

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 494

(ano VII)

(03/12/2015)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2015

Conselho Editorial

**COORDENADOR GERAL (DF/GO/ESP) -
VALDINEI CORDEIRO COIMBRA:**
*Fundador do Conteúdo Jurídico. Mestre em
Direito Penal Internacional Universidade
Granda/Espanha.*

*Coordenador do Direito Internacional
(AM/Montreal/Canadá):* **SERGIMAR
MARTINS DE ARAÚJO** - *Advogado com
mais de 10 anos de experiência. Especialista
em Direito Processual Civil Internacional.
Professor universitário*

Coordenador de Dir. Administrativo:
**FRANCISCO DE SALLES ALMEIDA
MAFRA FILHO (MT):** *Doutor em Direito
Administrativo pela UFMG.*

*Coordenador de Direito Tributário e
Financeiro -* **KIYOSHI HARADA (SP):**
*Advogado em São Paulo (SP). Especialista
em Direito Tributário e em Direito Financeiro
pela FADUSP.*

Coordenador de Direito Penal - **RODRIGO
LARIZZATTI (DF/Argentina):** *Doutor em
Ciências Jurídicas e Sociais pela
Universidad del Museo Social Argentino -
UMSA.*

País: *Brasil.* Cidade: *Brasília – DF.*
Contato: editorial@conteudojuridico.com.br
WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLONISTA DO DIA



03/12/2015 Kiyoshi Harada

» [Não cumulatividade do PIS/COFINS. É princípio constitucional?](#)

ARTIGOS

03/12/2015 Thífani Ribeiro Vasconcelos de Oliveira

» [A mediação como instrumento impulsionador da transição do paradigma da culpa para o paradigma da responsabilidade](#)

03/12/2015 Edison Roberto Fonseca Frazão Júnior

» [A Lei da Palmada e os limites da intervenção estatal na família](#)

03/12/2015 Alice Saldanha Villar

» [A vedação do cabimento de mandado de segurança contra "lei em tese"](#)

03/12/2015 João Baptista Herkenhoff

» [Ditaduras não são eternas](#)

03/12/2015 Roberto Monteiro Pinho

» [Morosidade é estímulo para fraude processual](#)

03/12/2015 Tauã Lima Verdán Rangel

» [Destaques à Carta de Cracóvia \(2000\): Princípios para a Conservação e o Restauro do Patrimônio Construído](#)

NÃO CUMULATIVIDADE DO PIS/COFINS. É PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL?

KIYOSHI HARADA: Advogado em São Paulo (SP). Especialista em Direito Tributário e em Direito Financeiro pela FADUSP. Professor de Direito Tributário, Administrativo e Financeiro. Conselheiro do Instituto dos Advogados de São Paulo. Presidente do Centro de Pesquisas e Estudos Jurídicos. Membro do Conselho Superior de Estudos Jurídicos da Fiesp. Ex Procurador-Chefe da Consultoria Jurídica do Município de São Paulo.

A não cumulatividade do PIS/COFINS é um princípio constitucional ou é mera técnica de tributação? Examinemos a questão à luz do § 12, do art. 195 da CF incluído pela Emenda Constitucional nº 42/03 e da legislação vigente.

A Lei nº 10.637, de 30-12-2002, fruto da conversão da MP nº 66, de 29-8-2002, estabeleceu a tributação não cumulativa para o PIS para os setores especificados, aumentando a alíquota de 0,65% para 1,65%.

A Lei nº 10.833 de 29-12-2003, resultado da conversão da MP nº 135, de 30-10-2003, estabeleceu a tributação não cumulativa da COFINS para os setores especificados, aumentando a alíquota de 3% para 7,6%.

Finalmente, a Lei nº 10.865, de 30-4-2004 que resultou da conversão da MP nº 164, de 29-1-2004, instituiu o PIS-importação e a COFINS-importação não cumulativo mediante a aplicação das alíquotas de 1,65% e 7,6%, respectivamente.

O § 12, do art. 195, da CF introduzido pela EC de nº 42, de 19-12-2003 tem a seguinte redação:

“A lei definirá os setores de atividade econômica para os quais as contribuições incidentes na forma dos incisos I, b; e IV do *caput*, serão não cumulativas.”

A doutrina vem discutindo se a não cumulatividade dessas contribuições sociais tem ou não fundamento constitucional. A tese que sustenta a inexistência de fundamento constitucional baseiam-se em três razões adiante mencionadas:

- (a) as legislações antecederam a previsão do § 12, do art. 195 da CF no que diz respeito às duas primeiras contribuições de seguridade social;
- (b) o § 12 não contém densidade jurídica suficiente para a implementação do princípio da não cumulatividade;
- (c) o § 12 não seria aplicável à contribuição do PIS/COFINS-importação que se resume em uma única operação, que tem como fato gerador a entrada de bens estrangeiros no território nacional ou o pagamento, o crédito, a entrega, o emprego ou a remessa de valores a residentes ou domiciliados no exterior como contraprestação do serviço prestado (art. 3º).

A primeira objeção não me parece pertinente. Sé é verdade que não havia previsão de não cumulatividade antes da Emenda 42/03 é verdade, também, que não havia qualquer vedação constitucional expressa ou implícita que proibisse o legislador ordinário de conferir a não cumulatividade das contribuições sociais referidas. Após a Emenda nº 42/03 a não cumulatividade passou a ser obrigatória.

A segunda objeção, consistente na falta de densidade jurídica do § 12, do art. 195 da CF, também não é suficiente para afastar o fundamento constitucional da não cumulatividade. A Lei Maior conferiu ao legislador ordinário a faculdade de definir com margem de discricção os setores da atividade econômica a serem submetidos ao regime não cumulativo. Margem de discricção, evidentemente, não dispensa a observância dos princípios

constitucionais tributários, como o da isonomia que em última análise resulta do princípio da razoabilidade, um limite imposto à ação do próprio legislador.

A terceira objeção, de fato, é pertinente. Em princípio, difícil pensar em não cumulatividade do PIS/COFINS-importação em que há uma única incidência. A não cumulatividade pressupõe várias operações onde há incidência de tributos. Pressupõe tributação em cascata que o princípio da não cumulatividade visa eliminar. Pode-se, contudo, argumentar que se houver uma única incidência na entrada do produto ou do serviço importados não haverá tributação cumulativa, com ou sem previsão constitucional. Tributo de incidência monofásica é uma forma de manifestação da tributação não cumulativa. É o caso do PIS/COFINS-importação, pois não se pode cogitar de fase anterior à importação em razão do princípio da territorialidade das normas legais.

Não há, pois como afastar o fundamento constitucional da não cumulatividade. O que se pode discutir é se a não cumulatividade de que trata o § 12, do art. 195 da CF é a mesma do IPI e do ICMS, onde ela aparece como um princípio constitucional de aplicação cogente, ou de simples técnica de tributação dependente de regulamentação.

Para muitos autores, como Hugo de Brito Machado, Yoshiaki Ichihara e Marilene Talarico Martins Rodrigues, dentre outros, a não cumulatividade do PIS/COFINS é a mesma do estabelecido constitucionalmente para o ICMS e IPI apesar de as legislações dessas contribuições sociais serem anteriores ao advento da EC nº 42/03 que introduziu a não cumulatividade para essas contribuições. A faculdade do legislador ordinário residiria para esses autores apenas na eleição dos setores da atividade econômica a serem tributados pelo regime não cumulativo.^[1] Para eles o fundamento constitucional da não cumulatividade dessas

contribuições sociais deve ser buscado no princípio da não cumulatividade do ICMS e do IPI.

Humberto Ávila, também, na palestra inaugural do XXXVIII Simpósio Nacional de Direito Tributário, que tratou de temas controvertidos do PIS/COFINS, entendeu que a não cumulatividade prevista no § 12, do art. 195 da CF é um princípio constitucional e como tal é inconstitucional as contribuições sociais – PIS/COFINS – que sejam cumulativas.^[2] Foi muito além da dicção do § 12, do art. 195 da CF que não determinou a aplicação do regime não cumulativo indistintamente a todos os setores da atividade econômica.

Se for um princípio constitucional, a não cumulatividade de que trata o § 12 deveria permitir a compensação da contribuição cobrada na anterior operação de faturamento ou receita, inclusive, com destaque de seu valor na respectiva nota fiscal. Entender o contrário seria desconstitucionalizar o princípio da não cumulatividade que está no art. 153, § 3º, II e no art. 155, § 2º, I da CF.

Sabidamente, as Leis nºs 10.637/02 e 10.833/03 não adotaram a mesma sistemática utilizada pelo legislador constituinte original, pois não permitem a compensação das contribuições incidentes nas etapas anteriores com aquelas devidas nas operações posteriores. Pelo contrário, prescrevem a apuração do montante das contribuições devidas para ao depois procederem aos descontos dos créditos correspondentes à aplicação das alíquotas indicadas na legislação sobre o valor dos bens, serviços e demais despesas incorridas durante o mês.

Mesmo porque a não cumulatividade dessas contribuições sociais foi instituída antes da determinação constitucional de definir os setores da atividade econômica a serem tributados pelo regime não cumulativo. Assim, descabe falar em

vinculação do legislador infraconstitucional à hipótese de incidência dessas contribuições para traçar os parâmetros da não cumulatividade, isto é, considerando o faturamento ou a receita bruta, como sustentado por alguns autores apegados ao regime não cumulativo do IPI/ICMS. E mais, além de definir os setores atingidos pelo regime não cumulativo dele excluiu de antemão as pessoas jurídicas tributadas pelo imposto de renda com base no lucro presumido, assim como as empresas optantes do SIMPLES, independentemente do tipo de atividade econômica exercida, consoante escrevemos.^[3]

Entretanto, indubitável que a finalidade da não cumulatividade nos termos previstos na Constituição é a de livrar produtos e serviços da superposição de cargas tributárias eliminando as chamadas incidências em cascatas. Dessa forma, a legislação ordinária não pode deixar de reconhecer, para os setores definidos, o direito de deduzir todos os créditos e as despesas necessárias à geração de receitas sobre as quais incidem as contribuições. Do contrário, a não cumulatividade mediante a elevação das alíquotas para 1,65% e 7,6%, para o PIS e para a COFINS, respectivamente, não passaria de mero expediente utilizado pelo legislador constituinte derivado para promover o aumento brutal da carga tributária, na contramão da situação conjuntural que está a exigir a diminuição da pressão tributária na busca do desenvolvimento econômico do País.

E sabidamente, a intenção do legislador constituinte, ao prescrever o regime não cumulativo para os setores que venham a ser definidos por lei visou desonerar produtos e serviços incentivando o desenvolvimento desses setores, impondo-se, dest'arte, a dedução de todos os insumos. O grande problema é que não há na legislação ordinária a definição dos insumos passíveis de dedução na apuração do montante da contribuição social a ser

recolhida. Daí a dificuldade e a insegurança jurídica gerando intermináveis discussões administrativas e judiciais.

O certo é que a mais Alta Corte do País já decidiu pela recepção das Leis nºs. 10.637/02 e 10.865/03. Só resta à jurisprudência definir os contornos dessa técnica de tributação não cumulativa para por cobro às dúvidas e incertezas que vêm tomando tempo precioso dos contribuintes em geral e dos órgãos administrativos de julgamento e dos tribunais.

O alcance e o conteúdo da não cumulatividade das contribuições sociais na forma prevista no § 12, do art. 195 da CF serão definidos pelo STF que irá analisar o conceito de insumos para o efeito da obtenção do resultado não cumulativo do PIS e da COFIN no Agravo em Recurso Extraordinário em que já reconheceu a existência de repercussão geral.^[4]

Notas:

^[1] O posicionamento desses autores e de outros no mesmo sentido foram expostos no XXXVIII Simpósio Nacional de Direito e acham-se publicados no livro *Pesquisas tributárias – aspectos polêmicos de pis-cofins*. São Paulo: Lex Magister 2013.

^[2] *In Pesquisas tributárias, aspectos polêmicos do imposto de renda e proventos e qualquer natureza*. São Paulo: Lex Magister, 2014, p. 25.

^[3] Cf.,. nosso *Direito financeiro e tributário*, 23 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 367.

^[4] ARE nº 790928, Relo. Min. Luiz Fux, *DJe* de 4-9-2014.

THÍFANI RIBEIRO VASCONCELOS DE OLIVEIRA: Advogada. Mestranda em Direito Processual Civil pela Universidade Federal da Bahia. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade Baiana de Direito. Graduada em Direito pela Universidade Federal da Bahia.

A mediação como instrumento impulsionador da transição do paradigma da culpa para o paradigma da responsabilidade

RESUMO: O presente trabalho visa estudar a mediação como elemento principal para a mudança do paradigma de reação ao delito ligado à culpa para o voltado à responsabilidade das partes – principalmente para a autoresponsabilidade. Para tanto, o ponto inicial é a análise do atual modelo de reação ao conflito – paradigma da culpabilidade, em que é abordada as suas características e peculiaridades, fala-se, também, sobre a crise de legitimidade em que se encontra o referido modelo. Frente a este cenário, a mediação, um dos instrumentos utilizados pela Justiça Restaurativa aparece como uma alternativa para o caos e elemento impulsionador para o surgimento de um novo paradigma para a resolução dos crimes, agora pautado na autoresponsabilidade e no viés transformativo. A metodologia utilizada é a analítica bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE: Modelos de reação ao crime. Culpabilidade. Mediação Penal. Autoresponsabilidade. Mudança de Paradigma.

ABSTRACT: This work aims to study mediation as a key element to change the paradigm reaction to crime linked to blame for facing the responsibility of the parties - mainly for autoresponsabilidade. Thus, the tip starting foot is the analysis of the current response model to the conflict - the guilt paradigm, in which it is addressed their characteristics and peculiarities, there is talk, too, about the crisis of legitimacy that is that model. Given this scenario, mediation, one of the instruments used by the Restorative Justice is an alternative to chaos and the stimulus for the emergence of a new paradigm for solving crimes, now ruled in

autoresponsabilidade and transformative bias. The methodology used is the analytic literature.

KEY WORDS: Reaction models crime. Guilt. Criminal mediation. Autoresponsabilidade. Paradigm shift.

SUMÁRIO: Introdução; 1 – O paradigma moderno de reação ao delito – paradigma da culpa; 2 - A mediação; 2.1. A mediação no âmbito penal: instrumento da justiça restaurativa; 3 - O paradigma da responsabilidade e o papel da mediação; Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO.

O conflito é um fenômeno que têm um potencial de desagregação, pois é o cerne para a mudança pessoal e social, além de ser um sinal de aviso, sobre as insatisfações e os problemas que permeiam a sociedade. Por isso que lhe deve ser dada atenção a fim de evitar o comprometimento da paz social e da estrutura estatal.

E o modo como o Estado brasileiro encontrou para pacificar a sociedade, mantendo-a unida, coesa, regulada, e, também, extrair do conflito as suas melhores consequências foi trazendo para si a atribuição de dar as soluções aos litígios, através do Poder Judiciário, investido como o Estado-Juiz, utilizando-se da jurisdição e do processo como instrumentos. Ao fazer isso, passou a monopolizar a Jurisdição e ditar o direito para cada caso concreto de forma impositiva. Tenta-se neutralizar o conflito com a aplicação forçada do direito.

Todavia, o atual sistema processual pautado na retribuição e no paradigma da culpa, que tem por escopo o mero encerramento do conflito, apresentou-se com o passar do tempo cada vez mais desatualizado, aleatório à realidade vigente e extremamente burocrático o que o transformou em um aparato ineficaz, ineficiente, chegando-se ao ponto de em alguns casos serem obsoletos.

Em face deste cenário, surgiu um movimento que propõe a utilização de outras modalidades de resolução dos conflitos, visando desafogar o judiciário e dar a solução adequada para cada caso concreto, exalta, para tanto, a mediação como um modelo inteligente e útil para resolver os conflitos.

Assim, o objetivo do presente estudo é analisar o instituto da mediação com foco na sua vocação para a resolução de conflitos, principalmente o seu papel na transformação do paradigma de reação ao delito. A metodologia adotada é a pesquisa bibliográfica, parcialmente exploratória, e que parte-se de um esboço histórico sobre o conflito e as formas como este foi resolvido no decorrer da história, além de informar as outras modalidades existentes de resolver o conflito.

1. O PARADIGMA MODERNO DE REAÇÃO AO DELITO – PARADIGMA DA CULPA

O Direito Penal surgiu como um instrumento a ser utilizado pelo Estado, para manter a paz e a harmonia social, restaurando a ordem pública e jurídica após o cometimento de um crime. Para tanto, tutela os bens jurídicos dos indivíduos que convivem em sociedade.

Este ramo do direito tem, por objeto, comportamentos humanos descritos de forma positiva ou negativa, em tipos legais de condutas proibidas. E, por missão, a proteção dos valores fundamentais para a existência do indivíduo, da sociedade organizada e da manutenção do corpo social, tais como vida, saúde, liberdade, propriedade, que são os denominados bens jurídicos.

Neste diapasão, crime e contravenção são concebidos como condutas humanas tipicamente previstas no Código Penal (condutas típicas) que violam os bens judicialmente tutelados (antijurídicas) e que devem ser compelidas pelo Estado (culpáveis).

Para dar respostas aos crimes, o paradigma moderno utiliza a lógica da heterocomposição, especificadamente, da jurisdição, em que o Estado regulador, substituindo a vontade da vítima, em alguns casos, propõe a ação penal, e, ao final, determina a solução para o conflito apresentado, aplicando, da melhor forma possível, o direito ao caso concreto e “alcançando a justiça”, além de proteger os bens jurídicos mais relevantes.

Todavia, impende ressaltar que além da heterocomposição, existem outras modalidades de resolução de conflitos, como por exemplo, a autocomposição e autotutela. A última é muito criticada por trazer em seu âmago a vingança privada, por isso é pouco utilizada, enquanto que a outra nunca foi muito estimulada por representar, de certa forma, a ausência do Estado.[\[1\]](#)

E para proteger os bens jurídicos, utilizando-se da heterocomposição, o paradigma moderno de resolução usa a lógica de retribuir ao infrator todo o mal causado, devendo este arcar com as consequências pela conduta praticada.

O paradigma retributivista, pauta-se na aplicação de uma sanção, que pode ser uma pena ou uma medida sócio-educativa, variando a depender da agressão cometida para se adequar ao caso concreto, ou seja, do grau de reprovabilidade da conduta praticada.

Sobre a origem da pena Beccaria (BECCARIA, 2009, p. 18/19) assevera que as leis foram às condições sob as quais homens independentes e isolados se uniram, formando uma sociedade, cansados de viver em contínuo estado de guerra e de ter uma liberdade sem a certeza de que podiam conservá-la. Sacrificam-se para poder usufruir dessa liberdade com segurança e tranquilidade. O autor salienta ainda que como o homem não se satisfaz só com a porção que lhe cabe, tentando, sempre, apoderar-se da dos outros, fez-se necessário à criação de limites – penas impostas aos infratores das leis.

A finalidade da aplicação de uma pena é para antes de qualquer coisa punir o infrator pelo ato praticado, depois evitar futuras práticas criminosas e reincidências, dar uma solução para o crime e, por fim, "fazer a justiça".

Os defensores do sistema retributivo, ao contrário, defendem que a pena tem como finalidade a pacificação social, mas, diante do sistema penal brasileiro, é de fácil constatação que, em verdade, a pena, se apresenta como uma sanção que traz em seu âmago, castigo e punição. É um modo de repressão disfarçado pelo discurso da manutenção da paz social e a harmonia entre os membros da sociedade.

O grau de reprovabilidade que guiará a cominação de uma pena deve ser medida pelo terceiro elemento caracterizador do crime – a culpabilidade. Tal elemento, diferente dos outros (fato típico e antijuridicidade) não está direcionado ao fato ocorrido, mas, especificadamente, com o agente infrator, é o chamado *juízo de reprovação pessoal*.

Como no paradigma moderno de reação ao delito vige a máxima "*nullum poena sine culpa*", ou seja, nula pena se não existe culpa, o Direito Penal e, por sua vez, a cominação de uma penalidade volta os seus olhos para o elemento subjetivo do conceito de crime (culpabilidade), já que os outros (objetivos) focam no fato ocorrido.

Caminhou-se da vingança privada indiscriminada, da responsabilização sem culpa do "*direito penal de sangue*", para um sistema preocupado com a manifestação de vontade do agente infrator e com a censura social do ato praticado. Foi abandonada a ideia da responsabilidade objetiva, aquela em que a cominação de uma sanção decorria, tão somente, da simples relação entre o dano causado e a conduta do indivíduo.

A culpabilidade para a doutrina brasileira é encarada como o elemento mais importante do conceito analítico de crime, pois o Direito

Penal ao abandonar o viés da responsabilidade pelo resultado ou responsabilidade objetiva, debruçou-se sobre a responsabilidade pessoal dos agentes envolvidos.

Segundo Claudia Santos (SANTOS, 2014, p. 414):

“A culpa é, nessa medida, um pressuposto imprescindível para se poder afirmar a responsabilidade penal do sujeito, porque é ela que permite sustentar o merecimento de uma pena por parte daquele agente e só esse merecimento de punição é ainda coerente com a afirmação da dignidade da pessoa que é punida.”

Para Paulo Queiroz (QUEIROZ, 2015, p. 359), “*princípio da culpabilidade é sinônimo do princípio da responsabilidade penal pessoal/subjetiva, significando que nenhuma pena passará da pessoa do agente do crime*”.

Corroborando o exposto acima, Cláudio Brandão (BRANDÃO, 2010, p. 223) aduz:

“Quando se diz que a culpabilidade é um juízo de reprovação pessoal, diz-se que a mesma é um juízo que recai sobre a pessoa. Por isso diz-se que a culpabilidade é o elemento mais importante do crime, porque o Direito Penal há muito abandonou a responsabilidade pelo resultado, ou responsabilidade objetiva, para debruçar-se sobre a responsabilidade pessoal. Na referenciada responsabilidade objetiva não se fazia nenhuma indagação sobre os motivos que levaram o agente a cometer o delito, mas somente interessava o resultado de dano.”

Assim, a culpabilidade é compreendida como um juízo de reprovação que avalia a relação entre o infrator e o fato praticado, questionando *(i)* se existia possibilidade da conduta não ser praticada, *(ii)* ser realizada em conformidade com a ordem jurídica, ou *(iii)* se o mal cometido poderia ser evitado.

A ideia que norteia o paradigma da culpa é que a pena que deverá ser aplicada ao final do processo penal deverá ser proporcional ao grau de culpa atribuído ao agente infrator, já que não haverá pena se a conduta praticada não for reprovável pelo ordenamento jurídico.

