

**XXVI ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI BRASÍLIA – DF**

**FORMAS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE
CONFLITOS**

EUDES VITOR BEZERRA

MARGARETH ANNE LEISTER

MARIA APARECIDA ALKIMIN

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

F723

Formas consensuais de solução de conflitos [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Eudes Vitor Bezerra; Margareth Anne Leister; Maria Aparecida Alkimin - Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-455-6

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Desigualdade e Desenvolvimento: O papel do Direito nas Políticas Públicas

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Ciências sociais. 3. Justiça Social.

XXVI Encontro Nacional
do CONPEDI (26. : 2017 : Brasília, DF).

CDU: 34



XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

FORMAS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Apresentação

A edição do XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF é motivo de alegria e orgulho, consolidando-se como veículo de divulgação das pesquisas em Direito da comunidade acadêmica.

É, pois, com satisfação que oferecemos ao mundo jurídico o resultado das atividades científicas desenvolvidas nesta edição.

O presente volume se inicia com o artigo intitulado "A (POSSÍVEL) PRÁTICA RESTAURATIVA NOS CRIMES FUNCIONAIS PRATICADOS POR PREFEITOS: OBSTÁCULOS E REFLEXÕES", apresentado por Yago Daltro Ferraro Almeida, mestrando da UFBA, onde aborda a possibilidade de aplicação da Justiça Restaurativa em crimes funcionais praticados por Prefeitos, portanto, crimes de natureza transindividuais, apresentando ponderações acerca da aplicabilidade da Justiça Restaurativa diante da vitimização transindividual e da ausência de disciplina legislativa específica para regulação do instituto.

O artigo "A APLICAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO SOLUÇÃO PACÍFICA DE CONFLITOS PENAIIS DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO", de autoria de Juliana Buck Gianini e Vivian Valverde Corominas, da UniSantos, aborda a utilização da Justiça Restaurativa como solução para a crise do atual sistema de gestão da justiça penal, tratando-se de um novo modelo de justiça penal pautado no diálogo e responsabilização, cuja forma de solução de conflito penal é capaz de restaurar o dano e reintegrar o infrator.

Na sequência, o artigo "A DESJUDICIALIZAÇÃO E O PAPEL DAS SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS", de autoria de Cibelle Manfron Batista Rosas e Daniele Michalowski Cosechen, aborda a importância da atuação das serventias extrajudiciais na resolução de questões judiciais sem a presença de conflito de interesses como mecanismo para gerar a desjudicialização de todas as demandas, além de visar a solução célere e eficiente e ao mesmo tempo desafogando o Poder Judiciário.

O artigo "A IMPORTÂNCIA DO ADVOGADO COLABORATIVO NA MEDIAÇÃO JUDICIAL: RELATOS E CONTRIBUIÇÕES DA COMISSÃO ESPECIAL DE MEDIAÇÃO, ARBITRAGEM E PRÁTICAS RESTAURATIVAS DA OAB SUBSEÇÃO

SANTA MARIA-RS", cujas autoras são Taise Rabelo Dutra Trentin e Aline Casagrande, das Faculdade Paulatina de Santa Maria/RS, traz à lume a experiência da Ordem dos Advogados do Brasil da Subseção de Santa Maria-RS que atribui destaque ao papel do advogado diante do Novo Código de Processo Civil no que tange à sua vinculação e atuação junto à Comissão Especial de Mediação, Arbitragem e Práticas Restaurativas proporcionando à clientela uma resolução do conflito de forma célere e eficiente.

O artigo "A PRÁTICA DA MEDIAÇÃO E DA CONCILIAÇÃO NO TRATAMENTO DA CONFLITUALIDADE SOCIAL PELO PODER JUDICIÁRIO: DISCUSSÃO A PARTIR DA REALIDADE DO ESTADO DO CEARÁ" de autoria de Igor Benevides Amaro Fernandes e Flávio José Moreira Gonçalves, da Unichristus (CE), através da realidade do Estado do Ceará busca analisar a desjudicialização por meios adequados de solução de conflitos e de acesso à justiça, cuja análise está pautada na teoria do agir comunicativo de Habermas e no pensamento filosófico de John Rawls.

No trabalho ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA CONSENSUAL E OS ACORDOS ENDOPROCEDIMENTAIS DO NOVO CÓDIGO DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO PORTUGUÊS, de autoria de Edimur Ferreira De Faria e Luana Mathias Souto discorrem acerca da importância da construção de uma Administração Pública consensual, capaz de atender aos princípios da eficiência, boa administração e da democracia, mediante discussão sobre o modelo de Administração Pública do Decreto-Lei n. 4/2015, "novo Código do Procedimento Administrativo", de Portugal.

Em "AS ETAPAS DE INSTITUCIONALIZAÇÃO DA MEDIAÇÃO NO BRASIL", Carla Faria de Souza e Fernanda Bragança apresentam análise da institucionalização da mediação no Brasil através da construção do seu marco legal e da promoção de políticas públicas e iniciativas que visam fomentar a transformação da cultura social pela paz.

Viviane Duarte Couto de Cristo e Luísa Munhoz Bürgel Ramidoff apresentam "CONSENSUALIDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: UMA ANÁLISE DO ACORDO DE LENIÊNCIA PREVISTO NA LEI ANTICORRUPÇÃO", com destaque aos acordos de leniência como uma ferramenta consensual entre a Administração Pública e o infrator na obtenção de provas em troca de benefícios, discorrendo acerca das críticas por parte da doutrina, o que pode indicar óbice à sua consolidação no mundo jurídico.

"CULTURA DA PAZ: A ANÁLISE DO DISCURSO POR OCASIÃO DA INSTITUCIONALIZAÇÃO DOS MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NO BRASIL" é o resultado da pesquisa de Aline Lemos Reis Bianchini, da

USP-RP, apresentado revisão bibliográfica, sobretudo dos trabalhos que se dedicam a teorizar sobre a questão da "mentalidade", propondo uma reflexão que se dirige ao tom de propaganda que estes trabalhos adotam, frente ao instituto dos meios alternativos de conflito.

Mercedes Ferreira de Araújo e Afonso Soares De Oliveira Sobrinho, da UNAMA, apresentam análise das inovações trazidas pelo novo Código de Processo Civil em relação ao Direito de Família e Sucessões, em especial a mediação de conflitos em "DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÕES NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL/2015: A PRIMAZIA DA MEDIAÇÃO PARA UMA CULTURA DO DIÁLOGO", abrangendo aspectos jurídicos e sociológicos relacionados à moderna teoria do direito processual.

"JUDICIALIZAÇÃO DOS CONFLITOS SOCIAIS: REFLEXÕES SOBRE A NECESSIDADE DE SOLUÇÕES DIALÓGICAS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO", de Max Emiliano da Silva Sena e Carlos Victor Muzzi Filho, analisa a judicialização dos conflitos sociais, propondo reflexões sobre como se obter soluções consensuais, sem a necessidade de recorrer ao Poder Judiciário.

Através do artigo "JUSTIÇA RESTAURATIVA: MODELO INOVADOR DA JUSTIÇA PENAL JUVENIL QUE GARANTE AO ADOLESCENTE INFRATOR A POSSIBILIDADE DA TRANSMUDAÇÃO DO CARÁTER PUNITIVO-RETRIBUTIVO DA PENA PARA O RESTAURADOR-EDUCATIVO" elaborado e apresentado por Maria Aparecida Alkimin e Regina Vera Villas Boas, da UNISAL, a Justiça Restaurativa é abordada como uma nova realidade do sistema penal juvenil e um novo modelo para restauração do dano gerado pelo ato infracional e ressocialização do adolescente infrator com a redução da reincidência em razão do caráter autônomo, democrático e educativo-restaurador da prática restaurativa no âmbito da justiça juvenil, com intervenção mínima da justiça sancionadora.

