2004, p. 18). A cláusula compromissória, também denominada cláusula arbitral, é um instrumento feito em algum momento anterior ao surgimento de controvérsias pelo qual as partes contratantes, incluindo o contrato (ou documento específico), à vontade expressa de se comprometer ao juízo arbitral nos eventuais conflitos de interesse que possam advir da contratação (ARAUJO, 2004, p. 427-428).

Existem dois tipos de cláusulas compromissórias eficazes classificadas pela doutrina: a vazia e a cheia. A cláusula vazia é caracterizada por conter apenas a previsão de submeter futuras controvérsias à arbitragem, no entanto não prevê a forma de instauração do procedimento. Ademais, não gera revelia se uma das partes for omissa em relação ao processo, e recairá ao Poder Judiciário o papel de estabelecer o efeito vinculante da causa compromissória ou não. A cláusula cheia, considerada a forma mais eficaz, caracteriza-se sempre que as partes optarem pelas regras do procedimento, indicando o(s) árbitro(s). Sua redação pode se resumir à indicação do regulamento de alguma entidade especializada. Nesses casos, sempre ocorrerá a revelia que dará seguimento ao processo, caso uma das partes seja omissa, em virtude do princípio do efeito vinculante atribuído a ela (ARAUJO, 2004, p. 427-428).

Nota-se que a questão que se destaca como de grande importância é a da redação da cláusula compromissória. Para evitar problemas futuros e afastar a possibilidade de interferência do órgão judiciário no procedimento arbitral, é extremamente importante que a cláusula seja regida detalhando como e qual será o procedimento adotado.

A outra espécie de convenção de arbitragem, o compromisso arbitral, é, por sua vez, um pacto celebrado após o surgimento do litígio, pelo qual as partes conferem algumas questões específicas relativas ao procedimento arbitral ou passam a optar decididamente por ele (MAGRO; BAETA, 2004, p. 35).

Uma vez que não há discussão em torno da aptidão da cláusula arbitral, tampouco do compromisso para instauração da arbitragem, é necessário ainda observar se eles foram validamente celebrados. Nota-se que essa análise deve ser sempre inspirada pelo princípio *favor*

arbitratis, ou seja, de acordo com esse princípio, a regra geral é sempre em prol da validade da convenção de arbitragem, seja pela cláusula seja pelo compromisso (ARAUJO, 2004, p. 428).

Algumas questões surgem da análise da validade da autonomia da cláusula compromissória.

A primeira questão é no tocante à lei aplicável à cláusula arbitral. Essa primeira questão está intimamente ligada ao princípio da autonomia. De acordo com ele, a nulidade do contrato principal não implica necessariamente a nulidade da cláusula. Como consequência a esse princípio, a cláusula de arbitragem poderá ser regida por uma lei diversa à lei aplicável ao contrato principal, já que a cláusula compromissória constitui um negócio jurídico autônomo e independente em relação ao contrato principal (DOLINGER, 2003, p. 173).

Assim, as partes possuem plena autonomia para escolher a lei aplicável à cláusula arbitral. Nas hipóteses em que as partes não se manifestam em relação à lei aplicável, de modo expresso, a tendência atual da jurisprudência arbitral tem sido aplicar a *Lex mercatória*, já que o principal costume do comércio internacional é o respeito à vontade das partes. Aplica-se também nas hipóteses em que as partes não optam por uma lei, a lei material da sede da arbitragem ou, ainda, a lei aplicável ao contrato principal (DOLINGER, 2003, p. 176).

A razão fundamental pela qual o Princípio da autonomia da cláusula não foi contemplado pela jurisprudência antes da promulgação da Lei da Arbitragem está no fato de a legislação pátria não ter equiparado a cláusula ao compromisso. O artigo 8 da Lei de Arbitragem muda completamente essa sistemática, uma vez que a cláusula compromissória passa a ter eficácia e a ser autônoma em relação ao contrato em que estiver inserida. Em decorrência dessa autonomia encontra-se o segundo princípio previsto no Parágrafo Único do Artigo 8 da Lei de Arbitragem brasileira, o chamado princípio da competência-competência. Esse princípio concede aos árbitros o direito de decidir quanto à validade da convenção de arbitragem, bem como pertence a eles a competência para julgar sobre a sua própria competência diante de questões em que a arbitrabilidade é levantada (LEE, 2004, p. 46).

Sendo fruto de um costume internacional reconhecido pela jurisprudência de diversos países, o objetivo de a cláusula arbitral ser considerada autônoma ao contrato-base é impedido que o procedimento arbitral seja paralisado, mediante a possibilidade de invalidez do contrato principal. A análise e decisão, tanto da invalidez do contrato principal quanto da invalidez da convenção de arbitragem, compete exclusivamente ao árbitro, que ainda poderá remeter às partes a jurisdição estatal se assim decidir (DOLINGER, 2003, p. 182).

Assim o reconhecimento do princípio da autonomia da cláusula compromissória trazido pela jurisprudência arbitral na Câmara de Comércio Internacional apenas foi acolhido pelo ordenamento jurídico do país, bem como da grande maioria, por constituir um dos pilares do comércio internacional.

2.1.1 A lei aplicável ao mérito da disputa

As partes têm liberdade para escolher a lei a ser aplicada ao mérito da disputa para a solução das controvérsias. Essa regra é aceita universalmente, sendo decorrente do princípio da autonomia da vontade, expressamente aceito no artigo 2, parágrafo 1º, da Lei n. 9307/96, que determina que poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicados na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.

É importante diferenciar esse dispositivo dos dispositivos da Lei de Introdução ao Código Civil que não se manifestam expressamente em relação à absorção ao princípio da autonomia da vontade ao que se refere à lei aplicável ao mérito do litígio. Essa omissão desperta controvérsias na doutrina a respeito da sua aplicação nos contratos considerados internacionais pelo legislador brasileiro.

No entanto, a polêmica surge quando as partes não convencionam a lei aplicável, cabendo aos árbitros a tarefa de determinar.

No caso em que a determinação da lei aplicável à relação jurídica envolver dois ou mais elementos jurídicos na jurisdição estatal serão aplicadas as regras de conexão do foro, o que, muitas vezes, representa um processo difícil e complexo, gerando às partes incertezas e inseguranças.

Já quando a questão é submetida à arbitragem, a dificuldade reside no fato de o árbitro não ter foro, como prevê o regulamento da Câmara de Comércio Internacional, de 1998, que estabelece em seu artigo 17 que as partes terão liberdade para escolher as regras jurídicas que deverão ser aplicadas à controvérsia, e, na ausência de acordo, serão aplicadas as regras que o Tribunal Arbitral julgar adequadas ao caso (DOLINGER, 2003, p. 264).

Conclui-se, então, que essa evolução retratada em regulamentos aprovados, como visto, demonstra que não há como se equiparar a sistemática da aplicação da lei ao mérito do litígio, no âmbito da arbitragem, ao adotado pela jurisdição estatal.

No processo judicial, o juiz poderá aplicar as leis estrangeiras para regular o mérito da demanda, sempre em observância às regras de conexão do Direito Internacional Privado Interno, porém, para reger o processo, aplica-se sempre a lei local. Já na arbitragem, admite-se aplicação de lei estrangeira, tanto para o mérito da disputa, quanto para o processo arbitral, independentemente da lei local. Assim, a tendência atual do Direito Internacional Privado moderno é que o Tribunal Arbitral aplique a lei material mais apropriada ao caso concreto, devendo abandonar as regras de conexão rígidas, observando sempre as características da hipótese concreta (GOMM, 2005, p. 9).

De qualquer forma, não seria correto afirmar que a arbitragem abandonou as regras de conexão apenas pelo fato de adotar o princípio da proximidade, da busca da lei mais adequada ao

litígio. Todavia, a arbitragem internacional constitui uma jurisdição independente e autônoma, que possui suas próprias regras, inclusive regras de conexão (ARAUJO, 2004, p. 330).

O princípio da proximidade, ou dos “vínculos mais estreitos” é uma regra de conexão trazida pela convenção de Roma, na década de 1980, e representa um passo importante na modificação do direito conflitual obrigacional dos países signatários. É um exemplo clássico da influência da metodologia americana no direito internacional privado europeu. Esse princípio só é utilizado quando as partes não tiverem efetuado a escolha da lei aplicável (ARAUJO, 2004, p. 55-56).

Vale ressaltar, por fim, que, em relação à lei aplicável ao mérito da controvérsia, todas as leis e convenções referentes à arbitragem internacional admitem a possibilidade de as partes indicarem o julgamento por Equidade. O julgamento por Equidade depende do Consenso das partes para ser adotado e ocorre quando não são utilizadas formas e regras expressas de direito (AMARAL, 2004, p. 340).

2.2 O PROCESSO ARBITRAL E A ESCOLHA DAS NORMAS

A Lei da arbitragem prevê autonomia da vontade na escolha da lei aplicável ao processo da arbitragem; em seu artigo 21 estabelece que a arbitragem deverá seguir o procedimento estabelecido pelas partes, sendo facultado às partes delegarem ao próprio árbitro ou ao tribunal arbitral (BRASIL, 1996).

Por meio da análise feita neste artigo percebe-se que é considerável a liberdade conferida às partes e aos árbitros na escolha das regras a serem seguidas, como se observa no artigo 15.1 do regulamento da arbitragem da CCI que determina: “Os procedimentos perante o tribunal arbitral serão regidos por este regulamento, e no que este silenciar, pelas regras que as partes – ou, em sua falta, o tribunal arbitral – determinarem, referindo-se, ou não a uma lei nacional de processo aplicada a arbitragem.” (DOLINGER, 2003, p. 78).

Sabe-se que a regra aplicável ao processo arbitral não é necessariamente a mesma lei aplicada, pelo árbitro, ao mérito do litígio. A lei que regula relação material em litígio é aquela que os árbitros utilizarão para julgar ao fundo o negócio jurídico criado entre as partes. Enquanto a lei aplicável ao processo disciplina a forma como a arbitragem será conduzida (DOLINGER, 2003, p. 285).

Distingue-se a arbitragem do processo judicial, uma vez que neste se aplica somente a *lex fori*, sendo esta insubstituível, não podendo a autonomia da vontade se manifestar. Já na arbitragem, as partes poderão escolher entre a arbitragem, institucional ou ad hoc, poderão adotar a lei processual do país da sede da arbitragem ou a lei processual de país estrangeiro e, também, poderão utilizar a plena liberdade concedida criando regras especiais para arbitragens específicas (DOLINGER, 2003, p. 286).

A arbitragem institucional é a mais comum. O processo passa a ser administrado por uma Câmara de arbitragem, ou seja, por uma instituição técnica especializada que fornece orientação e suporte durante o procedimento. Cada câmara tem seu próprio regulamento interno, que varia de instituição para instituição. As câmaras, ao cuidarem de providências administrativas, enviam correspondências de comunicação entre as partes e o árbitro e fornecem jurisprudências arbitrais, entretanto a decisão do caso cabe unicamente ao(s) árbitro(s) indicado(s) pela parte contratante (MAGRO; BAETA, 2004, p. 28).

Diferente do que ocorre na arbitragem institucional, a arbitragem ad hoc é realizada sem intermediação de uma câmara arbitral. O processo requer, respeitando os limites legais, que as partes envolvidas no conflito apontem o procedimento, recaindo sobre os próprios árbitros a responsabilidade não só da condução do processo, mas também de decisão. Ou seja, as partes preveem como será o procedimento do início ao fim. Essa regras podem ser definidas pelos contratantes na convenção de arbitragem ou serem fixadas pelos árbitros (MAGRO; BAETA, 2004, p. 29). Os interessados em utilizar a arbitragem ad hoc podem ainda consultar regulamentos arbitrais de outras instituições internacionais, como a UNCITRAL, permitindo, assim, que as regras sejam fixadas de acordo com as necessidades de cada caso.

As doações da lei processual do lugar da sede da arbitragem revelam a preferência dos tribunais na ausência de acordo entre as partes. Essa preferência foi adotada pela Convenção de Nova York, de 1958, e pela convenção Interamericana sobre arbitragem comercial internacional, de 1975. A demais, o regulamento da CCI de 1995, em seu artigo 16, previa expressamente que, na ausência de estipulação entre as partes, seriam aplicadas as regras de processo da sede da arbitragem. Assim, os tribunais têm interpretado que, ao acolherem a sede da arbitragem, as partes estarão implicitamente escolhendo, em caráter subsidiário, as regras procedimentais daquele foro (DOLINGER, 2003, p. 28).

Resumindo, tem-se, em primeiro lugar, a lei escolhida pelas partes e, na falta dessa escolha, a lei do local da sede ou qualquer outra lei estadual. Vale lembrar que nada impede que os tribunais apliquem, na ausência de escolha entre as partes, a lei que o tribunal julgue mais apropriada para o caso concreto. Recomenda-se apenas que observem as leis processuais do lugar da provável execução.

2.3 O RECONHECIMENTO E A EXECUÇÃO DE LAUDOS ARBITRAIS ESTRANGEIROS

A homologação de sentença arbitral estrangeira nada mais é que um instrumento de reconhecimento das decisões que forem provenientes do Estado estrangeiro, para que ela surta os efeitos em território nacional.

A sentença arbitral estrangeira sujeita, unicamente, a homologação pelo Superior Tribunal de Justiça, desde que a matéria seja passível de arbitragem e não viole normas imperativas, os bons costumes, a ordem pública e a soberania nacional (ARAUJO, 2004, p. 444).

Para ser reconhecida e executada no Brasil, a sentença arbitral deverá estar em conformidade com os tratados internacionais ratificados pelo Brasil e, em caso de ausência, de acordo com a lei (AMARAL, 2004, p. 345).

O conceito adotado pela lei de arbitragem brasileira é territorialista, como dispõe o artigo 32, ou seja, tem por inspiração a equiparação das sentenças arbitrais às sentenças estatais (BRASIL, 1996). Antes da edição da lei de arbitragem, a sentença arbitral estrangeira necessariamente precisava ser homologada pelo Poder Judiciário do Estado de origem, para posteriormente ser homologada pelo Superior Tribunal Federal.

Após o advento da Lei de Arbitragem brasileira, o Superior Tribunal Federal era o órgão competente para homologar as sentenças arbitrais estrangeiras. O fundamento da competência do referido Tribunal repousa não apenas no artigo 35 da lei de arbitragem, mas também no artigo 102, I, h, da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Vale ressaltar que no procedimento de homologação não cabe revisão no mérito da questão já proferida em única instância pelo juízo arbitral, não estando sujeita a recuso quanto ao mérito e ao poder estatal, constituindo, assim, título executivo judicial (AMARAL, 2004, p. 347).