Impende ressaltar que a culpabilidade sendo uma censura, somente existirá se o autor poderia ter se comportado conforme o direito, mas optou por contrariá-lo, quando, a depender das circunstâncias, o agente não puder agir de acordo com o previsto no ordenamento jurídico, sobre ele não poderá recair qualquer juízo de reprovação.

A culpabilidade no ordenamento jurídico brasileiro possui diversos escopos, tal como princípio da culpabilidade, da não-culpabilidade, crime culposo, culpabilidade como circunstância judicial e como elemento do conceito analítico de crime, por isso que é difícil conceituar este instituto. A definição como veremos abaixo, dependerá da teoria norteadora que se adotar.

De antemão, ressaltamos que, para o presente trabalho, as concepções mais importantes serão da culpabilidade como *(a)* elemento subjetivo do conceito de crime, pois nela está arraigada a ideia da responsabilização pessoal, a análise da vontade e das circunstâncias que fizeram o agente a praticar determinado ato, pois investiga-se o dolo e/ou culpa e *(b)* como circunstância judicial, pois aqui está consubstanciado o princípio da proporcionalidade, a limitação da aplicação da pena, a análise dos agravantes e atenuantes.

Voltando a definição, a culpabilidade, na seara penal, pode ser conceituada de diversas formas:

Para a teoria psicológica, na lição de Franz Von Liszt, a culpabilidade é o nexó psíquico que liga o delito ao seu autor, fazendo-o penalmente responsável. Esta vertente se prende ao estado mental do autor do delito, tomando como base aqueles fatos que foram reconhecíveis por meio da observação e acessíveis a uma descrição. (MELLO, 2010, p. 119)

Somente a partir da teoria normativa, houve a separação entre dolo e a culpa [2] da culpabilidade, que até então eram considerados como espécies daquela. E, então, a culpabilidade, passou a ser vista como um juízo de censura que se faz ao autor pela prática de um fato danoso que, talvez, pudesse ter sido evitado.

Esta estrutura da tipicidade dentro da teoria do crime é herança deixada pelo finalismo de Welzel, que se distanciando da sistemática até então defendida, foi responsável pela retirada do dolo e da culpa da culpabilidade, sendo estes transferidos para a conduta do agente, característica do fato típico, para que dessa forma a verificação da tipicidade passasse a ser objetiva e subjetiva.

Neste sentido, ressalta Flávio Augusto (BARROS, 2011, p. 372) que, segundo esta teoria:

“[...] Exclui-se a culpabilidade quando não se pode exigir do agente um comportamento conforme o direito.

Essa doutrina não expurgou da culpabilidade o nexó psicológico (dolo e culpa), que liga o fato ao seu autor. Todavia, a culpabilidade deixou de ser apenas esse nexó psicológico para ser a valoração desse nexó em relação às exigências de uma norma.”

Já para a chamada teoria normativa pura ou extrema ou estrita, o dolo e a culpa integram o tipo penal, localizando-se dentro da conduta

humana. No nosso Código Penal, como exemplos, podemos citar o erro escusável ou inescusável.

Há ainda a limitada, que se aproxima da normativa pura, na medida em que utiliza os mesmos elementos estruturais da culpabilidade (imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa), mas se diferenciam, pois esta teoria trata as discriminantes putativas de modo diverso. A posição da antijuridicidade na estrutura do tipo legal é que diferenciará estas vertentes.

A culpabilidade ao se apresentar como o elemento que, de certa forma, dirá se o sujeito poderá ou não ser punido pela infração que cometeu, constitui, também, circunstância judicial, pois esta deve ser considerada no momento da averiguação se o fato que ocorreu, apesar de ser típico e antijurídico não está enquadrado em uma das hipóteses de exclusão da culpabilidade do agente, bem como servirá de baliza para a individualização da pena.

O nosso Código Penal, excepcionou algumas hipóteses em que existiria uma excludente da culpabilidade, ou seja, situações que em que pese existir fato típico e antijurídico, o agente infrator não seria apenado, pois ao autor não restou alternativa a não ser praticar o ato criminoso. Essas situações são: **(a)** inimputabilidade decorrente de alienação mental, **(b)** menoridade penal, **(c)** coação moral irresistível, **(d)** obediência hierárquica, **(e)** embriaguez – voluntária e involuntária e **(f)** emoção e paixão. (QUEIROZ, 2015, p. 376/387)

Além de ser importante para a configuração do crime, a culpabilidade é imprescindível na prolação de uma sentença condenatória, quando o juiz, deverá atentar para as circunstâncias previstas no art. 59 do Código Penal e, além de individualizar a pena, deverá utilizar tal elemento como a efetivação do princípio da proporcionalidade.

Assim, o paradigma moderno, essencialmente, retributivista, fundado no princípio da culpabilidade e na máxima de que não existe pena se não há culpa, não se preocupa com a efetiva resolução do delito, nem com a autoresponsabilidade do agente, apenas em punir o infrator, desde que este tenha agido com dolo ou culpa, preocupa-se em não punir um inocente e que a aplicação da sanção seja proporcional ao mal causado.

Entretanto, na prática o que se vê é um total desvirtuamento, já que a pena é usada como um mecanismo de autoafirmação do Estado através da sistemática penal. A pena transforma-se na expressão do poder punitivo do Estado, imposta ao sujeito que viola o ordenamento jurídico-penal, podendo assumir diversas modalidades, porém, sempre, visando retribuir todo o mal causado, olvidando-se das demais finalidades.

Na teoria, até poética, o processo penal deveria ser utilizado pelo Estado para ele, valendo-se da sua condição de superioridade, investigar o caso e, ao final, constatando que o agente não poderia agir de outra forma, apenando-o na exata medida da sua culpabilidade, nem a mais para não ser arbitrário e nem a menos para não gerar uma sensação de impunidade no restante da sociedade.

Entretanto, na prática, as sanções são punições impostas pelo Estado ao infrator considerado culpado pela prática de um ato criminoso, completamente desproporcionais com a conduta praticada ou com o dano causado, revestindo verdadeiro papel de legitimadores e reafirmadores do poder estatal.

Ao privar a liberdade de um indivíduo, se procura evitar a ocorrência de novos delitos, retirando do meio da sociedade o sujeito que trouxe a desordem, protegendo-a e possibilitando a reforma do infrator. Todavia, com o passar dos anos, constatou-se que só a prisão era insuficiente para se extrair algum efeito positivo sobre o apenado, pois isso dependia de outros fatores conjugados. Diante do cenário atual de violências generalizadas, agressões imotivadas, faz-se necessário uma medida que permita uma ressocialização concreta e eficaz.

O insucesso constatado a partir da aplicação da pena privativa de liberdade gerou um movimento contrário à sua aplicação. Busca-se agora repensar as necessidades da sociedade em face da utilidade, efetividade e finalidade desta sanção. Procura-se, aperfeiçoar esta penalidade e aplicá-la somente quando necessária e, tentar substituí-la, quando possível e recomendável.

A pena deveria ser proporcional à culpa do sujeito e as circunstância do fato ocorrido, todavia, na prática o que se vê é o Estado se valer da pena privativa de liberdade para todos os problemas, usa este espécie como resposta para todo e qualquer delito, independente das circunstâncias, por acreditar que ao privar a liberdade de um indivíduo se alcançariam as tão sonhadas finalidades da pena e, com isso, a diminuição da criminalidade e da violência.

Entretanto, o que se vê é um completo desequilíbrio do poder punitivo do Estado, o abarrotamento das penitenciárias e delegacias, a aplicação indiscriminada da pena privativa de liberdade e o completo esquecimento da culpabilidade como encarregado pela responsabilidade do sujeito e como efetivador do princípio da proporcionalidade, gerando um verdadeiro descrédito e crise de legitimidade de todo o sistema penal brasileiro.

Este descrédito vai além das penas privativas de liberdade, alcançando todo o sistema penal, tendo em vista que este se apresenta excessivamente burocrático, com mecanismos que podem ser usados de modo a procrastinar o desenrolar do processo, pois é formado por exigências e trâmites desnecessários que só alargam, ainda mais, a sua duração, além da incompatibilidade que há entre a demanda e a estrutura física existente.

Na conjuntura atual, é invencível a constatação de que deve ser reconhecido que o próprio sistema punitivo é um produtor de criminalidade.

O paradigma da culpa se baseia na culpabilidade como circunstância judicial para a proporcionalidade na aplicação de uma pena e como um elemento caracterizador do crime para a responsabilização pessoal do agente. Quando o Estado ao penalizar um agente não observa os ditames deste princípio que, também se reveste como um limite ao poder punitivo estatal, acaba afundando o paradigma moderno de reação aos delitos em uma crise de legitimidade.

A culpa, por ser pressuposto e limite intransponível na aplicação de uma penalidade, constitui um obstáculo para o poder punitivo do Estado, por isso que é tão importante para a sistemática retributivista.

Assevera Leonardo Sica, (SICA, 2007, p. 119) que *“a falência do sistema penal não é fruto de uma fase passageira, nem tende a ser superada com a natural evolução do saber penal ou das condições estruturais do judiciário, que influiriam nas práticas punitivas e autoritárias arraigadas nas agências judiciais”*.

Acrescenta, ainda, que, apesar dos enormes esforços despendidos para se solucionar os problemas constantes, mantendo-se as bases do atual sistema, quais sejam: o processo penal como manifestação de autoridade, o Direito Penal como exercício de poder, faz-se necessário promover uma “revolução”, quebrando o paradigma atual e avançando na direção de uma justiça penal mais humana, mais legítima e mais democrática, em que, efetivamente, se coloque em prática o princípio da culpabilidade.

Frente a total falência da atual sistemática penal e carcerária, a mediação é apontada como uma possível solução para se dar uma resposta adequada aos conflitos, pois não é uma proposta burocrática, visa resgatar a vítima do total esquecimento, tem os seus olhares voltados para o conflito, buscando a solução mais adequada para o caso.

A mediação instaura o paradigma da autoresponsabilidade e, diferente do retributivismo, foca no futuro, na restauração dos laços que

foram rompidos com o cometimento do crime, com o estado em que se encontram os indivíduos envolvidos, objetivando, sempre, construir uma solução efetiva para cada caso concreto, com a participação das partes para, através da negociação, minimizar os efeitos negativos do delito.

2. A MEDIAÇÃO

Pois bem, fixadas algumas premissas fundamentais e indispensáveis para o entendimento do sistema processual penal atual, sobre o paradigma da culpa, bem como demonstrada a importância e a necessidade de métodos alternativos de solução de conflitos; cabe, agora, ingressar em um estudo acerca da mediação, buscando compreender suas especificidades e, ao mesmo tempo, proceder a uma análise crítica de alguns pontos polêmicos sobre o tema.

Para tanto, importante fazer um esboço sobre como a mediação está sendo conceituada e os seus elementos.

Segundo alguns autores a mediação é um exemplo de solução autocompositiva de conflito, em que as partes utilizam-se de um terceiro, para através do diálogo, pactuarem a melhor solução para o caso concreto. Sendo, por isso, uma alternativa à jurisdição e à atuação e regulação estatal.

Neste sentido, Francisco Cahali (CAHALI, 2013, p. 63), entende que *“a mediação é um dos instrumentos de pacificação de natureza autocompositiva e voluntária, no qual um terceiro, imparcial, atua, de forma ativa ou passiva, como facilitador do processo de retomada do diálogo entre as partes, antes ou depois de instaurado o conflito”*.

A mediação é uma modalidade de resolução de conflitos não adversarial, que prescinde da jurisdição e da atuação estatal, nestes aspectos se aproxima da autocomposição, mas, com ela não se confunde, seja porque, de certa forma, assemelha-se à heterocomposição, em virtude da atuação de um terceiro imparcial que, aqui, apenas auxiliará as

partes a chegarem elas próprias a um acordo ou, seja porque não implica, necessariamente, em concessões recíprocas ou renúncias.

De tal modo alerta Daniel Amorim (NEVES, 2015, p. 7):

“A mediação é uma forma alternativa de solução de conflitos fundada no exercício da vontade das partes, mas não se confunde com a autocomposição, porque, enquanto nesta haverá necessariamente um sacrifício total ou parcial dos interesses da parte, naquela a solução não traz qualquer sacrifício aos interesses das partes envolvidas no conflito. Para tanto, diferente do que ocorre na conciliação, a mediação não é centrada no conflito em si, mas sim em suas causas.”

Na lição de Fernanda Tartuce (TARTUCE, 2008, p. 208):

“A mediação consiste na atividade de facilitar a comunicação entre as partes para propiciar que estas próprias possam, visualizando melhor os meandros da situação controvertida, protagonizar uma solução consensual. A proposta de técnica é proporcionar um outro ângulo de análise aos envolvidos: em vez de continuarem as partes enfocando suas posições, a mediação propicia que elas voltem sua atenção para os verdadeiros interesses envolvidos.”

José Luis e Fabiana (MORAIS, 2012, p. 131) ensinam que:

“A mediação, enquanto espécie do gênero justiça consensual, poderia ser definida como a forma ecológica de resolução dos conflitos sociais e jurídicos na qual o intuito de satisfação do desejo substitui a aplicação coercitiva e terceirizada de uma sanção legal. Trata-se de um processo no qual uma

terceira pessoa – o mediador – auxilia os participantes na resolução de uma disputa. O acordo final trata o problema com uma proposta mutuamente aceitável e será estruturado de modo a manter a continuidade das relações pessoais envolvidas no conflito.

A mediação é geralmente definida como a interferência – em uma negociação ou em um conflito – de um terceiro com poder de decisão limitado ou não autoritário, que ajudará as partes envolvidas a chegarem voluntariamente a um acordo, mutuamente aceitável com relação às questões em disputa. Dito de outra maneira, é um modo de construção e de gestão da vida social graças à intermediação de um terceiro neutro, independente, sem outro poder que não a autoridade que lhes reconhecem as partes que a escolheram ou a reconheceram livremente. Sua missão fundamental é (re)estabelecer a comunicação.”

Vale anotar, ainda, a definição de mediação dada pela Lei n. 13.140 de 2015, aprovada no dia 02.06.2015 no Senado Federal:

“Art. 1º *omissis*

§1º Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial e sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.”

Assim, de um modo geral, a mediação é vista como um instrumento que pode ser utilizado pelas pessoas que estejam envolvidas em algum tipo de conflito, seja ele de cunho familiar, social, econômico,

emocional, comunitário, escolar, em que se busca solucioná-lo através do diálogo e do restabelecimento dos canais de comunicação que foram rompidos com a ocorrência do litígio.

José Maria Rossani Garcez (GARCEZ, 2004, p. 39) afirma que:

“Quando, devido à natureza do impasse, quer seja por suas características ou pelo nível de envolvimento emocional das partes, fica bloqueada a negociação, que assim, na prática, permanece inibida ou impedida de realizar-se, surge, em primeiro lugar, a mediação como fórmula não adversarial de solução de conflitos.”

Vale ressaltar que na seara penal, a mediação é um dos instrumentos utilizados pela Justiça Restaurativa, pois além dele há outros modelos tais como as conferências e os círculos de sentença.

Claudia Santos (SANTOS, 2014, p. 641) ensina que:

“A mediação penal é um encontro, todavia neste não deve haver o abraço (porventura asfixiante) de um terceiro que representa o Estado, porque o que se deseja é antes um estender de braços de cada um dos intervenientes em direção aos outros, com o auxílio de um terceiro pouco interventivo que é o mediador.”

Na mediação, é necessária à atuação de um terceiro imparcial, que atuará apenas para supervisionar o diálogo, em nada influenciando na construção de uma solução consensual, pois esta deve ser feita pelas próprias partes litigantes.

O terceiro imparcial é chamado de *mediador*, e exerce uma função de mero orientador, coordenando as atividades e incitando os envolvidos a desenvolverem a dialética e comunicação, permitindo falar sobre o

conflito, as consequências e ofensas causadas, além de fornecer elementos para que haja o reconhecimento dos valores relevantes.

Neste contexto, a figura do mediador representa, segundo André Gomma de Azevedo (AZEVEDO, 2012, p. 60):

“Uma pessoa selecionada para exercer o *múnus* público de auxiliar as partes a compor a disputa. No exercício dessa importante função, ele deve agir com imparcialidade e ressaltar às partes que ele não defenderá nenhuma delas em detrimento da outra – pois não está ali para julgá-las e sim para auxiliá-las a melhor entender suas perspectivas, interesses e necessidades. O mediador, uma vez adotada a confidencialidade, deve enfatizar que tudo que for dito a ele não será compartilhado com mais ninguém, excetuado o supervisor do programa de mediação para elucidações de eventuais questões de procedimento. Observa-se que uma vez adotada a confidencialidade, o mediador deve deixar claro que não comentará o conteúdo das discussões nem mesmo com o juiz. Isso porque o mediador deve ser uma pessoa com que as partes possam falar abertamente sem se preocuparem e eventuais prejuízos futuros decorrentes de uma participação de boa fé na mediação.”

O mediador não pode dar sugestões, e deve ter a sensibilidade de encontrar o real motivo do conflito, a origem da desavença, além da capacidade de, também, levar as partes a esta percepção. Ou seja, este terceiro não tem a função de decidir, cabe, tão somente, auxiliar os envolvidos na obtenção de uma solução consensual, fazendo com que elas enxerguem os obstáculos que impeçam de construírem um acordo e consigam removê-los de forma consciente e harmônica, como

manifestação de sua vontade e de sua intenção de compor o litígio como alternativa ao embate.

O mediador deve, por conseguinte, estar consciente da função que lhe cabe exercer durante o processo, com o fito de proporcionar um ambiente de cooperação e controle, estimulando as partes a revelarem seus interesses em detrimento da defesa de soluções unilaterais propostas por cada parte. O enfoque importante deve ser voltado às questões e aos interesses de cada parte e não à atribuição de culpa.

A sistemática da mediação implica na prática de uma negociação assistida por um terceiro, por isso que algumas orientações da teoria da negociação devem ser atendidas. Por exemplo, podem-se citar as estruturas alternativas de resolução de problemas que podem ser utilizadas pelo mediador durante o processo autocompositivo, aqui a proposta consiste em abandonar, quando possível, formas rudimentares de negociação, como a chamada negociação posicional, a fim de se buscar resultados mais satisfatórios aos interesses das partes em negociação. (AZEVEDO, 2012, p. 79)

Com o auxílio do mediador as partes buscarão compreender o seu problema por completo, com todas as peculiaridades, com o intuito de tratar o conflito de forma satisfatória.

Na mediação, por ser um mecanismo consensual, as partes apropriam-se do poder de gerir seus conflitos, diferentemente da Jurisdição estatal em que este poder é delegado àqueles investidos das funções jurisdicionais.

O processo de mediação, basicamente, pauta-se em uma estrutura informal, simplificada e acessível para todos, uma vez que há a flexibilização dos procedimentos, a prática de sessões individualizadas, para cada caso é dada uma atenção específica e direcionada e, por fim, o tom informal, para que tal modelo seja acessível.[\[3\]](#)

Ademais, insta frisar que a informalidade do processo de mediação, não implica no desatendimento dos direitos e garantias processuais do indivíduo, pelo contrário, como método apropriado de resolução de controvérsias, traz o contraditório, permitindo-se, que todos os envolvidos possam atuar de modo a tentar resolver o conflito, além da ampla defesa.

Com o uso da mediação resta evidenciado que o que se busca, sobretudo, é que as próprias partes cheguem à solução, construindo a resposta a ser dada ao crime.

Como princípios informadores da mediação, dentre outros, podemos citar: **(a)** a *autonomia da vontade das partes* que deverá regular todo o trabalho a ser desenvolvido; **(b)** a *imparcialidade* do mediador; **(c)** a *independência* tanto do mediador com as partes, como das partes no decorrer do desenvolvimento dos trabalhos; **(d)** a *credibilidade* que deve ser depositada no mediador escolhido e, por fim, **(e)** a *confidencialidade*, tudo que acontecer nas reuniões deve permanecer ali.

Apresentam-se como as principais características do processo de mediação: a privacidade; a economia financeira e de tempo; a oralidade; a reaproximação das partes; a autonomia das decisões e o equilíbrio das relações entre as partes.

Por se fundar na livre manifestação de vontade das partes e na escolha por um instrumento mais profundo de solução de conflito, mesmo ainda não tendo sido convertida em modelo oficial de resolução dos litígios, a mediação é amplamente difundida no Brasil, sendo utilizada, inclusive, pelos órgãos que compõem o Poder Judiciário.

Ademais, impende esclarecer que na mediação não se busca uma decisão que ponha um fim na controvérsia, como dito, a mediação pode se satisfazer apenas por permitir que os canais de comunicação antes interrompidos pelo cometimento de um conflito tenha se (re)estabelecido.

Para que exista um processo de mediação, imprescindível a presença de três elementos básicos: *(i)* a existência de partes em conflito, *(ii)* uma contraposição de interesse e *(iii)* um terceiro imparcial neutro e capacitado a facilitar a composição.

No tocante as partes, estas podem ser pessoas físicas ou jurídicas, entes despersonalizados, menores, desde que assistidas por seus representantes e gestores. Quanto ao conflito, este delimitará a amplitude da atividade a ser desenvolvida pelo mediador. E o mediador, como já dito, deve ser neutro, equidistante das partes e apto a interagir com elas.

A mediação é entendida como se fosse um trabalho artesanal, visto com base no diálogo e na cooperação entre as partes, de forma que por meio do qual se busca preenchidas as lacunas existentes nas relações, atingindo-se um consenso, ou, no mínimo, um compromisso. Por isso que cada caso é único, demandando tempo e estudo já que o mediador deve enxergar os interesses por trás das posições externalizadas pelos envolvidos.

Assim, atualmente, o elemento central para se compreender a mediação é a formação de uma cultura de pacificação, pautada no diálogo, em contraposição à cultura existente em torno da imprescindibilidade de uma decisão judicial para que a lide possa ser resolvida.

Deve-se aqui, abrir um parêntese, para que seja esclarecido que a mediação não é sinônimo de conciliação. São instrumentos de gestão de conflitos, porém, completamente diferentes. A mediação é entendida como um meio alternativo e voluntário de resolução de conflitos no qual um terceiro imparcial orienta as partes para a solução das controvérsias, sem suggestionar. Na mediação, as partes se mantêm autoras de suas próprias soluções.

Enquanto que a conciliação é uma alternativa de solução extrajudicial de conflitos. Aqui, um terceiro imparcial intervirá para buscar,

em conjunto com as partes, chegar voluntariamente a um acordo, interagindo, sugestionando junto às mesmas. O conciliador pode sugerir soluções para o litígio, entrando no mérito da causa.