Resultado de pesquisa em andamento sobre a formação e o campo de trabalho do mediador judicial, Joaquim Leonel De Rezende Alvim e Thais Borzino Cordeiro Nunes expõem "MEDIADORES JUDICAIS NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO: CAPACITAÇÃO, REGULAMENTAÇÃO E REPRESENTAÇÃO DE PRÁTICAS A PARTIR DE DISPUTAS NO CAMPO DAS PROFISSÕES JURÍDICAS" apresenta três vertentes: (a) análise de leis e resoluções sobre mediação; (b) pesquisa empírica, de cunho qualitativo, consistente nas observações feitas nas atividades desenvolvidas em um Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC) e de (c) entrevistas com os mediadores que atuam nos CEJUSCs.

Em "MODELO DESCENTRALIZADO DE MEDIAÇÃO PARA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS DE REFORMA FUNDIÁRIA URBANA", Rachel Lopes Queiroz Chacur e Celso Maran De Oliveira tratam da dogmática da exclusividade da Jurisdição para resolução de conflitos de tutelas ambientais, revisitando as bases teóricas e jurisprudenciais, culminando na necessidade de vias alternativas de resolução de conflitos fundiários urbanos, decorrentes da demanda social. É necessária a ruptura do modelo jurisdicional, trazendo um novo paradigma de descentralização e desjudicialização das resoluções de conflitos fundiários urbanos, priorizando a participação democrática dos cidadãos nas tomadas de decisões afeitas ao plano fático do espaço urbano, adequando o caso aos fundamentos das normas constitucionais e infraconstitucionais protetivas dos Direitos Fundamentais do Homem.

Maria Tereza Soares Lopes apresenta a arbitragem, em "O USO DA ARBITRAGEM NOS CONFLITOS PRIVADOS DE DIREITO MINERÁRIO ESTABELECIDOS ENTRE O MINERADOR, O PROPRIETÁRIO E O SUPERFICIÁRIO", como método adequado e eficaz para a resolução de conflitos privados de direito minerário estabelecidos entre o minerador, o proprietário e o superficiário, analisando as relações de direitos reais e as principais características da arbitragem strictu sensu, elucidando as vantagens de utilização deste método heterocompositivo face ao Poder Judiciário e apresentando estudo de casos que exemplificam a controvérsia e os contrapõe.

"POR UMA FUNDAMENTAÇÃO DOS MEIOS CONSENSUAIS DE TRATAMENTO DE CONFLITOS: A TEORIA DO AGIR COMUNICATIVO COMO LASTRO FILOSÓFICO DA MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO", de autoria de Geovana Faza da Silveira Fernandes, apresenta reflexão sobre a fundamentação dos meios alternativos de resolução de litígios, fomentados pela Política Judiciária de Tratamento Adequado dos Conflitos, inaugurada pela Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça e positivadas no Código de Processo Civil e na Lei de Mediação. A partir da transição paradigmática e a insuficiência da dogmática jurídica para o tratamento de todos os tipos de conflitos, trata da importância da teoria habermasiana do agir comunicativo como norteador para os meios consensuais e como legitimadora da mediação e conciliação como métodos democráticos, que conduzem ao reforço da cidadania.

Por fim, Juliana Coelho Tavares da Silva e Caio Victor Nunes Marques apresentam "RESOLUÇÃO ADEQUADA DE CONFLITOS AGRÁRIOS BRASILEIROS: UMA PROPOSTA PARTICIPATIVA E INTEGRADA", destacando o caráter eminentemente social do Direito Agrário e torna-se essencial a resolução adequada do conflito (RAD) devido às crescentes transformações estruturais do setor agrícola e a reivindicação premente de

soluções rápidas, justas e definitivas nas questões agrárias, de forma a diminuir as desigualdades e tensões sociais e assegurar o bem-estar de proprietários e trabalhadores rurais. Assim, objetiva-se desenvolver uma análise dos desafios e perspectivas da RAD para os conflitos agrários brasileiros.

Os temas aqui tratados são de fundamental importância hoje para todos os que operam no campo das Ciências Sociais Aplicadas.

Boa leitura!

Prof. Dr. Eudes Vitor Bezerra (Uninove)

Prof^a. Dr^a. Margareth Anne Leister (UNIFIEO)

Prof^a. Dr^a. Maria Aparecida Alkimin (UNISAL)

JUSTIÇA RESTAURATIVA: MODELO INOVADOR DA JUSTIÇA PENAL JUVENIL QUE GARANTE AO ADOLESCENTE INFRATOR A POSSIBILIDADE DA TRANSMUTAÇÃO DO CARÁTER PUNITIVO-RETRIBUTIVO DA PENA PARA O RESTAURADOR-EDUCATIVO

RESTORATIVE JUSTICE: INNOVATIVE MODEL OF JUVENILE CRIMINAL JUSTICE THAT GUARANTEES TO THE OFFENDING ADOLESCENT THE POSSIBILITY OF THE TRANSMUTATION OF THE PUNITIVE-RETRIBUTIVE CHARACTER OF THE SENTENCE FOR THE RESTORER-EDUCATIVE

**Maria Aparecida Alkimin
Regina Vera Villas Boas**

Resumo

O presente artigo tem como objetivo destacar a importância da Justiça Restaurativa no contexto da justiça penal juvenil, e de acordo com o sistema de proteção especial e integral e com o melhor interesse da criança e do adolescente. Utilizar-se-á a pesquisa bibliográfica e o direito comparado (português e espanhol) para demonstrar que a Justiça Restaurativa é um modelo inovador de justiça penal juvenil e cuja função restauradora se sobrepõe, em algumas situações, ao aspecto simbólico da justiça penal retributiva, de caráter impositivo e punitivo, mas que muitas vezes não evita a reincidência e tão menos conduz a uma ressocialização eficiente.

Palavras-chave: Adolescente infrator, Proteção integral, Direito fundamental, Justiça restaurativa

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to highlight the importance of Restorative Justice in the context of juvenile criminal justice and in accordance with the system of special and integral protection and in the best interests of children and adolescents. Bibliographical research and comparative law (Portuguese and Spanish) will be used to demonstrate that Restorative Justice is an innovative model of juvenile criminal justice and whose restorative function overlaps, in some situations, the symbolic aspect of retributive criminal justice, Of a taxing and punitive character, but which often does not prevent recurrence, and even less leads to efficient resocialization.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Adolescent, Integral protection, Fundamental right, Restorative justice

Introdução

Ao longo da história a infância passou por vários processos, dentre eles, o processo de negação da condição do estado de vulnerabilidade da infância, ao processo de equiparação ao adulto, sendo chamada a criança de “adulto em miniatura” (PHILIPPE ARIÉS, 1981) e ao processo de ausência de titularidade para gozo e exercício de direitos fundamentais, assumindo o *status* de objeto de proteção da família e do Estado.