Em relação ao procedimento de homologação das sentenças arbitrais, o artigo 36 da Lei de Arbitragem remete ao Código processual Civil, reiterando a equiparação entre sentença arbitral e Estatal (BRASIL, 1996).

Inicialmente a petição inicial respeitava os requisitos previstos pelo artigo 282 do Código de Processo Civil, devendo ser endereçado ao Presidente do Superior Tribunal de Justiça, com a qualificação das partes, o pedido de citação do réu e da homologação da sentença estrangeira arbitral (BRASIL, 2015).

O artigo 37 da Lei de Arbitragem informa os documentos pertinentes para instrução do procedimento de homologação. Nos casos em que a petição se apresentar defeituosa, o autor terá a oportunidade de emendar, no prazo de 10 dias. Autuados a petição e os documentos, caberá ao Presidente citar o réu para que no prazo máximo de 15 dias conteste o pedido. Caberá réplica à contestação em cinco dias. Após o prazo de citação, oficiará o Procurador Geral da República na qualidade de custos legais no prazo de 10 dias. Se o procurador-geral vier a impugnar o pedido de homologação, o processo deverá ser distribuído para julgamento pelo Plenário. Contudo, se não ocorrer impugnação, compete ao Presidente do Superior Tribunal de Justiça decidir sobre a homologação, cabendo agravo regimental de tal decisão (BRASIL, 1996).

Deve-se notar que a Lei de Arbitragem brasileira prevê, nos artigos 38 e 39, situações em que a homologação poderá ser negada. O artigo 38 e seus incisos impõem limites à defesa a ser

apresentada pelo requerido, e essas exceções deve necessariamente ser suscitadas pelas partes; já o artigo 39 refere-se a objeções processuais em que o Tribunal deverá de ofício reconhecer. Ademais, só se pode anular sentença arbitral estrangeira nos termos do artigo 32 da Lei, ou seja, a anulação deve referir-se à validade da instituição do tribunal arbitral, à validade substancial da sentença arbitral ou à regularidade substancial do processo. Assim, não cabe recurso ao mérito do laudo (BRASIL, 1996).

A execução é feita por meio de sentença (*exequatur*) extraída dos autos da homologação, conforme estabelecido pelo artigo 484 do Código de Processo Civil. A carta de sentença deverá conter a autuação, a petição inicial, a procuração das partes, a sentença arbitral estrangeira devidamente traduzida, a contestação, e, por fim, a homologação pelo Superior Tribunal de Justiça. Caberá ao funcionário encarregado autenticar, e após deverá subscrita pelo Presidente, ou pelo relator, nos casos de incidência de Agravo Regimental (BRASIL, 2015).

Passando esse procedimento para homologação, o juiz Federal de primeira instância do local em que a obrigação deve ser cumprida será competente para executar o laudo arbitral estrangeiro, segundo o artigo 109, inciso X, da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

2.4 APLICAÇÃO DA *LEX MERCATÓRIA*

A arbitragem comercial internacional, a ferramenta estratégica apontada nesses tempos de globalização como via coadjuvária da prestação jurisdicional por parte do Estado, na solução de controvérsias à dinâmica dos contratos internacionais do comércio, uniformizou-se em usos, costumes e princípios comerciais, que não apresentaram problemas de positividade e correspondem às necessidades do Direito do Comércio Internacional (ANDRADE, 2002, p. 46-47).

Sabe-se que a cláusula de julgamento por equidade era a forma que as partes tinham para introduzir a obrigatoriedade de decisão baseada nesses usos e costumes de comércio internacional, afastando conseqüentemente a aplicação estrita do direito estatal. Ocorre que nos últimos anos a *lex mercatoria* teve um grande desenvolvimento principalmente pela elaboração do princípios dos contratos internacionais (UNIDROIT), em 1994 (DOLINGER, 2003, p. 206).

Nota-se que há uma linha limítrofe entre a *lex mercatoria* e a arbitragem internacional, vez que, em ambas, as aplicações nos contratos internacionais desvinculam-se de quaisquer direitos nacionais. No caso do Brasil, que a autonomia da vontade não foi absorvida integralmente pelo legislador brasileiro, a escolha pelo instituto da arbitragem possibilita às partes a opção pela utilização da *lex mercatoria* (AMARAL, 2004, p. 65-68).

Há inúmeros casos de arbitragem que foram decididos, total ou parcialmente, com base na *lex mercatoria*. Atualmente ela pode ser aplicada pelo árbitro mesmo sem expressa autorização das partes, pois é considerada direito. Ademais, os tribunais poderão dar-lhe efetividade, seja

fundamentando-se no princípio do *pacta sun servanda* e/ou da boa-fé, seja na sua adequação aos princípios gerais do direito (AMARAL, 2004, p. 65-68).

3 CONCLUSÃO

Diante da atual conjuntura do mercado mundial, muitas empresas brasileiras buscam agregar parcela significativa no cenário competitivo, configurando-se pelo desenvolvimento do comércio internacional de bens e serviços. Esse aprimoramento dos negócios internacionais resultou no aumento acelerado de relações jurídicas plurilocalizadas, o que fez o cenário jurídico visar à superação do método conflitual como sistema exclusivo, inserindo, assim, novos instrumentos capazes de embasar as negociações internacionais.

Foi possível observar que, com o aumento das relações internacionais comerciais, o instituto da arbitragem propiciou, na relação contratual, questões específicas, como a tendência em analisar na esfera privada a solução de futuros litígios.

Enquanto se espera uma mudança na legislação que consiga “regular” os fluxos das relações do atual comércio global, resta às partes contratantes observarem a aplicabilidade do instituto da arbitragem nos negócios travados, verificando suas vantagens, garantias e seguranças passíveis de serem aplicadas a cada caso concreto, já que estendem o campo de atuação da liberdade delegada às partes contratantes.

REFERÊNCIAS

AMARAL, A. C. R. (Org.). Direito do Comercio Internacional. In: AMARAL, A. C. R. *Arbitragem no comércio internacional e no Brasil*. São Paulo: Aduaneiras, 2004, p. 340.

ARAUJO, N. de. *Direito Internacional Privado: teoria e pratica brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

ANDRADE, C. C. B. de. *Contratos Comerciais Internacionais*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2002.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 maio 2018.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Dispõe sobre o Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 23 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 12 maio 2018.

BRASIL. Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 23 set. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm>. Acesso em: 12 maio 2018.

DOLINGER, J. *Direito Internacional Privado: arbitragem comercial internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GOMM, M. F. de. A situação do Brasil no que tange à lei aplicável ao mérito do litígio submetido a uma arbitragem comercial internacional. *Revista Resultado*, v. 14, n. II, p. 9, 2005.

LEE, J. B. Comentário ao artigo 8 da lei n. 9307/96. *Revista Resultado*, v. 9, n. I, p. 46, 2004.

LEMES, S. F. Princípios da autonomia da cláusula e da competência do árbitro. *Revista Resultado*, v. 7, n. I, p. 24, 2004.

MAGRO, M.; BAETA, Z. *Guia Valor Econômico da Arbitragem*. São Paulo: Globo, 2004.

MENDONÇA, A. Comentários sobre o artigo 3º da Lei n. 9307/96. *Revista Resultado*, v. 4, n. 1, p. 18, 2004.

PLANEJAMENTO NA ÁREA DA SAÚDE: INSTRUMENTOS DE GESTÃO E O DIREITO À PARTICIPAÇÃO POR MEIO DOS CONSELHOS MUNICIPAIS DE SAÚDE DIANTE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Janaína Reckziegel¹
Orides Mezzaroba²
Simone Tatiana da Silva³

RESUMO

Trata-se de um estudo que tem por objetivo apresentar e discutir a respeito da participação do Conselho Municipal de Saúde no planejamento dessa política. A metodologia adotada foi a pesquisa qualitativa, tendo como fontes de pesquisa a legislação e artigos científicos. Verifica-se que a base legal para essa participação deriva inicialmente da Constituição Federal de 1988, seguindo pelas Leis federais n. 8080/90 e n. 8142/90. Na sequência apresenta-se a NOB-SUS/96, que trouxe o município como principal responsável no cuidado à saúde da população. Em seguida, apresenta-se o Sistema de Planejamento do SUS, que prevê a participação dos conselheiros de saúde no planejamento, bem como na elaboração dos instrumentos de gestão. Nesse sentido, discute-se a respeito da efetividade dessa participação, apontando como nós críticos a complexidade do planejamento e a questão do conhecimento dos participantes. Conclui-se que é necessário que haja processo de educação permanente, para que a atuação desses conselheiros apresente melhora e supere a burocratização do órgão.

Palavras-chave: Participação social. Política de saúde. Planejamento. Direito.

1 INTRODUÇÃO

O planejamento na área da saúde foi construído a partir de normas que surgiram da Constituição Federal de 1988. Tais normas definem a forma de realização do planejamento, bem como os instrumentos de gestão que devem ser utilizados. No entanto, o que se deseja ressaltar é a participação social no planejamento da política de saúde. Para tanto, o objetivo

¹ Pós-Doutora pela Universidade Federal de Santa Catarina; Doutora em Direitos Fundamentais e Novos Direitos pela Universidade Estácio de Sá; doutoranda em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina; Professora Universitária e Pesquisadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; janaina.reck@gmail.com

² Pós-Doutor em Programa de Doutorado de Administração da Universidade Nove de Julho de São Paulo; Pós-Doutor pela Universidade de Coimbra, Portugal; Professor titular em Dedicção exclusiva nos programas de Graduação e Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Universidade Federal de Santa Catarina; oridesmezza@gmail.com

³ Mestre em Políticas Sociais e Dinâmicas Regionais pela Universidade Comunitária da Região de Chapecó; Graduada em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; simonets12@hotmail.com

neste artigo é apresentar e discutir a respeito da participação do Conselho Municipal de Saúde no planejamento da referida política.

A metodologia adotada foi a pesquisa qualitativa que, de acordo com Minayo (2008), é o tipo de pesquisa que se ocupa com o estudo da história, das relações, crenças, percepções, opiniões, produtos de interpretações que os seres humanos fazem a respeito de como vivem, constroem seus artefatos e a si mesmos, sentem e pensam. As fontes de dados utilizadas foram a pesquisa bibliográfica e a normativa.

Para iniciar a discussão a respeito do tema, na seção 2 apresenta-se a legislação relacionada ao planejamento. Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 determina a responsabilidade do Estado em garantir a saúde da população, bem como a forma que este deve se organizar para executar essa função. A partir da CF, apresenta-se a Lei Federal n. 8080/90, e em seguida cita-se a NOB-SUS/1996, que redefine os papéis de cada esfera de gestão. Após apresenta-se o Pacto Pela Gestão, que é parte do Pacto Pelo SUS. Esse documento apresenta os instrumentos de gestão, que têm papel central na questão do planejamento na saúde. Na sequência explana-se a respeito do Sistema de Planejamento do SUS (Planeja SUS), que tem por objetivo coordenar o processo de planejamento no âmbito do SUS. Esse sistema também ressalta a participação da população no processo de planejamento, inclusive na elaboração dos instrumentos de gestão.

Diante disso, nas seções 3 e 4, discute-se a respeito da efetividade da participação social no planejamento, verificando-se que essa ação é complexa para aqueles que não estão familiarizados com os documentos de gestão. Percebeu-se também que os conselheiros municipais de saúde têm dificuldade de entender o seu papel no órgão. No que se relaciona aos instrumentos de gestão, esses sujeitos, em muitos casos, contribuem pouco em sua construção, já que tais documentos chegam ao órgão em sua versão final.

Entendeu-se que para haver melhoria na efetividade desses órgãos é necessário que haja um processo de educação permanente que capacite os conselheiros e, conseqüentemente melhore sua atuação junto ao órgão. Além disso, para que estes possam participar de forma efetiva na elaboração dos instrumentos de gestão, é importante que os conselheiros sejam auxiliados por especialistas e que tenham tempo hábil para avaliar os documentos.

2 VISÃO CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL DO PLANEJAMENTO DA POLÍTICA DE SAÚDE E INSTRUMENTOS DE GESTÃO

O planejamento na área da saúde, como conhecido atualmente, foi inicialmente pensado a partir da Constituição Federal de 1988, que garantia, em seu art. 196, que a saúde é direito de todos e dever do Estado. Entende-se que, se é dever do Estado garantir a saúde da população, pressupõe-se que este deve apresentar um meio de se organizar para atingir tal objetivo. Nesse

sentido, a referida Carta Magna, em seu art. 198, apresenta a forma de organização das ações e serviços públicos de saúde, tratando-se de uma rede regionalizada e hierarquizada, tendo como base as diretrizes de descentralização, atendimento integral e participação da comunidade (BRASIL, 1988).

A Lei n. 8080/1990, que dispõe sobre as condições para promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, ao tratar sobre planejamento, em seu art. 36, declara que este será realizado de forma ascendente, do nível local ao federal, ouvidos seus órgãos deliberativos, compatibilizando-se as necessidades da política de saúde com a disponibilidade de recursos em planos de saúde dos Municípios, dos Estados, do Distrito Federal e da União (BRASIL, 2013).

A Norma Operacional Básica de 1996 (NOB-SUS/1996) redefine os papéis de cada esfera do governo, os instrumentos gerenciais, os mecanismos e fluxos de financiamento, a prática do acompanhamento, o controle e avaliação do SUS e os vínculos entre os serviços e usuários, criando condições para efetiva participação e controle social. Com essa norma, o município passa a ser responsável imediato pelo atendimento das necessidades e demandas de saúde de seu povo e das exigências saneadoras do seu território (BRASIL, 1996).

Essa norma também estabelece a integração entre gestores das três esferas, por meio de fóruns de negociação – Comissão Intergestores Tripartite (CIT) e Comissão Intergestores Bipartite (CIB). Além disso, a NOB apresenta um documento importante no que tange ao planejamento na área da saúde, o PPI (Programação Pactuada Integrada), que traduz as responsabilidades de cada município, com garantia de acesso à saúde da população aos serviços de saúde, pela oferta do próprio município ou encaminhamento a outros, sempre por intermédio de relações municipais, mediadas pelo gestor estadual (BRASIL, 1996). Por essa razão existem os fóruns da CIT e CIB,⁴ para que haja espaço de negociação entre os municípios, estado, governo federal e população na tomada de decisões referentes à elaboração deste e de outros instrumentos de planejamento.

Além dessas leis e normas já citadas, que tratam a respeito do planejamento, é necessário apresentar outra, o Pacto pela Gestão do SUS, que também define as responsabilidades de cada gestor e estabelece diretrizes para a gestão do sistema nos aspectos da descentralização, regionalização, financiamento, planejamento, Programação Pactuada Integrada, regulação, participação social, gestão do trabalho e educação em saúde. O Pacto pela Gestão é um dos componentes do Pacto pela Saúde, criado a partir da Portaria n. 399/2006, do Ministério

⁴ CIB: Comissão Intergestores Bipartite: espaços estaduais de articulação e pactuação política. São constituídas, paritariamente, por representantes do governo estadual, indicados pelo Secretário de Estado da Saúde e dos secretários municipais de Saúde.