Ou seja, com a mediação, visa-se recuperar o diálogo entre as partes. Por isso mesmo, são elas que decidem. As técnicas de abordagem do mediador tentam primeiramente restaurar o diálogo para que posteriormente o conflito em si possa ser tratado. Só depois se pode chegar à solução, enquanto que a conciliação pode ser mais indicada quando há uma identificação evidente do problema, quando este problema é verdadeiramente a razão do conflito – não é a falta de comunicação que impede o resultado positivo. Diferentemente do mediador, o conciliador tem a prerrogativa de sugerir uma solução.

Ressalta Leonardo Sica (SICA, 2007, p. 50) que na conciliação, o terceiro neutro não tem o poder de decidir sobre o problema trazido pelas partes, mas tem um papel ativo na resolução da disputa: na tentativa de chegar a um acordo entre as partes o conciliador tem uma função diretiva na promoção da conciliação e no controle e orientação da discussão sobre elementos tidos como úteis. Enquanto que a mediação, ao inverso, é um processo de resolução dos conflitos no qual é deixado às partes, o poder, e consequentemente a responsabilidade, de decidir se e como encontrar uma solução ao conflito, sendo o mediador um mero facilitador da comunicação.

Humberto Pinho e Karol Durço (PINHO e DURÇO, 2010, p. 382), sobre a diferença entre conciliação e mediação complementam:

“Podemos, então, estabelecer três critérios fundamentais:

Quanto à finalidade, a mediação visa resolver abrangentemente o conflito entre os envolvidos. Já a conciliação contenta-se em resolver o litígio conforme as posições apresentadas pelos envolvidos.

Quanto ao métodos, o conciliador assume posição mais participativa, podendo sugerir às partes os termos em que o acordo poderia ser realizado, dialogando abertamente a este respeito, ao passo que o mediador deve abster-se de tomar qualquer iniciativa de proposição, cabendo a ele apenas assistir as partes e facilitar a sua comunicação, para favorecer a obtenção de um acordo de recíproca satisfação.

Por fim, quanto aos vínculos, a conciliação é uma atividade inerente ao Poder Judiciário, sendo realizada por juiz togado, por juiz leigo ou por alguém que exerça a função específica de conciliador. Por outro lado, a mediação é atividade privada, livre de qualquer vínculo, não fazendo parte da estrutura de qualquer dos Poderes Públicos. Mesmo a mediação paraprocessual mantém a característica privada, estabelecendo apenas que o mediador tem que se registrar no Tribunal para o fim de ser indicado para atuar nos conflitos levados à Justiça.”

Assim, passada a diferença entre conciliação e mediação, insta frisar que a partir dos resultados positivos extraídos com o uso da mediação como modo de resolução dos conflitos, olhou-se a autocomposição com outros olhos, agora, sob a ótica da satisfação do usuário por meio da utilização de técnicas apropriadas, adequada ao ambiente dos debates e da relação social entre mediador e partes que favoreça o entendimento do dano causado e dos seus efeitos.

Deste modo, como a mediação é exercitada através de um processo que engloba os interesses e sentimentos das partes, existindo a figura do mediador que é um personagem que exerce um papel importante, porém, como coadjuvante, na medida em que fornece a estrutura e a proteção necessárias para aproximar as partes, permitir

que estas percebam o conflito de forma mais positiva, apresenta-se como o novo modelo de justiça compatível com os novos conflitos e anseios da sociedade.

2.1. A MEDIAÇÃO NO ÂMBITO PENAL: INSTRUMENTO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

Tudo o que foi dito nas linhas alhures se aplica na seara penal, já que as técnicas, finalidade e logística da mediação são únicas e uniformes independente do ramo jurídico ou dos conflitos. Diferenciando-se em cada caso concreto, que, a depender das suas peculiaridades, uma técnica (mapa) poderá ser mais utilizada do que outra.

Já que a mediação praticada dentro da logística restaurativa é vista como um processo de comunicação entre vítima e infrator, em que ao final há a construção de um acordo, sempre com a ajuda de um terceiro imparcial, que supõe uma reparação de todos os danos causados, sejam eles materiais ou imateriais.

Aqui o foco do nosso estudo será ver a mediação como um instrumento utilizado pela Justiça Restaurativa para alcançar os fins colimados, quais sejam: o resgate da vítima, a participação da sociedade atingida, a restauração dos laços que foram rompidos com o cometimento de um crime e a construção da melhor solução para o caso.

Mas, de logo, é importante ressaltar que a ideia de trazer a mediação para o âmbito penal, por este ramo tutelar os bens jurídicos mais importantes para a manutenção da sociedade e, por sua vez, do Estado, causa certo espanto, e, de certo modo, rejeição, pois a sociedade está arraigada com a ideia da retribuição ao mal causado, da cominação de uma pena como resposta para tudo e, principalmente, da visão de que o infrator é um inimigo da sociedade.

Em consequência desta repulsa, do medo de que com a mediação ocorra uma impunidade e o aumento da violência, no Brasil, a mediação

ainda é vista como uma alternativa apenas para os crimes de menor potencial ofensivo e para casos excepcionais e pontuais, não sendo visto, ainda, como um mecanismo que poderá ser utilizado para todos os tipos penais previstos no nosso Código.

Impende destacar que, em que pese à mediação ser apontada como o principal instrumento de realização da Justiça Restaurativa, consoante dito, este não é o único, existem as conferências que se caracterizam pela aceitação da participação de outras pessoas próximas ao agente e/ou vítima para além destes e de um “coordenador treinado” em que é almejada a celebração de um acordo que permita a reparação dos vários danos originados pelo crime e os círculos de sentença que envolve além do agressor e da vítima, pessoas próximas, representantes das instâncias formais de controle (ministério público, policiais, advogados, magistrados) e outros indivíduos da sociedade que, de alguma forma, possuam interesse ou estejam envolvidos com o fato criminoso. (SANTOS, 2014, p. 634)

No paradigma restaurativo, a mediação aparece como um de seus principais instrumentos, pois como neste se pretende alcançar novos mecanismos de resolução de conflitos que, além de serem mais eficientes, devem ser voltados não apenas a transformar a sistemática penal, mas, principalmente, visa reduzir a vitimização, e, por sua vez, os seus efeitos, aumentar a educação, o empoderamento da vítima, a humanização do conflito, bem como a ressocializar e prevenir, por isso que.

De acordo com a lição de Pablo Palermo, a mediação penal é um processo informal e voluntário em que as partes envolvidas com o delito tentam celebrar um acordo em que esteja inserida, de certo modo, a reparação, através da ajuda de um terceiro imparcial (o mediador). Este acordo poderia assumir o caráter compensatório (reparação do dano) ou conciliatório (além da reparação do dano, há a reconstrução das relações sociais). (PALERMO, 2011, p.172-173)

Claudia Santos (SANTOS, 2014, p. 642) elenca quais são os elementos caracterizadores da mediação penal, trazidos pela doutrina restaurativa, defendendo que estes não se preocupam em conceituá-la, mais, tão somente, em elencar os atributos:

“Seriam essencialmente quatro: em primeiro lugar, o procedimento radicado na participação voluntária do(s) agente(s) do crime e da(s) sua(s) vítima(s); em segundo lugar, a intervenção de uma instância de mediação que visa facilitar a comunicação e garantir a segurança dos intervenientes, mas que não detém autoridade decisória do conflito; em terceiro lugar, a existência de um processo comunicacional orientado para a expressão dos sentimentos e necessidades dos intervenientes; finalmente, a procura de uma pacificação do conflito através da responsabilização e da reparação.”

Enquanto que Leonardo Sica (SICA, 2007, p. 46), apresenta a etimologia da palavra mediação (do latim, *mediare*, que é dividir, abrir ao meio) e afirma o seguinte:

“(...) refere-se a uma atividade em que uma parte terceira, neutra, ajuda dois ou mais sujeitos a compreender o motivo e a origem de um conflito, a confrontar os próprios pontos de vista e encontrar uma solução sob a forma de reparação simbólica, mais do que material. (CERETTI, 1997, pp.91-92). A mediação visa restabelecer o diálogo entre as partes para poder alcançar um objetivo concreto: a realização de um projeto de reorganização das relações, com resultado o mais satisfatório possível para todos. (PISAPIA, 1997, p.05).”

A respeito da sua natureza, André Gomma de Azevedo (AZEVEDO, 2007, p. 23), defende que ela deve ser um processo, pois “passou a ser tratada, em razão de sua técnica, como um conjunto de atos coordenados lógica e cronologicamente visando atingir escopos pré-estabelecidos, possuindo fases e pressupondo a realização da prática de determinados atos para se atingirem, com legitimidade, fins esperados”.

Neste contexto restaurativo, a figura do mediador é muito importante para a estrutura adotada pela justiça restaurativa, pois como esta se preocupa em desobstruir os laços que foram rompidos com a prática de um delito, será este terceiro imparcial que procurará as razões implícitas que rodeia o conflito e o cerne da questão.

Claro que a construção de uma solução para o delito é um objetivo da mediação, mas, repise-se, não é o único, esta já se satisfaz com a abertura das partes para um diálogo, com a desobstrução dos canais de comunicação, com o retorno da vítima como protagonista e, com a humanização do processo.

A mediação é um processo voltado aos interesses, sentimentos e questões das partes, tendo no mediador a figura de um mero instrumento que fornecerá a estrutura e proteção necessárias para aproximar as partes, permitir que estas percebam o conflito de forma mais positiva e assim construam a melhor solução.

Por derradeiro, importante citar que a mediação pode ser revestida de duas categorias, satisfativa ou transformativa, vai depender do objetivo primordial que se buscará, ou seja, as técnicas mediativas serão organizadas e utilizadas de acordo com o intuito que se pretende alcançar, podendo ser um mero acordo ou a restauração dos laços rompidos em virtude do crime.

A mais tradicional é a chamada “mediação satisfativa”, que tem como foco principal a celebração de um acordo. Foi desenvolvida pela Escola de Havard e se baseia nas técnicas de negociação de conflitos.

Como este tipo não se preocupa com os sentimentos das partes envolvidas, pois ignora as questões remotas, que influenciaram na ocorrência do conflito, também, não tenta melhorar a relação entre elas, repita-se, o objetivo é, tão somente, a pactuação de uma solução.

Como resultado deste desprezo com o aspecto relacional do conflito, tão importante para a sistemática restaurativa, aparece uma modalidade de mediação menos focada na celebração do acordo e mais atenta para a reconstrução das relações, que é chamada “mediação transformativa”.

Este segundo modelo, procura modificar a característica destrutiva do conflito que, com base na ética da alteridade, tenta extrair do litígio consequências positivas. A importância deste viés, além de tentar alcançar todas as finalidades restaurativas, está no verdadeiro empoderamento das partes que, efetivamente, podem protagonizar seus conflitos.

Complementando o exposto acima, Ilana Martins (LUZ, 2012, p. 126) conclui com o seguinte registrado:

“Explicitadas as espécies mediativas, compete, em linhas conclusivas, afirmar que a mediação de cunho transformativo parece ser a mais completa, dentre as espécies acima delineadas, porquanto objetiva a reconstrução da relação rompida, sem, contudo, negligenciar a importância do acordo. (...) Por conta disto, ainda que a mediação da Escola de Harvard, focada, unicamente, no acordo, não seja o parâmetro ideal, não se pode desconsiderar que, em alguns casos, será ela o modelo ideal a ser utilizado, com vistas a resolver os inconvenientes do problema que envolve as partes mediadas.”

Ainda sobre o viés transformativo, Bush e Folger (BARUCH BUSH, 2008, p. 46/47) ensinam o seguinte:

“La promesa original de la mediación reside en su capacidad para transformar el carácter de los antagonistas individuales y la sociedad en general. A causa de su informalismo y su consensualidad, la mediación puede permitir que las partes definan problemas y metas en sus propios términos, convalidando de ese modo la importancia de dichos problemas y metas en la vida de las partes. Además, la mediación puede apoyar el ejercicio de la autodeterminación en las partes, al decidir cómo resolver una disputa, o incluso si se lo hará; y puede ayudar a las partes a movilizar sus propios recursos para abordar problemas y alcanzar sus metas.”

Neste diapasão, o viés transformativo se coaduna melhor com os objetivos e ideais do sistema restaurativo, pois, não se restringe em resolver o problema ou de dar uma resposta ao crime, mas, principalmente, tentar entender todos os aspectos que envolvem o litígio, os anseios e frustrações das partes.

Todavia, diante do grande volume de conflitos e da ânsia para que seja dada uma rápida resposta ao crime, o processo de mediação acaba sendo muito influenciado pela linha satisfativa e sua finalidade é restringida apenas para a celebração de um acordo.

3. O PARADIGMA DA RESPONSABILIDADE E O PAPEL DA MEDIAÇÃO

Consoante visto, o paradigma da culpa, fundado na culpabilidade, pressupõe a presença do Estado que, portador do *ius puniendi*, atuará através dos mecanismos da heterocomposição. Este poder-dever estatal de regular os conflitos que permeiam à comunidade e podem acarretar em desagregação social, devendo, apenas, ele dar a melhor solução para

o caso (manutenção estatal), pois as desordens sempre traduziram as necessidades e as fragilidades dos indivíduos e, via de consequência, do grupo, resultou em um afastamento das partes no processo penal e uma impessoalidade do conflito.

Quando o Estado trouxe para si o poder-dever de dar as respostas adequadas e justas para todos os conflitos que afligem a sociedade, atuando como terceiro imparcial consagrou a heterocomposição como a forma prioritária de resolução das questões, considerando as demais modalidades como primitivas, transformando, portanto, o crime em um assunto de estado e, não só dos envolvidos.

Pela heterocomposição, o Estado regulador, substitui a vontade da vítima, vê no infrator um inimigo para a sociedade, propõe a ação penal e, ao final, determina a solução para o conflito apresentado visando proteger os bens jurídicos mais relevantes.

Com tal postura, o Estado, busca evitar, dentre outras coisas, *(i)* que novos conflitos fosse instaurados; *(ii)* a utilização da força como instrumento; *(iii)* o agravamento das diferenças e divergências; *(iv)* a prevalência da vontade do mais forte e *(v)* a instauração e perpetuação da velha política da vingança de sangue e do “*olho por olho e dente por dente*”.

E, para alcançar tais fins, utilizou uma política de desestímulo à busca de práticas alternativas para a resolução dos conflitos, e de condutas ativas dos cidadãos em resolver sozinhos os problemas que estejam envolvidos. Para tanto, defende que os litígios devem ser apreciados detidamente pelo Estado e, este, deverá impor a solução mais adequada para o caso, tudo em prol de uma sociedade saudável e igualitária.

Em *pari passu*, assegurou a todos os cidadãos a possibilidade de resolver o seu litígio, sem qualquer obstáculo, através do Poder Judiciário, sustentando que a prestação jurisdicional é a forma mais segura para a

resolução das querelas, devendo ser a única a ser utilizada, criando, assim, uma dependência.

Em verdade, esta preocupação estatal nada mais é do que um controle, o medo de que os conflitos se catalisem e se transforme em fator de desagregação e, por sua vez, de enfraquecimento das classes dominantes. Tal temor é mascarado pela busca da pacificação, igualdade e unidade.

Em aversão às formas alternativas de resolução de conflitos, firmaram-se dois entendimentos *(i)* cabe somente ao Poder Judiciário o dever de resolver os crimes que afligem a sociedade e *(ii)* só compete ao Estado o poder de dirimir os delitos ocorridos não tendo a população capacidade de solucioná-los sem criar traumas que prejudiquem o desenvolvimento saudável da sociedade.

O resultado deste sistema é a criação de uma dependência na prestação jurisdicional que, atrelada à cultura da litigiosidade, provoca uma multiplicação de demandas repetitivas, o abarrotamento dos tribunais, o retardo nos julgamentos e nos desfechos das causas, além da falta de participação dos cidadãos em tentar solucionar o conflito em que estão envolvidos, um total esquecimento da vítima e, por fim, o mais grave, a dificuldade de concretizar o efetivo acesso à justiça.

A postura do Estado em pregar que os indivíduos não podem resolver sozinhos os seus conflitos, necessitando, sempre, da atuação estatal, acaba criando uma dependência que prejudica a implementação de meios alternativos de pacificação, pois se vê apenas na figura do juiz e, por sua vez, no Poder Judiciário como o responsável em garantir a segurança jurídica e a efetiva resolução dos litígios.

A consequência desta “entrega” do conflito para o Estado, é uma alteração no cenário em que se obtém uma solução para o problema, pois será um terceiro que dará a resposta ao problema, estando às partes, completamente, aleatórias.

No paradigma da culpa, como o crime passa a ser uma questão de Estado, há um total desprezo pelas partes. A vítima é, absolutamente, esquecida e o infrator é visto como um mero objeto que será apenado pela conduta praticada. E, em que pese serem analisadas as circunstâncias que influenciaram a prática do ato, a conduta do agente e, principalmente, de existir uma responsabilização pessoal, o paradigma da culpa gera um desresponsabilização dos intervenientes de um litígio, já que todo o protagonismo é entregue ao Estado-Juiz.

No entanto, o aparato processual, no decorrer do tempo, apresentou-se cada vez mais desatualizado, aleatório à realidade vigente e extremamente burocrático o que o transformou em um sistema ineficaz, ineficiente, chegando-se ao ponto de, em certa forma, ser obsoleto.

Outro fator que contribui para a crise do paradigma da culpa é a postura que o Estado adota ao solucionar o conflito, visando, sempre, dar a melhor resposta que atenda aos seus interesses e aos fins colimados, olvidando-se, completamente, das pessoas envolvidas, dos aspectos sociais, psicológicos, emocionais e mentais que podem estar envolvidos.

Ao condenar uma parte em detrimento de outra, declarando uma parte vencedora e a outra derrotada pode até compensar o dano causado, mas, não necessariamente, encerra o conflito.

E quando são os próprios envolvidos que tomam para si a resolução do problema, abraçam a responsabilidade de serem delas o dever de dar uma solução para o caso e não um terceiro que somente tem em conta os aspectos formais da questão, devendo apreciar todas as peculiaridades e interesses. As partes ao construírem a solução restabelecerão a comunicação que foi rompida com o cometimento do delito.

Restabelecer a comunicação implica que as partes reconheçam os seus interesses, os seus objetivos, até os intrínsecos, para se resolver o conflito por completo.

Frente à crise acima relatada, a mediação, antes considerada como uma forma primitiva de resolução dos conflitos ressurgiu, como uma alternativa ao sistema processual, em que se pretende buscar a melhor solução para o caso concreto e não apenas para a parte agredida, além de ser um modelo que possibilita a análise de todos os aspectos que o litígio pode apresentar.

Desde o ano de 2010, quando o Conselho Nacional de Justiça – CNJ, editou a Resolução n. 125, a mediação no Brasil passou a ser vista com outros olhos. Abandonou-se a visão de que a mediação iria prejudicar a hegemonia estatal e criar respostas aos conflitos que seriam prejudiciais para a sociedade, passando-se a visualizá-la como uma alternativa para desafogar o Poder Judiciário e como um modelo que, efetivamente, soluciona o problema, em sua completude, todos os aspectos e peculiaridades.

O modelo proposto com a mediação como técnica de resolução dos conflitos, visa gerar uma democratização no acesso à justiça, pois ao minimizar as deficiências do sistema penal punitivo, conseqüentemente sanam-se as carências com uma humanização do direito penal, trazendo a vítima para participar ativamente na resolução do conflito.

Neste diapasão, o incentivo a utilização da autocomposição é um reforço ao princípio participativo, pilar do Estado Democrático de Direito, em que é concedido às pessoas o poder de solucionar os seus litígios.

Tal princípio é interessante porque valoriza a forma de resolução de conflito que instiga a capacidade das partes envolvidas chegarem à solução do seu conflito, como, também, passa para elas a percepção de competência, o que contribui significativamente com a obtenção da pacificação social. E como a mediação possui essa grande vantagem, pois visa restaurar os laços rompidos com o conflito e promover a convivência futura, apresenta-se como o modelo mais apropriado.

Em resposta às críticas, impende fazer o seguinte esclarecimento, conforme explicitado linhas alhures, o objetivo de se estimular o uso das medidas autocomposivas para solucionar os conflitos não é para desabarrotar o Poder Judiciário, muito menos, encerrar os processos que estão se arrastando há anos de qualquer jeito ou, pior ainda, resolver de qualquer jeito os conflitos novos, com o mero intuito de se evitar a provocação da jurisdição estatal e a demora no desenrolar do processo.

Com o estímulo a utilização da mediação, busca-se enxergar o conflito não só como um fenômeno jurídico, mas, também, como social, psicológico, emocional, valorativo, ou seja, como ele é de verdade, na sua inteireza, para que a solução ser construída atente para todos esses vieses e busque resolvê-los, também.

Através deste novo modelo, as pessoas conseguirão resolver os problemas por uma via alternativa, pois é mais fácil resolver definitivamente um conflito através do diálogo do que por uma sentença impositiva, cuja execução demora um longo tempo e consome significativo volume de dinheiro público.

O fundamental deste novo paradigma que surge é a criação de uma nova mentalidade sobre as formas de dar respostas aos delitos, uma cultura de que a mediação também é uma coisa muito boa do ponto de vista social e, por consequência, também é muito boa do ponto de vista dos serviços estatais.

Este paradigma, chamado de paradigma da responsabilidade, é um modelo inovador de justiça criminal na medida em que visa à concretização da humanização do processo penal, e volta sua atenção não só para a sociedade ou para o infrator, mas para a congregação dos interesses de todas as partes envolvidas no problema criminal, por meio da pacificação da relação social conflituosa que o originou, integrando, assim, todas as preocupações envolvidas.

O referido modelo pugna pela restauração das relações abaladas com o conflito, o que inclui, também, à reparação aos danos causados não só à vítima, mas, também, à comunidade, a partir de uma postura positiva do infrator. Além de proporcionar ao delinquente oportunidade para refletir sobre a conduta praticada e o dano causado, tendo, como uma das principais consequências, a reparação do dano.

O paradigma da responsabilidade propõe que as partes ligadas através do cometimento de um crime possam decidir em conjunto como solucionar o problema e também como lidar com os seus efeitos, ou seja, devolve para os envolvidos a responsabilidade de dar respostas aos seus problemas, retirando a dependência do Estado.

Quando os envolvidos estão imersos no processo de resolução do conflito, surge uma autoresponsabilidade de cada parte, pois eles, individualmente, se responsabilizarão pela construção da melhor solução para o caso.