Somente no Século XX, com o movimento internacional de reconhecimento e de declarações de Direitos Humanos, é que se atribuiu à infância o reconhecimento da condição de sujeitos de direitos, cujos direitos integram o ramo da especificação de direitos em razão da peculiar condição de desenvolvimento físico, psíquico, moral, social e espiritual da criança e do adolescente.

Nesse viés, os documentos internacionais estabeleceram o sistema de proteção especial e de acordo com o melhor interesse da criança¹, sendo que o Brasil, como Estado-membro da ONU ratificante desses documentos, incorporou esse sistema internacional de proteção sob o manto da proteção integral e da prioridade absoluta (CF, art. 227 e ECA, art. 4º), atribuindo o compromisso e a responsabilidade para a efetivação dos direitos fundamentais infanto-juvenis à família, à sociedade e ao Estado.

Dentro dessa ótica, o presente trabalho aborda o sistema internacional e interno de proteção especial aplicado ao adolescente infrator que, como sujeito de direitos e de deveres, sujeita-se ao direito penal juvenil que tem a índole retributiva e, atualmente, restaurativa, diante da inserção da Justiça Restaurativa na normativa internacional (Regras de Beijing) ratificada pelo Brasil e incorporada na ordem jurídica interna pela Lei do SINASE (Lei n. 12.594/2012), priorizando, dessa forma, a adoção de outros mecanismos de justiça penal juvenil sem a adoção de medidas socioeducativas que impinjam castigo, sofrimento e privação da liberdade.

Buscar-se-á demonstrar que o novo modelo de execução das medidas socioeducativas prima pela adoção de sanções mais severas somente em último caso, conforme as circunstâncias e gravidade do ato infracional, tal como está inserido em

¹ Nos termos da Convenção sobre os Direitos da Criança (ONU, 1989), considera-se criança a pessoa menor de 18 anos. O Brasil, por meio do ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n. 8069/90) adotou o critério etário da seguinte forma: considera-se criança até os 12 anos incompleto e adolescente até os 18 anos incompletos (art. 2º). O Estatuto da Juventude Lei n. 12.852/2013 define em seu artigo 1º. o jovem como sendo a pessoa entre 15 e 29 anos de idade.

normativa internacional, priorizando, por outro lado, a adoção de mediação na justiça penal juvenil para solução do conflito como forma de restabelecimento do equilíbrio e paz social, desde que atenda ao melhor interesse do infrator e também aos interesses da vítima, cuja reinserção e não reincidência somados ao equilíbrio social constituem o fim último do sistema penal juvenil, muitas vezes não atingido com a imposição de pena de caráter aflagrante e com a ideia simbólica de retribuição.

1 Sistema internacional e interno de proteção ao adolescente/jovem infrator

O reconhecimento dos direitos da criança constitui um construído histórico, fruto do movimento de emancipação progressiva do homem e que tem sua gênese no Direito Natural, sendo certo que a positivação desses direitos nasceu das lutas dos povos e diante das atrocidades padecidas pela pessoa humana em razão das Grandes Guerras Mundiais, aflorando, desde então, um sistema internacional de salvaguarda aos direitos que são inerentes à dignidade da pessoa humana.

Os Direitos Humanos da criança e do adolescente foram reconhecidos para se romper, num primeiro momento, com o dogma de que a criança não era considerada no mundo jurídico (LIBERATI, 2012, p. 17), ou seja, não era considerada como sujeito de direito, com o propósito de figurar como protagonista no gozo e no exercício de direitos; e num segundo momento, para reconhecer a sua qualidade de sujeito de direito, contudo, dada a sua imaturidade física, psíquica, social, moral, intelectual e espiritual, a criança necessita de cuidado e proteção especiais a cargo da família, da sociedade e do Estado.

Nesse sentido adveio o sistema internacional de proteção à criança e ao adolescente com caráter universalista e vinculante, exaltando a dignidade da criança através da destinação de normas especiais de proteção, visando o melhor interesse e a proteção especial e integral dessas pessoas em desenvolvimento, priorizando, certamente, um desenvolvimento integral e sadio e em condições de liberdade e dignidade.

A criança e o adolescente em razão da peculiar condição de desenvolvimento são titulares de direitos fundamentais gerais e especiais, sendo que o ordenamento jurídico internacional de proteção especial instituiu o que Bobbio denominou de ramo de especificação de direitos, e certo que por envolver sujeitos em condições especiais de vida e de desenvolvimento. Segundo Bobbio, “a criança, por causa de sua imaturidade física e intelectual, necessita de uma proteção particular e cuidados especiais, deixa-se assim claro

que os direitos da criança são considerados como um *ius singulare* com relação a um *ius commune...*”. (2004, p. 34)

No âmbito internacional o primeiro instrumento de proteção à infância e à juventude foi a Declaração Internacional dos Direitos da Criança (ONU, 1959) que contribuiu para a concepção de que a criança deve gozar de proteção especial para proporcionar o desenvolvimento integral, merecendo todo cuidado e proteção por parte do Estado, da sociedade e da família, dessa forma, os direitos fundamentais da criança são norteados pela “trilogia da proteção integral” (PEREIRA, 1999, p. 55).

A Declaração de 1959, na verdade, foi inspirada na Declaração de Genebra de 1924, cujo texto dessa declaração “preconiza a ideia de que a responsabilidade pelo cuidado da criança é coletiva e internacional” (SHECAIRA, 2015, p. 51) e está assentada em princípios de proteção e cuidados especiais para com a infância, sendo o instrumento viga-mestra de todo o sistema de proteção integral que exalta a vulnerabilidade da infância, dispondo que em razão da peculiar condição de pessoa em desenvolvimento, e em razão da sua imaturidade física e mental necessita de proteção e cuidados especiais.

Contudo, esse documento tem o caráter meramente declarativo de direitos e de proteção, sem o caráter cogente, constituindo uma “enumeração dos direitos e das liberdades a que, segundo o consenso da comunidade internacional, faz jus toda criança”. (SHECAIRA, 2015, p. 53).

O documento internacional que concretizou o sistema de proteção internacional dos direitos humanos infanto-juvenis e com inserção de mandamentos e mecanismos de promoção desses direitos, e certo que em razão do seu caráter cogente e de função fiscalizadora em relação aos países ratificantes, foi a Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989 (ONU) que despontou, paralelamente à proteção especial e ao cuidado especial com a infância, o paradigma do melhor ou superior interesse da criança, esse documento representa um tratado de direitos humanos infanto-juvenil e reconhece à criança os direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais.

A Convenção sobre os Direitos da Criança é o marco do reconhecimento da criança como sujeito de direito e, diferentemente dos outros documentos de proteção, esse documento internacional tem o caráter mandamental, impositivo, ou seja, impõe aos países ratificantes que cumpram as normas de proteção internacional inseridas nesse documento da ONU, obrigando-os a prestarem contas de suas atividades no que diz respeito ao sistema de proteção infanto-juvenil (LIBERATI, 2012, p. 34) para a comunidade internacional e isso em razão da sua natureza coercitiva, que também impõe a adoção de mecanismos de controle do

cumprimento das obrigações insertas no documento, cujas obrigações condizem aos direitos humanos e fundamentais dessa parcela vulnerável da população.

As disposições da Convenção são de conteúdo misto, tanto declarativo como impositivo editam direitos humanos de caráter geral, universal e indissociáveis da condição humana, que uma vez incorporados na ordem jurídica constitucional assumem a condição de normas positivas constitucionais que regulam direitos fundamentais, e como tais devem ser garantidos em seu conjunto, logo, em matéria de proteção a direitos fundamentais desrespeito ou violação a um deles pode gerar violação reflexiva a outro direito fundamental.