CIT: Comissão Intergestores Tripartite: instância de articulação e pactuação na esfera federal que atua na direção nacional do SUS, integrada por gestores do SUS das três esferas de governo - União, estados, DF e municípios.

da Saúde e regulamentado pela Portaria n. 699/2006, do Ministério da Saúde. O Pacto pela Saúde envolve três componentes: Pacto pela Vida, Pacto em Defesa do SUS e Pacto pela Gestão (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2006).

Como afirmado anteriormente, o Pacto pela Gestão define as responsabilidades de cada gestor. No que se refere ao planejamento e programação, determina-se que o município deve formular, gerenciar, implementar e avaliar o processo permanente de planejamento participativo e integrado, de base local e ascendente, orientado por problemas e necessidades de saúde, com a constituição de ações para a promoção, proteção, recuperação e a reabilitação da saúde, construindo nesse processo o Plano de Saúde, submetendo-o à aprovação do Conselho de Saúde. Além do Plano de Saúde, é importante destacar que o pacto apresenta outros instrumentos de gestão, o Relatório de Gestão e a Programação de Saúde (BRASIL, 2006).

De acordo com o Pacto pela Gestão, o planejamento deve ser desenvolvido de forma articulada, integrada e solidária, entre as três esferas, representando, assim, o Sistema de Planejamento do SUS. Esse sistema pressupõe que cada esfera de governo realize seu próprio planejamento, contemplando necessidades regionais e promovendo a participação social (BRASIL, 2006).

O Pacto pela Saúde traz no item 4 da Portaria n. 399/2006, do Ministério da Saúde, o Sistema de Planejamento, que posteriormente é regulamentado pela Portaria n. 3.085/2006, do Ministério da Saúde, criando o PlanejaSUS (Sistema de Planejamento do Sistema Único de Saúde). Esse sistema é definido como a atuação contínua, articulada, integrada e solidária das áreas do planejamento das três esferas de gestão do SUS (BRASIL, 2009). O objetivo desse sistema é coordenar o processo de planejamento no âmbito do SUS, tendo em conta as diversidades existentes entre cada esfera de governo, de modo a contribuir para a consolidação e resolubilidade e qualidade da gestão na área da saúde. Seu papel nas três esferas é coordenar os processos de formulação, monitoramento e avaliação dos instrumentos básicos de planejamento (BRASIL, 2009).

Em 24 de novembro de 2011, foram pactuadas na Comissão Intergestores Tripartite as novas Diretrizes para a Conformação do Processo de Planejamento. Nessa reunião definiu-se que o planejamento do Sistema Único de Saúde (SUS) é uma responsabilidade dos entes públicos, desenvolvida de forma contínua, articulada, integrada e solidária entre as três esferas, para conferir direcionalidade à gestão de saúde pública. Também se afirmou que o planejamento deve ser realizado de acordo com a especificidade de cada território, as necessidades de saúde da população, a definição de diretrizes e metas a serem alcançadas e a conformação de redes de atenção à saúde (BRASIL, 2013).

Além disso, esse documento apresentou os instrumentos de planejamento da política de saúde: Plano de Saúde (PS), Programação Anual de Saúde (PAS) e Relatório Anual de Gestão

(RAG), instrumentos que devem estar de acordo com o Plano Plurianual (PPA). Este possui papel central na organização da ação do Estado, pois submete a elaboração dos demais documentos de planejamento, inclusive os planos relacionados à política de saúde.

De forma simplificada, pode-se afirmar que o Plano de Saúde é instrumento básico que norteia a definição da Programação Anual das ações e serviços de saúde prestados, assim como da gestão do SUS (BRASIL, 2006). Esse plano apresenta as “intenções e os resultados a serem buscados durante o período de quatro anos, expressos em objetivos, diretrizes e metas”. É um instrumento referencial no qual devem estar refletidas as necessidades de cada esfera, “configura-se a base para a execução, o acompanhamento, a avaliação e a gestão do sistema de saúde.” (BRASIL, 2006, p. 31). Sua elaboração tem dois momentos: primeiro, de análise situacional e, no segundo momento, definição de objetivos, diretrizes e metas para o período de quatro anos.

Outro instrumento de planejamento é a Programação Anual de Saúde. Definida como “instrumento que operacionaliza as intenções expressas no Plano de Saúde, cujo propósito é determinar o conjunto de ações voltadas à promoção, proteção e recuperação da saúde, bem como da gestão do SUS.” (BRASIL, 2006, p. 67). A programação anual contém a definição de ações de cada ano específico, com o objetivo de garantir o alcance das proposições do Plano de Saúde, o estabelecimento das metas anuais, a identificação dos indicadores e a definição dos recursos orçamentários (BRASIL, 2009).

Por fim, o Relatório Anual de Gestão é o instrumento que apresenta os resultados alcançados com a execução da Programação Anual de Saúde e orienta eventuais redirecionamentos que se fizerem necessários. Os resultados alcançados são apurados com base no conjunto de indicadores, definidos na Programação para acompanhar o cumprimento das metas nela fixadas. O relatório deve ser elaborado na conformidade da Programação e indicar, inclusive, as eventuais necessidades de ajustes no Plano de Saúde. Deve conter: o resultado da apuração dos indicadores, a análise da execução da programação (física e orçamentária/financeira) e as recomendações julgadas necessárias, como revisão de indicadores e reprogramação. O Relatório também se constitui instrumento das ações de auditoria e de controle, deve ser submetido à apreciação e aprovação do Conselho de Saúde respectivo até o final do primeiro trimestre do ano subsequente. A avaliação tem por objetivo subsidiar a elaboração do novo Plano, com as correções de rumos que se fizerem necessárias e a inserção de novos desafios ou inovações (BRASIL, 2009).

Esses instrumentos são essenciais para o planejamento da política de saúde. Mas além da necessidade desses documentos, é preciso que haja participação da população nesse momento, por meio dos Conselhos de Saúde e Conferências de Saúde. Porém, é preciso que se avalie de que forma essa participação tem ocorrido e como a população tem exercido esse direito. Nesse

sentido, entende-se que é necessário debater a respeito da participação social, especialmente no que se refere ao planejamento da política de saúde.

3 PARTICIPAÇÃO SOCIAL E SUA RELAÇÃO COM O PLANEJAMENTO DA POLÍTICA DE SAÚDE

A participação social, de maneira geral, apresentou grande crescimento após a Constituição de 1988, sendo o Brasil uma referência em experiências inovadoras em instâncias de participação democráticas. Isso porque o arcabouço normativo brasileiro entende que as decisões políticas devem ser amparadas pela participação social. Também é chamada de “Participação da Comunidade”, “Mobilização Social” ou “Controle Social” e pode ser definida como múltiplas ações que diferentes forças sociais desenvolvem para influenciar a formulação, execução, fiscalização e avaliação das políticas públicas (PICCOLI; KLIGERMAN; COHEN, 2017).

No que se refere à participação social na política de saúde, ela nasce juntamente com a criação do Sistema Único de Saúde, especialmente por meio da Lei Federal n. 8142/90. De acordo com essa Lei, a população pode participar das definições da política de saúde por meio de Conselhos e de Conferências de Saúde. As conferências reúnem-se a cada quatro anos para propor diretrizes ao funcionamento da política de saúde. Os conselhos são órgãos permanentes, em todas as esferas de gestão, compostos por usuários, prestadores de serviços, gestores e profissionais de saúde, cabendo-lhes atuar na “formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde, inclusive nos aspectos econômicos e financeiros.” (BRASIL, 1990). Dessa forma, os conselhos compartilham atribuições com os gestores e com o poder legislativo. São atualmente regulamentados pela Resolução do Conselho Nacional de Saúde n. 453/2012, que organiza seu funcionamento, a forma de inclusão de participantes, a periodicidade das reuniões, a criação de comissões para apoiar as decisões dos conselheiros e as funções dos participantes desse espaço, especialmente no que se refere ao planejamento (BRASIL, 2012).

Dessa forma, verifica-se que a participação social em saúde é regulamentada, tendo, inclusive, espaços para que ela ocorra. No entanto, questiona-se a efetividade dessa participação, se a população, representada pelos conselheiros, tem conseguido influenciar as decisões da gestão em saúde. O que se percebe é que o direito à participação nessa área existe, porém vários fatores dificultam seu pleno exercício, por essa razão é necessário fazer uma reflexão sobre a efetividade desta participação.

4 REFLEXÕES SOBRE A EFETIVIDADE DA PARTICIPAÇÃO SOCIAL VIA CONSELHO DE SAÚDE: CONHECIMENTO DOS CONSELHEIROS E O USO DOS INSTRUMENTOS DE GESTÃO

Verifica-se por meio de Gerschman (2004) e Cotta, Cazal e Rodrigues (2009) que o planejamento é complexo, o que dificulta o exercício do direito à participação nesse tema. Em muitos casos, os conselheiros não possuem entendimento de muitos aspectos relacionados à política de saúde, inclusive no que se refere aos instrumentos de gestão, que são essenciais ao exercício do planejamento. Os conselheiros representantes dos usuários apresentam ainda maiores dificuldades, já que em muitos casos possuem escolaridade mais baixa que os demais, além de possuírem menor tempo e recursos disponíveis para participação (MORAES et al., 2009; BISPO JUNIOR; SAMPAIO, 2008). A falta de conhecimento é prejudicial ao exercício da participação social no planejamento, pois o conselheiro que apresenta essa dificuldade consequentemente tem uma atuação mais restrita.

Kleba et al. (2010) e Saliba et al. (2009) identificaram que há ainda falta de conhecimentos no que se refere ao próprio papel do conselheiro de saúde. Muitos deles não entendem qual a função desse espaço de discussão, acreditando que é local restrito para discutir a situação de saúde do município e repassar informações, ou ainda como um espaço de apoio às ações tomadas pela Secretaria Municipal de Saúde (COTTA, 2011).

Outro aspecto a se considerar é o acesso à informação pelos conselheiros. Fleury et al. (2010) e Bispo Junior e Sampaio (2008) afirmam que há um desequilíbrio na distribuição de informação entre conselheiros, principalmente em relação aos usuários, considerando que gestores e técnicos se apropriam e lidam com as questões relacionadas à política de saúde em seu cotidiano. O acesso à informação pode ser em parte suprido pela atitude dos usuários e trabalhadores da saúde que, como conselheiros, devem buscar conhecimento sobre os temas debatidos no conselho, as políticas de saúde e as práticas de controle social. Dessa forma, estes terão maior capacidade de contribuir para as melhorias do sistema de saúde brasileiro (MORGAN, 2010).

Percebe-se que para que a participação ocorra de maneira mais efetiva, os conselheiros devem possuir determinados conhecimentos relacionados à política de saúde, bem como estar devidamente informados sobre a questão orçamentária, a prestação de contas e ações de saúde em sua área de atuação. Se isso não ocorre, o risco que os conselhos de saúde apresentam é de se tornarem órgãos que somente homologam decisões do executivo.

No que se relaciona à participação, utilizando-se dos instrumentos de gestão, Cristo (2012) relata que esses documentos são apresentados, na maioria das vezes, em sua versão final, com pouca possibilidade de contribuição dos conselheiros de saúde no processo, especialmente

no que se refere ao Plano de Saúde. Em relação ao Relatório de Gestão, verifica-se que este tem um formato de difícil entendimento para quem não pertence à área contábil, além de em muitos casos, sua apresentação aos conselheiros ser rápida, o que impede a leitura e a discussão do documento (KLEBA et al., 2010).

Em relação à prestação de contas, de acordo com Gonçalves e Tavares (2011, p. 663), é por meio dela que: “[...] os dirigentes demonstram o que fizeram e seu planejamento futuro para transformar a realidade [...] e a sociedade pode cobrar eventuais distorções ou incorreções ocorridas na gestão [...]” A prestação de contas adquire grande importância no contexto de planejamento no Conselho Municipal de Saúde, apesar da dificuldade do conselho de exercer a função de fiscalizar esse instrumento (FLEURY et al., 2010). Por um lado há a dificuldade de compreender o balancete periódico, documento mais utilizado para tal atividade, considerando-se que este é um documento essencialmente técnico. Por outro lado, os exercícios financeiros ou não são apresentados para avaliação, ou, quando o são, ocorrem apenas para cumprir exigências legais (BISPO JUNIOR; SAMPAIO, 2008).

Diante dessas dificuldades que não impedem o exercício do direito à participação, mas que de certa forma acabam prejudicando essa atividade, é necessário que se pensem alternativas para tornar mais efetiva a contribuição dos conselheiros de saúde. Acredita-se que as ações de educação permanente nesses órgãos é necessária para que os participantes consigam exercer com qualidade sua função. No que se relaciona a documentos técnicos, como o Relatório de Gestão, os conselheiros podem receber ajuda de profissionais dessa área, para auxiliá-los. Além disso, outras estratégias utilizadas para a realização da prestação de contas, como as audiências públicas e a divulgação em locais públicos, meios de comunicação e internet aumentam a possibilidade de a população fiscalizar a gestão em saúde (FLEURY et al., 2010).

5 CONCLUSÃO

O conselho de saúde traz a responsabilidade aos conselheiros de atuarem em todos os temas relacionados à saúde, inclusive na questão do planejamento. A participação nessa área é prevista pela legislação brasileira e torna-se um desafio tanto para usuários do sistema de saúde quanto para gestores. Para os usuários, pois exige deles que se apropriem e saibam aplicar em sua atuação conhecimentos relacionados à gestão do SUS, e para os gestores, pois são obrigados a compartilhar o poder com outros atores.

Verificou-se por meio deste estudo que o conhecimento é fator importante para que os conselheiros consigam participar da questão do planejamento. A partir do momento que o sujeito se insere nesse espaço de participação social ele deve aprender questões mais específicas e aprofundadas a respeito do funcionamento da política de saúde e sobre suas atribuições no

órgão. Aí reside um dos principais problemas relacionados ao CMS, já que os autores estudados apontaram a dificuldade de entendimento dos conselheiros na questão da gestão, bem como de seu papel. Além disso, verificou-se que esses sujeitos têm dificuldade de interpretar os instrumentos de gestão, tem pouco tempo para avaliá-los, e, em muitos casos, esses documentos já estão concluídos quando chegam ao Conselho Municipal de Saúde.