Assim, inegável que a mediação e, por sua vez, a Justiça Restaurativa é uma forma diferente de responder a um crime, pois instauram um novo paradigma, que vê o crime não meramente como uma violação à lei, mas como o causador de danos às vítimas, à comunidade e até aos infratores e que, por isso, devem ser solucionados por eles, os envolvidos.

A mediação pressupõe, portanto, um modelo de solução de conflitos que propõe valorizar a vítima, oferecendo resultados mais compatíveis com o fim de humanização, sem que isso implique em vingança privada ou na adoção de mecanismos de privatização do espaço público.

Visa superar o quadro trazido pelo sistema "dos delitos e das penas", suplantando a ideia do castigo como retribuição ao mal provocado pelo crime, para o entendimento de que outros caminhos devem ser buscados, sobressaindo-se outros valores.

A mudança de paradigma ocorre, também, porque há a uma relativização dos interesses, transformam-se os conflitos em individuais, para que haja uma maior participação da vítima, o ideal é tentar resgatar a convivência pacífica no ambiente afetado pelo crime.

Na lógica atual, quando há o cometimento de um ato criminoso, ao agressor, é imputado o dever de reparar não só o dano, mas, também, a vítima, e, por conseguinte toda a sociedade atingida, pois, repita-se, busca-se a paz social, resguardar a cidadania.

Como o crime atinge um grupo (vítimas secundárias e terciárias), a proposta do paradigma da responsabilidade é perceber que o crime atinge a vítima, a comunidade e o autor do crime e, que, por esta razão, para que se obtenha êxito no combate aos efeitos do crime, devem ser atendidas todas as necessidades, ou pelo menos a maioria, dos envolvidos com a prática delituosa.

Além de reintroduzir a vítima, tal modelo é capaz de promover uma ampliação na participação popular na área criminal, tendo em vista que a vítima, o infrator e a comunidade se apropriam de parte do processo decisório, na busca partilhada de uma solução mediante uma nova visão, agora, construtiva, acerca do conflito.

Frise-se que o modelo restaurativo é benéfico para todas as partes afetadas pelo crime, pois devido à metodologia utilizada consegue dar a devida atenção aos envolvidos. Ao infrator, o foco é quanto ao seu amadurecimento pessoal, a partir do enfrentamento direto das consequências suportadas pelas vítimas, predispondo-o a comprometer-se na solução dos problemas; no tocante à vítima, objetiva-se aplicar medidas em que há uma devolução do papel de protagonista na busca da resposta estatal que será dada ao delito, o que evita as vitimizações secundária e terciária, sem esquecer-se da comunidade que também sofre com o conflito, dando-lhe um papel de auxiliar na construção da solução.

Assim, claro está que o novo paradigma proporciona inúmeros resultados positivos, tanto para a vítima, ao facilitar a sua reabilitação, ao criminoso, a entender as consequências do crime, em relação ao impacto da atuação da justiça sobre eles, uma vez que traz em seu âmago um sentimento de solução do problema.

E, como bem salienta este autor, (BARUCH BUSH; FOLGER, 2008, p. 21), a mediação sendo um processo em que contém um específico potencial de transformação das pessoas, promove o seu crescimento moral e ajuda a lidar com situações difíceis, além de resguardar as diferenças humanas envolvidas nos conflitos. Ressalta, ainda, que esta possibilidade de transformar se origina na capacidade em que a mediação possui de gerar dois importantes efeitos: o empoderamento da vítima e reconhecimento do dano.

No tocante ao infrator, o novo paradigma visa dar-lhe a chance de responder, perante a vítima, responsabilizando-se pela reparação do dano que tenha causado. O sistema penal deve dar oportunidade ao autor do delito de emendar seus erros e redimir-se perante a sociedade.

Além de atribuir o dever ao agressor de reparar a vítima, a nova sistemática penal lança um novo olhar sobre a pessoa do infrator, tentando entender o que o levou a cometer o delito, quais foram as razões que lhe impulsionaram a adotar tal conduta.

O paradigma da responsabilidade busca, ao devolver o conflito para as partes, oferecer ao infrator, através do diálogo, os meios necessários para que possa entender acerca da conduta praticada, suas repercussões, e sobre qual a real mensagem que ele deseja transmitir.

Como o crime possui uma dimensão pública, este novo modelo traz uma democratização na justiça penal, pois propõe a conectividade entre o sistema de justiça, os personagens envolvidos no crime e a comunidade que os cerca, a fim de que as decisões tomadas sejam, de fato, legítimas.

E mais, no paradigma da responsabilidade, quando se devolve às partes a possibilidade delas determinarem a forma como o conflito deve ser solucionado, entrega-lhes o papel de protagonistas devido, deixando de ser de um terceiro a incumbência de impor a solução, passando a ser dos envolvidos, mediante o (re)estabelecimento da comunicação em um clima de confiança, respeito, sigilo, neutralidade e imparcialidade (do mediador).

Por fim, destaca-se que, além dos benefícios imediatos (eficiência e maior rapidez com que os problemas se resolvem), a partir deste novo paradigma é possível visualizar uma vantagem primordial para o sistema penal, relacionado com a autoresponsabilidade dos envolvidos, que seria a forte determinação para os pactos se cumprirem visto que as partes ao participarem ativamente na construção da solução, se comprometem com o cumprimento deste acordo.

A existência de um compromisso, com o intuito de responder ao conflito, independente da presença e imposição do Estado é muito importante para o amadurecimento da sociedade, pois é resultado do seu empoderamento.

Deste modo, deslocando-se o processo penal da visão de vingança, de justiça como retribuição ao dano causado, para a resolução do conflito, em busca da verdadeira pacificação, é possível solucionar o maior número de problemas, unindo a sociedade e atraindo, de volta, o litígio de volta para dentro do judiciário.

Insta frisar que no âmbito da mediação, o mero ressarcimento material, a restituição ou a reconciliação podem ser aceitas como respostas viáveis, mas reduzem o horizonte comunicativo e relacional que pode ser ampliado. Por isso, pode-se até falar em ressarcimento ou reconciliação, que continuam a ser finalidades legítimas, desde que também a mediação venha a ser considerada não somente um meio, mas o fim de uma atividade que prevê a ativação e criação de um contexto no

qual vítima e autor de um crime se encontram e se confrontam ao redor do conflito que as envolve.

A mediação é o principal elemento desta mudança de paradigma, uma vez que é através dela que os conflitantes se empoderam, vêm a sua posição de protagonistas e a sua independência frente ao Estado-juiz.

CONCLUSÃO

Em face da decorrência da monopolização pelo Estado das formas de resolução dos conflitos, houve uma diminuição, acentuada, na credibilidade e confiança depositadas pela sociedade no Poder Judiciário, surgindo, neste panorama uma crise de efetividade do atual paradigma de resolução dos conflitos.

Como consequência desta crise houve uma redução no acesso à justiça e um aumento na utilização das práticas de vingança privada, o que só aumenta o problema da litigiosidade no Brasil.

Frente a esses problemas, começou-se a buscar uma justiça que, efetivamente, seja mais acessível aos cidadãos e que dê uma solução satisfatória às querelas, de forma a evitar a morosidade e o formalismo exacerbado do atual sistema, proporcionando a todos o um, efetivo, acesso à justiça, respondendo a todas as nuances dos conflitos.

Neste contexto, estrutura-se um novo modelo que pretende trazer para o campo penal, as respostas autocompositivas para os conflitos, apresentando-se a mediação como o principal exemplo, pois a procura de meios consensuais atinge, sobretudo, aos ditames democráticos.

Tal modelo visa dar ao litígio uma resposta efetiva e completa, englobando todos os seus vieses, utilizando a mediação como principal instrumento, e visa-se gerar uma democratização no acesso à justiça, pois ao minimizar as deficiências do sistema processual, conseqüentemente

sanam-se as carências com uma humanização do processo, promovendo a abertura da mentalidade e evolução da população, abandonando-se a cultura de litigiosidade.

O paradigma da responsabilidade surge quando, através da mediação, há um empoderamento das partes de tal modo que, independente da imposição de um terceiro – Estado-juiz -, os conflitos são resolvidos e, principalmente, a resposta dada, por ter sido construída com a contribuição de todos os envolvidos é respeitada e cumprida.

REFERÊNCIAS

ÁLVAREZ, Gladys Stela. **La Mediación y El Acceso a Justicia**. 1. ed. Santa Fe: Rubinzal – Culzoni Editores, 2003.

ARAUJO, Fábio Roque. **O princípio da proporcionalidade referido ao legislador penal**. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2011.

AZEVEDO, André Gomma de. **Perspectivas Metodológicas do Processo de Mediação: Apontamentos Sobre a Autocomposição no Direito Processual**. In, André Gomma de Azevedo (org.), Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação, vol 2. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2003. p. 151/172.

_____. **Autocomposição e Processos Construtivos: Uma Breve Análise de Projetos-Piloto de Mediação Forense e Alguns de seus Resultados**. In André Gomma de Azevedo (org.), Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação, vol 3. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2004. p. 137/160.

_____. **O Componente de Mediação Vítima - Ofensor na Justiça Restaurativa: Uma Breve Apresentação de uma Inovação Epistemológica na Autocomposição Penal**. In, André Gomma de Azevedo

(org.), Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação, vol 4. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2007. p. 19/40.

_____. **Manual de Mediação Judicial**. 3. ed. Brasil: Ministério da Justiça, 2012.

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito Penal: v. 1 parte geral**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BARUCH BUSH, Robert A.; FOLGER, Joseph P. **La Promesa de Mediciación**. 1a ed. 1a reimp. Buenos Aires: Granica, 2008.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**, tradução Torrieri Guimarães. 2. ed. 9. reimpressão. São Paulo: Martin Claret, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral 1**. 21. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRANDÃO, Claudio. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial [da] República dos Estados Unidos do Brasil, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acessado em: 09 de julho de 2015.

_____. Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015. **Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acessado em: 09 de julho de 2015.

CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem: resolução CNJ 125/2010 (e respectiva emenda de 31 de janeiro de 2013): mediação e conciliação**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

CÂMARA, Guilherme Costa. **Programa de Política Criminal: orientado para a vítima de crime**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

CARNEIRO, Breno Zaban. **A Indicação à Mediação Vítima-Ofensor: Algumas Considerações em Referência à sua Eficácia em Diferentes Casos**. In, André Gomma de Azevedo (org.), Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação, vol 4. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2007. p. 221/225.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

DEUTSCH, Morton. **A Resolução do Conflito: Processos Construtivos e Destrutivos**. In André Gomma de Azevedo (org.), Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação, vol 3. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2004. p. 29-98.

FERREIRA, Francisco Amado. **Justiça Restaurativa: Natureza, Finalidades e Instrumento**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

GARCEZ, José Maria Rossani. **Negociação. ADRS. Mediação. Conciliação e Arbitragem**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral, volume I**. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

HOWARD, Zehr. **Trocando as Lentes: Um Novo Foco Sobre o Crime e a Justiça**. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008.

LUZ, Ilana Martins. **Justiça Restaurativa: a ascensão do intérprete e a nova racionalidade criminal.** 2012. 205 páginas. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito. Dissertação disponível em <<http://www.repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/8271>>. Acessado em: 09 de julho de 2015.

MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. **O Conceito Material de Culpabilidade: O fundamento da imposição da pena a um indivíduo** concreto em face da dignidade da pessoa humana. Salvador: Editora Jus Podivm, 2010.

MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e Arbitragem: alternativa à jurisdição! 3. ed. rev. e atual. com o Projeto de Lei do novo CPC brasileiro (PL 166/2010), Resolução 125/2010 do CNJ.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil.** 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

PALERMO, Pablo Galain. **Mediação Penal Como Forma Alternativa de Resolução de Conflitos: A Construção de um Sistema Penal sem Juízes** in *Revista Brasileira de Ciências Criminais* Ano 19.91, julho-agosto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.172-173.

PARKER, Lynett. **Justiça Restaurativa: Um veículo para a Reforma?** In Slakmon, C., R. de Vitto, e R. Gomes Pinto (org.), *Justiça Restaurativa* (Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD), 2005. p. 247/265. Disponível em: <<http://www.restorativejustice.org/articlesdb/articles/6707>>. Acessado em: 09 de julho de 2015.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; DURÇO, Karol Araújo. **A Mediação e a Solução dos conflitos no Estado Democrático de Direito. O “Juiz Hermes” e a Nova Dimensão da Função Jurisdicional.** In Fredie Didier Jr. (org.), Teoria do Processo: Panorama Doutrinário Mundial, vol 2. Salvador: Editora Jus Podivm, 2010. p. 363/391.

QUEIROZ, Paulo. **Curso de Direito Penal. Parte Geral.** 11ª edição, revisada, ampliada e atualizada. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015.

ROCHA, Alexandre Lobão. **A Garantia Fundamental de Acesso do Necessitado à Justiça.** Disponível em: <http://www.dpu.gov.br/pdf/artigos/artigo_alexandre.pdf>. Acessado em: 09 de julho de 2015.

ROMÃO, José Eduardo Elias. **A Mediação como Procedimento de Realização de Justiça no Âmbito do Estado Democrático de Direito.** In André Gomma de Azevedo (org.), Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação, vol 2. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2003. p. 49/68.

SANTOS, Claudia Cruz. **A Justiça Restaurativa: um modelo de reacção ao crime diferente da justiça penal: porquê, para quê e como?** Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

SICA, Leonardo. **Justiça Restaurativa e Mediação Penal: O Novo Modelo de Justiça Criminal e de Gestão do Crime.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

_____. **Bases Para o Modelo Brasileiro de Justiça Restaurativa.** Disponível em: <https://aplicacao.mp.mg.gov.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/151/Bases%20para%20modelo%20brasileiro_Sica.pdf?sequence=1>. Acessado em: 09 de julho de 2015.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos Conflitos Cíveis**. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2008.

TARTUCE, Fernanda. **Conciliação e Poder Judiciário**. Disponível em: <www.fernandatartuce.com.br>. Acessado em: 09 de julho de 2015.

TIAGO, Tatiana Sandy. **Implementação da Justiça Restaurativa por meio da Mediação Penal**. In, André Gomma de Azevedo (org.), Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação, vol 4. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2007. p. 205/220.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro, volume I: parte geral**. 8, ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Em Busca das Penas Perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Tradução Vânia Romano Pedrosa, Amir Lopez d Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

_____; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2003, 4ª edição, maio de 2011.

[1] Entende-se que a autotutela é a forma primitiva de resolução de conflitos de interesses, usada quando não há um Estado Organizado ou quando este é insuficiente, para coibir os sujeitos de buscar a solução de sua lide através da lei do mais forte e subjugo forçado do mais fraco. Ressalte-se que apesar de ser uma espécie primitiva, ainda há no ordenamento jurídico brasileiro a previsão de possibilidade do ofendido agir imediatamente para repelir a injusta agressão, ante uma situação de urgência, por exemplo, podemos

citar a legítima defesa (art. 23 do Código Penal). Já a autocomposição surgiu com o convívio em sociedade e sem que o Estado, tivesse poder para submeter coativamente os cidadãos às suas decisões, as próprias partes em litígio passaram a buscar amigavelmente a solução de suas pendências, aqui não há a sujeição forçada de um dos litigantes. (BARROSO, 2010, p. 37/38).

A autotutela é a própria repressão aos atos criminosos se fazia em regime de vingança privada, possuindo como traços característicos a ausência de juiz distinto das partes e a imposição da decisão por uma das partes à outra. E a autocomposição ocorre quando uma das partes em conflito, ou ambas, abrem mão do interesse ou de parte dele. São três formas de autocomposição a) desistência (renúncia à pretensão); b) submissão (renúncia à resistência oferecida à pretensão); c) transação (concessões recíprocas). E a heterocomposição ocorre quando o conflito é solucionado através da intervenção de um agente exterior à relação conflituosa original. É que, as partes (ou até mesmo uma delas unilateralmente, no caso da jurisdição) submetem a terceiro seu conflito, em busca de solução a ser por ele firmada ou, pelo menos, por ele instigada ou favorecida. Tendo as seguintes modalidades de heterocomposição: jurisdição, arbitragem, mediação (de certo modo) e a conciliação. (GRINOVER, Ada Pellegrini; Cintra, Antonio Carlos de Araújo e DINAMARCO, Cândido Rangel, 2010, p. 26/37).

[2] Welzel reestruturou os elementos da teoria do delito. Como toda ação é dirigida a um fim, o dolo encontra-se na ação e não na culpabilidade, pois “toda ação consciente é conduzida pela decisão da ação, quer dizer, pela consciência do que se quer – o momento intelectual – e pela decisão a respeito de querer realizá-lo – o momento volitivo. Ambos os momentos, conjuntamente, como fatores configuradores de uma ação típica real, formam o dolo (...). Dolo, em sentido técnico penal, é somente a vontade de ação orientada à realização de um tipo de delito”.

Conforme visto, quando o dolo foi deslocado para a ação ele o foi se seu elemento normativo, que é a consciência da antijuridicidade. Assim, o dolo volta a ser puramente naturalístico e pertencente à ação, separado, portanto, da culpabilidade. (BRANDÃO, 2007, p. 142/143)

[3] Segundo o Manual de Mediação Judicial do Ministério da Justiça (Azevedo, 2012, p. 68/69) a flexibilidade procedimental representa que a mediação é composta por um conjunto de atos coordenados lógica e cronologicamente. Apesar de ser útil ter uma estrutura a seguir, o mediador possui a liberdade de, em casos que demandem abordagens específicas, flexibilizar o procedimento conforme o progresso das partes ou a sua forma de atuar. A partir de determinadas referências técnicas cada mediador deve desenvolver seu próprio estilo. O procedimento da mediação será tratado em um capítulo específico posteriormente. As sessões individuais que dizer que os mediadores possuem a prerrogativa de realizar sessões individuais com as partes conforme considerar conveniente. Por reconhecer a importância de comunicação confidencial entre as partes e o mediador, a Lei de Divórcio – Lei nº 6.515/77, em seu art. 3º, § 2º, faz expressa menção à possibilidade de sessões individuais. Já a Lei de Juizados Especiais não faz expressa menção a essa possibilidade; todavia, dos próprios propósitos desta lei pode-se afirmar que, implicitamente, há esta autorização. E o tom informal, por sua vez, é entendido como o mais produtivo se os mediadores não se apresentarem como figuras de autoridades. A autoridade do mediador é obtida pelo nível de relacionamento que ele conseguir estabelecer com as partes. O uso de um tom de conversa, sem maiores formalidades, estimula o diálogo. Naturalmente, tal informalidade não significa, contudo, que todos envolvidos na sessão de mediação não precisem se preocupar com uma adequada postura profissional. Assim, informalidade e postura profissional são valores perfeitamente compatíveis.

A LEI DA PALMADA E OS LIMITES DA INTERVENÇÃO ESTATAL NA FAMÍLIA

EDISON ROBERTO FONSECA FRAZÃO JÚNIOR:
Estudante; graduando em direito pela faculdade Estácio de Macapá.

RESUMO: Este artigo científico aborda os aspectos e alterações relevantes trazidos pela lei 13.010 de 2014, intitulada “Lei da Palmada”, e a intervenção estatal na liberdade familiar de educar que essa causou. Aborda também, a origem e importância da família, os deveres e direitos dela, bem como os direitos e garantias da criança e do adolescente direcionados a educação e a violência. Por intermédio de uma pesquisa nos livros de vários autores renomados, na área jurídica, pretende-se concluir se era necessária a criação da lei, e se a intervenção estatal causada por essa é, necessária e eficiente, ou não, levantando a hipótese de que, a lei e a intervenção estatal na liberdade familiar gerada por ela, é desnecessária e ineficiente em seus objetivos iniciais. Esta construção foi feita por meio de uma revisão bibliográfica que não envolveu em nenhum momento pesquisa com seres humanos, desejando contribuir para a comunidade acadêmica em geral, e para a instituição social mais antiga e importante, a família.

PALAVRAS-CHAVE: Lei Bernardo Boldrini, Lei Xuxa, Lei da Palmada, ECA.

ABSTRACT: This scientific article approaches aspects and changes relevant brought for the law 13.010 de 2014, entitled law of spanking, and the intervention of the state in freedom familiar of the educate if his caused. Approaches too, origin and importance of Family, the duties and rights her, and rights e guarantees of child and teenages targeteds the education and the violence. For intermedium of one search in the books of several authors renowned in law area, it is intended conclude if was necessary the creation of law, and if the intervation of the state caused for this is necessary and beneficial or not, raising the hypothesis if the law it was not

necessary to Initials objectives, and the intervention of the state in the freedom familiar caused for this is unnecessary and inefficient. Was done one revision bibliographic not involved at no time search if human beings, wishing contribute to community academic in general, and to institution social more old and important, the family.

KEYWORDS: Law Bernardo Boldrini, Law Xuxa, Law of Spanking, ECA.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo científico espera abordar vários aspectos atuais sobre a lei federal 13.010, aprovada pelo senado em 04 de junho de 2014 e promulgada pela presidente Dilma Rousseff, em 26 de junho de 2014. Assim, a lei alterou os artigos, 13, 18-A, 18-B, 70-A, e 245 da lei federal 8.069/1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente, e o artigo 26 da lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Dentre as alterações trazidas, a mais relevante é o direito trazido à criança e ao adolescente, de serem educadas sem o uso de castigo físico. Deste modo, este trabalho tem por fim abordar os aspectos e alterações relevantes trazidas pela lei 13.010/2014 e a intervenção estatal que essa ocasionou, discutindo os limites da atuação estatal na instituição familiar, e se esta intervenção era realmente necessária.

Chama atenção atualmente a atuação do poder legislativo brasileiro, principalmente no que tange a criação de leis meramente populistas, já que nosso ordenamento jurídico se infla de normas redundantes e pouco efetivas, que tem unicamente o intuito de agradar extremos e conseguir o voto destes, tendo os membros do congresso unicamente intenção de usa-las como carros chefes de suas campanhas para reeleição, e a elaboração deste artigo científico é uma oportunidade para levantar debates e críticas relevantes sobre essa questão. Neste sentido, a norma trata basicamente de um tema historicamente intacto, a liberdade familiar de educar, chamando atenção também, a aparente irrelevância técnica da lei, tendo possivelmente intervindo na liberdade

desnecessariamente e de certa forma, sendo ineficaz na sua proposta inicial.

Cumprido ressaltar que o presente estudo é relevante por esses motivos expostos, bem como o fato de que a lei afeta toda a sociedade, e não somente uma parcela em específico, já que toda a sociedade, tem ou terá família, sendo estes os principais fatores que motivaram o presente artigo, que tenta responder as seguintes questões, a lei tinha necessidade de ser criada ou não? E a intervenção estatal na família em decorrência dessa, foi necessária e eficiente ou desnecessária e ineficiente?