Outros documentos internacionais ditam o sistema de proteção, tanto no que se refere aos direitos sociais, políticos e econômicos, como no que diz respeito ao sistema de proteção em relação ao adolescente/jovem infrator, dispondo de um sistema de justiça penal diferenciado e de acordo com o sistema de proteção integral e melhor interesse. Pode-se destacar as Regras de *Beijing* as quais versam sobre a administração da Justiça da Infância e da Juventude e Diretrizes de *Riad* que cuidam da prevenção da delinquência juvenil, estabelecendo regras mínimas de proteção aos jovens privados da liberdade.

O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 prevê proteção à família, considerando núcleo natural e fundamental da sociedade (arts. 23 e 24) e de forma específica no art. 10, n.3, estabelece a proteção específica à população infantil dispondo que “deve-se adotar medidas especiais de proteção e assistência em prol de todas as crianças e adolescentes, sem distinção alguma por motivo de filiação ou qualquer outra condição”.

A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica, 1969), também ratificada pelo Brasil em 1992, reforça todo o sistema internacional de defesa e de proteção aos direitos humanos e prevê a base do sistema de proteção infanto-juvenil, prescrevendo em seu art. 19 que “toda criança tem direito às medidas de proteção que sua condição de menor requer, por parte da família, da sociedade e do Estado”.

No âmbito interno, o Brasil ratificou a Convenção sobre os Direitos da Criança da ONU (1989) e inseriu na CF/88 os direitos humanos da criança e do adolescente no art. 227 sob o manto da proteção integral e da prioridade absoluta, cuja a doutrina da proteção integral que é o marco do sistema interno da proteção e de disciplina de direitos fundamentais que seguem materializados no artigo 227 da CF/88, que assim dispõe:

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

O artigo 227 da CF foi regulamentado no plano infraconstitucional pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA, Lei 8069/90) que passou a regular os direitos humanos infanto-juvenis, que seguem norteados pelo princípio da proteção integral que, na verdade, representa o princípio da proteção especial e do cuidado especial e de acordo com o melhor interesse da criança, consagrados não apenas na Convenção sobre os Direitos da Criança, como também nos demais documentos internacionais que integra o sistema de proteção infanto-juvenil.

O ECA, além de disciplinar os direitos fundamentais, impondo proteção e promoção sob a responsabilidade da família, sociedade e Estado, prevê também políticas públicas, privadas e sociais de atendimento e proteção à criança e aos adolescentes em situação de risco ou de perigo, sem prejuízo do reconhecimento da condição de sujeitos de direitos e também de deveres com a responsabilização de caráter penal pelo ato infracional praticado, cuja responsabilidade deve se pautar na proteção integral e no melhor interesse.

2 Os princípios da proteção integral, do melhor interesse e da prioridade absoluta

Os princípios da proteção especial e integral e do melhor interesse estão incorporados nos documentos internacionais que compõem o sistema internacional de proteção e de defesa aos direitos humanos infanto-juvenis, cujos princípios foram incorporados na ordem jurídica constitucional do Brasil por meio do art. 227 da CF, artigo esse que foi regulamentado pelo ECA (Lei n. 8069/90), sendo que os princípios da proteção especial e do melhor interesse passaram a ser denominados no direito brasileiro como princípio da proteção integral e princípio da prioridade absoluta e ambos constituem o sustentáculo do sistema interno de proteção à infância e à adolescência.

A prioridade absoluta está inserta no artigo 4º. Do ECA, que assim dispõe:

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

Deve-se entender por prioridade absoluta que a criança e o adolescente/jovem devem ter seus direitos fundamentais garantidos em primeira ordem, ou seja, o Poder Público deve tutelar direitos fundamentais com primazia, preferência, precedência e privilégio, enfim, com prioridade, devendo-se considerar que o tratamento diferenciado não implica violação ao princípio da igualdade entre pessoas, mas pelo simples fato de que se tratam de pessoas em peculiar condição de desenvolvimento, inseridos na categoria de detentores de direitos especiais ou especificados, como já se expôs alhures, logo, exige por parte da família, sociedade e do Estado ações e medidas que retratem o cuidado especial, a proteção integral e a prioridade absoluta.

A Declaração de Genebra de 1924 foi o primeiro instrumento internacional que exaltou o princípio da “proteção especial e cuidado especial” com a infância e de acordo com o “melhor interesse”, também reforçado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que também declarou o direito a cuidados e assistências especiais à população infantil, seguindo-se a Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959 que declarou o cuidado e a proteção especial em razão da peculiar condição de desenvolvimento.

A Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989 compilou toda a normativa internacional de proteção à infância e exaltou o princípio da proteção especial e cuidado especial, bem como o do melhor interesse, cujo instrumento internacional adotou o aspecto da imperatividade para dispor acerca dos direitos fundamentais infanto-juvenis e, concomitantemente, exigir dos Estados-Partes ações e medidas sociais, administrativas, políticas, jurídicas e legislativas que visem efetivar o sistema de proteção traçado pela normativa internacional.

Importante ressaltar que o artigo 227 da CF encerra todo o sistema de proteção integral, de cujo dispositivo se abstrai o aspecto principiológico em torno da doutrina da proteção integral, da proteção especial, do melhor interesse e da prioridade absoluta, contudo, encerra o caráter de norma com conteúdo declarativo e impositivo, à medida que impõe à família, à sociedade e ao Estado a adoção de medidas que visem a proteção, a promoção e a concretização dos direitos fundamentais infanto-juvenis, objetivando “...o pleno desenvolvimento da capacidade física, psíquica, moral, espiritual e social. (PEREIRA, 2008, p. 14/15).

A doutrina da proteção integral consagrada pelo artigo 227 da CF, rompeu com o paradigma “menorista” inserido no revogado Código de Menores (Lei n. 6697/79) que classificava o menor como carente, abandonado e infrator (delinquente), cujas medidas de proteção eram de caráter tutelar e de acordo com a “Doutrina da Situação Irregular”.

Essa doutrina do Código de Menores embasou a atuação Estatal que adotou uma cultura assistencialista para o menor abandonado e uma cultura punitiva para o menor delinquente, portanto, não se reconhecia a condição das crianças e adolescentes como sendo sujeitos de direitos fundamentais, com autonomia na ordem jurídica e autonomia e liberdade participação no processo de construção de direitos humanos e fundamentais, visando se conscientizarem da condição de protagonistas dos seus direitos, inclusive deveres, notadamente em matéria de prática de ato infracional.(JUNQUEIRA, 2014)

Contudo, esse paradigma foi rompido com a Convenção sobre os Direitos da Criança e com o ECA, que implantaram a cultura da proteção especial e integral e do melhor interesse, além da prioridade absoluta, com o reconhecimento da condição de sujeitos de direitos e garantias fundamentais, desfrutando dos mesmos direitos que são concedidos a toda e qualquer pessoa, com plena liberdade e autonomia para o processo de construção e reconstrução de direitos, cujos direitos são considerados de caráter especial e certo que em razão da peculiar condição de pessoa em desenvolvimento.

3 Ato Infracional e as Medidas Socioeducativas: fases evolutivas do direito penal juvenil

Antes de se abordar as condutas ilícitas e respectivas medidas de caráter penal, à luz do sistema atual de proteção à infância e juventude adotadas em relação ao adolescente infrator, imperiosa a abordagem histórica sobre as fases da evolução do sistema penal, para a compreensão do sistema atual de justiça penal infanto-juvenil.