Diante dos resultados obtidos, entende-se que é essencial a melhora da questão do conhecimento, para que o órgão se torne espaço efetivo de discussões de temas relacionados ao planejamento em saúde. À medida que os conselheiros estiverem melhor preparados para exercerem seu papel, o conselho de saúde terá maiores condições de superar a tendência de burocratização, bem como de ser instância apenas para referendar as decisões da gestão, o que melhorará a efetividade do órgão. Nesse sentido, ações de educação permanente são importantes, além do auxílio de técnicos para interpretar os instrumentos de gestão.

REFERÊNCIAS

BISPO JUNIOR, J. P.; SAMPAIO, J. J. C. Participação social em saúde em áreas rurais do Nordeste do Brasil. *Rev Panam Salud Publica*, v. 23, n. 6, p. 403-409, 2008.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 05 out. 1988.

BRASIL. Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. *Secretaria de gestão Estratégica e Participativa*, Brasília, DF, 2013.

BRASIL. Lei n. 8.142, de 28 de dezembro de 1990. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 28 dez. 1990.

BRASIL. Resolução n. 453/2012. Aprova as diretrizes para instituição, reformulação, reestruturação e funcionamento dos Conselhos de Saúde. *Diário Oficial da União*, Brasília, 10 maio 2012.

BRASIL. *Sistema de Planejamento do SUS: uma construção coletiva – instrumentos básicos*. Ministério da Saúde, Brasília, 2009.

COTTA, R. M. M.; CAZAL, M. de M.; RODRIGUES, J. F. de C. Participação, Controle Social e Exercício da Cidadania: a (des)informação como obstáculo à atuação dos conselheiros de saúde. *Physis*, Rio de Janeiro, v. 19, n. 2, p. 419-438, 2009.

CRISTO, S. C. A. Controle social em saúde: o caso do Pará. *Serv. Soc. Soc.*, São Paulo, v. 10, n. 9, p. 93-111, 2012.

FLEURY, S. et al. Governança local no sistema descentralizado de saúde no Brasil. *Rev Panam Salud Publica*, São Paulo, v. 28, n. 6, p. 446-455, 2010.

GERSCHMAN, S. Conselhos Municipais de Saúde: atuação e representação das comunidades populares. *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 6, p. 1670-1681. 2004.

GONÇALVES, A. de O.; GONÇALVES, R. de S.; TAVARES, A. de L. O olhar dos conselheiros de saúde sobre os relatórios de prestação de contas no município de Natal (Rio Grande do Norte), Brasil. *Saúde e Sociedade*, São Paulo, v. 20, n. 3, p. 659-672, 2011.

KLEBA, M. E. et al. O papel dos conselhos gestores de políticas públicas: um debate a partir das práticas em Conselhos Municipais de Chapecó (SC). *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 15, n. 3, p. 793-802, 2010.

MINAYO, M. C. S. *O desafio do conhecimento. Pesquisa qualitativa em saúde*. Hucitec: São Paulo, 2008.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Norma operacional básica do Sistema Único de Saúde*. NOB – SUS 01/96. Brasília, DF, 1996.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Pactos pela Vida, em Defesa do SUS e de Gestão – diretrizes operacionais. Série Pactos pela Saúde 2006. Vol. 1. *Departamento de Apoio à Descentralização/Secretaria Executiva*. Brasília, DF, 2006.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Política Nacional de Gestão Estratégica e Participativa no SUS*. Brasília, DF, out. 2007.

MORAES, I. H. S de et al. Inclusão digital e conselheiros de saúde: uma política para a redução da desigualdade social no Brasil. *Ciênc. saúde coletiva*, Rio de Janeiro, v. 14, n. 3, 2009.

MORGAN, B. S. Conselhos de saúde: perfil dos usuários e das entidades por eles representadas: [revisão]. *REME rev. min. Enferm.*, v. 14, n. 3, p. 417-423, 2010.

PICCOLI, A. de S.; KLIGERMAN, D. C.; COHEN, S. C. Políticas em saúde, saneamento e educação: trajetória da participação social na saúde coletiva. *Saúde e Sociedade*, São Paulo, v. 26, n. 2, 2017.

SALIBA, N. A. et al. Conselhos de Saúde: Conhecimento sobre as ações de saúde. *RAP*, Rio de Janeiro, v. 43, n. 6, p. 1369-1378, 2009.

PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: ASPECTOS HISTÓRICOS

Caroline Gheno Fontana¹

RESUMO

O princípio da presunção de inocência é uma faculdade prevista no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal de 1988. Refere-se a uma garantia processual atribuída ao acusado pela prática de uma infração penal, garantindo-lhe a prerrogativa de não ser considerado culpado por um ato delituoso até que a sentença penal condenatória transite em julgado. Em tese, essa situação evita a aplicação incerta das sanções punitivas previstas no ordenamento jurídico. Ainda, garante ao acusado um julgamento de forma justa em respeito à dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Princípio da Presunção de Inocência. Garantias constitucionais.

1 INTRODUÇÃO

Em conjunto com as demais garantias constitucionais, o princípio da inocência garante ao acusado pela prática de uma infração penal um julgamento justo, conforme o espírito de um Estado Democrático de Direito.

A Constituição Federal apresenta o princípio da presunção de inocência em seu rol de direitos e garantias constitucionais de forma positivada, como pode-se observar:

Art. 5. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes. (EC nº 45/2004)

LVII- ninguém será culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

De acordo com Moraes, direitos constitucionais definidos como direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia e aplicabilidade imediata. E a própria Constituição Federal, em uma norma síntese, determina esse fato, expressando que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (MORAES, 2007).

Moraes (2007) leciona que o princípio da presunção de inocência é um dos princípios basilares do Estado de Direito. E como garantia processual penal, visa à tutela da liberdade pessoal, salientando a necessidade de o Estado comprovar a culpabilidade do indivíduo, que é de forma constitucional presumido inocente, sob pena de se retroceder ao estado de total arbítrio estatal.

¹ Graduanda em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; carolinefontana25@gmail.com

Trata-se de um princípio exposto de forma obscura no ordenamento jurídico brasileiro. O texto constitucional não declara a inocência do acusado. Contudo, demonstra o fato de ele não ser necessariamente o possuidor da culpa pela prática do fato que lhe é imputado.

Conforme-se percebe, o princípio constitucional da presunção de inocência torna-se um dos mais importantes institutos do ordenamento jurídico do País.

Sob o amparo dessa norma, o acusado de cometer uma infração penal pode ser protegido contra uma provável sanção penal de forma antecipada. Isto é, ser apenado pela prática de um delito sem aos menos um julgamento justo, conforme o devido processo legal e fundamentado no contraditório e na ampla defesa.

Todavia, os princípios constitucionais são instrumentos limitadores do poder estatal. E garantem a proteção da dignidade da pessoa humana.

O instituto da inocência presumida é, portanto, garantia fundamental e instituto essencial ao exercício da jurisdição.

Observa-se a importância do assunto em questão, uma vez que os princípios constitucionais assumem papel de magna relevância nos dias atuais, imprescindíveis ao exercício do Estado democrático de direito e às necessidades sociais de prevenção e repressão da criminalidade.

2 PRÉ-HISTÓRIA AO ESTADO MODERNO

Como meio introdutório é necessário destacar que não se tem ao certo informação na ocorrência de utilização do princípio da presunção de inocência na pré-história, conforme os ensinamentos do penalista Nucci (2004, p. 36-37):

E desde os primórdios o ser humano violou as regras de convivência, ferindo semelhantes e a própria comunidade onde vivia tornando inexorável a aplicação de uma punição. Sem dúvida, não se entendiam as variadas formas de castigo como se fossem penas, no sentido técnico-jurídico que hoje possuem, embora não passassem de embriões do sistema vigente. Inicialmente, aplicava-se a sanção como fruto da libertação do clã da ira dos deuses, em face da infração cometida, quando a reprimenda consistia, como regra, na expulsão do agente da comunidade, expondo-o a própria sorte. Acreditava-se nas forças sobrenaturais, que, por vezes, não passavam de fenômenos da natureza, como a chuva ou o trovão, motivo pelo qual, quando a punição era concretizada, imaginava o povo primitivo que poderia acalmar os deuses [...] Não houvesse a sanção, acreditava-se que a ira dos deuses atingiria todo o grupo. Atingiu-se, em uma segunda fase, o que se convencionou chamar de *vingança privada*, como forma de razão da comunidade contra o infrator. Na realidade, a *justiça pelas próprias mãos* nunca teve sucesso, pois implicava, na essência, em autêntica forma de agressão. Diante disso, terminava gerando uma contra-reação e o círculo vicioso tendia a levar ao extermínio de clãs e grupos. O vínculo totêmico (ligação entre os indivíduos pela mística e magia) deu lugar ao vínculo de sangue, que implicava na reunião dos sujeitos que possuíam a mesma descendência. Vislumbrando a tendência destruidora da *vingança privada*, adveio o que se convencionou denominar de vingança pública, quando o chefe da tribo ou da clã assumiu a tarefa punitiva. A centralização de poder fez nascer uma forma mais segura de repressão, sem dar margem ao contra-ataque. Nessa época, prevalecia o critério do talião (...), acreditando-se que o malfeitor deveria padecer o mesmo mal que causara a outrem. Não é preciso ressaltar que as sanções eram brutais, cruéis e sem qualquer

finalidade útil, a não ser apaziguar os ânimos da comunidade, acirrados pela prática da infração grave [...]

Assim, nesse período de barbárie, em razão das circunstâncias remotas em que viviam as pessoas, a mentalidade da época no que tange à crença nos poderes e castigos divinos, bem como a odiosa vingança privada, que se caracteriza, precipuamente, pela ausência de juiz distinto das partes e a imposição da decisão por uma das partes à outra, geralmente a mais forte, não havia o que se falar acerca da presunção de inocência.

De início existiu a vingança Divina, a ideia de um “Deus irritado”. No período que compreendeu essa maneira de vingança a religião tinha papel decisivo na vida das pessoas.

A repressão dos imperadores tinha como fundamento o fim de aplacar a “ira” dos Deuses, os quais eram tidos como ofendidos diante da prática do crime; quem aplicava a sanção era o sacerdote, e as penas eram cruéis.

Nesse período a religião era confundida com o direito. Sua legislação típica era o código de Manu.

Em sua segunda fase houve a vingança privada. Nesse período, diante da ocorrência de crime, a parte legítima para promover a justiça era a própria vítima. O fato de o ofendido ser quem reagia acabava por gerar uma desproporcionalidade com ofensa.

A vingança privada encontrou duas regulamentações: a lei de talião e a composição.

A terceira, conhecida como vingança pública, originou-se após haver uma sociedade melhor organizada. A sanção acabou por ser imposta em nome da autoridade pública, a qual representaria a vontade da comunidade geral. O estado passou a criar regras e punir.

Necessária se faz a exposição dos tipos de sistema processuais, quais sejam: o inquisitivo, o acusatório e misto.

Primeiramente existiu o sistema inquisitivo, datado do século XII. Nesse sistema observam-se características marcantes. Havia uma reunião de funções, pois o juiz e o acusador eram a mesma pessoa, ou seja, quem acusava também julgava. Era marcada pela imparcialidade; ainda, o inquisidor era o gestor da prova, era quem produzia as provas que julgasse necessárias. Esta era a única parte ativa do processo. O sistema inquisitivo, que possuía a finalidade de investigar e punir os hereges, leia-se, aqueles que praticavam e professavam doutrinas contrárias aos dogmas concebidos pela igreja da época, apresentava algumas características próprias, a saber:

(a) o julgamento é feito por magistrado ou juiz permanente, que sempre é um funcionário do rei ou da autoridade subordinada ao poder governamental; (b) o juiz tem a tarefa de acusar, defender e julgar, sempre se sobrepondo à pessoa do acusado; (c) a acusação, que sempre é *ex officio*, permite que a denúncia seja feita de forma secreta; (d) o procedimento é escrito, secreto e não admite o contraditório e, conseqüentemente, a ampla defesa; (e) o julgamento é feito com base na prova tarifada; (f) a regra era a prisão preventiva do réu; (g) a decisão jamais transita formalmente em julgado, podendo o processo ser reaberto a qualquer tempo.

O acusado era objeto de investigação, não possuía qualquer tipo de participação. O processo era sigiloso, o acusado não sabia o que acontecia, o processo se passava “longe dos olhos do povo”, e eram cometidas inúmeras arbitrariedades. Prevalencia a regra da verdade real, o inquisidor era quem decidia se algo era verdade ou não.

Havia a presunção de culpabilidade, o processo tinha seu início com o réu considerado culpado: “o réu é culpado: até que se prove o contrário”.

O juiz deixou de ser um gestor da prova e tornou-se mero espectador. A prova passou a ser atividade das partes, e o acusado deixou de ser objeto e passou a ser parte no processo. Passou a haver igualdade entre as partes, participação ativa, contraditório e ampla defesa. E os atos processuais deixaram de ser sigilosos e tornaram-se públicos. Busca-se a verdade processual, o juiz é o espectador, não tem certeza de que a prova irá revelar a verdade. Nesse sistema surge o pressuposto da inocência, ou seja, o acusado é considerado inocente até que se prove o contrário.

E o sistema misto, surgido na França no século XX, o qual tentou unir os sistemas anteriores, objetivando ter a primeira fase inquisitiva e a segunda fase acusatória, mas não obteve êxito.

Nesse passo, o princípio da presunção da inocência surgiu no século XVIII, como solicitação do povo, que estava cansado das atrocidades cometidas. Com a palavra, Foucault (2002, p. 37):

As diferentes partes da prova não constituíam outros tantos elementos neutros; não lhes cabia serem reunidos num feixe único para darem certeza final da culpa. Cada indício trazia consigo um grau de abominação. A culpa não começava uma vez reunidas todas as provas: peça por peça, ela era constituída por cada um dos elementos que permitiam reconhecer um culpado. Assim, uma meia prova não deixava inocente o suspeito enquanto não fosse completada: fazia dele um meio-culpado; o indício, apenas leve, de um crime grave, marcava alguém como “um pouco” criminoso.

Posteriormente, ocorre a ascensão da burguesia e o advento do movimento iluminista, ou seja, algumas ideias liberais tomaram envergadura e o Processo Penal estava no centro dessas novas perspectivas. Destaque para a obra do ilustre Cesare Bonesana, Marquês de Beccaria, denominada *Dos Delitos e Das Penas* (BECARRIA, p. 37), que trouxe importantes e valiosas lições acerca do Princípio da Presunção de Inocência: “Um homem não pode ser considerado culpado antes da sentença do juiz; e a sociedade apenas lhe pode retirar a proteção pública depois que seja decidido que ele tenha violado as normas em que tal proteção lhe foi dada.”

A partir de então, o Princípio da Presunção de Inocência passou a compor o sistema processual de diversas nações.