O presente artigo científico utilizou para sua construção a técnica científica da Revisão bibliográfica, não envolvendo em nenhum momento pesquisa com seres humanos, usando basicamente a literatura relacionada e mais relevante, que tem como critério de inclusão o período de 2010 até 2015, sem contar, é claro, com a legislação brasileira pertinente.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 Família

A família é inerente à vida humana desde a antiguidade, é uma construção cultural, onde cada um tem sua função a ser cumprida, tendo a própria organização da sociedade ocorrendo em torno da estrutura familiar, e assim surgindo o principal elo da família, o casamento, que tem intuito de organizar os vínculos interpessoais, sendo considerado uma regra de conduta que impõe limites ao homem em sua busca pelo prazer, Dias (2014). A família é tida como a base da sociedade, e conforme a Declaração de Direitos do Homem, é o núcleo natural e fundamental, tendo direito à proteção da sociedade e do estado.

Lenza (2014), discorre acerca da família no mesmo sentido, sendo ela como já falado anteriormente, a base da sociedade, tendo especial proteção do estado, e ampliados os seus conceitos culturais, reconhecendo a união estável como entidade familiar, e impondo ao

legislador que se facilite a conversão desta, destacando assim a função social da família. Análise obtida com fundamento no artigo 226, caput, da Constituição Federal.

Em sentido semelhante, Masson (2015), afirma que o termo “família” atualmente constitui uma instituição privada, voluntariamente construída por pessoas adultas ou não, não importando se a condição da relação foi formal ou não, ou se envolveu casais hétero ou homo afetivos. Assim, englobando a união estável, e até mesmo a relação homo afetiva que foi reconhecida, tendo a sua possibilidade criada pelo STF no julgamento da ADI 4277 e ADPF 132.

Pode-se perceber então que, a noção atual de família pode ser diferente, entre umas e outras, em virtude da mencionada ampliação de seus conceitos culturais, Cunha, Lépore e Rossato (2013), lembram que o ECA, reconheceu a família natural e substituta, ficando a função de reconhecer a família extensa ou ampliada para a Lei Nacional da Adoção, sendo a família natural formada pelos pais, ou por um deles (monoparental) e seus filhos, assim como a família extensa que é formada pelos parentes próximos e a criança, e a família substituta formada pela guarda, tutela e adoção.

Estas espécies de família, foram oriundas principalmente da separação entre estado e igreja, surgindo, nos termos da lei, espécies de família, mas nunca havendo uma conceituação legal dela, já que o legislador acabava se limitando a identificá-la ao casamento, até hoje é difícil chegar em uma ideia final do que é a família, devendo esta ser vista com visão ampla nas mudanças sofridas por ela, sendo considerada por muitos como um grupo social fundado essencialmente nos laços de afetividade. Dias (2014).

Já sobre a família inserida no ramo legal, Dias (2014), salienta que o direito das famílias é o mais humano de todos os direitos, acolhe o ser humano desde antes do nascimento, zelando por ele durante a vida e cuidando de suas coisas até depois de sua morte.

2.2 Direitos da criança e do adolescente

A Declaração dos Direitos da Criança de Genebra, de 1924, é o documento de marco internacional dos direitos das crianças e adolescentes. Estabeleceu essa declaração, proteção especial para o desenvolvimento físico, mental, espiritual e moral; proteção contra violência, crueldade, exploração e discriminação.

Após essa declaração surgiram o ECA e a Constituição de 88, e com isso, a criança e o adolescente deixaram de ser oficialmente objetos de direito e passaram a ser sujeitos de direito, devido ao estatuto e a Constituição Federal de 1988. Cunha, Lépure e Rossato (2014).

Isso pode ser percebido em vários momentos, dentre eles o artigo 20 do Estatuto da criança e adolescente, que reproduz a ideia trazida no parágrafo 6º do artigo 227 da Constituição Federal, equiparando os filhos, sejam adotivos, havidos ou não na constância do casamento, e ainda aqueles decorrentes de qualquer forma de filiação ou materialização do parentesco, de forma que todos terão os mesmos direitos, sendo sujeitos às mesmas prerrogativas jurídicas, sendo fundamental para que não haja discriminação entre eles. Cunha, Lépure e Rossato (2014).

É importante para o estudo que seja descrito o que pode ser entendido como criança e adolescente. O Estatuto da Criança e do Adolescente bem como a “Lei da Palmada”, tratam da criança e adolescente como as vítimas, os sujeitos passivos dos tratamentos cruéis, a classificação destes é dada pelo ECA em seu artigo 2º, sendo criança aquele que possui até 12 anos incompletos, e adolescente aquele que possui até 18 anos incompletos, pouco comentada é a hipótese de aplicação, em exceção, de algumas normas do estatuto para pessoas entre 18 e 21 anos, equiparando-os a adolescentes, previsão esta do parágrafo único do mesmo artigo.

2.3 Dever de educar

Feitos os breves apontamentos sobre a família e os direitos da criança e do adolescente, é importante ressaltar o dever atribuído à aquela, de criar e educar os filhos, sendo a Constituição Federal no seu artigo 229, responsável pela instituição deste, o que foi reafirmado no artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Educar é orientar a criança, conseqüentemente desenvolvendo sua personalidade, capacidades, aptidões e instruindo a criança e o adolescente, logo é possível perceber sua importância. Maciel et al (2013).

Segundo Lenza (2014), o referido artigo 229 foi elaborado a luz da proposta elaborada pela comissão Afonso Arinos, trazendo uma outra importante regra da vida que vale a pena ser lembrada, segundo este, os pais devem cuidar e educar dos filhos menores, enquanto os filhos maiores devem cuidar deles na velhice, verdadeira reciprocidade existente. Masson (2015), lembra ainda que o referido artigo teve como base o princípio da solidariedade e reciprocidade nas relações familiares.

No mesmo sentido, o artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, dispõe que é dever da família assegurar, com absoluta prioridade, os direitos à educação, ao respeito, a convivência familiar, dentre outros, positivando os direitos e deveres na relação menor e família, dentre eles o direito ao respeito, que foi reproduzido praticamente igual o artigo 227, caput, da Constituição Federal, e procurou deixar claro que, esses direitos não são tarefa apenas de um órgão ou entidade, mas deve ocorrer a partir de uma ação conjunta entre família, governo e instituições, uma verdadeira cooperação entre estes. Não foi por acaso que a família foi relacionada como a primeira das instituições que foram convocadas, no artigo 227 da Constituição Federal, para atuar na defesa dos direitos da criança e adolescente, haja vista que todo trabalho deve existir primeiramente e prioritariamente através da família. Digiácomo e Digiácomo (2013).

No livro de Provérbios de Salomão, capítulo 22, versículo 6, já existia a ideia que norteiam esses artigos, dizendo; eduque a criança no caminho em que deve andar, e até o fim da vida não se desviará dele.

Assim, os direitos ligados a educação da criança e do adolescente são entregues aos pais tradicionalmente desde os textos bíblicos, retratando os deveres de repreensão, retribuição e obediência desde períodos remotos, o que fora mantido pelo legislador no sentido de não criar proibições, logo possibilitando, já que o particular está ligado ao princípio da liberdade, um direito de primeira dimensão, em seu sentido amplo, podendo o cidadão fazer tudo aquilo que a lei não proíbe. Contudo, passou-se a ser possibilitado também de forma expressa, com base no artigo 1.634, VII do Código Civil, que afirma que compete aos pais o dever de exigir dos filhos menores, que estes lhe prestem obediência, respeito e os serviços próprios trazidos pela sua idade e condição, devendo os menores aprenderem as questões sociais tendo como exemplo a família.

Vale lembrar que, estão associados ao dever de respeito e obediência, a correição e disciplina, com a consequente imposição de limites necessários à boa convivência familiar e social, devendo, é claro, os pais agirem com proporcionalidade respeitando as regras de respeito e dignidade dos filhos. Maciel et al (2013).

Em contraponto, Tartuce (2014), lembra que a exigência não pode ser lida de forma desmedida, sendo vedada a relação ditatorial. Lembra também que, configurando danos, estes podem ser responsabilizados pela educação errada de seus filhos, logo é atribuído o dever de educação e consequente responsabilização por faltas no exercício deste direito, uma verdadeira responsabilidade objetiva do pai ou mãe abusador, trazido pelo enunciado nº 37 CJF/STF. Da mesma forma os pais não podem explorar economicamente os filhos exigindo-lhes trabalhos que não são próprios da sua idade, sendo responsabilizados caso aconteça.

Dias (2014), também lembra que os pais são responsáveis pelos atos dos seus filhos, sendo hipótese de responsabilidade civil por ato de terceiro, que encontra referência no artigo 932, inciso I, do Código Civil, estando os pais obrigados, mesmo que o filho não esteja na sua companhia, de forma que nem o divórcio, romperia essa obrigação. Assim,

não só os pais têm obrigação em educar corretamente os filhos, como podem ser responsabilizados pelos atos desses, grande parte sendo atribuídos à educação e orientação insuficiente.

Além destes dispositivos legais, Estatuto da Criança e Adolescente, em seu artigo 19, volta a afirmar que toda criança tem direito a ser criada e educada no âmbito da família ou excepcionalmente na família substituta. Assim, no momento em que é conveniente ao estado, este outorga legalmente a criação do menor à instituição familiar, sendo na prática essa a única responsável pelo menor, como sempre ocorreu, assegurando a ela deveres e responsabilidades para com o menor, na Constituição Federal e no ECA. Contudo, quando é conveniente para o legislador, motivado por motivos políticos, este então tenta criar uma vedação à liberdade, a lei que será vista mais a frente, deixando o Estado de se abster sobre um tema historicamente e culturalmente intacto, sem um motivo realmente relevante para fazê-lo, tornando a relação entre família, menores e estado, desproporcional, já que a família é na prática a única responsável, e o estado que deveria auxiliá-la de forma correta, só intervém na liberdade familiar desnecessariamente, possivelmente ainda atrapalhando.

2.4 Intervencionismo estatal na família

Tendo em vista que a relação entre a pessoa e o estado sempre foi vertical e não horizontal, nunca foi questionado o peso da balança na relação ao estado, sendo esse prejudicado, e sim o particular, parte fraca frente ao estado eminentemente opressor em seus interesses, eis que surgem, para evitar maiores conflitos nessa relação e para diminuir a desproporcionalidade, os direitos fundamentais de primeira geração ou primeira dimensão, que enfrentam o intervencionismo do estado, pregando um não fazer do estado.

Fica caracterizado então uma abstenção do estado para garantir as liberdades privadas. Contudo em meio ao liberalismo extremo, surgiu a necessidade do estado não mais se abster, e agir para recuperar

a igualdade perdida em meio aos conflitos de liberdades dos particulares, e para garantir a efetivação de outros direitos.

Entretanto, Dias (2014), lembra que é necessário demarcar o limite de intervenção do direito na organização familiar, para que estas normas que venham a surgir não causem prejuízo na liberdade do sujeito. Afirmando também um ponto muito importante, ainda que o estado tenha interesse na preservação da família, é necessário indagar se dispõe de total legitimidade para invadir a privacidade e intimidade das pessoas, discussão base do presente artigo. Pode ser claramente percebido que este limite é altamente subjetivo e não foi demarcado, tendo em vista que mesmo com a violência aos menores permanecendo nas proporções das décadas anteriores, o estado decidiu intervir tentando restringir a liberdade familiar, novamente, com cunho muito mais político.

Sobre a liberdade familiar, a mesma autora em obra anterior lembrava que o modo de dissolver o casamento era basicamente pela separação obrigatória e posterior divórcio, e a partir da PEC 28 de 2009 o divórcio começou a poder ser requerido a qualquer tempo. No mesmo dia ou no dia seguinte ao casamento. Acabando assim o desarrazoado prazo de espera, pois nada justifica impor que as pessoas fiquem dentro de uma relação quanto já rompido o vínculo afetivo, novamente uma imposição sem necessidade do estado. Dias (2010).

Esse era um claro caso onde o estado se intuiu na liberdade familiar, mantendo o vínculo jurídico definitivo que ligavam duas pessoas por um prazo, contra a vontade destas pessoas, através da exigência do instituto da separação judicial. O que hoje é visto como algo passado, e algo pouco viável, era aplicado forçosamente pelo estado, onde a liberdade entrou em conflito com o intervencionismo estatal, e venceu. Dessa forma pode se pensar que, com a devida força, a liberdade familiar de educar pode voltar a perder as restrições existentes se consideradas desnecessárias.

O grande problema reside na tentativa de em encontrar na estrutura do sistema jurídico uma forma de proteger, mas sem sufocar a família, regular sem engessar, ponto fundamental a ser seguido pelo legislador, e geralmente negligenciado. Dias (2014).

Sobre a necessidade de conservação da liberdade, existem princípios em contraponto a intervenção estatal na família, o princípio da não intervenção, ou da liberdade familiar, que surgiu no artigo 1.513 do Código Civil, vedando qualquer intervenção de pessoas de direito público ou privado na família, mantém relação com o princípio da autonomia privada, esta que deve existir no âmbito da família, sendo assim é possível a aplicação de tal princípio na questão da liberdade familiar de educar, afim de diminuir as interferências estatais autoritárias do estado. Tartuce (2014).

Levando estes fatores em consideração, devemos atentar ao fato de que as liberdades privadas devem ser, sempre que possíveis preservadas, afim de não engessar a família para o cumprimento de deveres impostos pelo próprio estado limitador, contudo, adotando sempre uma visão moderada da vida em sociedade, constatamos que o problema não reside em todo intervencionismo, sendo muitos necessários, e sim no intervencionismo pelo simples intervencionismo, ou de maneira ineficaz e desnecessária, como ocorreu com a “Lei da Palmada” e que passa a ser debatido

2.5 A “Lei Da Palmada”

Todo esse entendimento é anterior a lei, e deveria ter sido levado em conta, o que não ocorreu e a “Lei 13.010/14” mesmo assim surgiu.

A lei que hoje é chamada de “Lei da Palmada”, também foi chamada de lei Bernardo Boldrini pelo Congresso Nacional, em homenagem a criança assassinada em 2014 por injeção letal, tendo como principais suspeitos os pais, fato que ocorreu no Rio Grande do Sul. Devido a toda essa comoção, bem como os vários casos atuais de violência

familiar entre ascendente e descendente, a apresentadora Xuxa Meneguel, aparente defensora da causa, serviu de representante em favor da lei, surgindo assim o nome “Lei Xuxa”.

A motivação política da lei veio desde o apoio do governo Lula, já que este é um tema social e de repercussão política grande, capaz de ganhar ou perder muitos votos perante a população. De forma que, o congresso, em boa parte decidido em apoiar o representante do executivo federal atual, age no intuito de mostrar à sociedade a resposta desejada por ela em questões de grande comoção social, agradando extremos, pensando os parlamentares unicamente no fim de reeleição, não sendo muitas vezes tomada a melhor decisão, e sim aquela que mais favorece o cenário político.

A lei entrou em vigor, alterando o ECA, em seu artigo 1º alterou o Estatuto da Criança e do Adolescente, criando o artigo 18-A, e trouxe o direito da criança e adolescente serem educados e cuidados sem o uso de castigo físico ou de tratamento cruel ou degradante, como formas de correção, disciplina, educação ou qualquer outro pretexto, pelos pais, pelos integrantes da família ampliada, pelos responsáveis, pelos agentes públicos executores de medidas socioeducativas ou por qualquer pessoa encarregada de cuidar deles, tratá-los, educá-los ou protegê-los.

Considerando segundo este mermo artigo, castigo físico a ação de natureza disciplinar ou punitiva, aplicada com o uso da força física sobre a criança ou o adolescente, que resulte em sofrimento físico ou lesão deste. Já o tratamento cruel ou degradante é considerado conduta ou forma cruel de tratamento em relação à criança ou ao adolescente, que a humilhe, ameace gravemente, ou ridicularize. Ressaltando que o sofrimento então não é apenas físico, mas também mental, desejando o legislador manter ambas as integridades. Ishida (2015).

A responsabilidade também não se limita aos pais ou responsáveis, atingindo a família ampliada e o agente público que execute medidas socioeducativas, ocorrendo no final do artigo uma interpretação

análoga, abrangendo ainda qualquer pessoa encarregada que cuide, trate, eduque ou proteja o menor. Ishida (2015).

Em retribuição às condutas, trouxe a lei, a aplicação de medidas não prisionais e outras alterações de menor relevância que serão vistas à frente. De modo que, pode ser percebido através de uma simples leitura que o objetivo principal vinculado a lei é de trazer proteção à criança e ao adolescente contra violências, o que foi noticiado e afirmado pelos parlamentares, contudo o Estatuto da Criança de Adolescente há 20 anos atrás já atribuía direitos fundamentais a criança, bem como garantias e medidas protetivas mais eficientes, entretanto, o legislador prefere inovar sobre os mesmos pontos, coibindo condutas que já eram na prática vedadas ou coibidas por meio de sanções, lembrando é claro que uma lei não poderia ter sido criada meramente por motivos políticos e sem um estudo social aprofundado, sobre risco de causar uma insegurança jurídica tremenda na sociedade, principalmente pela redação da lei em contraponto com a presunção de que a lei não tem palavras desnecessárias ou sem aplicação, ao menos na teoria, o que será visto mais à frente.

2.6 Problemas da “Lei Da Palmada”

Dois são os grandes problemas trazidos pela lei, primeiro uma intervenção sobre temas em que grande parcela da sociedade clama pela correspondente não ocorrência, segundo, a forma com que isso foi feito, sendo ela desnecessária, ineficaz e ainda trazendo insegurança jurídica e prejuízos à liberdade familiar.

Como já dito, a liberdade familiar de educar é historicamente dada a família, bem como o direito de exigir o respeito e obediência, podendo os pais serem responsabilizados se estes não educarem os filhos corretamente ou se estes cometerem danos a sociedade. Não se discute a questão dos abusos nestas condutas, que devem ser punidas e repudiadas, e sim a redação da lei que tenta claramente impedir os pais de aplicar qualquer limite que envolva toques aos filhos, principalmente através da expressão já referida

“sofrimento físico” que não se tem até o presente momento qualquer definição, e a insegurança jurídica desta acaba por engessar a família.

De acordo com Rossato, Lépore, e Cunha (2014), em livro anterior a esta lei, em praticamente nada se estaria inovando se a referida lei trouxesse meramente a expressão lesão, já que os crimes de Lesão corporal e Maus tratos já englobariam esta, a grande novidade seria o termo sofrimento, que causa grande insegurança jurídica, pois uma palmada que não cause marcas pode ou não gerar sofrimento, enquanto o tratamento cruel ou degradante, até mesmo palavras e uma conduta comissiva podem ser capazes de configura-lo.

Essa expressão, sofrimento físico, foi uma alteração da palavra “dor”, trazida pelo Congresso como casa revisora, ela é que traz uma insegurança jurídica enorme, como visto anteriormente, porque é totalmente impossível se dar um parâmetro, variando sempre de caso a caso. Pode-se perceber então que não foi feito um estudo das condutas, palavras e consequências trazidas pela lei, cabendo talvez essa função à doutrina e jurisprudência futura

E essa subjetividade trazida como já vimos, engessa a família, o que é muito negativo na visão da grande maioria de doutrinadores, é o que foi defendido pelo *senador Magno Malta, sobre a leitura de um texto de autoria do jornalista Ricardo Kostcho, durante o período de discussão anterior à lei, querendo demonstrar a desnecessidade da intervenção estatal, disse: “De qual cabeça desocupada saiu esta ideia de permitir o Estado de intervir na educação familiar, como lei deste tipo pode fazer as pessoas mais felizes, já que existem leis que punem os abusos contra crianças? Agora, crianças vão até a delegacia mandar prender os pais...”*

Devemos pensar também que, o estado que possui diversos recursos para manter a ordem social, diz que é necessário até privar o cidadão de um dos bem mais importantes que é a liberdade, é o mesmo estado que tenta tirar a autoridade dos pais de corrigir o filho na sua

própria casa, sendo o dever de correção dado pelo próprio, restando óbvia a desproporcionalidade.

Retomando a subjetividade da lei, ainda que as palavras da lei não tenham um alcance totalmente certo definido, atualmente, é certo que a lei não proíbe a correção física aos menores, e sim somente a imoderada ou excessiva.

Neste sentido, Maciel et al (2015), em obra recente expressa a opinião predominante na doutrina atual, de que no exercício do poder familiar os pais devem educar os filhos aplicando medidas disciplinares moderadas, respeitando a inviolabilidade da criança, devendo sempre se aferir se o direito à correção foi extrapolado, justamente porque são os excessos que estão vedados na prática. Posição atual da maioria dos doutrinadores, de que somente a palmada excessiva está vedada, muito em virtude da alta subjetividade desta lei.

Já na jurisprudência, O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, posiciona neste mesmo sentido, no julgamento da apelação 70002755536, reiterou que a legislação não condena o direito à correção, e sim os abusos intoleráveis dos meios de correção e disciplina, negando provimento à apelação da mãe agressora.

Além de continuar vedando somente os excessos, passamos a analisar um outro fator que trouxe irrelevância social da lei, a atribuição da punição ao descumprimento desses direitos, Luiz Flavio Gomes quando perguntado ao jornal folha de São Paulo disse, “ se a lei penal que prevê pena pode não surtir efeito preventivo, uma que não tiver punição vai surtir ainda menos”. Fato relevante para a análise da ineficiência da lei em seu objetivo principal, que não traz pena no caso dos castigos físicos, e sim medidas alternativas.

As medidas trazidas pela lei no lugar de uma punição efetiva, foram inseridas no artigo 18-B do Estatuto da Criança e do Adolescente, dispondo então que o conselho tutelar irá aplicar o seguinte rol de

medidas; encaminhamento a programa oficial ou comunitário de proteção à família; encaminhamento a tratamento psicológico ou psiquiátrico; encaminhamento a cursos ou programas de orientação; obrigação de encaminhar a criança a tratamento especializado e advertência. Portanto ficando claro que o fator coercitivo não foi trazido pela lei.

Outro ponto é que a lei, por continuar punindo somente os excessos, acabou repetindo e legislando sobre vedações e direitos já existentes.

Para coibir a violência contra menores, já existiam os crimes de lesão corporal e maus tratos, previstos no código penal, assim os castigos físicos aplicados pelas pessoas encarregadas de cuidar e educar as crianças e adolescentes que ofendessem a integridade corporal ou saúde, seriam enquadrados no crime de lesão corporal tipificado no artigo 129 do código penal, enquanto as condutas ou forma cruel de tratamento que viessem expor a perigo a vida ou a saúde, privassem de cuidados indispensáveis, sujeitassem a trabalho excessivo ou abusassem de meios de correção ou disciplina também poderiam ser enquadradas no crime de maus tratos, artigo 136 do mesmo código. Podendo ainda ser configurado o crime do artigo 232 do ECA, se a criança for submetida a vexame ou constrangimento, onde está sendo debatida a hipótese de o menor sofrer esses, por meio da privação de alimentos, cuidados, por ser submetido a trabalho excessivo ou inadequado, ou ainda por abuso nos meios de correção e disciplina. Maciel et al (2015).