3.1 Evolução dos modelos de justiça juvenil

Ao longo da história da infância, o sistema de justiça juvenil seguiu variadas correntes doutrinárias, o que vem revelar a evolução do sistema de justiça juvenil, que se amolda às transformações da sociedade e, notadamente, à realidade social da infância e adolescência, no tempo e no espaço.

O primeiro modelo foi da justiça penal indiferenciada, que vigeu entre os Séculos XIX e XX e abarcou como característica o caráter adulto centrista, ou seja, os menores infratores sofriam as mesmas penas que o adulto, inclusive, cumpria as penas em cárceres misturados com os adultos, lembrando Junqueira que a única diferença era que os menores, entre 7 e 18 anos, recebiam o benefício penal de redução de um terço da pena, em relação à pena do adulto. (2014, p. 51)

O Código Penal do Império (1824) considerou a irresponsabilidade penal do menor de 14 anos para julgamento com pena de morte, contudo se o menor agisse com discernimento seria recolhido a uma casa de correção. O Código Penal Republicano reconheceu a inimputabilidade penal do menor de 9 anos, contudo, adotando a teoria do discernimento, havia punição para o agente entre 9 e 14 anos que agisse com discernimento, sendo recolhidos em estabelecimentos disciplinares pelo tempo que o juiz entendesse apropriado. (LIBERATI, 2012, p. 30/31).

A Lei Específica nº 4.242 de 05/01/1921 revogou, parcialmente, o Código Penal Republicano e afastou o critério do discernimento, fixando a irresponsabilidade penal do menor de 14 anos e, em 1924, com o Código Mello Mattos (Código de Menores), iniciou-se a nova fase, qual seja, a tutelar. (SHECAIRA, 2015, p. 34/37)

O modelo tutelar, segundo modelo de Justiça Penal Juvenil, foi a doutrina adotada pelos Códigos de Menores de 1927 e 1979, que classificou os menores de 18 anos em “situação irregular” como “delinquentes” e “abandonados”, sendo que os adolescentes delinquentes com idade superior a 14 anos eram submetidos a um processo especial para apuração da infração cometida, enquanto aos abandonados a medida adotada era a de recolhimento e encaminhamento a um lar mediante termo de responsabilidade pela guarda.” (LIBERATI, 2012, p. 44).

Denota-se que tanto o Código de Menor de 1927 como o de 1979 ao abordarem a doutrina da situação irregular não diferenciaram, precisamente, pessoas carentes de infratores, tornando-se legislações alvo de grandes críticas. Segundo Shecaira “as expressões “menor abandonado” e “menor delinquente” passam a integrar o cotidiano das pessoas para designar toda criança ou adolescente que estivesse no alvo do sistema de controle formal, especialmente por meio da Justiça”. (2015, p. 42)

Para o direito espanhol, o sistema tutelar deve ser considerado como aquele “de raíz positivista y correccionalista en el que el menor infractor es considerado como un enfermo social en quien concurre la condición de inimputable y que está necesitado de corrección y ayuda.”² (OLIVERT y GÁLVEZ, 2013, p. 54).

O terceiro modelo é o garantista, consagrado pela Convenção sobre os Direitos da Criança (ONU, 1989) e pelo ordenamento jurídico brasileiro (art. 227, CF e ECA), no qual a expressão “menor” é substituída por “criança e adolescente”, sujeitos de direitos, deixando

² “de raíz positivista e correccionalista em que o menor infrator é considerado como um enfermo social que concorre a condição de inimputável e que está necesitado de correção e ajuda.” (Tradução livre)

mais persistindo a diferença e, por vezes, a confusão entre delinquência, carência e pobreza-carência.

O modelo garantista, busca a proteção integral e a prioridade absoluta da criança e adolescente, integrando o ordenamento jurídico para garantia de um processo penal justo e que atenda aos melhores interesses dessas pessoas, em peculiar condição de desenvolvimento.

3.2 Ato infracional e as medidas socioeducativas

No Brasil, o ECA, é o instrumento jurídico de proteção aos direitos humanos fundamentais da criança e do adolescente, que atende à doutrina Bobbiana de especificação dos direitos humanos, cujo instrumento também diferencia o tratamento jurídico-penal atribuído ao adolescente infrator em comparação ao infrator adulto, pois os menores de idade estão em processo de formação e aprendizagem, razão pela qual se exige o estabelecimento de uma responsabilidade penal diferenciada, constituindo-se as medidas repressivas previstas no ECA de natureza eminentemente sancionadora-educativas, primando pelo objetivo de prevenção especial sobre o fim de retribuição e de prevenção geral.

A criança e o adolescente/jovem deixaram de ser objeto do processo e passou a ser sujeito do processo, passando a ser sujeito de direito e obrigações, sempre observando a condição especial de pessoa em desenvolvimento, logo, o sistema impõe sanção ao adolescente em conflito com a lei, como a medida socioeducativa de privação da liberdade (conteúdo aflictivo) com carga retributiva e de caráter pedagógico, pois deve visar a ressocialização.

No Brasil, aplica-se a justiça penal juvenil aos maiores de 12 anos que cometem ato infracional, aquele descrito como crime ou contravenção penal (art. 103, ECA), caso o ato infracional tenha sido cometido por criança, a medida não terá caráter punitivo, mas sim, de proteção e de assistência, estando relacionadas no art. 101 do ECA, as medidas aplicáveis.

Por outro lado, se o adolescente comete ato infracional, submete-se à medida punitiva pela prática desse ato, cujas medidas estão previstas no art. 112 do ECA: advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, inserção em regime de semiliberdade ou internação em estabelecimento educacional, tratando-se das medidas socioeducativas.

Para a doutrina espanhola, a aplicação da medida socioeducativa pelo cometimento de ato infracional revela o caráter misto da etapa garantista do modelo questionado, já que *“el modelo parte del principio de la responsabilidad de los menores que cometen una infracción*

*penal exigiéndoles la asunción de las consecuencias de su acción con el objetivo de educar en la responsabilidad.”*³ (OLIVERT y GÁLVEZ, 2013, p. 54/55).

Embora de caráter sancionatório-punitivo, a finalidade das medidas socioeducativas é de reestabelecer o adolescente ao o convívio familiar e social, sendo-lhes agregados propósitos pedagógicos, psicológicos e sociais e, como afirma Liberati:

A proposta apresentada pela Doutrina da Proteção Integral é a de que o adolescente receba medidas socioeducativas com o fim de interferir no seu processo de desenvolvimento, para conduzi-lo a uma melhor compreensão da realidade e efetiva integração social. (2013, p. 117).

Nesse sentido, as medidas socioeducativas possuem o condão de reeducação e reinserção social do adolescente infrator de modo que não volte a delinquir e lesionar outrem, refletindo em lesão à sociedade, devendo ser levado a compreender a gravidade da sua conduta e o sentido da proibição de prática lesiva e a negação de seu valor ao bem-viver social.

Em matéria de execução da medida socioeducativa, o Brasil inseriu na ordem jurídica o sistema de justiça especial juvenil, que apresenta caráter diferenciado relativamente à população adulta, aderindo às diretrizes e às regras da Convenção sobre os Direitos da Criança (ONU, 1989), bem como às Regras de Beijing (estabelece sistema de justiça penal juvenil) e às Diretrizes de Riad (regula a prevenção da delinquência juvenil).