Destaque, também, para o art. 11 da Declaração Universal dos Direitos do Homem da ONU de 1948 que reza: “Toda a pessoa acusada de um delito penal tem o direito à presunção de

inocência até legalmente provada a sua culpa em um processo público em que ele tem todas as garantias necessárias para a sua defesa.”

3 NO BRASIL

No Brasil, pela primeira vez, o Princípio da Presunção de Inocência é consagrado na Constituição Federal de outubro de 1988 no art. 5º, inciso LVII: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.”

No mais, o Brasil aderiu à Convenção Americana dos Direitos Humanos, mais conhecida como Pacto São José da Costa Rica, por meio do Decreto Legislativo n. 27, de 26 de maio de 1992. Aduz o diploma, no seu art. 8º, I primeira parte, que: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa.”

Corroborando o pensamento exposto a Carta Magna no art. 5º, §2º: “os direitos e garantias expressos nesta constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

E, por fim, o estatuto de Roma do Tribunal Internacional, promulgado no Brasil pelo Decreto n. 4388, em seu artigo 66.

A aplicabilidade do princípio da presunção da inocência está ligada principalmente ao direito processual penal. Conforme o Superior Tribunal Federal, o princípio da presunção de Inocência limita-se ao direito penal.

Corroborando essa ideia, Mirabete (2003) acrescenta:

Em decorrência do princípio do estado de inocência, deve-se concluir que: a) a restrição a liberdade do acusado antes da sentença definitiva só deve ser admitida a título de medida cautelar, de necessidade ou conveniência, segundo estabelece a lei processual; b) o réu não tem o dever de provar sua inocência; cabe ao acusador comprovar a sua culpa; c) para condenar o acusado, o juiz deve ter a convicção de que é ele responsável pelo delito, bastando para a absolvição, a dúvida a respeito da sua culpa (In *dúbio pro reo*). Com a adesão do Brasil à Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), conforme Decreto nº 678, de 6-11-92, vige no País a regra de que “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa” (art. 8º, 2 da Convenção).

Esse princípio visa equilibrar a relação jurídica, pois o estado (titular do direito de punir) possui inúmeras prerrogativas, enquanto o acusado é a parte frágil dessa relação. Por isso, há necessidade de demonstração clara e inequívoca da autoria do crime e sua materialidade.

Nesse passo, até o trânsito em julgado da sentença o indivíduo é considerado inocente.

E essa sentença, ainda, deverá atentar para todos os procedimentos que a tornam válida, como os contraditórios, ampla defesa, vedação das provas ilícitas e direito ao silêncio.

4 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E USO DE ALGEMAS

Mostra-se como um assunto controverso a necessidade do uso de algemas pela polícia no momento da prisão de um acusado pela prática de uma infração penal. Esse debate tornou-se bastante acalorado em decorrência de episódios ocorridos no Brasil nos quais pessoas consideradas influentes foram submetidas a essa situação, em decorrência de serem presas sob acusação de cometimento de crimes.

O Código de Processo Penal já disciplina o uso de algemas em atuações policiais de forma implícita, em seu artigo 284, expressando situações nas quais se torna necessário o uso da força do Estado: “Art. 284 Não será permitido o emprego de força, salvo a indispensável no caso de resistência ou de tentativa de fuga do preso.”

Cabe ressaltar que o uso de algemas, além de colocar em xeque o princípio da inocência presumida, também pode ser perigoso a vários preceitos constitucionais, como o princípio da dignidade da pessoa humana elencado no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal. Ainda, deve-se mencionar a garantia fundamental assecuratória do respeito à integridade física e moral do preso prevista no artigo 5º, inciso XLIX, CF.

Nesse sentido, a Lei n. 11.689, de 09 de junho de 2008, trouxe profundas alterações no Código de Processo Penal relativos ao rito do Tribunal do Júri. O dispositivo legal, em seu artigo 474, §3º, disciplinou o uso de algemas no réu durante seu julgamento em plenário.

Art. 474 [...]

§ 3º.- Não se permitirá o uso de algemas no acusado durante o período em que permanecer no plenário do júri, salvo se absolutamente necessário à ordem dos trabalhos, à segurança das testemunhas ou à garantia da integridade física dos presentes. (Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008).

Dessa forma, foi editada pelo Supremo Tribunal Federal e publicada no DJE n. 214 de 2008 a Súmula Vinculante de número 11 que disciplinou o uso de algemas. Pode-se afirmar que foi de grande valia à garantia de preservação do princípio constitucional da inocência presumida. Conforme se pode observar:

Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

Em análise à matéria sumulada, Capez (2009, p. 261) explica:

Diante disso, muito embora a edição da Súmula vise garantir a excepcionalidade da utilização de algemas, na prática, dificilmente, lograr-se-á a segurança jurídica almejada, pois as situações nelas descritas conferem uma certa margem de discricionariedade à

autoridade policial, a fim de que esta avalie nas condições concretas a necessidade do seu emprego. Basta verificar que se admite o seu uso na hipótese de receio de fuga ou de perigo para a integridade física. Ora, a expressão “fundado receio” contém certa subjetividade, e não há como subtrair do policial essa avaliação acerca da conveniência ou oportunidade do ato. Tampouco é possível mediante lei ou súmula vinculante exaurir numa fórmula jurídica rígida e fechada todas as hipóteses em que é admissível o emprego de algemas.

Para aqueles que propugnam a proscrição desse juízo discricionário, pela insegurança jurídica causada, só há duas soluções: a vedação absoluta do uso de algemas ou a sua permissão integral em toda e qualquer hipótese como consectário natural da prisão. Já para aqueles que buscam uma situação intermediária, não há como abrir mão da discricionariedade do policial ou autoridade judiciária.

Ante o exposto, observa-se a preocupação do poder público em manter a legalidade do uso da força do Estado em acordo com os direitos e garantias previstos no ordenamento jurídico, pois a dignidade da pessoa humana e o estado de inocência não podem ser suprimidos pelo abuso de poder.

5 CONCLUSÃO

Atualmente se vive em um Estado Democrático de Direito no qual as garantias constitucionais são verdadeiras limitações constitucionais ao poder estatal. O poder público é regido por normas editadas e aprovadas pelo Poder Legislativo. Este, por sua vez, é eleito pelo povo, que o coloca como seus representantes através de seu exercício de cidadania: o voto. Essa situação fortalece a democracia, em que o poder emana do povo que é exercido por meio de seus representantes.

Entretanto, esse poder deve ser delimitado pelos princípios elencados no texto constitucional. As normas devem obedecer a esses fundamentos. E, por sua vez, os órgãos responsáveis por decidir questões de conflito são obrigados a seguir tais princípios. O exercício de uma justiça eficiente e eficaz depende do importante papel dos preceitos constitucionais distribuídos por todo o texto legal. Em especial o princípio da presunção de inocência, que garante o afastamento da existência de possíveis arbitrariedades do poder público em busca de uma resposta para a sociedade.

O Estado é o legítimo possuidor do direito ao uso da força. Esse poder deve ser utilizado em favor da sociedade, pois quando a força é praticada em desconformidade ao justo, ela torna-se violência. E, por sua vez, a violência é um ato ilícito, sendo prejudicial ao exercício do Estado Democrático de Direito.

A essência da justiça não é apoiar atitudes que desrespeitam os valores da dignidade da pessoa humana que, por muitas vezes, são perpetradas por semelhantes que buscam apenas seus objetivos em detrimento dos valores humanos. O direito existe para equilibrar as relações interpessoais e tornar agradável a vida de todos.

REFERÊNCIAS

BARROSO, L. R. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Constituição. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 10 maio 2018.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848 de 07 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 08 dez. 1940.

BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689 de 03 de outubro de 1941. Institui o Código de Processo Penal. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 04 out. 1941.

CAPEZ, F. *Curso de processo penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FOUCAULT, M. *Vigiar e punir*. Tradução Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 2002. p.37.

LENZA, P. *Direito Constitucional Esquematizado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MIRABETE, J. F. *Processo Penal*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NABUCO FILHO, J. Importância da presunção de inocência. *Revista Jurídica Visão Jurídica*, São Paulo, v. 1, n. 54, p. 94-95, out. 2010.

NUCCI, G. de S. *Código penal comentado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PACHECO, D. F. *Direito processual penal teoria, crítica e práxis*. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.

REIS, D. P. C. *Presunção de inocência e liberdade de imprensa*. Recife: Bagaço, 2007.

TOURINHO FILHO, F. da C. *Processo penal*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. I.

TRÁFICO DE PESSOAS: ESCRAVIDÃO A SER COMBATIDA PELA CONSTITUIÇÃO PENAL

Cláudia Marcolin¹
Juliano Seger²

RESUMO

Este artigo enfoca a escravidão, no âmbito temático do Direito Constitucional Penal, visando a demonstrar em que medida os mandamentos constitucionais de incriminação determinam o combate a esse atentado à dignidade humana, notadamente em relação à prática contemporânea do tráfico de pessoas para diversos fins. A proposta investigativa se utiliza de método lógico-dedutivo para expor o contexto da escravidão, mediante breve apanhado de suas manifestações históricas e atuais, com posterior aprofundamento do estudo das normas constitucionais e infraconstitucionais que estabelecem as diretrizes do combate ao tráfico de pessoas, a fim de verificar como o Estado brasileiro vem atuando na órbita do movimento mundial de enfrentamento à atual forma de escravidão que ofende a dignidade humana constitucionalmente tutelada.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Direito Penal. Dignidade humana. Tráfico de pessoas.

1 INTRODUÇÃO

Escravidão e Constituição se cruzam em um dos pontos fundamentais da ordem constitucional, uma vez que a instrumentalização do homem pelo homem viola a dignidade humana e, por conseguinte, coloca em pauta não apenas a questão da garantia desse fundamento da República brasileira, mas principalmente a sua efetivação na complexa realidade globalizada da contemporaneidade. Neste estudo pretende-se analisar se e em que medida os mandados constitucionais de incriminação das diversas formas de traficância de pessoas vêm sendo cumpridos, na tarefa de tutela da dignidade humana.

A pesquisa se inicia com a contextualização das manifestações da escravidão, ontem e hoje, e enfoque na prática do tráfico de pessoas em suas variadas modalidades, com o que se busca evidenciar o panorama fático em relação ao qual o aporte normativo deve fazer frente, a fim de mudar a realidade de desprezo aos direitos humanos e de inúmeras violações que

¹ Graduanda em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; clau_marcolin@hotmail.com

² Mestre em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul; Professor no Curso de Graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; juliano Seger@mprs.mp.br

essa prática traz consigo, em meio aos complexos fatores sociais e econômicos, potencializados sobremaneira em meio à globalização.

A ideia de uma Constituição penal, nesse contexto, emerge como fundamento de validade e legitimidade das normas penais, que incriminam condutas justamente com o objetivo de evitar que ocorram as ofensas a bens jurídicos que estas representam, além de reprimir, pela via da sanção penal, as ofensas verificadas nos casos concretos. O objetivo com a pesquisa consiste em explicar como o direito penal tem sido utilizado no combate a essa realidade, tendo em vista que o Brasil é um país de origem e de destino de pessoas traficadas.

Para instrumentalizar a proposta investigativa assim delineada, buscou-se amparo em fontes normativas, notadamente a Constituição, o Protocolo de Palermo e o Código Penal, bem como a pesquisa bibliográfica, mediante a consulta de literatura específica sobre escravidão e a dogmática penal, a fim de alcançar o objetivo geral de contextualizar o assunto e, especificamente, demonstrar como o aparato punitivo pode contribuir para o enfrentamento da prática ilícita de tráfico de pessoas.

A distribuição do texto segue a orientação lógico-dedutiva. Em sua primeira parte, migra do mais abrangente contexto fático da escravidão para a atividade de circulação de pessoas subjugadas à traficância, demonstrando a realidade em que se insere a pesquisa. No segundo e derradeiro segmento, com olhar mais voltado ao campo jurídico-normativo, passa-se ao exame das normas constitucionais e tratados internacionais relativos à matéria e das normas legais que incriminam as condutas e cominam as respectivas penas à prática delituosa a ser combatida.

2 ESCRAVIDÃO E ABOLIÇÃO DA ESCRAVATURA

A máxima aristotélica segundo a qual uns são livres e outros escravos por natureza (ARISTÓTELES, 1998) parece prenunciar o destino das sociedades, com a sombra sinistra da escravidão humana a persegui-las, independentemente da geografia ou momento histórico. Talvez por isso seja tarefa impossível, ainda mais nos estreitos limites deste ensaio, angariar todas as formas de escravidão historicamente vivenciadas. Afinal, se é verdade que, enquanto houver ser humano, haverá senhor e escravo, tal qual a máxima que parece se afirmar a cada momento, não mais que breves linhas sobre a escravidão podem ser aqui lançadas.

2.1 BREVES NOTAS SOBRE O HISTÓRICO DA ESCRAVIDÃO

O conceito de escravidão guarda estreita relação com a noção de propriedade. Significa, essencialmente, a existência de suposto direito de propriedade que uma pessoa exerce sobre a outra, de tal sorte que a pessoa escravizada se transforma em coisa cujo domínio pertence a

terceiro ou terceiros, do que decorre a possibilidade de ser vendida, dada, leiloadada ou transmitida por sucessão (COSTA, 2008, p. 51).

Krieger (2009) ressalta que os pensamentos filosóficos não só aceitavam a escravidão, mas também a moralizavam. Para alguns filósofos, a escravidão seria aceita por parte da Igreja porque se encontrava na Bíblia, afinal, faz parte do Antigo Testamento a passagem em que Noé refere que os filhos de Caim deveriam ser servos perpétuos, por este ter visto seu pai desnudo. Eis a abertura para considerar os escravos amaldiçoados e justificar a escravidão também através de fatores religiosos.

Enfim, a submissão do homem pelo homem é algo presente em todas as sociedades humanas. A prática de escravizar o homem existe desde a Antiguidade Clássica, em que os prisioneiros de guerra eram utilizados como escravos. Esse tipo de escravidão teve início na Grécia e, depois, reproduziu-se em Roma. Pensadores como Aristóteles defendiam a prática por considerarem a escravidão natural (ARY, 2009).

Nota-se que a literatura costuma atribuir a Aristóteles o marco do pensamento segundo o qual a escravidão constitui uma realidade advinda da ordem natural. Não por outra razão, na época dos Impérios, a escravidão era legalizada nos seus códigos e não se encontrava óbice no pensamento de grande parte dos filósofos gregos (NICUIA, 2009). Vale destacar que, nesse período, a escravidão não tinha a finalidade comercial; somente por volta dos séculos XIV a XVII essa prática começou a ganhar a característica de mercancia (ARY, 2009).