O crime anteriormente previsto no artigo 233 do ECA, foi revogado e passa a ser regulamentado pela lei 9.455/97, que traz a figura típica de, submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com o emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo. Impossível não perceber a semelhança com a lei 13.010 ao ler o inciso em questão, podendo perceber que o ECA, e a lei de tortura já acabavam disciplinando as condutas trazidas pela “Lei da Palmada”, vale ressaltar que o resultado deve ser intenso para configurar o crime, contudo como

dizer se uma palmada não causou intenso sofrimento físico, caindo novamente no debate da subjetividade das condutas.

Entretanto o ponto em que não se tem discussão é, novamente pode-se perceber que o legislador já regulava o tema dos castigos físicos e tratamento cruel e degradante e afins, levantando a questão, se a ideia era diminuir essas práticas, por que não usar de uma coercibilidade efetiva, qual seja, a penal, aumentando as hipóteses de configuração do crime, entretanto preferiu o legislador, atribuir meramente tratamento na “ Lei da Palmada”.

Inclusive é relevante ressaltar que foi estabelecido no parágrafo terceiro do crime de maus tratos, uma causa de aumento específica para os menores de 14 anos, da mesma forma o crime de lesão corporal traz um aumento de pena no parágrafo 7º, a pena é aumentada quando ocorre uma das hipóteses previstas no parágrafo 4º do artigo 121 do mesmo código, aumentando a pena de um terço se o delito for praticado contra pessoa menor de catorze anos. No mesmo sentido, disposto no parágrafo 9º no crime de lesão corporal, está a forma qualificada da lesão dolosa de natureza leve, onde a pena passa a ser 3 anos, evidenciando a preocupação do legislador em proteger não apenas a incolumidade física e individual da vítima, como também a tranquilidade e harmonia dentro do âmbito familiar. Cunha (2014).

Resta-se clara a atenção do legislador para com a criação dos tipos penais referidos, qualificando e aumentando crimes, e usando da coercibilidade da pena para proteger o âmbito familiar. A forma qualificada do crime de lesão corporal existe a mais de 10 anos, trazida pela lei nº 10.886, de 17 de junho de 2004, enquanto a causa de aumento no crime de maus tratos, foi trazida pela lei nº 8.069, de 1990, o Estatuto da Criança e Adolescente, completando 25 anos de existência, e promulgação da lei que traz causa de aumento de pena no crime de lesão corporal, 129 do código penal, trazido pela lei nº 12.720, de 27 de setembro de 2012, aproximadamente 3 anos atrás, desta forma, é possível perceber que em três lapsos temporais distintos, a longo, médio e curto

prazo, o Direito Penal foi usado para proteção da família, podendo ser questionado, se o direito penal não é suficiente, uma lei que não traz pena seria?

Poderia assim o legislador efetivar a aplicação destes crimes à criança e adolescente e aumentar as hipóteses de alcance trazidas pela nova lei ou ainda outras, mas assim não o fez, preferiu inovar juridicamente trazendo uma lei com inovações pouco coercitivas, dentre elas, tratamento a ser dado aos pais, sendo assim, contrárias ao objetivo da lei, que é de levar a punibilidade e retribuição a estes. Está sendo muito discutida também, a palmada que não gere lesão e nem tratamento cruel ou degradante, que em muitos dos casos é a famosa “palmadinha” sem marcas e sofrimento, que também ensejou a própria lei, esta possivelmente estaria fora das hipóteses, não sendo punida, possivelmente em virtude da expressão “sofrimento físico” e sua falta de definição específica. Desta forma então, talvez a lei não teria conseguido atingir todos os seus objetivos iniciais, nem o que foi vinculado e noticiado.

Pode-se entender então que o intuito de coibir a violência pelos pais é pouco eficaz, acaba servindo a lei como mais uma reiteração das garantias já existente contra os chamados castigos imoderados sofridos pelos menores, fortalecendo os direitos dos menores.

E de maneira a concordar com o abordado anteriormente, Maciel et al (2015) afirma que a lei 13.010/14 veda comportamentos que acarretem violações à integridade física, que causem os crimes de lesão corporal e maus tratos ou ainda o crime tipificado no artigo 232 do ECA. Definindo, portanto, castigo físico ou maus tratos como aqueles que os pais usam de força física de maneira intencional ou por omissão, com o objetivo de ferir, danificar ou destruir o filho menor de 18 anos, e afirmando por diversas vezes que a aplicação da lei é em caso de castigos imoderados e abusivos. Ousando discordar da autora, na prática a lei não está vedando nada novo, mas somente é mais um reforço ao que já existia, os crimes, embora a intenção seja outra.

Vale lembrar que, ainda que a lei tenha a sua aplicação principal para os casos de excessos, acaba por torna-se uma função difícil de defini-los na prática, um castigo pode ser moderado para uma criança, com determinada estrutura física e mental, e imoderado para outra, além de cair na questão do termo “sofrimento físico” trazido pela lei, não havendo qualquer definição de castigos e repreensões que enquadrem ou não neste.

Para verificar então a ocorrência desses excessos, deve ser realizada principalmente a atenção e percepção destes, por meio da presença de sintomas que demonstram que a criança está sendo submetida a maus-tratos físicos, como doenças não tratadas, lesões físicas, comportamento agressivo ou apático, isolamento, tristeza, falta a escola, doenças sexualmente transmissíveis, regressão, rebeldia, desnutrição, dentre outros. Havendo suspeita qualquer pessoa deverá obrigatoriamente comunicar ao conselho tutelar. Maciel et al (2015).

Nem todas as alterações trazidas pela lei trouxeram insegurança jurídica ou possíveis intervenções desnecessários à liberdade familiar de educar, no seu artigo 1º alterou o Estatuto da Criança e Adolescente, criando o artigo 70-A, que atribui dever para a Administração Pública Direta, esta deverá então, atuar de forma articulada na elaboração de políticas públicas e na execução de ações destinadas a coibir o uso de castigo físico ou de tratamento cruel ou degradante e difundir formas não violentas de educação de crianças e de adolescentes, trazendo diversas ações nos incisos seguintes.

Em seu artigo 3º alterou o artigo 26 da lei nº 9.394 de 20 de dezembro de 1996, a lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, estabelecendo no parágrafo 9, trazido por ela, que os conteúdos relativos aos direitos humanos e à prevenção de todas as formas de violência contra a criança e ao adolescente devem ser inseridos nas escolas, sendo produzido e distribuído material didático adequado.

Além dessas alterações benéficas, um benefício inegável aos defensores da lei e que são a favor da vedação a qualquer limite aplicado com toques físicos, é o do senso comum e dos efeitos midiáticos, de forma que graças ao nome da lei, os pais agora sentem-se coibidos a corrigir os filhos que desrespeitam regras.

De forma que poucas são as alterações relevantes trazidas pela lei, recebedora da fama de grande marco histórico no combate a violência dos menores, intervindo de forma desnecessária na família, tendo em seu nome “Lei da Palmada”, maior poder coercitivo para a violência do que a sua própria alteração legislativa, servindo a lei basicamente para um reforço aos direitos e garantias já existentes.

3 CONCLUSÃO

Em meio a revisão bibliográfica feita, concluiu-se que, a família, por ser uma entidade inerente ao homem desde a de sua origem, acaba ficando no centro da construção da sociedade desde épocas remotas, assim, ela mantém com o passar dos anos, costumes e tradições, uma grande parte em relação à educação, principalmente a educação dada dos pais aos filhos, relacionada ao ensino de valores e princípios morais, passados de geração em geração, dentre eles, a disciplina e correição.

Como já dito, as seguintes questões nortearam a pesquisa e construção inicial do presente artigo: a lei tinha necessidade de ser criada ou não? E a intervenção estatal na família em decorrência dessa, foi necessária e eficiente ou desnecessária e ineficiente?

E dessas questões a conclusão obtida é que, deve a liberdade familiar ser preservada em meio a intervenção estatal na família desnecessária, e que a “Lei da Palmada” que surgiu em decorrência desta, não tinha necessidade de ser criada, ao menos não da forma que foi, podendo em decorrência disso gerar diversos malefícios, à educação e aos costumes sem haver necessidade para tal. Também foi constatado que as alterações trazidas são irrelevantes, causando uma desproporcionalidade

na relação entre a intervenção legislativa feita na liberdade do particular e a necessidade e eficácia desta, sendo, portanto, a intervenção estatal desnecessária e ineficiente.

Os fundamentos para essas respostas são vários, dentre eles, o fato de que a família é fundamental para a criança, sendo na maioria das vezes a mãe e o pai a primeira mulher ou primeiro homem a serem vistos e serem referência à criança, como o Código Civil bem retrata, devem os menores aprenderem as questões sociais tendo como exemplo a família, sendo na prática a maior responsável no caso de uma má criação que gere, crimes, e até a falta de sucesso profissional e social do indivíduo.

Assim como a própria sociedade deve corrigir o homem para o correto andamento e paz social, a família tem o dever de corrigir o menor, sendo inclusive um dever legal, desta forma, com a criação da lei 13.010 de 2014, ocorreu a tentativa de diminuir as ferramentas para tal, por expressões que ainda nem tem definição prática certas, contudo, o que merece a maior atenção é que, a liberdade e o poder familiar sofreram uma intervenção de forma ineficaz, trazendo ainda insegurança jurídica, já que pensamos que não pode o estado intervir desnecessariamente na liberdade do particular, devendo agir com proporcionalidade, eficiência e inteligência sempre que o fizer.

Esse é o problema central do trabalho, que se encontra no fato da família realizar um dever natural dela, e ao mesmo tempo legal, de educar, disciplinar e corrigir os filhos, dever, confirmado pelo estado, sendo culturalmente existente desde épocas remotas. Entretanto o mesmo que reafirma esse dever, tenta tirar a autoridade e poder dos pais para cumpri-lo, cumpre ressaltar que, a intervenção estatal, como dito, na maioria das vezes é prejudicial à liberdade privada, entretanto o maior problema da lei 13.010 de 2014, a “Lei da Palmada”, é restringir a liberdade de maneira desnecessária e ainda por cima ineficaz, já que após o estudo de alguns dos maiores autores do país pode-se perceber que o combate contra a violência contra os menores permanece o mesmo após a lei, sendo claro que não houve um maior estudo prévio, se o intuito da

criação da mesma era de fato ser eficaz na proteção do menor, sendo maior o valor simbólico do que prático.

Desta forma, pode-se concluir que a criação da lei não era necessária para alcançar os fins propostos, sendo ainda ineficaz nas tentativas de trazer algo relevante e eficiente, acrescentando pouco ao bem-estar do menor, mas ao mesmo tempo intervindo na liberdade familiar de educar os seus filhos, ou ainda aqueles que tenham guarda e afins, já que a intervenção por si só é negativa para as liberdades privadas.

Em contraponto acaba trazendo benefícios secundários aos menores, e na prática serve como um reforço aos direitos e garantias dos menores já existentes, mesmo que esse não fosse o real intuito da mesma, mas em meio aos efeitos midiáticos e populares coercitivos, à insegurança jurídica trazida, e a intervenção em temas historicamente preservados, acaba sendo mais prejudicial do que benéfica.

REFERÊNCIAS

Assessoria de imprensa. **Lei da Palmada é aprovada no Congresso Nacional com duras críticas de Magno Malta.** Disponível em: <<http://www.magnomalta.com/portal2/index.php/outras-notas-mainmenu-45/3038-lei-da-palmada-e-aprovada-no-congresso-nacional-com-dura-criticas-de-magno-malta>>. Acessado em 20 de agosto de 2015.

BRASIL, CEJ do Conselho da Justiça Federal, **I Jornada de Direito Civil, enunciado nº37**, Brasília, 12 e 13 de setembro de 2002. Reúne as palestras proferidas, as proposições e os enunciados formulados e aprovados durante a I Jornada de Direito Civil.

BRASIL. Código Civil. Lei nº 10.403 de 10 de janeiro de 2002. **Aprova o novo código civil brasileiro.** Brasília, DF, 2002.

BRASIL. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. **Estabelece as Diretrizes e Bases da Educação Nacional**. Diário Oficial [da República Federativa do Brasil], Brasília, DF, 23 de dezembro. 1996.

BRASIL. Lei nº 10.886, de 17 de junho de 2004. **Acrescenta parágrafos ao art. 129 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, criando o tipo especial denominado "Violência Doméstica"**. Diário Oficial [da República Federativa do Brasil], Brasília, DF, 18 de junho. 2004.

BRASIL. LEI Nº 12.010, DE 3 DE AGOSTO DE 2009. **Dispõe sobre adoção; altera as Leis nos 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 10 de maio de 1943; e dá outras providências**. Diário Oficial [da República Federativa do Brasil], Brasília, DF, 4 de agosto. 2009.

BRASIL. LEI Nº 12.720, DE 27 DE SETEMBRO DE 2012. **Dispõe sobre o crime de extermínio de seres humanos; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; e dá outras providências**. Diário Oficial [da República Federativa do Brasil], Brasília, DF, 28 de setembro. 2012.

BRASIL. Lei nº 13.010, de 04 de junho de 2014. **Altera a Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), para estabelecer o direito da criança e do adolescente de serem educados e cuidados sem o uso de castigos físicos ou de tratamento cruel ou degradante, e altera a Lei no 9.394, de 20 de dezembro de 1996**. Diário Oficial [da República Federativa do Brasil], Brasília, DF, 27 de junho. 2014.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Contém as emendas constitucionais posteriores. Brasília, DF: Senado.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

BRASIL. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências**. Diário Oficial da União, Brasília, 16 jul. 1990.

CUNHA, R. Sanches. **Código Penal para Concursos**. 7.ed. Bahia: Editora Juspodivn. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4277**. Relator Ministro Ayres Britto. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=400547&tipo=TP&descricao=ADI%2F4277>>. Acesso em julho de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 132**. Relator Ministro Ayres Britto. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=433816&tipo=TP&descricao=ADPF%2F13>>. Acesso em julho de 2015.

BRASIL. [Lei 9.455, de 7 de abril de 1997](#). **Define os crimes de tortura e dá outras providências**. Diário Oficial da União, Brasília, 8 de abril. 1997.

Declaração dos Direitos da Criança, Genebra, 1924.

Declaração Universal dos Direitos Humanos, ONU, 1948.

DIAS, M. Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 6.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2010.

DIAS, M. Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9.ed. 3ª tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2014.

DIGIÁCOMO, I. de Amorim; DIGIÁCOMO, M. José. **Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado e Interpretado**. 6.ed. Paraná: Ministério Público do Paraná, 2013.

FONSECA, A. Cezar Lima. **Previas anotações à lei da palmada**. In: Ministério Público do estado do Rio Grande do Sul/RS. Disponível em: <http://www.mprs.mp.br/areas/infancia/arquivos/revista_digital/numero_09/previas_annotacoes_lei_palmada.pdf>. Acesso em 31 de maio de 2015.

ISHIDA, V. KENJI. **Estatuto da Criança e Adolescente Doutrina e Jurisprudência**. 16.ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

LENZA, P. **Direito Constitucional Esquematizado**. 18.ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2014.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade, et al. **Curso de direito da criança e do Adolescente**. 6.ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2013.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade, et al. **Curso de direito da criança e do Adolescente**. 8.ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2015.

MASSOM, N. **Manual de direito constitucional**. 3.ed. Bahia: Editora Juspodivn. 2015.

RODRIGUES, A; TOMÉ, P. Ivo. **A lei da palmada não proíbe palmada, dizem advogados**. In: Folha online do estado de São Paulo, portal uol. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2014/06/1465898-lei-da-palmada-nao-proibe-palmada-dizem-advogados.shtml>>. Acesso em 31 de maio de 2015.

PROVÉRBIOS. Português. In: **Bíblia sagrada**. Tradução de João Ferreira de Almeida. Disponível em: <<http://biblia.com.br/joao-ferreira-almeida-atualizada/proverbios/pv-capitulo-22/>>. Acesso em 20 de julho de 2015.

ROSSATO, L. Alves; LÉPORE, P. Eduardo; CUNHA, R. Sanches. **Estatuto da Criança e do Adolescente, comentado artigo por artigo**. 6.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

TARTUCE, F. **Direito Civil, V. 5: Direito de Família**. 9.ed. Rio de Janeiro: Editora Método, 2014.

TJRS, 2ª Câmara Cível, **apelação crime 70002755536**, Relator Des. José Antônio Hirt Preiss. 22-11-2001.

A VEDAÇÃO DO CABIMENTO DE MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA "LEI EM TESE"

ALICE SALDANHA VILLAR: Advogada, autora de diversos artigos publicados em revistas jurídicas e das obras "Direito Sumular - STF" e "Direito Sumular - STJ", São Paulo: JHMizuno, 2015.

Resumo: O presente artigo tem por objetivo esclarecer o comando da Súmula 266 do STF, que possui a seguinte redação: “Não cabe mandado de segurança contra lei em tese”.

O mandado de segurança é remédio constitucional destinado a sanar ou a evitar ilegalidades que acarretem violação de direito líquido e certo do impetrante. Trata-se, portanto, de ação submetida a um rito especial, cujo objetivo é proteger o indivíduo contra abusos praticados por autoridades públicas ou por agentes particulares no exercício de atribuições delegadas pelo ente público.^[1]

O chamado “mandado de segurança contra lei em tese” é todo aquele que tenha por objeto ato normativo abstratamente considerado. ^[2] Ou seja, é o mandado de segurança contra lei que ainda não incidiu.

A jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal entende não ser cabível o mandado de segurança contra lei ou ato normativo em tese, uma vez que ineptos para provocar lesão a direito líquido e certo. ^[3]

Ora, neste caso, o que se tem é um ataque direto e frontal ao conteúdo da norma, e é por isso que não se mostra possível a comprovação, de plano, de direito líquido e certo a ser tutelado.^[4]

Oportuna a referência à doutrina do ilustre Prof. Hugo de Brito Machado:^[5]

“Diz-se que a impetração é dirigida contra lei em tese precisamente porque, inócurre o suporte fático da lei questionada, esta ainda não incidiu, e por isto mesmo não se pode falar em direito, no sentido do direito subjetivo, sabido que este resulta de incidência da lei. Aliás, contra a lei em tese descabe não apenas o mandado de segurança, mas toda e qualquer ação, salvo, é claro, a direta de controle de constitucionalidade, perante o Supremo Tribunal Federal. Inexiste prestação jurisdicional contra lei que não incidiu, pois a atividade jurisdicional caracteriza-se, exatamente, por desenvolver-se em face de casos concretos.”

É preciso lembrar que o mandado de segurança impetrado contra lei em tese não se confunde com o mandado de segurança preventivo. São coisas inteiramente distintas. Para bem diferenciar, o professor Hugo de Brito Machado exemplifica: [6]

“(...) se apenas pretendo importar determinada mercadoria para a qual a alíquota do imposto de importação foi aumentada, e considero que o aumento se deu contrariando a Constituição, mas ainda não adquiri a mercadoria no exterior, não posso dizer que tenho um direito sob ameaça de lesão. Se impetro mandado de segurança, a impetração estará atacando a norma, em tese, que elevou a alíquota do imposto. Por outro lado, se já adquiri a mercadoria, e especialmente se a mercadoria já foi remetida para o Brasil, já estou diante de fatos dos quais inexoravelmente decorrerá o fato impunível. Já posso, portanto, impetrar o writ, em caráter preventivo.”

Conforme se verifica, a diferença reside na constatação de que, no mandado de segurança preventivo, há demonstração de que ocorreu a situação fática prevista hipoteticamente na norma impugnada, razão por que existe o direito, ou ao menos o fundado receio de lesão a esse direito. Consequentemente, o impetrante apenas se antecipa à ação da autoridade pública, pleiteando o provimento jurisdicional que a afaste.^[7]

Por outro lado, na impetração contra lei em tese, a situação fática acima referida ainda não se realizou. Pode até vir a sê-lo, mas o que se tem é um ataque direto e frontal ao simples conteúdo da norma, e é por isso que não se mostra possível a comprovação, de plano, de um direito líquido e certo a ser tutelado.^[8]

Em suma, a natureza preventiva do mandamus decorre da constatação da incidência da norma jurídica, uma vez ocorrente seu suporte fático, sendo o direito ameaçado por ato coator iminente. Por seu turno, no writ dirigido contra lei em tese, a situação de fato, que enseja a incidência da norma jurídica, ainda não restou configurada.^[9]

Portanto, não é cabível o mandado de segurança contra lei em tese, nem como sucedâneo de ação direta de inconstitucionalidade, sendo certo que a mera expectativa de violação não pode ser elevada à categoria de liquidez e certeza para fins de impetração do remédio constitucional.^[10]

Por fim, importa registrar que se admite mandado de segurança contra lei ou decreto de efeitos concretos, assim entendidos aqueles que “trazem em si mesmos o resultado específico pretendido, tais como as leis que aprovam planos de urbanização, as que fixam limites territoriais, as que criam municípios ou desmembram distritos, as que concedem isenções fiscais, as que proíbem atividades ou condutas individuais, os decretos que desapropriam

bens, os que fixam tarifas, os que fazem nomeações e outros dessa espécie” [\[11\]](#)

CONCLUSÃO

Á luz do exposto, cumpre distinguir duas situações, a saber:

Mandado de segurança contra lei ou ato normativo em tese: não é cabível (Súmula 266/STF), pois a lei o ato normativo em tese são ineptos para provocar lesão a direito líquido e certo.

Mandado de segurança contra lei ou decreto de efeitos concretos: é cabível, pois a lei ou decreto de efeitos concretos trazem em si mesmos o resultado específico pretendido.

Notas:

[\[1\]](#) Cf. STJ - Voto do Ministro CASTRO MEIRA no RMS 31681 SP, 2ª Turma, DJe 26/10/2012.

[\[2\]](#) Cf. STJ - RMS 32451 MG, Rel. Min. SÉRGIO KUKINA, 1ª Turma, DJe 14/06/2013.

[\[3\]](#) Cf. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, op. cit, p. 579

[\[4\]](#) Cf. STJ - AgRg no RMS 33842 PA, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, 2ª Turma, DJe 23/05/2012.