Em linhas gerais, essas normas internacionais estabelecem um sistema penal punitivo que visa atender à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento físico, psíquico, social, moral e intelectual, destacando-se as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça Juvenil (Regras de Beijing) que disciplinam a excepcionalidade das medidas socioeducativas, sendo que a pena privativa de liberdade deve ser aplicada como último recurso (CDC, art. 37; Regras Beijing, art. 19), além da brevidade na aplicação da medida restritiva de liberdade (3 anos), tempo máximo adotado pelo ECA.

Nesse viés, as normas internacionais que estabelecem referido sistema de justiça penal especial para o adolescente infrator, abrem espaço para criação de mecanismos destinados à mediação de conflitos, como é a proposta da Justiça Restaurativa, procurando atender as necessidades das vítimas.

4 Justiça Restaurativa e justiça penal juvenil: do caráter retributivo-sancionador ao modelo educativo-restaurador

³ “o modelo parte do princípio da responsabilidade dos menores que cometem uma infração penal exigindo deles a assunção das consequências de sua ação com o objetivo de educar na responsabilidade.” (Tradução livre)

Embora hajam certas divergências entorno da Justiça Restaurativa, colocando-se em xeque sua real finalidade de apaziguar o conflito e trazer o equilíbrio social com reparação do dano causado à vítima e à sociedade, deve-se pontuar que essa modalidade de Justiça é amplamente praticada pelos Tribunais e já está inserida na ordem jurídica através da Lei do SINASE (Lei n. 12.594 de 18/01/2012), em especial.

Pondera-se, ademais, que não se aplica a todos os conflitos, notadamente, quando envolver atentado contra a vida, contudo, é uma forma eficiente de se aplicar a justiça e proporcionar reparação do dano sem grandes mazelas às partes, quando se tratar de crimes ou atos infracionais de menor ou baixo potencial ofensivo, servindo de remédio para recuperar, reinserir e estabelecer a responsabilidade para o infrator.

4.1 Sistema punitivo-retributivo do Estado e o caráter restaurativo da Justiça Restaurativa

O modelo retributivo de justiça penal tem origem na filosofia de Kant, cuja visão positivista impõe o cumprimento da pena, sem oportunidade de questionamentos e resistência. Dessa maneira, a prevenção geral somente ocorreria com a aplicação da lei positivada, mecanismo que restabelece a paz social em face do fato criminoso ou ato infracional cometido pelo adolescente.

Contudo, a aplicação da lei penal para punir não é o único meio de se reestabelecer o equilíbrio social e reparar o prejuízo, diante da conduta delituosa ou do ato infracional, muito embora esse seja o modelo intervencionista, traçado pelo Código Penal, Código de Processo Penal e pelo próprio ECA, contudo, no sistema atual, considera-se afluída um novo modelo de justiça penal, a Justiça Restaurativa, a qual pode ser considerada, segundo Robalo como um “*tertium genus*” da justiça (2012, p. 890), levando-se em conta que a restauração do equilíbrio pode ocorrer com a aplicação da sanção da reparação dos danos, pelo infrator, tratando-se de uma “resposta ao crime” (ROBALO, 2012, p. 90).

A Justiça Restaurativa, não obstante, já praticada pelos Tribunais de Justiça do Brasil, principalmente no âmbito da justiça infanto-juvenil, atualmente, insere-se no ordenamento jurídico protetivo, por meio do SINASE, conforme já abordado no item 4.3, da presente investigação.

A mediação penal, por meio da Justiça Restaurativa, significa uma alternativa da justiça penal tradicional, cujas vertentes retributiva e reabilitadora são consideradas ineficazes, conforme afirmam Montserrat y Gálvez,

(...) no pretenden la eliminación del sistema penal vigente, sino que consideran los programas de mediación, reparación y conciliación como una alternativa que puede permitir la desjudicialización en supuestos menos graves consiguiendo una solución al conflicto entre víctima y autor (...). (2013, p.30).⁴

Conforme destaca a doutrinadora portuguesa Teresa L. Albuquerque e Sousa Robalo: os princípios do direito penal não serão afetados como recurso à mediação penal, contudo, não se vinculam às consequências do crime, tanto que não resultará qualquer aplicação de sanção penal, mas um eventual acordo entre as partes. (2012, p. 135)

Isso significa que há responsabilização pela prática do fato delituoso ou do ato infracional, contudo, a maneira de solução não se resume única e exclusivamente na atribuição de pena ou medida socioeducativa restritiva de direitos e, até mesmo, da liberdade capituladas na Lei; não significando, por outro lado, que o autor da conduta não assumirá responsabilidades e obrigações, eis que a Justiça Restaurativa não se confunde com negação da culpa e do dever de assumir responsabilidades pela conduta praticada.

Quanto ao aspecto retribucionista da pena privativa da liberdade, conforme pondera Olivert & Gálvez, “...sólo cumple una función simbólica de compensación y no produce un restablecimiento de la situación originaria, la cual puede conseguirse através de la reparación y conciliación”. (2013, p. 136)⁵

A voluntariedade das partes envolvidas é pressuposto elementar para a aplicação da mediação, por meio da Justiça Restaurativa, sob pena de caracterizar uma ação forçada e o perdão não-espontâneo, devendo ser benéfico para a vítima o encontro entre as partes. Por outro lado, a participação voluntária do autor do ato infracional implica o reconhecimento da culpabilidade.

Entende-se que referido modelo deve ser reconhecido como um modelo especial do sistema de justiça penal, tanto no aspecto geral, como no âmbito da justiça penal juvenil, devendo ser levado a cabo com mais propriedade e adequação no âmbito da justiça penal

⁴ (...) não pretendem a eliminação do sistema penal vigente, senão considerar os programas de mediação, reparação e conciliação como uma alternativa que pode permitir a desjudicialização em atos menos graves conseguindo uma solução para o conflito entre a vítima e o autor (...). (Tradução livre)

⁵ “...somente cumpre uma função simbólica de compensação e não produz um restabelecimento da situação originária, a qual pode se conseguir através da reparação e da conciliação.” (Tradução livre)

juvenil. Isso porque uma proposta dessa modalidade de justiça significa a possibilidade de efetivação do princípio da intervenção mínima e da subsidiariedade, aplicando-se a medida mais gravosa, em último caso.

A Justiça Restaurativa contém efeito terapêutico que conduz à ressocialização do infrator, não lhe restringindo direitos, nem lhe privando de exercer suas liberdades, além de lhe possibilitar reparar danos causados à vítima, ofertando, outrossim, uma resposta satisfatória à sociedade, relativamente à sua conduta.

4.2 Conceito e finalidades da Justiça Restaurativa

Na sua essência, a Justiça Restaurativa representa um sistema de justiça em que as partes envolvidas no fato delituoso e no ato infracional, no caso do jovem e/ou adolescente infrator, decidem, com intervenção de membro da sociedade, representando a melhor maneira de lidar com as consequências presentes do fato e, também, com as suas projeções para o futuro, sempre com a mediação de um terceiro, cuja presença é de natureza técnica e objetiva uma finalidade mediadora, apenas.