Em suas manifestações comerciais, a escravidão talvez tenha como maior expoente o tráfico negreiro, que acompanhou a colonização europeia nas Américas, por séculos. Em cerca de 300 anos, os navios negreiros transportaram milhões de pessoas. Aqueles homens, mulheres e crianças de todas as idades foram expostos a situações violadoras de sua honra e da condição de seres humanos (JESUS, 2003).

Os reflexos além-mar, com o encarceramento e o tráfico de escravos, são referidos como um grande caos na economia e na sociedade africana, porquanto milhões de pessoas foram mandadas à força para as Américas, sendo que grande parte veio a óbito sem antes chegar ao destino final (CHARLES; DE SÁ, 2011).

Outra realidade do tráfico de pessoas ocorreu em meados do século XIX e início do século XX, com o chamado Tráfico de Escravas Brancas ou *White Slave Trade*. Nesse período, a Revolução Industrial trouxe pessoas para as cidades em busca de novas condições e de uma vida mais digna e, concomitantemente, iniciou-se o tráfico e prostituição das escravas brancas, uma vez que houve a desmoralização da mulher branca nessa época (BLANCHETTE; SILVA, 2009).

No Brasil, as origens da escravidão acompanham a própria colonização do território. Na época colonial, iniciada com a descoberta portuguesa demarcada em 1500, os primeiros a serem usados como escravos pelos portugueses foram os habitantes originários, os índios,

no período conhecido como escravidão amarela. Nos mais de 300 anos seguintes, a maioria das riquezas produzidas, consumidas ou exportadas no Brasil foram fruto do trabalho escravo (PINSKY, 1992).

Nos anos 1500 a 1535, a principal atividade econômica do Brasil-colônia foi a extração do pau-brasil, a qual era realizada através do sistema de escambo com os índios, que recebiam em troca peças de tecidos, facas e quinquilharias dos portugueses. Ocorre que o povo ameríndio tinha cultura incompatível com o trabalho forçado, o qual era a pretensão dos europeus. Segundo Fausto (1994, p. 50), “os índios resistiram às várias formas de sujeição, pela guerra, pela fuga, pela recusa ao trabalho compulsório.”

Outro fator que foi crucial para o fim da escravidão do povo ameríndio foi a catástrofe demográfica que aconteceu, pois eles foram vítimas de diversas doenças fatais. Na década de 1570 a Coroa editou diversas leis contra a morte dos indígenas e para o fim da escravidão amarela; contudo, somente em 1758 a Coroa determinou a libertação definitiva dos índios, bem depois de tal prática ter sido abandonada (FAUSTO, 1994).

Com o fim da escravidão amarela, no entanto, alguma providência deveria ser efetivada pelo capital para suprir a ausência da mão de obra. A saída encontrada foi o tráfico negreiro, e os negros, trazidos ao Brasil com o fito de substituir os ameríndios, movimentaram a economia brasileira, com sua mão de obra escrava, até 1850 (CRUZ, 2006). Como ressoar do prenúncio aristotélico, os escravos negros eram tratados como uma raça inferior.

Blanchette e Silva (2009) referem que, logo após a chegada dos escravos negros ao Brasil, eles começavam a perceber que seriam submetidos a condições de propriedade e, sob o jugo de senhores, teriam de trabalhar compulsivamente, além de se sujeitarem a serem vendidos e trocados, como e por mercadorias. Ainda sob o domínio de senhores, com as relações baseadas na dominação, castigos e punições, os escravos viveram em situações deploráveis de vida, em péssimas condições de moradia, vestimentas e alimentação, fatores que certamente contribuíram para uma curta expectativa de vida.

Contra essa realidade de opressão e coisificação do ser humano, a História encarregou-se de evidenciar um movimento de defesa dos direitos humanos, de insurgência frente ao sistema econômico que tratava pessoas como mercadoria ou mera mão de obra destinada a servir, em precárias condições de sobrevivência, aos intitulados senhores. A esse levante que encerrou o período de escravidão, no Brasil, com a Lei Áurea de 1888, dedicam-se também algumas referências.

2.2 MOVIMENTO ABOLICIONISTA

O movimento abolicionista mundial costuma ser apontado como um processo lento e duradouro. Paulo e Rondelli (2016) mencionam o julgamento do escravo fugitivo Somersett,

em 1772, como primeiro precedente para a abolição da escravatura, inobstante a primeira abolição oficial, no Haiti, tenha ocorrido no ano 1794. A emancipação dos escravos teve o seguinte histórico: França, 1848; Venezuela e Peru, 1850; Cuba, 1886; Brasil, 1888; Tunísia, 1890; Nigéria e Etiópia, 1942; Marrocos, 1956; e Arábia Saudita, 1962.

Shecaira e Silveira (2002) referem que o Brasil foi o último país da América a abolir a escravidão, em processo lento e gradual, que perdurou por séculos, até ser oficializado. Mendes, Ribeiro e Lima (2014) apresentam o histórico das leis instituídas com a finalidade de cessar o tráfico no Brasil: Lei Diogo Feijó, de 1831; Lei Bill Aberdeen, de 1845; Lei Eusébio de Queiroz, de 1850; Lei Nabuco de Araújo, de 1854; Lei do Vente Livre, de 1871; Lei Sexagenária, de 1885, que libertou os maiores de 60 anos, e, finalmente, a Lei n. 3.353/1888 (Lei Áurea), que declarou oficialmente extinta a escravidão no Brasil.

Com base nessas referências, pode-se inferir que entre escravidão e abolição da escravatura existe uma tensão dialética nos variados contextos históricos, desde uma inicial tendência escravizadora, extraída de suposta lei natural que dividia senhores e escravos, até uma tendência libertária, consolidada em movimento que resultou na oficialização da extinção dessa prática. Em meio a esse contexto fático-social se entabulam as normas jurídicas, ora legitimando ora combatendo a dominação do homem pelo homem.

Ainda com base nesse referencial, observa-se que, embora seja possível falar em uma cultura mundial que reconhece o significado de violação à condição humana que a escravidão representa, parece que a velha máxima, extraída da natureza das coisas, ou quiçá da natureza dominadora própria do ser humano, insiste em reinventar as formas de instrumentalização do homem pelo homem, em contornos contemporâneos. Daí o questionamento do papel da Constituição e do Direito Penal para estabelecer o contraponto normativo-punitivo sem o qual, certamente, a realidade de opressão tende a multiplicar-se e perpetuar-se.

3 TRÁFICO DE PESSOAS: FORMA CONTEMPORÂNEA DE ESCRAVIDÃO

O contexto histórico da escravidão demonstra que o tráfico de pessoas não é recente, dadas suas manifestações em tempos remotos e como fenômeno constante. Nas versões contemporâneas, a prática conhecida como tráfico de pessoas acontece dentro de um mesmo país, entre países que fazem fronteira e em diferentes continentes, sendo considerada modalidade de crime organizado que tem como finalidade recrutar, transportar e transferir pessoas, suas vítimas, por meio de ameaças, emprego da força, abuso de poder, torturas e diversas formas perversas de aliciamento (ARY, 2009).

Diante das iniciativas atuais para evitar e reprimir a mercancia de seres humanos, o texto passa a apresentar os principais pontos de apoio do enfrentamento das manifestações

contemporâneas de escravidão, inseridos no lento e penoso movimento pela liberdade, outrora denominado abolicionista e, agora, munido do importante aparato punitivo como mecanismo de concretização da dignidade humana, nos âmbitos normativos internacional e nacional.

3.1 PROTOCOLO DE PALERMO E A ATUAL NORMATIVA INTERNACIONAL DE COMBATE AO TRÁFICO DE PESSOAS

Em nível mundial, o principal suporte normativo a respeito do combate ao tráfico de pessoas se consolida no Protocolo de Palermo. Também chamada de Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças, a referida normativa foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto n. 5.017, de 12 de março de 2004, que apresenta a seguinte definição para o tráfico de pessoas:

A expressão “tráfico de pessoas” significa o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração. A exploração incluirá, no mínimo, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a remoção de órgãos. (BRASIL, 2004).

A disposição normativa em questão permite constatar que o tráfico de pessoas envolve uma série de condutas, meios de agir e múltiplas finalidades específicas. Recrutar, transportar, transferir, alojar ou acolher pessoas, eis as práticas que configuram ações típicas de traficância. Circunstanciam esses elementos constitutivos do tráfico o uso de mecanismos coativos como ameaça ou força, e bem assim o rapto, a fraude e o engano, além de abuso de autoridade ou de situação de vulnerabilidade e entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração.

O dispositivo ainda indica que as formas de exploração, consideradas os objetivos com que as pessoas são objeto de traficância, dividem-se nas seguintes categorias: sexual, trabalhos forçados, escravatura, servidão e remoção de órgãos. As diferentes modalidades são caracterizadas por algo em comum, por constituírem práticas clandestinas e, justamente por ocorrerem às escondidas, geram baixos riscos e altos lucros para seus agentes.

Vale lembrar que o referido Protocolo se insere no âmbito normativo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, que teve papel de extrema importância na História, uma vez que trouxe esperança, proporcionou bases legislativas e influenciou grande parte das Constituições em relação aos direitos dos cidadãos (PIOVESAN, 2004).

O texto da Declaração merece referência. Já em seu primeiro artigo, menciona que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.” Prossegue, no artigo 4º, determinando que “ninguém será mantido em escravidão ou servidão; a escravidão e o tráfico de escravos serão proibidos em todas as suas formas;” e, no artigo 5º, determina que “ninguém será submetido à tortura nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante.” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948).

Moreira e Moreira (2015) esclarecem que as pessoas traficadas são tratadas como meros objetos, ou melhor dizendo, como mercadorias, sendo colocadas a situações desumanas e degradantes que destroem sua dignidade como pessoa. Essa prática apresenta diversas características e formas de exploração, tendo como lugar comum a vulnerabilidade em que se encontram as vítimas, situação da qual os traficantes se utilizam para agir.

Evidenciada a notória ofensa à dignidade da pessoa humana que esse conjunto de práticas representa, busca-se enfocar o papel da Constituição cidadã e da legislação penal no combate ao tráfico de pessoas. Verificar em que medida o Texto Constitucional e as normas penais que procuram lhe assegurar a eficácia, tutelando os bens jurídicos constitucionalmente amparados como direitos fundamentais, é o objetivo que doravante se descortina.

3.2 A CONSTITUIÇÃO PENAL E SEU PAPEL NO ENFRENTAMENTO DO TRÁFICO DE PESSOAS

Sarlet (2002, p. 35) reporta-se a Kant para afirmar que “toda pessoa deve ser considerada como fim em si mesma, não meramente como meio de modo que nenhum ser humano pode ser coisificado ou instrumentalizado.” Assim, fica estabelecida uma definição possível de dignidade da pessoa humana, ao largo das discussões que o conceito suscita. Na linha kantiana, demonstra-se a essência da dignidade humana com base em sua negação: sempre que um ser humano for coisificado ou instrumentalizado, violada estará a dignidade que lhe é inerente.

Embora não exista um mandado expresso de criminalização, especificamente voltado para as práticas de traficância de pessoas, tal qual ocorre em relação ao tráfico de drogas, por exemplo, pode-se extrair do referido fundamento republicano a ideia de que a Constituição estabelece pautas ao legislador, em matéria penal, no sentido de coibir, mediante incriminação de condutas e cominação de penas, as práticas atentatórias à dignidade da pessoa humana. E, em sendo o tráfico de pessoas uma forma de escravidão que viola a própria condição de ser humano, certamente se legitima a tutela penal exigida pela ordem constitucional.

Enfim, resta destacar que foi na atual ordem constitucional que o Brasil assinou o Protocolo de Palermo e ratificou a Convenção e seus adicionais, em março de 2004. Obrigou-se, juntamente com os demais Estados, a buscar ações eficazes no sentido de prevenir e combater

o tráfico de pessoas, além de assegurar que os autores sejam punidos e as vítimas, protegidas. Não seria nenhum equívoco afirmar que Constituição Federal e Protocolo de Palermo almejam o mesmo objetivo de tutelar a dignidade humana, no último caso com a utilização clara de mecanismos punitivos.

Até então, a legislação brasileira (BRASIL, 1940) apresentava certa lacuna no tratamento jurídico-penal do tráfico de pessoas, pois fazia referência somente ao tráfico internacional e interno de pessoas para fins de exploração sexual e, dessa forma, deixava de lado modalidades de traficância com finalidade de remoção de órgãos, trabalho análogo ao escravo e assim por diante, ensejando apenas a punição de forma subsidiária, em tipos penais correlatos na legislação nacional, sem a mesma abrangência do Protocolo de Palermo.

O Código Penal, conforme a redação dada pela Lei n. 12.015, de 07 de agosto de 2009, incriminava o lenocínio e tráfico de pessoa para fim de prostituição ou outra forma de exploração sexual, com figura própria para o tráfico internacional de pessoa para fim de exploração sexual, em seu artigo 231, e também para tráfico interno de pessoa para fim de exploração sexual, no artigo 231-A (BRASIL, 1940).

Depois da efetiva incorporação do Protocolo de Palermo, a Lei n. 11.344, de 08 de setembro de 2016, revogou os referidos artigos do Código Penal e ampliou a proteção das vítimas de tráfico, com novas disposições acerca da prevenção e repressão ao tráfico interno internacional de pessoas. A lei traz princípios para o enfrentamento do tráfico, políticas de prevenção e repressão, políticas de proteção e assistência às vítimas, disposições processuais e também campanhas relacionadas ao enfrentamento do tráfico de pessoas. Para o Senado Federal, a edição dessa nova lei representa a adaptação da legislação brasileira às normas internacionais (SENADO FEDERAL, 2016). Destaca-se a inclusão do artigo 149-A ao Código Penal:

Art. 149-A. Agenciar, aliciar, recrutar, transportar, transferir, comprar, alojar ou acolher pessoa, mediante grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso, com a finalidade de:
I - remover-lhe órgãos, tecidos ou partes do corpo;
II - submetê-la a trabalho em condições análogas à de escravo;
III - submetê-la a qualquer tipo de servidão;
IV - adoção ilegal; ou
V - exploração sexual. (BRASIL, 1940).

A pena para o crime supracitado ganhou maior severidade, sendo cominada em quatro a oito anos de reclusão, cumulada com multa, com possibilidade de aumento, de um terço até a metade, se o crime for cometido por funcionário público no exercício de suas funções, contra criança, adolescente, pessoa idosa ou com deficiência ou se o agente prevalecer das relações de parentesco, domésticas, entre outras, e, ainda, se a vítima for retirada do território nacional.