[\[5\]](#) Cf. MACHADO, Hugo de Brito. Mandado de Segurança em Matéria Tributária, 6ª Ed., São Paulo: Dialética, 2006, p.. 255 e 257 - Citado no voto do Ministro LUIZ FUX no REsp 957469 DF, 1ª Turma, DJe 10/09/2009

[\[6\]](#) Idem.

[\[7\]](#) Cf. AgRg no RMS 33842 PA, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, 2ª Turma, DJe 23/05/2012

[\[8\]](#) Idem.

[9] Cf. Voto do Ministro LUIZ FUX no REsp 957469 DF, 1ª Turma, DJe 10/09/2009

[10] Idem.

[11] Cf. MEIRELLES, Hely Lopes, apud MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso e direito Constitucional. 4ª ed., São Paulo: Saraiva. 2009, p. 579

DITADURAS NÃO SÃO ETERNAS

JOÃO BAPTISTA HERKENHOFF: Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Livre-Docente da Universidade Federal do Espírito Santo. Pós-doutoramentos na Universidade de Wisconsin, Estados Unidos da América, e na Universidade de Rouen, França. Professor do Mestrado em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo. Juiz de Direito aposentado. Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros. Membro do Instituto dos Advogados do Espírito Santo. Membro da Associação de Juristas pela Integração da América Latina. Membro da Associação "Juizes para a Democracia". Membro da Associação Internacional de Direito Penal (França). Autor de 39 livros e trabalhos publicados ou apresentados no Exterior, comunicações em congressos, palestras, intervenções em debates, trabalhos inseridos em obras coletivas, na França, nos Estados Unidos, no Canadá, no México, na Nicarágua, na Argentina.

Os ditadores sempre supõem que seu poder é eterno. Nunca imaginam que, num futuro próximo ou distante, o silêncio será rompido, o véu que encobre os crimes será levantado, as indignidades serão conhecidas.

Esta ilusão de que o arbítrio é perene, a tortura permanecerá encapuçada, encoraja os que pisoteiam a dignidade humana a praticar com desfaçatez os mais abjetos atos.

Entretanto, cedo ou tarde, a verdade vem a ser conhecida.

Não se revela a sujeira, que ficou debaixo do tapete, com espírito de vingança. Um povo deve conhecer sua História, não apenas os atos heroicos, mas também os episódios que envergonham. A revelação dos erros do passado é uma advertência para que não se repitam.

Esta é a razão que justifica a edição do livro *"Ditaduras não são eternas: memórias da resistência ao Golpe de 64, no Espírito Santo."*

Trata-se da contextualização e compilação dos depoimentos prestados por presos políticos à Comissão Especial da Assembléia Legislativa do

Espírito Santo, referentes ao período de 1961 a 1979. Merecem parabéns os responsáveis pelo resgate, em livro, da palavra dos massacrados.

A iniciativa de pegar em armas para derrubar a ditadura instaurada no país em 1964 não foi a única forma de resistência. Dom Hélder Câmara não aderiu a essa forma de luta. Entretanto, poucos brasileiros terão, como este Bispo santo, atuado com tanta eficácia para minar o regime de força e esvaziá-lo até o esgotamento.

Também no Espírito Santo houve ações e comportamentos desarmados, de oposição ao macabro 1964 / 1968.

As comunidades eclesiais de base, que mostravam que o Evangelho de Jesus Cristo carrega, nas suas linhas, um projeto libertador, não eram vistas com bons olhos pelos aparelhos de repressão.

Dom João Baptista da Motta e Albuquerque teve seus passos vigiados, era espionado e recebeu ameaças anônimas, por telefone, até mesmo durante a noite. Naquele tempo não havia recursos técnicos que permitiam a identificação dos aparelhos telefônicos de onde se originavam ameaças, palavras para menosprezar e outros abusos. Dom João Baptista teve a coragem de abrigar proscritos em sua casa, sem a garantia da inviolabilidade que protege as embaixadas. Padres, freiras e leigos atuantes foram incluídos na lista dos suspeitos.

O registro desta faceta do “não à ditadura” não foi abordado por “Ditaduras não são eternas” e nem deveria mesmo fazer parte destas memórias. Estas cumpriram, com lucidez, metodologia científica e grandeza, o objetivo colimado.

MOROSIDADE É ESTIMULO PARA FRAUDE PROCESSUAL

ROBERTO MONTEIRO PINHO: Foi diretor de Relações Internacionais da Confederação Geral dos Trabalhadores (CGT), editor do Jornal da Cidade, subeditor do Jornal Tribuna da Imprensa, correspondente internacional, juiz do trabalho no regime paritário, tendo composto a Sétima e Nona Turmas e a Seção de Dissídios Coletivos - SEDIC, é membro da Associação Brasileira de Imprensa - ABI, escritor, jornalista, radialista, palestrante na área de RH, cursou sociologia, direito, é consultor sindical, no setor privado é diretor de RH, especialista em Arbitragem (Lei 9.307/96). Membro da Associação Sulamericana de Arbitragem - ASASUL, Membro do Clube Jurídico do Brasil, titular da Coluna Justiça do Trabalho do jornal "Tribuna da Imprensa" do RJ, (Tribuna online), colunista da Tribuna da Imprensa online), no judiciário brasileiro, através de matérias temáticas, defende a manutenção, modernização e a celeridade na Justiça do Trabalho, escreve em 48 dos principais sites trabalhistas, jurídicos e sindicais do País.

A morosidade da justiça é um maléfico intruso no ordenamento jurídico, onde se instalou para não mais sair. Possui atores e interessados - o estado, o devedor e também os especuladores, a saber, corretores, que estão arrematando processos a preço de “banana”, se aproveitando do desespero de trabalhadores que não veem a cor do dinheiro, desde que ingressaram com a ação. Diariamente temos notícias desse tipo de fraude trabalhista, sem que as autoridades possam intervir, a não ser quando denunciado pelo lesado. Embora, data venia, pouco divulgado, o Ministério Público do Trabalho lançou um aplicativo para *smartphones e tablets* para que qualquer pessoa ou instituição possa enviar denúncias de desrespeito aos direitos de trabalhadores. O *app* “MPT Pardal”, está disponível para Android. O MPT garante o sigilo do denunciante e o encaminhamento para investigação por parte da instituição.

Todos sabem que essa coluna especializada vem prestando uma enorme contribuição ao segmento do trabalho, com suas denúncias e advertências quanto às injunções que dominam o judiciário laboral, Uma delas a morosidade, que é a principal causa e efeito, que acaba provocando quase todas as outras. Alheios e avessos a essa questão externa, os atores da justiça trabalhista, na verdade, não se preocupam, querem tão somente, a benesses do cargo e os gordos salários que recebem os mais altos do planeta. Na oportunidade, segundo divulgou o diário local “O tempo”, - o presidente do Tribunal de Ética e Disciplina da OAB–MG, Rogério Flores

informou desconhecer o esquema, (...). “Isso é extremamente antiético, e nunca ninguém reclamou aqui, mas não me surpreende”.

Criada em 2004, para dar apoio às medidas do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, decorridos 11 anos, não atendeu seu objetivo. Recente, no pacote que enxuga a máquina pública, a presidente Dilma Rousseff extinguiu ociosa e inoperante Secretária de Reforma do Judiciário. Nos últimos três longos governos de FHC a Dilma, em nenhum momento se tratou com seriedade a questão da morosidade e a segurança da justiça laboral.

Cercada de incerteza, contrariedade e morosa, a justiça especializada é hoje uma caricatura da Carta Celetista idealizada em 1943, *permissa venia* deformada pelas injunções dos seus integrantes que pugnam pela reserva de mercado, em flagrante desafio a sua realidade material e jurisdicional. Assim compõem o elenco do artigo 7º da Carta Magna, sem contar as leis posteriores criadas com objetivo de fortalecer as conquistas do trabalhador, - direitos basilares do trabalho. Uma vez usados como subsídio para tirar vantagens, sejam elas pelo estado, o cidadão ou o representante estatal, todos, sem exceção estão em flagrante colisão com os princípios humanísticos e de segurança da sociedade. O juiz pensa e age na cartilha do modelo colonial, essa embolia é o núcleo de toda estrutura de leis e jurisprudências. Esses a exemplo, não obedecem à regra da CLT, o Art. 765 – Os Juízos e Tribunais do Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas. Como consequência, temos milhares de injunções.

Mas o mais manipulado o Art. 769 – Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título. Ensina Immanuel Kant que “El sabio puede cambiar de opinión, el necio nunca”. Existindo este arcabouço de leis e jurisprudências, por certo a sociedade entende que a causa da morosidade não está na parte externa do sistema. Em 2001 foram criados 90 enunciados genéricos, arquitetado no Encontro de magistrados, organizado pela entidade classista Anamatra, na cidade de Salvador. Todos colidentes a textos de lei. Agora se voltam contra o novo CPC, não querem principalmente depois dos seus artigos: 10 e o 15, ambos contrariam o corporativismo jurídico dos magistrados da JT. As fontes subsidiárias, não permitem aos magistrados a utilização de “expediente de forma deturpada” para mesclar suas decisões.

DESTAQUES À CARTA DE CRACÓVIA (2000): PRINCÍPIOS PARA A CONSERVAÇÃO E O RESTAURO DO PATRIMÔNIO CONSTRUÍDO

TAUÃ LIMA VERDAN RANGEL: Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF), linha de Pesquisa Conflitos Urbanos, Rurais e Socioambientais. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Especializando em Práticas Processuais - Processo Civil, Processo Penal e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Produziu diversos artigos, voltados principalmente para o Direito Penal, Direito Constitucional, Direito Civil, Direito do Consumidor, Direito Administrativo e Direito Ambiental.

Resumo: O objetivo do presente está assentado na análise da Carta de Cracóvia (2000) e sua proeminência na conservação e restauro do patrimônio construído. Cuida salientar que o meio ambiente cultural é constituído por bens culturais, cuja acepção compreende aqueles que possuem valor histórico, artístico, paisagístico, arqueológico, espeleológico, fossilífero, turístico, científico, refletindo as características de uma determinada sociedade. Ao lado disso, quadra anotar que a cultura identifica as sociedades humanas, sendo formada pela história e maciçamente influenciada pela natureza, como localização geográfica e clima. Com efeito, o meio ambiente cultural decorre de uma intensa interação entre homem e natureza, porquanto aquele constrói o seu meio, e toda sua atividade e percepção são conformadas pela sua cultural. A cultura brasileira é o resultado daquilo que era próprio das populações tradicionais indígenas e das transformações trazidas pelos diversos grupos colonizadores e escravos africanos. Nesta toada, ao se analisar o meio ambiente cultural, enquanto complexo macrossistema, é perceptível que é algo incorpóreo, abstrato, fluído, constituído por bens culturais materiais e imateriais portadores de referência à memória, à ação e à identidade dos distintos grupos formadores da sociedade brasileira. O conceito de patrimônio histórico e artístico nacional abrange todos os bens moveis e imóveis, existentes no País, cuja conservação seja de interesse público, por sua vinculação a fatos memoráveis da História pátria ou por seu

excepcional valor artístico, arqueológico, etnográfico, bibliográfico e ambiental.

Palavras-chaves: Patrimônio Cultural. Tutela Jurídica. Documentos Internacionais.

Sumário: 1 Ponderações Introdutórias: Breves notas à construção teórica da Ramificação Ambiental do Direito; 2 Comentários à concepção de Meio Ambiente; 3 Meio Ambiente e Patrimônio Cultural: Aspectos Introdutórios; 4 Destaques à Carta de Cracóvia (2000): Princípios para a Conservação e o Restauro do Patrimônio Construído.

1 Ponderações Introdutórias: Breves notas à construção teórica da Ramificação Ambiental do Direito

Inicialmente, ao se dispensar um exame acerca do tema colocado em tela, patente se faz arrazoar que a Ciência Jurídica, enquanto um conjunto multifacetado de arcabouço doutrinário e técnico, assim como as robustas ramificações que a integram, reclama uma interpretação alicerçada nos plurais aspectos modificadores que passaram a influir em sua estruturação. Neste almiré, lançando à tona os aspectos característicos de mutabilidade que passaram a orientar o Direito, tornou-se imperioso salientar, com ênfase, que não mais subsiste uma visão arrimada em preceitos estagnados e estanques, alheios às necessidades e às diversidades sociais que passaram a contornar os Ordenamentos Jurídicos. Ora, infere-se que não mais prospera o arcabouço imutável que outrora sedimentava a aplicação das leis, sendo, em decorrência dos anseios da população, suplantados em uma nova sistemática.

Com espeque em tais premissas, cuida hastear, com bastante pertinência, como flâmula de interpretação o “*prisma de avaliação o brocardo jurídico 'Ubi societas, ibi jus', ou seja, 'Onde está a sociedade, está o Direito', tornando explícita e cristalina a relação de*

interdependência que esse binômio mantém”[1]. Destarte, com clareza solar, denota-se que há uma interação consolidada na mútua dependência, já que o primeiro tem suas balizas fincadas no constante processo de evolução da sociedade, com o fito de que seus Diplomas Legislativos e institutos não fiquem inquinados de inaptidão e arcaísmo, em total descompasso com a realidade vigente. A segunda, por sua vez, apresenta estrutural dependência das regras consolidadas pelo Ordenamento Pátrio, cujo escopo primevo é assegurar que não haja uma vingança privada, afastando, por extensão, qualquer ranço que rememore priscas eras em que o homem valorizava a Lei de Talião (“Olho por olho, dente por dente”), bem como para evitar que se robusteça um cenário caótico no seio da coletividade.

Ademais, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, imprescindível se fez adotá-la como maciço axioma de sustentação do Ordenamento Brasileiro, precipuamente quando se objetiva a amoldagem do texto legal, genérico e abstrato, aos complexos anseios e múltiplas necessidades que influenciam a realidade contemporânea. Ao lado disso, há que se citar o voto magistral voto proferido pelo Ministro Eros Grau, ao apreciar a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental N.º. 46/DF, “*o direito é um organismo vivo, peculiar porém porque não envelhece, nem permanece jovem, pois é contemporâneo à realidade. O direito é um dinamismo. Essa, a sua força, o seu fascínio, a sua beleza*”[2]. Como bem pontuado, o fascínio da Ciência Jurídica jaz, justamente, na constante e imprescindível mutabilidade que apresenta, decorrente do dinamismo que reverbera na sociedade e orienta a aplicação dos Diplomas Legais e os institutos jurídicos neles consagrados.

Ainda neste substrato de exposição, pode-se evidenciar que a concepção pós-positivista que passou a permear o Direito, ofertou, por via de consequência, uma rotunda independência dos estudiosos e profissionais da Ciência Jurídica. Aliás, há que se citar o entendimento de Verdan, “*esta doutrina é o ponto culminante de uma progressiva evolução acerca do valor atribuído aos princípios em face da legislação*”[3]. Destarte, a partir

de uma análise profunda dos mencionados sustentáculos, infere-se que o ponto central da corrente pós-positivista cinge-se à valoração da robusta tábua principiológica que Direito e, por conseguinte, o arcabouço normativo passando a figurar, nesta tela, como normas de cunho vinculante, flâmulas hasteadas a serem adotadas na aplicação e interpretação do conteúdo das leis, diante das situações concretas.

Nas últimas décadas, o aspecto de mutabilidade tornou-se ainda mais evidente, em especial, quando se analisa a construção de novos que derivam da Ciência Jurídica. Entre estes, cuida destacar a ramificação ambiental, considerando como um ponto de congruência da formação de novos ideários e cânones, motivados, sobretudo, pela premissa de um manancial de novos valores adotados. Nesta trilha de argumentação, de boa técnica se apresenta os ensinamentos de Fernando de Azevedo Alves Brito que, em seu artigo, aduz: “*Com a intensificação, entretanto, do interesse dos estudiosos do Direito pelo assunto, passou-se a desvendar as peculiaridades ambientais, que, por estarem muito mais ligadas às ciências biológicas, até então era marginalizadas*”^[4]. Assim, em decorrência da proeminência que os temas ambientais vêm, de maneira paulatina, alcançando, notadamente a partir das últimas discussões internacionais envolvendo a necessidade de um desenvolvimento econômico pautado em sustentabilidade, não é raro que prospere, mormente em razão de novos fatores, um verdadeiro remodelamento ou mesmo uma releitura dos conceitos que abalizam a ramificação ambiental do Direito, com o fito de permitir que ocorra a conservação e recuperação das áreas degradadas, primacialmente as culturais.

Ademais, há de ressaltar ainda que o direito ambiental passou a figurar, especialmente, depois das décadas de 1950 e 1960, como um elemento integrante da farta e sólida tábua de direitos fundamentais. Calha realçar que mais contemporâneos, os direitos que constituem a terceira dimensão recebem a alcunha de direitos de fraternidade ou, ainda, de solidariedade, contemplando, em sua estrutura, uma patente preocupação com o destino da humanidade^[5]. Ora, daí se verifica a inclusão de meio

ambiente como um direito fundamental, logo, está umbilicalmente atrelado com humanismo e, por extensão, a um ideal de sociedade mais justa e solidária. Nesse sentido, ainda, é plausível citar o artigo 3º., inciso I, da Carta Política de 1988 que abriga em sua redação tais pressupostos como os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direitos: “*Art. 3º - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária*”[6].

Ainda nesta esteira, é possível verificar que a construção dos direitos encampados sob a rubrica de terceira dimensão tende a identificar a existência de valores concernentes a uma determinada categoria de pessoas, consideradas enquanto unidade, não mais prosperando a típica fragmentação individual de seus componentes de maneira isolada, tal como ocorria em momento pretérito. Com o escopo de ilustrar, de maneira pertinente as ponderações vertidas, insta trazer à colação o entendimento do Ministro Celso de Mello, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N.º. 1.856/RJ, em especial quando destaca:

Cabe assinalar, Senhor Presidente, que os direitos de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos, genericamente, e de modo difuso, a todos os integrantes dos agrupamentos sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem, por isso mesmo, ao lado dos denominados direitos de quarta geração (como o direito ao desenvolvimento e o direito à paz), um momento importante no processo de expansão e reconhecimento dos direitos humanos, qualificados estes, enquanto valores fundamentais indisponíveis, como prerrogativas impregnadas de uma natureza essencialmente inexaurível[7].

Quadra anotar que os direitos alocados sob a rubrica de *direito de terceira dimensão* encontram como assento primordial a visão da espécie humana na condição de coletividade, superando, via de

consequência, a tradicional visão que está pautada no ser humano em sua individualidade. Assim, a preocupação identificada está alicerçada em direitos que são coletivos, cujas influências afetam a todos, de maneira indiscriminada. Ao lado do exposto, cuida mencionar, segundo Bonavides, que tais direitos “*têm primeiro por destinatários o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta*”[8]. Com efeito, os direitos de terceira dimensão, dentre os quais se inclui ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, positivado na Constituição de 1988, emerge com um claro e tangível aspecto de familiaridade, como ápice da evolução e concretização dos direitos fundamentais.

2 Comentários à concepção de Meio Ambiente

Em uma primeira plana, ao lançar mão do sedimentado jurídico-doutrinário apresentado pelo inciso I do artigo 3º da Lei Nº. 6.938, de 31 de agosto de 1981[9], que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências, salienta que o meio ambiente consiste no conjunto e conjunto de condições, leis e influências de ordem química, física e biológica que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas. Pois bem, com o escopo de promover uma facilitação do aspecto conceitual apresentado, é possível verificar que o meio ambiente se assenta em um complexo diálogo de fatores abióticos, provenientes de ordem química e física, e bióticos, consistentes nas plurais e diversificadas formas de seres vivos. Consoante os ensinamentos apresentados por José Afonso da Silva, considera-se meio-ambiente como “*a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas*”[10].

Nesta senda, ainda, Fiorillo[11], ao tecer comentários acerca da acepção conceitual de meio ambiente, coloca em destaque que tal tema se assenta em um ideário jurídico indeterminado, incumbindo, ao intérprete das leis, promover o seu preenchimento. Dada à fluidez do tema, é possível colocar em evidência que o meio ambiente encontra íntima e umbilical

relação com os componentes que cercam o ser humano, os quais são de imprescindível relevância para a sua existência. O Ministro Luiz Fux, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N.º. 4.029/AM, salientou, com bastante pertinência, que:

(...) o meio ambiente é um conceito hoje geminado com o de saúde pública, saúde de cada indivíduo, sã qualidade de vida, diz a Constituição, é por isso que estou falando de saúde, e hoje todos nós sabemos que ele é imbricado, é conceitualmente geminado com o próprio desenvolvimento. Se antes nós dizíamos que o meio ambiente é compatível com o desenvolvimento, hoje nós dizemos, a partir da Constituição, tecnicamente, que não pode haver desenvolvimento senão com o meio ambiente ecologicamente equilibrado. A gemação do conceito me parece de rigor técnico, porque salta da própria Constituição Federal[12].

É denotável, desta sorte, que a constitucionalização do meio ambiente no Brasil viabilizou um verdadeiro salto qualitativo, no que concerne, especificamente, às normas de proteção ambiental. Tal fato decorre da premissa que os robustos corolários e princípios norteadores foram alçados ao patamar constitucional, assumindo colocação eminente, ao lado das liberdades públicas e dos direitos fundamentais. Superadas tais premissas, aprovou o Constituinte, ao entalhar a Carta Política Brasileira, ressoando os valores provenientes dos direitos de terceira dimensão, insculpir na redação do artigo 225, conceder amplo e robusto respaldo ao meio ambiente como pilar integrante dos direitos fundamentais. “*Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, as normas de proteção ambiental são alçadas à categoria de normas constitucionais, com elaboração de capítulo especialmente dedicado à proteção do meio ambiente*”[13]. Nesta toada, ainda, é observável que o *ocaput* do artigo 225 da Constituição Federal de 1988[14] está abalizado

em quatro pilares distintos, robustos e singulares que, em conjunto, dão corpo a toda tábua ideológica e teórica que assegura o substrato de edificação da ramificação ambiental.

Primeiramente, em decorrência do tratamento dispensado pelo artífice da Constituição Federal, o meio ambiente foi içado à condição de direito de todos, presentes e futuras gerações. É encarado como algo pertencente a toda coletividade, assim, por esse prisma, não se admite o emprego de qualquer distinção entre brasileiro nato, naturalizado ou estrangeiro, destacando-se, sim, a necessidade de preservação, conservação e não-poluição. O artigo 225, devido ao cunho de direito difuso que possui, extrapola os limites territoriais do Estado Brasileiro, não ficando centrado, apenas, na extensão nacional, compreendendo toda a humanidade. Neste sentido, o Ministro Celso de Mello, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N° 1.856/RJ, destacou que:

A preocupação com o meio ambiente - que hoje transcende o plano das presentes gerações, para também atuar em favor das gerações futuras (...) tem constituído, por isso mesmo, objeto de regulações normativas e de proclamações jurídicas, que, ultrapassando a província meramente doméstica do direito nacional de cada Estado soberano, projetam-se no plano das declarações internacionais, que refletem, em sua expressão concreta, o compromisso das Nações com o indeclinável respeito a esse direito fundamental que assiste a toda a Humanidade[15].