Para Marshall, a Justiça Restaurativa

representa um movimento por meio do qual se busca estimular a utilização de processos, nos quais a vítima e o ofensor e, quando adequado, quaisquer outros indivíduos e membros da comunidade afetados pelo crime, participem ativa e, conjuntamente, na resolução de questões relacionadas ao crime, em regra com o auxílio de um facilitador” (*Apud* ROBALO, 2012, p. 28).

Segundo Marshall, a Justiça Restaurativa é um “(...) processo através do qual as partes implicadas numa concreta infracção se reúnem para resolver em conjunto como tratar as consequências daquela e com as suas implicações para o futuro”. (*Apud* Robalo, 2012, p. 28)

Teresa Robalo colaciona a conceituação de Russ Immarigeon, que afirma consistir a Justiça Restaurativa num

“(...)processo que coloca frente a frente as vítimas e os agentes dos crimes, para que estes sejam informados do crime praticado e da vitimização, aprendendo com os *backgrounds* uns dos outros e para que, em conjunto, se atinja um acordo sobre a “pena” a aplicar ou a “sanção de justiça restaurativa”. A justiça restaurativa devolve o conflito criminal às vítimas e aos agentes, dando-lhes o poder de formular juízos sancionatórios conjuntamente”. (*Apud* Robalo, 2012, p. 27)

Conjugando-se esses dois conceitos, pode-se abstrair que a característica básica da Justiça Restaurativa é no sentido de se pretender, em primeira ordem, a reparação dos danos

causados pela conduta ilícita e, em segunda ordem, atribuir uma pena e infligir um sofrimento punitivo ao autor do ato ilícito penal, revelando-se isso como o grande diferencial em relação ao sistema retributivo de atribuição da pena, no âmbito das medidas sancionatórias do Direito Penal.

Quanto às suas finalidades, a Justiça Restaurativa objetiva:

- a) Estabelecer uma forma de responsabilização diante do ato ilícito e lesivo;
- b) Assistência à vítima sob o aspecto moral, em especial, e material, conforme a situação e ofensa;
- c) O empoderamento das partes para solução do conflito;
- d) Uma forma de incluir o ofensor na comunidade, responsabilizando-o com questões sociais;
- e) Solidariedade e respeito mútuo entre ofensor e vítima;
- f) Humanização das relações processuais em lides penais, notadamente quando envolve o ato infracional e pessoas em peculiar condição de desenvolvimento, sendo uma forma efetiva de aplicação da proteção integral e do melhor interesse. (ROBALO, 2012)

Trata-se, na verdade, de uma forma democrática de solução do conflito de natureza penal, com o estabelecimento de responsabilidades para com a vítima e para com a sociedade, deixando de ser da competência exclusiva do Estado a solução do conflito e o reestabelecimento da ordem.

4.3 Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE) e Justiça Restaurativa

O ECA era lacunoso no sentido de prever as medidas socioeducativas, contudo, não previa o procedimento e formas para aplicação da medida socioeducativa, sendo que a Lei n. 12.594 de 18/01/2012 criou o SINASE (Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo), que corresponde a um conjunto ordenado de princípios, regras e critérios que envolvem a execução de medidas socioeducativas, com o estabelecimento de integração entre os Sistemas de atendimento dos Estados e dos Municípios, com os seus respectivos planos, políticas e programas específicos de atendimento a adolescente em situação de conflito com a lei.

A Lei do SINASE ao mesmo tempo que tem a finalidade de orientar a aplicação das medidas socioeducativas, também buscou implantar um novo modelo de aplicação da justiça penal juvenil, através da relativização do caráter retributivo-sancionador para adoção do

modelo de mediação e prática restaurativa, cujo propósito é a composição entre as partes pela mediação, sem o propósito de intervenção punitiva e aflagante por parte do Estado, em matéria de execução da medida, regulamentado essa Lei a intervenção estatal mínima, cuja intervenção deve ser necessária e com o condão de realizar os objetivos da medida a ser aplicada (art. 35, inciso VII, da Lei do SINASE).

O Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo está imbuído dessa perspectiva, segundo a qual as medidas socioeducativas aplicadas aos menores infratores devem se orientar para a ressocialização, com observância aos princípios de direitos humanos.

A Justiça Restaurativa preconiza a construção de um consenso entre as vítimas e os infratores, para a construção de uma solução aos traumas e perdas ocasionados pelo crime. Os procedimentos relativos a esse modelo, no qual a adesão voluntária das partes é imprescindível, criam a possibilidade de um acordo cujo objetivo será a solução das necessidades individuais e coletivas dos envolvidos e a reintegração social da vítima e do infrator.

A mediação em sentido amplo é um processo de negociação extrajudicial entre as partes em conflito, auxiliadas por um mediador experto, neutro e imparcial, que não interfere, apenas possibilita a comunicação entre autor e vítima, favorecendo, através das técnicas próprias de mediação, permitindo que as partes possam concretizar seus interesses, gerar alternativas e negociando-as, alcançando um compromisso e selando-os com o acordo de mediação; também nada impede que seja posta em prática na fase de inquérito, com a intervenção do Ministério Público.

A Justiça Restaurativa é um desdobramento do processo de mediação, sendo oportuno ponderar que a Justiça Restaurativa pode ser aplicada antes ou depois da imposição da medida socioeducativa, logo, no processo de apuração do ato infracional, a mediação e prática da justiça restaurativa pode ser determinada pelo Juiz da Infância que atua na causa.

Na sua essência valorativa, a mediação penal com a prática da justiça restaurativa, integra uma das facetas do sistema de proteção integral e melhor interesse que norteia todos os direitos e garantias fundamentais do adolescente infrator, que segundo as Regras de Beijing, incorporadas pela Lei do SINASE, o menor infrator deve receber intervenção penal mínima, destacando-se a excepcionalidade da intervenção judicial e imposição das medidas socioeducativas.

A Lei do SINASE permite a adoção de um modelo de reparação que envolva a mediação de conflitos, com a prática da Justiça restaurativa, devendo, inclusive atender aos interesses e necessidades da vítima; tratando-se a justiça restaurativa de um princípio que

norteia a execução das medidas socioeducativas e, nesse sentido, o artigo 35, incisos II e III da Lei do SINASE dispõe que a execução das medidas socioeducativas, dentre outros, tem como princípios: *“a excepcionalidade da intervenção judicial e da imposição de medidas, favorecendo-se meios de autocomposição de conflitos”* (inciso II); *“prioridade a práticas ou medidas que sejam restaurativas e, sempre que possível, atendam às necessidades das vítimas”*(inciso III).

A Lei do SINASE assume a característica bivalente pois está vinculada tanto ao direito penal juvenil com o regramento da execução das medidas socioeducativas como à prática da justiça restaurativa, exaltando a condição do adolescente infrator de sujeito de direitos e deveres, contudo, estabelecendo política de atendimento e acolhimento que contempla os direitos humanos conquistados ao longo da história da infância.

4.4 Justiça Restaurativa e Justiça Penal-Juvenil: caráter educativo da Justiça Restaurativa

A mediação penal em relação ao adolescente se caracteriza como uma forma de se evitar ou terminar um processo de natureza penal, caracterizando uma forma de solução do conflito e, concomitantemente, assume um caráter educativo porque leva o infrator a compreender o porque da proibição e do prejuízo que causa a sua conduta ilícita, bem como os reflexos na sua vida e na sua convivência social, cujo caráter educativo abarca como resultado uma diminuição da reincidência no cometimento do ato infracional.