Fachinetti (2016) destaca que a nova lei equipara o tráfico de pessoas aos crimes hediondos, com uma série de exigências mais severas para a concessão de benefícios penais,

além de facilitar o acesso a dados de telefonia e *internet* pela polícia e Ministério Público, para fins de investigação. Também se coloca em relevo outra mudança significativa da nova legislação, no que se refere a medidas para proteção das vítimas, como assistência jurídica, social e de saúde, acolhimento e abrigo provisório.

Enfim, em notas conclusivas deste estudo, fica a percepção de que, com as alterações legislativas recentes, o ordenamento jurídico brasileiro equalizou os intentos nacionais de combate ao tráfico de pessoas aos padrões internacionais, efetivando, no plano normativo, os anseios de tutela à dignidade humana que emana da plataforma dos direitos humanos consolidada em marcos como a Declaração dos Direitos Humanos da ONU e o Protocolo de Palermo, além de reforçar o próprio marco constitucional que coloca a dignidade da pessoa como fundamento da República.

4 CONCLUSÃO

A realidade social, independentemente do momento histórico ou contexto geográfico, apresenta constante tensão entre seus integrantes, na medida em que as relações humanas podem facilmente tender à exploração do homem pelo homem. Talvez por isso a escravidão tenha se manifestado em diferentes sociedades e tenha sido considerada algo natural, como se uns nascessem para o senhorio e outros para servir, conforme pensamento filosófico com expoente em Aristóteles.

Ao prenúncio aristotélico de que a natureza impeliria, infalivelmente, à escravidão, seguiu-se larga confirmação histórica de que podem ser destacadas a escravidão indígena no Brasil colonial e o transcontinental tráfico negreiro, da África às Américas. A esse fenômeno que ganha diversos palcos no mundo, ligam-se diretamente fatores sociais, econômicos e de desigualdade que possibilitam a mercancia dos seres humanos, desde tempos remotos até as formas contemporâneas de tráfico de pessoas.

A realidade mundial escravagista, no entanto, vem sendo enfrentada, embora a passos lentos, por um movimento abolicionista que visa a resgatar a dignidade dos seres humanos escravizados. A caminhada apresenta seus marcos, com destaque para a Declaração dos Direitos Humanos da ONU, de 1948, e o Protocolo de Palermo, de 2000, que lança os intentos internacionais de combate ao tráfico de pessoas, em várias frentes, com a finalidade de fazer frente às formas contemporâneas de escravidão.

Nesse ponto, a Constituição brasileira parece dar guarida à normativa internacional, porquanto tutela como fundamento da República a dignidade da pessoa humana e, dessa forma, lança as bases para a efetivação desse valor ou princípio básico do ordenamento

jurídico nacional, inclusive com a utilização de mecanismos punitivos que alcancem as práticas atentatórias à intangível condição humana.

Com o advento da Lei n. 13.344, de 06 de outubro de 2016, a legislação infraconstitucional enfim se ajustou às diretivas do Protocolo de Palermo e, por certo, também ao suporte normativo constitucional, com a incriminação abrangente das formas de tráfico de pessoas contra as quais se insurgem as nações signatárias do documento. Vale referir que a inovação legislativa adota, além de medidas de prevenção e repressão, também medidas de atenção às vítimas.

No campo normativo, portanto, o Brasil encontra-se na vanguarda da prevenção e combate ao tráfico de seres humanos, construindo mecanismos jurídico-punitivos que convergem no sentido de tutela da dignidade daqueles que, desvestidos de sua condição humana pelos agentes do mercado de pessoas, amargam os malefícios da coisificação e instrumentalização que permeiam essa contemporânea forma de escravidão.

REFERÊNCIAS

ARY, T. C. *O tráfico de pessoas em três dimensões: evolução, globalização e a rota Brasil-Europa*. 2009. Tese (Mestrado em Relações Internacionais)–Universidade de Brasília, Brasília, 2009. Disponível em: <<http://repositorio.unb.br/handle/10482/4359>>. Acesso em: 09 dez. 2016.

BLANCHETTE, T. G.; SILVA, A. P. da. *As American girls: migração, sexo e status imperial em 1918*. *Horizontes Antropológicos*, v. 15, n. 31, p. 75-99, 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-71832009000100004&script=sci_arttext>. Acesso em: 21 maio 2017.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 07 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 14 dez. 2016.

BRASIL. Decreto n. 5.017, de 12 de março de 2004. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 12 março 2004. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5017.htm>. Acesso em: 13 dez. 2016.

BRASIL. Decreto n. 5.948, de 26 de outubro de 2006. Aprova a Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas e institui Grupo de Trabalho Interministerial com o objetivo de elaborar proposta do Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas –PNETP, celebrado em Brasília, em 26 de outubro de 2006. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 27 out. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/Decreto/D5948.htm>. Acesso em: 20 maio 2017.

BRASIL. Lei 13.344, de 06 de outubro de 2016. Dispõe sobre prevenção e repressão ao tráfico interno e internacional de pessoas e sobre medidas de atenção às vítimas; altera a Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), e o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); e revoga dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 06 out. 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13344.htm>. Acesso em: 14 dez. 2016.

CHARLES, A. J.; DE SÁ, L. A. C. M. Cartografia Histórica da África-Mapa cor de Rosa. In: SIMPÓSIO BRASILEIRO DE CARTOGRAFIA HISTÓRICA, 1., 2011, Parati. *Anais...* Parati, 2011. Disponível em: <https://www.ufmg.br/rededemuseus/crch/simposio/CHARLES_ARLINDO_E_SA_LUCILENE_ANTUNES.pdf>. Acesso em: 19 maio 2017.

COSTA, A. da. S. *O Tráfico de Mulheres: O caso do tráfico interno de mulheres para fins de exploração sexual no Estado do Ceará*. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional)–Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2008. Disponível em: <<http://livros01.livrosgratis.com.br/cp069397.pdf>>. Acesso em: 04 jun. 2017.

CRUZ, T. C. de C. Análise iconográfica do trabalho escravo no Brasil a partir de uma pintura de Debret. *Percursos: revista do Centro de Ciências da Educação*, Florianópolis, v. 7, n. 2, 2006. Disponível em: <<http://www.periodicos.udesc.br/index.php/percursos/article/viewFile/1521/1283>>. Acesso em: 20 abr. 2017.

FACHINETTI, V. M. J. Nova lei visa combate ao tráfico de pessoas, exploração e escravidão. *Conjur.com.br*, 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-out-12/vitor-fachinetti-lei-visa-combate-trafico-pessoas>>. Acesso em: 20 maio 2017.

FAUSTO, B. *História do Brasil*. Edusp, 1994.

JESUS, D. E. de. *Tráfico internacional de mulheres e crianças – Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2003.

KRIEGER, A. C. *A formulação do projeto da Lei do Ventre Livre do Conselho de Estado pleno e a discussão sobre propriedade privada e direito à indenização. 1866-1868*. 2009. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em História)–Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2009. Disponível em: <<http://bgmamigo.paginas.ufsc.br/files/2011/02/TCC-Ana-Carolina-Krieger-2009.pdf>>. Acesso em: 19 maio 2017.

MENDES, R. G., RIBEIRO, J. V. V.; LIMA, N. *Da Libertação à Liberdade: A evolução dos direitos dos negros no Brasil desde abolição da escravidão até constituição de 1988*, 2014. Disponível em: <http://scholar.googleusercontent.com/scholar?q=cache:KptTF8D-CpUJ:scholar.google.com/+fim+da+escravid%C3%A3o+lei+diogo+feij%C3%B3&hl=pt-BR&as_sdt=0,5>. Acesso em: 11 dez. 2016.

MOREIRA, R. B.; MOREIRA, G. R. M. Tráfico internacional de pessoas para exploração sexual e a dignidade da pessoa humana. *Etic-Encontro De Iniciação Científica*, v. 10, n. 10, 2015. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/17045/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20Maria%20Aparecida%20Vieira%20Teixeira%20-%202013.pdf>>. Acesso em: 02 mai. 2017.

NICUIA, E. J. *O papel do escravo em Aristóteles e Hegel*. 2009. Dissertação (Mestrado em Filosofia)- Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009. Brasília: Fundação Cultural Palmares, 2009.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 1948. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em: 12 dez. 2016.

PAULO, A. C. L. de; RONDELLI, J. L. Condições análogas à escravidão na cadeia produtiva do setor têxtil no Estado de São Paulo: lei estadual n. 14.946. *Revista Tecnológica da Fatec Americana*, v. 2, n. 1, p. 21, 2016.

PINSKY, J. *Escravidão no Brasil*. São Paulo: Contexto, 1992.

PIOVESAN, F. Direitos sociais, econômicos e culturais e direitos civis e políticos. *Sur, Revista int. direitos human.*, v. 1, n. 1, p. 20-47, 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1806-64452004000100003&script=sci_abstract&tlng=pt>. Acesso em: 29 maio 2017.

SARLET, I. W. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de Federal de 1988*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SENADO FEDERAL. *Sancionada lei de combate ao tráfico de pessoas*. 2016. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/10/07/sancionada-lei-de-combate-ao-trafico-de-pessoas>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

SHECAIRA, S. S; SILVEIRA, R. D. M. J. O Tráfico Internacional de Mulheres e Crianças. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, 2002. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/ane-xos/11780-11780-1-PB.htm>>. Acesso em: 11 dez. 2016.

UM NOVO MODELO DE JUSTIÇA: A JUSTIÇA RESTAURATIVA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E SUA INCIDÊNCIA NO DIREITO PENAL

Ana Laura Orsolin¹

RESUMO

No presente trabalho teve-se por objetivo apresentar a Justiça Restaurativa, bem como sua previsão e aplicação no âmbito jurídico brasileiro. Buscou-se delimitar e especificar o que compreende o processo restaurativo, seus requisitos e exigências para execução. Partindo da Constituição Federal ao Código Penal brasileiro intentou-se estabelecer um panorama que elucidasse sua efetivação. Ampliou-se o estudo ao âmbito internacional, e seu respectivo Direito, expondo a Resolução n. 2002/12 da Organização das Nações Unidas, e a experiência colombiana com esse modelo de Justiça. Constatou-se que a Justiça Restaurativa aparece de maneira discreta no art. 98 e no apanhado principiológico da Carta Magna e, partindo desta, desemboca na Lei 9.099/95, que trata dos Juizados Especiais e, implicitamente, no Estatuto da Criança e do Adolescente. Intentou-se demonstrar a eficácia e a importância do objeto deste estudo para o futuro da Justiça brasileira, como resposta ao sistema atual, por vezes ineficaz.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Direito Penal. Justiça Restaurativa.

1 INTRODUÇÃO

Uma das principais preocupações da sociedade nos dias de hoje é voltada à segurança. Cada vez mais, veem-se casas com altos muros, cercas elétricas, segurança 24 horas, etc. São medidas tomadas para proteger-se da criminalidade, que não para de crescer. A partir disso, inserem-se as críticas ao sistema prisional e judiciário, às polícias e ao próprio Governo, que não buscam alternativas para diminuir a marginalidade e, conseqüentemente, promover a segurança.

Nessa perspectiva, adentra a Justiça Restaurativa, diferente da presente atualmente – a Retributiva, que se baseia na determinação da culpa e na punição dos transgressores. As medidas restaurativas visam reestabelecer as relações que foram rompidas pelo delito, conscientizando e responsabilizando o ofensor, a fim de evitar a reincidência e, ao mesmo tempo, reparar o dano sofrido pela vítima, atuando numa perspectiva interdisciplinar psicossocial.

No presente trabalho tem-se por objetivo explicar o que compreende o processo restaurativo, bem como sua aplicabilidade, eficácia e amparo jurídico, a partir do método lógico-dedutivo.

¹ Graduanda em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; analauraorsolin@gmail.com

2 JUSTIÇA RESTAURATIVA

As medidas propostas pela Justiça Restaurativa partem da ideia de que cada delito é uma violação das relações entre as pessoas. Dessa forma, para se obter um resultado satisfatório ao “julgar” tal delito, precisa-se, antemão, reestabelecer a relação entre as pessoas envolvidas. Para isso, as partes deixam de ser meras espectadoras, com função de meio de prova, como acontece no sistema tradicional, o qual, por vezes, não atinge o real interesse das partes, pois abrange apenas as questões juridicamente tuteladas.

A Justiça Restaurativa procura promover a satisfação mútua das partes, que devem chegar a um consenso, formando um acordo restaurativo, o qual será homologado pelo juiz. Segundo pesquisas científicas desenvolvidas por universidades da Nova Zelândia, um dos países pioneiros na aplicação desse sistema, a Justiça Restaurativa pode reduzir a reincidência, exatamente porque promove a satisfação de ambas as partes. Os envolvidos contam, ainda, com o apoio da comunidade, restaurando, assim, as relações prejudicadas com a construção de um trauma individual e social.

2.1 PROCEDIMENTOS RESTAURATIVOS

O processo de reconstrução das relações rompidas pelo conflito será iniciado somente pela decisão das partes, ou seja, a Justiça Restaurativa depende da voluntariedade dos envolvidos em querer entender a causa real do conflito e resolvê-lo. Demonstrado tal desejo, iniciam-se os procedimentos, que envolvem não só as partes, mas também seus familiares, amigos e a comunidade. Tais se reúnem com um ou mais mediadores, facilitadores, que dialogarão sobre o ocorrido e suas consequências, levando em conta os prejuízos emocionais, morais e materiais causados, as necessidades expostas pela vítima e as possibilidades do ofensor, estabelecendo, assim, um modo de reparar a dor, os traumas, as relações, a autoestima da vítima e os danos materiais sofridos.

Os facilitadores ou mediadores, anteriormente mencionados, são profissionais das áreas jurídica, psicológica e social que devem avaliar os fatos à luz dos parâmetros legais e éticos e, a partir do diálogo construído, traçar estratégias de ação compatível com cada caso a fim de estabelecer o plano restaurativo.

Percebe-se, com o que foi exposto, a existência de três dimensões abrangidas pela Justiça Restaurativa: (1) da vítima, (2) do ofensor e (3) da comunidade. Como já mencionado, a primeira recebe autonomia e empoderamento e, muitas vezes, é representada de maneira indireta ou simbólica (como em um homicídio, em que a vítima é representada pela família). Quanto à segunda, tenta-se convencê-la de sua responsabilização, para que compreenda efetivamente

as consequências e o mal causado, incentivando-a para que contribua, conscientemente e voluntariamente, com a construção de mecanismos para a reparação dos danos. Sendo responsável pelo delito e, mais importante, entendendo isso, torna-se responsável, também, pela resolução do conflito. Ao tratar da terceira dimensão a Justiça pretende resgatar e fortalecer o senso de coletividade, além de diminuir a ideia de impunidade, na medida em que a comunidade participa e conhece o processo e as medidas aplicadas (ZEHR, 2008).

2.2 APLICAÇÃO

Cabe salientar que aplicar a **Justiça Restaurativa não significa que não haverá o cumprimento da pena tradicional, na maioria das vezes elas** são concomitantes, acontecem ao mesmo tempo, tanto é que o método pode ser aplicado na fase de cumprimento da pena, na fase de progressão de regime, etc. No entanto, há casos em que o processo legal pode ser excluído, como nos crimes de pequeno potencial ofensivo, e nas infrações cometidas pelo público infanto-juvenil, há a possibilidade de não judicialização do conflito, para que o adolescente não precise de internação, para isso, impreterivelmente, o resultado deve gerar segurança para a vítima e reorganização para o infrator.

Esse modelo de Justiça é aplicado há 10 anos no Brasil, sendo motivado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) por meio do Protocolo de Cooperação para a difusão da Justiça Restaurativa.

Para exemplificar o método empregado de maneira mais prática, pode-se usar o processo aplicado na Extensão do 2º Juizado Especial Criminal – Largo do Tanque, em Salvador, BA. Lá, o modo restaurativo é aplicado a delitos de menor potencial ofensivo, como brigas entre vizinhos, lesões corporais, perturbações do sossego, acidentes de veículos, ameaças, constrangimentos ilegais e crimes contra a honra (difamação, injúria e calúnia). Cada caso que se relaciona com isso é avaliado individualmente pelos Atendentes Judiciários, que o submetem à equipe técnica que emite relatório a ser analisado pela Promotora de Justiça e pela Juíza de Direito.

Em São Paulo, a Justiça Restaurativa tem sido utilizada em dezenas de escolas, auxiliando na prevenção e no agravo de conflitos.

Percebe-se que a aplicação do método restaurativo no Brasil ocorre de forma discreta e em crimes mais “leves”. No entanto, em outros países a preferência é pelos mais graves, pois os resultados são mais evidentes. Como elucida o juiz Asiel Henrique de Sousa, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT):

Vamos supor que, após um sequestro relâmpago, a vítima costuma desenvolver um temor a partir daquele episódio, associando seu agressor a todos que se pareçam com ele, criando um “fantasma” em sua vida, um estereótipo. Independentemente do processo judicial contra o criminoso, como se retoma a segurança emocional dessa pessoa que foi vítima? Provavelmente se o ofensor tiver a oportunidade de dizer, por

exemplo, porque a vítima foi escolhida, isso pode resolver essa insegurança que ela vai carregar para o resto da vida. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2014).

Em vista disso, percebe-se que a recuperação da vítima é primordial. O processo pode ser longo, não ressarcir as perdas materiais nem diminuir a dor da perda de um ente querido, mas mostra que ainda há vida, dando-lhe a sensação, mesmo que mínima, de segurança, para que aquela possa ser vivida. A Justiça Restaurativa mostra-se, assim, como uma alternativa ao atual “modelo de Justiça” empregado no sistema brasileiro.

3 A APLICAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA BRASILEIRO

Em pesquisa jurisprudencial à base do Supremo Tribunal de Justiça, observa-se reiterada aplicação da Justiça Restaurativa, pela 5ª turma de tal órgão. Constatou-se que tal prática se baseia no princípio da fraternidade, presente no preâmbulo da Carta Magna. Extrai-se de seus acórdãos:

O princípio da fraternidade é possível de ser concretizado também no âmbito penal, através da chamada Justiça restaurativa, do respeito aos direitos humanos e da humanização da aplicação do próprio direito penal e do correspondente processo penal. A Lei n. 13.257/2016 decorre desse resgate constitucional.

A aplicação é continuada em casos de apreensão por drogas e, conseqüentemente, indiciamento pelos crimes de tráfico e associação para o tráfico de drogas. Todos os casos são de mulheres, mães de filhos menores de 12 anos, que, pelo indiciamento, encontram-se em prisão preventiva. O STJ, ao analisar os pedidos de Habeas corpus, de relatoria do Sr. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, acaba por, constantemente, negar-lhe este, mas conceder a substituição da prisão preventiva pela domiciliar, tendo como fundamento o art. 318, V, do Código de Processo Penal, dispositivo incluído pela Lei n. 13.257/2016, já mencionado, como medida restaurativa baseada no princípio da fraternidade (HC 426489/SP; HC 389348/SP; HC 389810/PR; HC 367546/TO; HC 390211/SP; HC 358080/DF; HC 379629/SP; HC 363993/SP; HC 379603/MS; HC 357541/SP).

“Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: [...] V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos;” (BRASIL, 1988).

Nas palavras do Ministro citado: “A justiça restaurativa não ignora as exigências de reparação da ordem violada. Até acentua essas exigências na perspectiva dos direitos da vítima e, especialmente, da vida comunitária, restaurando, por fim, os laços fraternos mesmo com o criminoso.” (BRASIL, 2015).

4 JUSTIÇA RESTAURATIVA NO ÂMBITO CONSTITUCIONAL

Apesar de não haver previsão clara e explícita da Justiça Restaurativa na Constituição Federal brasileira, pode-se afirmar que sua aplicação enseja implicitamente algumas normas, inclusive as que fundamentam o Estado Democrático de Direito, como é o caso da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), na medida em que tratar e resolver as consequências trazidas pela infração na vida da vítima, do infrator e da comunidade é dignificante a estes, conquanto, muitas vezes, a Justiça Tradicional não tem essa capacidade.

Quando se inclui a comunidade na resolução do conflito vem à tona outros princípios, como o da solidariedade (art. 3º, I) e o da cooperação (art. 4º, IX), pelo papel que aquela desempenha ao acolher a vítima, que necessita de consolo, e o infrator, a fim de ressocializá-lo, além do princípio da fraternidade, já exposto na seção anterior.

Assim como ocorre com o princípio da dignidade humana, o princípio da igualdade (art. 5º, CF), por vezes, não é alcançado pela Justiça Tradicional. Quando se fala em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, a Justiça Restaurativa insere-se no aspecto em que analisa cada parte individualmente, considerando as condições econômicas, sociais e culturais dos envolvidos no conflito.

5 JUSTIÇA RESTAURATIVA E O DIREITO PENAL

No âmbito do Direito Penal, a Organização das Nações Unidas (ONU), em 2002, fez a recomendação da adoção dos postulados da Justiça Restaurativa como método alternativo de realização da justiça penal, por meio da Resolução n. 2002/12 do Conselho Econômico e Social. No entanto, o Brasil, ainda antes dessa resolução, já havia previsto a possibilidade de acordos intersubjetivos como método de resolução de conflitos penais: na Constituição Federal de 1988, em seu art. 98, inciso I – que autoriza a conciliação e transação em casos de infração penal de menor potencial ofensivo nos Juizados Especiais Criminais –; e no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90) – que em seus artigos 126 e 112, respectivamente, prevê o instituto da remissão e aplicação de medidas socioeducativas em relação aos atos infracionais. Entretanto, nenhum desses dispositivos menciona claramente a recomendação ou o mandamento de aplicação da Justiça Restaurativa, assim como nenhuma outra norma ou lei.

O que há é uma emenda datada em 31 de janeiro 2013, feita pelo CNJ à Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010, a qual incluiu, em seu artigo 7º, § 3º, a autorização para a implementação de programas de mediação penal e outros processos restaurativos por meio dos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, transformando a Justiça Restaurativa na seara penal em Política Pública no país.

Como visto anteriormente, as práticas restaurativas se misturam com o instituto da mediação. Nesse contexto, Howard Zehr, escritor americano, um dos pioneiros em Justiça Restaurativa, afirma que o termo mediação é inadequado para casos criminais, pois “as vítimas de estupro ou mesmo de roubo não querem ser vistas como ‘partes de um conflito.’” (ZEHR, 2012, p. 19). Outro fator que diferencia a mediação das práticas da Justiça Restaurativa é a utilização de uma linguagem neutra por aquela, isso torna-se ineficiente, na medida em que se precisa apontar a ofensa, deixando-a clara, para que o ofensor a veja e se responsabilize (ZEHR, 2012, p. 19).

Diferente do Brasil, na Colômbia a Justiça Restaurativa foi incorporada na Constituição (art. 250, 7) do País, em 2002, e no seu Código de Processo Penal (arts. 518 a 521), em 2004. Estudos concluíram que a implementação das práticas no País ensejou resultados positivos para a sociedade e o sistema jurídico em geral, usando como exemplo a redução de 30% da taxa de homicídios em Bogotá. Expõem-se os dispositivos:

Código de Processo Penal:

Artigo 518. Definições. Um programa de justiça restaurativa será entendido como qualquer processo no qual a vítima e o acusado, acusado ou sentenciado participem ativamente juntos na resolução de questões decorrentes do delito em busca de um resultado restaurativo, com ou sem a participação de um facilitador.

Entende-se como resultado restaurativo, o acordo que visa atender as necessidades e responsabilidades individuais e coletivas das partes e alcançar a reintegração da vítima e do infrator na comunidade em busca de reparação, restituição e serviço à comunidade.

Artigo 519. Regras Gerais. Os processos de justiça restaurativa serão regidos pelos princípios gerais estabelecidos neste código e, em particular, pelas seguintes regras:

1. Consentimento livre e voluntário da vítima e do acusado, acusado ou condenado a submeter o conflito a um processo restaurativo. Tanto a vítima quanto o acusado, acusado ou sentenciado, podem retirar esse consentimento a qualquer momento da apresentação.

2. Os acordos alcançados devem conter obrigações razoáveis e proporcionais com os danos causados pelo crime.

3. A participação do acusado, acusado ou sentenciado, não será utilizada como prova de confissão de culpa em processos judiciais subsequentes.

4. O não cumprimento de um acordo não deve ser usado como base para uma condenação ou para um agravamento da sentença.

5. Os facilitadores devem desempenhar suas funções com imparcialidade e garantir que a vítima e o acusado, acusado ou sentenciado, atuem com respeito mútuo.

6. A vítima e o acusado, acusado ou condenado, terão o direito de consultar um advogado.

Artigo 520. Condições de encaminhamento para programas de justiça restaurativa. O promotor ou juiz, para encaminhar um caso a programas de justiça restaurativa, deve:

1. Inteiramente informar as partes de seus direitos, a natureza do processo e as possíveis consequências de sua decisão.

2. Certificar-se de que a vítima ou o agressor não tenham sido coagido a participar de processos restaurativos ou a aceitar resultados restaurativos, nem foram induzidos a fazê-lo por meios desleais.

Artigo 521. Mecanismos. São mecanismos de justiça restaurativa para a conciliação pré julgamento, conciliação no incidente de reparação integral e mediação. (COLÔMBIA, 2004).

Constituição Federal:

Art. 250. [...] No exercício de suas funções, a Procuradoria Geral da Nação, deverá:

7. Garantir a proteção de vítimas, júris, testemunhas e outros envolvidos no processo penal, a lei definirá os termos em que as vítimas podem intervir no processo penal e mecanismos de justiça restaurativa. (COLÔMBIA, 1991, tradução nossa).

Com a previsão constitucional e ordinária, a Colômbia tornou-se referência quando se discute sobre Justiça Restaurativa, não apenas por isso, mas por ser exemplo de práticas bem-sucedidas, ao passo que em Bogotá, capital do País, após o emprego de tal modelo, o número de homicídios foi reduzido em 30% (ANDRADE, 2012).

6 CONCLUSÃO

Com o que aqui foi exposto, é possível observar a importância da Justiça Restaurativa, que se apresenta como uma alternativa à justiça atual, muitas vezes ineficaz.

Com métodos bem definidos, esse modelo de justiça procura restabelecer um vínculo perdido pelo conflito, que pode ser de várias espécies. Apesar da tímida aplicação, já é possível ter noção de sua eficácia, principalmente, em países que a inserem no ordenamento jurídico, como é o caso da Colômbia.

Nesse contexto, desfecha-se que para que a Justiça Restaurativa receba a atenção que merece e que sua aplicação seja ampliada; no Brasil, torna-se necessária sua inclusão de forma expressa na legislação e até mesmo na Constituição, deixado de ser uma mera e discreta recomendação dada pela Carta Magna e confirmada pela Lei n. 9.099/95.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, L. S. de. *A aplicação da justiça restaurativa junto ao juizado especial criminal no Fórum do Núcleo Bandeirante*. 2012. 72 p. Monografia (Graduação em Direito)–Universidade Católica de Brasília, Brasília, DF, 2012. Disponível em: <<https://repositorio.ucb.br/jspui/bitstream/10869/1978/2/L%C3%ADvia%20Saliba%20de%20Andrade.pdf>>. Acesso em: 01 maio 2018.

BARBOSA, B. M. N. A justiça restaurativa e o sistema brasileiro de direitos fundamentais: privatização ou modernização do jus puniendi estatal? *Âmbito Jurídico*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17287&revista_caderno=9>. Acesso em: 19 abr. 2018.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Novo ministro Reynaldo Fonseca defende diálogo para desafogar a Justiça e pacificar o país*. 2015. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Novo-ministro-Reynaldo-Fonseca-defende-di%C3%A1logo-para-desafogar-a-Justi%C3%A7a-e-pacificar-o-pa%C3%ADs>. Acesso em: 21 abr. 2018.

COLÔMBIA. Código de Processo Penal. *Código de Procedimiento Penal*. 2004. Disponível em: <https://www.oas.org/juridico/mla/sp/col/sp_col-int-text-cpp-2005.html>. Acesso em: 04 maio 2018.

COLÔMBIA. Constituição. *Constitución política de Colombia*. 1991. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>>. Acesso em: 04 maio 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça Restaurativa: o que é e como funciona*. 24/11/2014. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/62272-justica-restaurativa-o-que-e-e-como-funciona>>. Acesso em: 04 maio 2018.

SOUZA, S. O. de. *Justiça Restaurativa: o que é e como funciona*. Disponível em: <<https://sergioliveiradesouza.jusbrasil.com.br/artigos/153407819/justica-restaurativa-o-que-e-e-como-funciona>>. Acesso em: 12 abr. 2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA BAHIA. *Núcleo de Justiça Restaurativa Salvador – Bahia*. Disponível em: <<http://www5.tjba.jus.br/conciliacao/images/stories/jrcartilha.pdf>>. Acesso em: 12 abr. 2018.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ. *Manual de Justiça Restaurativa*. Disponível em: <<https://www.tjpr.jus.br/documents/14797/7836487/Manual+JR+-+NUPEMEC+TJPR.pdf/2dee4c-67-fc1a-40ae-a896-9b86a7d631a1>>. Acesso em: 12 abr. 2018.

ZERH, H. *Justiça Restaurativa: teoria e prática*: Tradução Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2012.

ZERH, H. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça restaurativa*: Tradução Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2012.