A Justiça Restaurativa, como mediação penal, caracteriza-se como um processo de negociação extrajudicial entre as partes em conflito, com a intervenção de um mediador, neutro e imparcial que possibilitará a comunicação entre as partes, com técnicas próprias de mediação, atendendo aos interesses de ambas as partes através de alternativas negociadas, resultando em acordo de mediação.

A educação é um direito humano inarredável da condição humana, e antes de formar para a convivência social, segundo a filosofia de Durkheim, estabelece um elo entre o homem e a família, entre o homem e o meio em que vive, não se limita a transmissão de conhecimentos, valores, normas e de saberes, muito mais que um processo de recepção, a educação é processo de transformação da pessoa e de suas ações (apud FORACCHI,1971, p.35), com a função libertadora, nos moldes da pedagogia de Paulo Freire, preparando a pessoa para assunção de responsabilidades para com o outro e para com a sociedade, com o despertar para a consciência cidadã e social.

A educação, além de ser a base para a construção da cidadania e de uma sociedade justa, fraterna e solidária, não deixa de ser um processo inerente a toda pessoa humana, sendo na ordem natural um direito da pessoa, elementar para tornarem efetivos todos os ditames do Estado Democrático de Direito, dentre eles, o da dignidade da pessoa humana (art. 1º., III, da CF).

Quando se estabelece uma correlação entre educação e Justiça Restaurativa visa-se um modelo de formação integral, ou seja, aquela que abrange a formação da pessoa humana e com base em valores humanos, preparando o adolescente para o convívio harmônico na sociedade com base em valores humanos que convergem para o respeito e consideração ao próximo, manifestação do espírito solidário e humano.

A Justiça Restaurativa é um mecanismo de educação que desenvolve competências práticas que leva à consciência e conscientização do ato lesivo cometido pelo adolescente infrator, exigindo uma ação e intervenção ao mesmo tempo e de forma responsável, apreendendo conceitos e exteriorizando em forma de vivência os direitos humanos, que sejam capazes de proporcionar reflexão e restaurar valores.

A medida socioeducativa tem muito mais o caráter coercitivo e punitivo do que educativo (LIBERATI, 2013, p. 118). Contudo, o SINASE atribui o caráter educativo à medida socioeducativa, conforme o estabelecimento da solução da Justiça Restaurativa, no âmbito da execução da medida socioeducativa, ou seja, uma maneira de atender os ditames da proteção integral e o melhor interesse da criança e do adolescente, consagrados pela Constituição da República Federativa do Brasil vigente, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, entre outras legislações.

A prática da Justiça Restaurativa na execução da medida socioeducativa tem uma finalidade educativa. Sem dúvida, objetiva a educação do infrator jovem e/ou adolescente, com a finalidade da sua inserção social, de maneira consciente, digna e responsável, humanizando-se as relações processuais, em lides penais, que envolvam pessoas em peculiar condição de desenvolvimento.

A finalidade retribucionista da medida socioeducativa enquanto pena, cumpre uma função simbólica de compensação, não restabelecendo situação originária, enquanto que o processo de justiça restaurativa e a mediação podem cumprir referido papel, lembrando que a finalidade da medida é educativa e a educação para ressocialização é elementar à prevenção e não reincidência.

A adoção de um sistema de justiça pela mediação-conciliação-reparação e restauração tem um caráter preventivo especial e prima por uma alternativa válida e de diversificação de solução do conflito envolvendo o adolescente infrator, evitando uma reação estatal e adotando medidas educativas e de cunho social que buscam a proteção integral e especial do adolescente e ao mesmo tempo a satisfação dos interesses da vítima.

Conclusão

Concluindo, denota-se que em matéria de direitos infanto-juvenis existe um sistema normativo consolidado, tanto no âmbito internacional como no âmbito interno que declara direitos fundamentais destinados à criança e ao adolescente, como também impõe um *facere* a cargo da família, da sociedade e do Estado, em obediência à proteção especial integral e especial, bem como em obediência ao melhor interesse e a prioridade absoluta destes personagens.

No âmbito da justiça penal juvenil, o Brasil cumpre, parcialmente, o sistema de proteção consagrado pelas normativas internacionais, não obstante o ECA discipline o tratamento especial, no âmbito da justiça menorista, atribuindo tratamento diferenciado ao adolescente infrator, com a imputação de medidas socioeducativas de caráter retributivo, de reinserção e de finalidade educativa. No entanto, o Estatuto da Criança e do Adolescente carece de medidas de execução de referidas medidas, notadamente, das que preveem a possibilidade de mediação, na esfera da justiça penal juvenil, por meio da Justiça Restaurativa, conforme previsto nas Regras Mínimas de Beijing.

Nesse sentido, afirma-se que a Justiça Penal Juvenil no Brasil evoluiu com a Lei do SINASE, ajustando-se às normativas internacionais que orientam a aplicação de medidas mais severas e gravosas, prestigiando a prática da Justiça Restaurativa.

Conclui-se, ainda, que não basta declarar direitos e criar normas que regulamentem direitos fundamentais. Necessário o estabelecimento de mecanismos e ações que visem a plena efetivação dos direitos fundamentais infanto-juvenis e, nesse sentido, o maior desafio deixou de ser considerado o da implantação da Lei do SINASE - criada para regulamentar a execução das medidas socioeducativas – passando a ser o desafio da efetiva implantação dessa Lei que integra o sistema de direitos e garantias do adolescente, em conflito com a lei.

Referências

ALEXEY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. 2ª. ed.(5ª. ed. Alemã). São Paulo: Malheiros, 2009.

ALKIMIN, Maria Aparecida. **Violência sexual contra a criança e o adolescente: abordagem da violência sexual intrafamiliar de acordo com o sistema de proteção jurídico-legal brasileiro e português**. Curitiba: CRV, 2016.

ARIÉS, Philippe. **História Social da Criança e da Família**. 2.ed. Trad. Dora Flaksman. Rio de Janeiro: JC Editora, 1981.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Nova Ed.Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Apresentação Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

FORACCHI, Marialice et al. **Educação e Sociedade: Leituras de sociologia da educação**. 6ª. edição. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1971.

ISHIDA, Valter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente: doutrina e jurisprudência**. 15. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2014.

JUNQUEIRA, Ivan de Carvalho. **Ato infracional e Direitos Humanos. A internação do adolescente em conflito com a lei**. Campinas, SP: Servanda, 2014.

KRETER, Mônica Luiza de Medeiros. O princípio do melhor interesse face aos maus-tratos decorrentes do incesto. In: SILVA PEREIRA, Tânia da (coord.). **O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Adolescente e ato infracional: medida socioeducativa é pena?** 2.ed.São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

OLIVERT, Montserrat Corbalán; GÁLVEZ, María A. Moreno. **Reincidencia y Mediación en menores**. Barcelona, Espanha: Bosch Editor, 2013.

PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.).**O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ROBALO, Teresa Lancry de Gouveia de Albuquerque e Sousa. **Justiça Restaurativa: um caminho para a humanização do Direito**. Curitiba: Juruá, 2012.

SCHECAIRA. Sérgio Salomão. **Sistema de Garantias e o direito penal juvenil**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

VILLAS Bôas, Regina Vera e LIMA Andreia M.B.R de. **A judicialização da saúde, o respeito à vida e à dignidade da pessoa humana no contexto das políticas públicas nacionais**. Revista Direito & paz – UNISAL/Lorena (SP). Ano XVII, nº 32, 1º Sem/2015, pp. 33-72.