O termo “todos”, aludido na redação *docaput* do artigo 225 da Constituição Federal de 1988, faz menção aos já nascidos (presente geração) e ainda aqueles que estão por nascer (futura geração), cabendo àqueles zelar para que esses tenham à sua disposição, no mínimo, os recursos naturais que hoje existem. Tal fato encontra como arrimo a premissa que foi reconhecido ao gênero humano o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao gozo de condições de vida adequada, em

ambiente que permita desenvolver todas as suas potencialidades em clima de dignidade e bem-estar. Pode-se considerar como um direito transgeracional, ou seja, ultrapassa as gerações, logo, é viável afirmar que o meio-ambiente é um direito público subjetivo. Desta feita, o ideário de que o meio ambiente substancializa patrimônio público a ser imperiosamente assegurado e protegido pelos organismos sociais e pelas instituições estatais, qualificando verdadeiro encargo irrenunciável que se impõe, objetivando sempre o benefício das presentes e das futuras gerações, incumbindo tanto ao Poder Público quanto à coletividade considerada em si mesma.

Assim, decorrente de tal fato, produz efeito *erga omnes*, sendo, portanto, oponível contra a todos, incluindo pessoa física/natural ou jurídica, de direito público interno ou externo, ou mesmo de direito privado, como também ente estatal, autarquia, fundação ou sociedade de economia mista. Impera, também, evidenciar que, como um direito difuso, não subiste a possibilidade de quantificar quantas são as pessoas atingidas, pois a poluição não afeta tão só a população local, mas sim toda a humanidade, pois a coletividade é indeterminada. Nesta senda, o direito à interidade do meio ambiente substancializa verdadeira prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, ressoando a expressão robusta de um poder deferido, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas num sentido mais amplo, atribuído à própria coletividade social.

Com a nova sistemática entabulada pela redação do artigo 225 da Carta Maior, o meio-ambiente passou a ter autonomia, tal seja não está vinculada a lesões perpetradas contra o ser humano para se agasalhar das reprimendas a serem utilizadas em relação ao ato perpetrado. Figura-se, *ergo*, como bem de uso comum do povo o segundo pilar que dá corpo aos sustentáculos do tema em tela. O axioma a ser esmiuçado, está atrelado o meio-ambiente como vetor da sadia qualidade de vida, ou seja, manifesta-se na salubridade, precipuamente, ao vincular a espécie humana está se tratando do bem-estar e condições mínimas de existência. Igualmente, o sustentáculo em análise se corporifica também na higidez, ao cumprir os

preceitos de ecologicamente equilibrado, salvaguardando a vida em todas as suas formas (diversidade de espécies).

Por derradeiro, o quarto pilar é a corresponsabilidade, que impõe ao Poder Público o dever geral de se responsabilizar por todos os elementos que integram o meio ambiente, assim como a condição positiva de atuar em prol de resguardar. Igualmente, tem a obrigação de atuar no sentido de zelar, defender e preservar, asseverando que o meio-ambiente permaneça intacto. Aliás, este último se diferencia de conservar que permite a ação antrópica, viabilizando melhorias no meio ambiente, trabalhando com as premissas de desenvolvimento sustentável, aliando progresso e conservação. Por seu turno, o cidadão tem o dever negativo, que se apresenta ao não poluir nem agredir o meio-ambiente com sua ação. Além disso, em razão da referida corresponsabilidade, são titulares do meio ambiente os cidadãos da presente e da futura geração.

3 Meio Ambiente e Patrimônio Cultural: Aspectos Introdutórios

Quadra salientar que o meio ambiente cultural é constituído por bens culturais, cuja acepção compreende aqueles que possuem valor histórico, artístico, paisagístico, arqueológico, espeleológico, fossilífero, turístico, científico, refletindo as características de uma determinada sociedade. Ao lado disso, quadra anotar que a cultura identifica as sociedades humanas, sendo formada pela história e maciçamente influenciada pela natureza, como localização geográfica e clima. Com efeito, o meio ambiente cultural decorre de uma intensa interação entre homem e natureza, porquanto aquele constrói o seu meio, e toda sua atividade e percepção são conformadas pela sua cultura. “*A cultura brasileira é o resultado daquilo que era próprio das populações tradicionais indígenas e das transformações trazidas pelos diversos grupos colonizadores e escravos africanos*”^[16]. Desta maneira, a proteção do patrimônio cultural se revela como instrumento robusto da sobrevivência da própria sociedade.

Nesta toada, ao se analisar o meio ambiente cultural, enquanto complexo macrossistema, é perceptível que é algo incorpóreo, abstrato, fluído, constituído por bens culturais materiais e imateriais portadores de referência à memória, à ação e à identidade dos distintos grupos formadores da sociedade brasileira. Meirelles anota que “*o conceito de patrimônio histórico e artístico nacional abrange todos os bens moveis e imóveis, existentes no País, cuja conservação seja de interesse público, por sua vinculação a fatos memoráveis da História pátria ou por seu excepcional valor artístico, arqueológico, etnográfico, bibliográfico e ambiental*”^[17]. Quadra anotar que os bens compreendidos pelo patrimônio cultural compreendem tanto realizações antrópicas como obras da Natureza; preciosidades do passado e obras contemporâneas.

Nesta esteira, é possível subclassificar o meio ambiente cultural em duas espécies distintas, quais sejam: uma concreta e outra abstrata. Neste passo, o meio-ambiente cultural concreto, também denominado material, se revela materializado quando está transfigurado em um objeto classificado como elemento integrante do meio-ambiente humano. Assim, é possível citar os prédios, as construções, os monumentos arquitetônicos, as estações, os museus e os parques, que albergam em si a qualidade de ponto turístico, artístico, paisagístico, arquitetônico ou histórico. Os exemplos citados alhures, em razão de todos os predicados que ostentam, são denominados de meio-ambiente cultural concreto. Acerca do tema em comento, é possível citar o robusto entendimento jurisprudencial firmado pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar, ao apreciar o Recurso Especial Nº 115.599/RS:

Ementa: Meio Ambiente. Patrimônio cultural. Destruição de dunas em sítios arqueológicos. Responsabilidade civil. Indenização. O autor da destruição de dunas que encobriam sítios arqueológicos deve indenizar pelos prejuízos causados ao meio ambiente, especificamente ao meio ambiente natural (dunas) e ao meio ambiente cultural

(jazidas arqueológicas com cerâmica indígena da Fase Vieira). Recurso conhecido em parte e provido. (Superior Tribunal de Justiça – Quarta Turma/ REsp 115.599/RS/ Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar/ Julgado em 27.06.2002/ Publicado no Diário da Justiça em 02.09.2002, p. 192).

Diz-se, de outro modo, o meio-ambiente cultural abstrato, chamado, ainda, de imaterial, quando este não se apresenta materializado no meio-ambiente humano, sendo, deste modo, considerado como a cultura de um povo ou mesmo de uma determinada comunidade. Da mesma maneira, são alcançados por tal acepção a língua e suas variações regionais, os costumes, os modos e como as pessoas relacionam-se, as produções acadêmicas, literárias e científicas, as manifestações decorrentes de cada identidade nacional e/ou regional. Neste sentido, é possível colacionar o entendimento firmado pelo Tribunal Regional Federal da Segunda Região, quando, ao apreciar a Apelação Cível N° 2005251015239518, firmou entendimento que “*expressões tradicionais e termos de uso corrente, trivial e disseminado, reproduzidos em dicionários, integram o patrimônio cultural de um povo*”[18]. Esses aspectos constituem, sem distinção, abstratamente o meio-ambiente cultural. Consoante aponta Brollo, “*o patrimônio cultural imaterial transmite-se de geração a geração e é constantemente recriado pelas comunidades e grupos em função de seu ambiente*”[19], decorrendo, com destaque, da interação com a natureza e dos acontecimentos históricos que permeiam a população.

O Decreto N° 3.551, de 04 de Agosto de 2000[20], que institui o registro de bens culturais de natureza imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e dá outras providências, consiste em instrumento efetivo para a preservação dos bens imateriais que integram o meio-ambiente cultural. Como bem aponta Brollo[21], em seu magistério, o aludido decreto não instituiu apenas o registro de bens culturais de natureza imaterial que integram o patrimônio cultural brasileiro, mas também estruturou uma política de inventariança,

referenciamento e valorização desse patrimônio. Ejeta-se, segundo o entendimento firmado por Celso Fiorillo[22], que os bens que constituem o denominado patrimônio cultural consistem na materialização da história de um povo, de todo o caminho de sua formação e reafirmação de seus valores culturais, os quais têm o condão de substancializar a identidade e a cidadania dos indivíduos inseridos em uma determinada comunidade. Necessário se faz salientar que o meio-ambiente cultural, conquanto seja artificial, difere-se do meio-ambiente humano em razão do aspecto cultural que o caracteriza, sendo dotado de valor especial, notadamente em decorrência de produzir um sentimento de identidade no grupo em que se encontra inserido, bem como é propiciada a constante evolução fomentada pela atenção à diversidade e à criatividade humana.

4 Destaques à Carta de Cracóvia (2000): Princípios para a Conservação e o Restauro do Patrimônio Construído

Em um primeiro momento, cuida anotar que o patrimônio arquitetônico, urbano ou paisagístico, assim como os elementos que o compõem resultam de uma dialética entre os diferentes momentos históricos e os respectivos contextos socioculturais. A conservação deste patrimônio é o objetivo da Carta da Cracóvia. A conservação pode ser realizada mediante diferentes tipos de intervenções, tais como o controle do meio ambiental, a manutenção, a reparação, o restauro, a renovação e a reabilitação. Qualquer intervenção implica decisões, escolhas e responsabilidades relacionadas com o patrimônio, entendido no seu conjunto, incluindo os elementos que embora hoje possam não ter um significado específico, poderão, contudo, tê-lo no futuro. A manutenção e a reparação constituem uma parte fundamental do processo de conservação do patrimônio. Estas ações exigem diversos procedimentos, nomeadamente investigações prévias, testes, inspeções, controles, acompanhamento dos trabalhos e do seu comportamento pós-realização. Os riscos de degradação do patrimônio devem ser previstos em relatórios apropriados para permitir a adoção de medidas preventivas. A conservação do patrimônio construído é executada de acordo com o projeto de restauro, que se inscreve numa

estratégia para a sua conservação a longo prazo. O “projeto de restauro” deverá basear-se num conjunto de opções técnicas apropriadas e ser elaborado segundo um processo cognitivo que integra a recolha de informações e a compreensão do edifício ou do sítio. Este processo pode incluir o estudo dos materiais tradicionais, ou novos, o estudo estrutural, análises gráficas e dimensionais e a identificação dos significados histórico, artístico e sociocultural. No projeto de restauro devem participar todas as disciplinas pertinentes e a coordenação deve ser levada a cabo por uma pessoa qualificada na área da conservação e restauro.

Devem ser evitadas reconstruções de partes significativas de um edifício, baseadas no que os responsáveis julgam ser o seu “verdadeiro estilo”. A reconstrução de partes muito limitadas, com um significado arquitetónico pode ser excepcionalmente aceite, na condição de se fundamentar, em documentação precisa e irrefutável. Se for necessário para o uso adequado do edifício, podem-se incorporar elementos espaciais e funcionais, mas estes devem exprimir a linguagem da arquitetura atual. A reconstrução total de um edifício, que tenha sido destruído por um conflito armado ou por uma catástrofe natural, só é aceitável se existirem motivos sociais ou culturais excepcionais, que estejam relacionados com a própria identidade da comunidade local. Qualquer intervenção que afete o património arqueológico, devido à sua vulnerabilidade, deve estar estritamente relacionada com a sua envolvente: o território e a paisagem. Os aspectos destrutivos das escavações devem reduzir-se tanto quanto seja possível. Cada escavação deve ser acompanhada de documentação completa sobre os trabalhos arqueológicos. Tal como em qualquer intervenção patrimonial, os trabalhos de conservação de achados arqueológicos devem basear-se no princípio da intervenção mínima. Os trabalhos arqueológicos só podem ser realizados por profissionais e a metodologia e técnicas usadas devem ser estritamente controladas. Para a proteção e apresentação pública de sítios arqueológicos deve encorajar-se: o recurso a técnicas modernas; a criação de bancos de dados; a utilização de sistemas de informação e a utilização de técnicas de apresentação virtual dos sítios.

O objetivo da conservação dos monumentos e dos edifícios com valor histórico, que se localizem em meio urbano ou rural, é o de manter a sua autenticidade e integridade, incluindo os espaços interiores, o mobiliário e a decoração, de acordo com o seu aspecto original. Tal conservação requer um “projeto de restauro” apropriado, que defina os métodos e os objetivos. Em muitos casos, requer-se ainda um uso apropriado para os monumentos e edifícios com valor histórico, compatível com os seus espaços e o seu significado patrimonial. As obras em edifícios com valor histórico devem analisar e respeitar todas as fases construtivas pertencentes a períodos históricos distintos. A decoração arquitetônica, as esculturas e os elementos artísticos, que fazem parte integrante do património construído, devem ser preservados mediante um projeto específico vinculado ao projeto geral de restauro. Esta metodologia pressupõe que o especialista em restauro do património construído possua os conhecimentos e a formação adequadas, para além da capacidade cultural, técnica e prática, para interpretar os diferentes ensaios e análises nas áreas artísticas específicas. O “projeto de restauro” deve garantir uma relação correta com o conjunto envolvente, incluindo o ambiente, a decoração e a escultura e respeitando as técnicas tradicionais da construção e a sua necessária integração como uma parte substancial do património construído.

As cidades e as aldeias históricas, no seu contexto territorial, representam uma parte essencial do nosso património universal. Cada um destes conjuntos patrimoniais deve ser considerado como um todo, com as suas estruturas, os seus espaços e as características socioeconômicas, em processo de contínua evolução e mudança. Qualquer intervenção deve envolver todos os sectores da população e requer um processo de planeamento integrado, cobrindo uma ampla gama de atividades. Em meio urbano, a conservação tem por objeto, quer os conjuntos edificados, quer os espaços livres. A sua área de intervenção tanto pode restringir-se a uma parcela de um grande aglomerado urbano, como englobar a totalidade de uma pequena cidade ou mesmo uma aldeia, integrando sempre os respectivos valores imateriais, ou intangíveis. Neste contexto, a intervenção

na cidade histórica deve ter presente a morfologia, as funções e as estruturas urbanas, na sua interligação com o território e a paisagem envolventes. Os edifícios que constituem as zonas históricas podendo não se destacar pelo seu valor arquitetônico especial, devem ser salvaguardados como elementos de continuidade urbana, devido às suas características dimensionais, técnicas, espaciais, decorativas e cromáticas, elementos de união insubstituíveis para a unidade orgânica da cidade.

O “projeto de restauro” das cidades ou aldeias históricas deve, não só verificar a sustentabilidade das opções estratégicas que assume, como prever o processo de gestão de futuras alterações, ligando as questões da conservação do património aos aspectos económicos e sociais. Para além do conhecimento das estruturas físicas, devem ser estudadas as influências que futuras alterações poderão provocar, bem como os necessários instrumentos para gerir essas alterações. O “projeto de restauro” de cidades e aldeias históricas deve considerar que os imóveis do tecido urbano desempenham uma dupla função: a) são elementos definidores da forma urbana, mas também; b) possuem uma espacialidade interna, que constitui um dos seus valores essenciais. As paisagens reconhecidas como património cultural são o resultado e o reflexo da interação prolongada nas diferentes sociedades entre o homem, a natureza e o meio ambiente físico. São testemunhos da relação evolutiva das comunidades e dos indivíduos com o seu meio ambiente. Neste contexto, a sua conservação, preservação e desenvolvimento centram-se nos aspectos humanos e naturais, integrando valores materiais e intangíveis. É importante compreender e respeitar o carácter das paisagens e aplicar leis e normas adequadas que harmonizem os usos mais importantes do território com valores paisagísticos essenciais.

Em muitas sociedades, as paisagens possuem uma relação histórica com o território e com as cidades. A integração da conservação da paisagem cultural com o desenvolvimento sustentado de regiões e localidades com atividades ecológicas, assim como com o meio ambiente natural requerem uma conscientização e uma compreensão das suas relações ao longo do tempo, o que implica o estabelecimento de relações

com o meio ambiente construído, de regiões metropolitanas, cidades e núcleos históricos. A conservação integrada de paisagens arqueológicas ou com interesse paleontológico, bem como o desenvolvimento de paisagens que apresentam alterações muito significativas, envolvem a consideração de valores sociais, culturais e estéticos. As técnicas de conservação devem estar intimamente ligadas à investigação pluridisciplinar sobre materiais e tecnologias usadas na construção, reparação e no restauro do património edificado. A intervenção escolhida deve respeitar a função original e assegurar a compatibilidade com os materiais, as estruturas e os valores arquitetônicos existentes. Quaisquer novos materiais ou tecnologias devem ser rigorosamente testados, comparados e experimentados antes da respectiva aplicação. Embora a aplicação *in situ* de novas tecnologias possa justificar-se para uma boa conservação dos materiais originais, estas devem ser constantemente controladas tendo em conta os resultados obtidos, o seu comportamento ao longo do tempo e a possibilidade da sua eventual reversibilidade. Deve estimular-se o conhecimento dos materiais e técnicas tradicionais de construção, bem como a sua apropriada manutenção no contexto da sociedade contemporânea, considerando-as como componentes importantes do património cultural.

A gestão das cidades históricas e do património cultural em geral, tendo em conta os contínuos processos de mudança, transformação e desenvolvimento, consiste na adoção de regulamentos apropriados, na tomada de decisões, que implicam necessariamente escolhas, e no controlo dos resultados. Um aspecto essencial deste processo, é a necessidade de identificar os riscos, de antecipar os sistemas de prevenção apropriados e de criar planos de atuação de emergência. O turismo cultural, apesar dos seus aspectos positivos para a economia local, deve ser considerado como um risco. Deve prestar-se uma particular atenção à otimização dos custos envolvidos. A conservação do património cultural deve constituir uma parte integrante dos processos de planeamento económico e gestão das comunidades, pois pode contribuir para o desenvolvimento sustentável, qualitativo, económico e social dessas comunidades. A pluralidade de valores do património e a diversidade de interesses requerem uma estrutura

de comunicação que permita uma participação efetiva dos cidadãos no processo, para além dos especialistas e gestores culturais. Caberá às comunidades adotar os métodos e as formas apropriadas para assegurar uma verdadeira participação dos cidadãos e das instituições nos processos de decisão.

A formação e a educação em património cultural exigem a participação da sociedade e a integração da temática nos sistemas nacionais de educação a todos os níveis. A complexidade dos projetos de restauro, ou de quaisquer outras intervenções de conservação, por envolverem aspectos históricos, técnicos, culturais e económicos, requer a nomeação de responsáveis bem formados e competentes. A formação dos especialistas em conservação deve ser interdisciplinar e incluir o estudo da história da arquitetura, da teoria e das técnicas da conservação. Esta formação deve assegurar uma qualificação adequada, necessária à resolução de problemas de investigação, bem como para resolver corretamente as intervenções de conservação e restauro de uma forma profissional e responsável. A formação de profissionais e técnicos nas disciplinas da conservação deve considerar a evolução das metodologias e do conhecimento técnico e participar no debate atual sobre as teorias e as políticas de conservação. Ao lado disso, a qualidade da mão-de-obra e o trabalho técnico durante os projetos de restauro devem também ser valorizados com uma melhor formação profissional.

A proteção e conservação do património construído podem ser melhoradas através da adoção de medidas legais e administrativas. Estas medidas devem assegurar que os trabalhos de conservação sejam realizados por especialistas em conservação ou sob sua supervisão. As disposições legais também podem prever um período de estágios práticos, no contexto de programas estruturados. Deve conceder-se uma atenção especial aos recém-formados especialistas em conservação do património cultural, nomeadamente no momento da graduação como profissionais independentes. Este grau deveria ser adquirido sob supervisão de especialistas em conservação.

Referência:

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 07 set. 2015.

_____. **Decreto N° 3.551, de 04 de Agosto de 2000**. Institui o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 07 set. 2015.

_____. **Decreto-Lei N° 25, de 30 de novembro de 1937**. Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 07 set. 2015.

_____. **Lei N°. 6.938, de 31 de Agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 07 set. 2015.

_____. **Lei N°. 10.257, de 10 de Julho de 2001**. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 07 set. 2015.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 07 set. 2015.

_____. **Tribunal Regional Federal da Segunda Região**. Disponível em: <www.trf2.jus.br>. Acesso em 07 set. 2015.

BRITO, Fernando de Azevedo Alves. A hodierna classificação do meio-ambiente, o seu remodelamento e a problemática sobre a existência ou a inexistência das classes do meio-ambiente do trabalho e do meio-ambiente misto. **Boletim Jurídico**, Uberaba, a. 5, n. 968. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br>>. Acesso em 07 set. 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24 ed, rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 13 ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 38 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012.

MINAS GERAIS (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em 07 set. 2015.

MOTTA, Sylvio; DOUGLAS, Willian. **Direito Constitucional – Teoria, Jurisprudência e 1.000 Questões**. 15 ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2004.

RIO GRANDE DO SUL (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em 07 set. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental: Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental: Conforme o Novo Código Florestal e a Lei Complementar 140/2011**. 2 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012.

VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 07 set. 2015.

NOTAS:

[1] VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 07 set. 2015, s.p.

[2] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 46/DF. Empresa Pública de Correios e Telégrafos. Privilégio de Entrega de Correspondências. Serviço Postal. Controvérsia referente à Lei Federal 6.538, de 22 de Junho de 1978. Ato Normativo que regula direitos e obrigações concernentes ao Serviço Postal. Previsão de Sanções nas Hipóteses de Violação do Privilégio Postal. Compatibilidade com o Sistema Constitucional Vigente. Alegação de afronta ao disposto nos artigos 1º, inciso IV; 5º, inciso XIII, 170, caput, inciso IV e parágrafo único, e 173 da Constituição do Brasil. Violação dos Princípios da Livre Concorrência e Livre Iniciativa. Não Caracterização. Arguição Julgada Improcedente. Interpretação conforme à Constituição conferida ao artigo 42 da Lei N. 6.538, que estabelece sanção, se configurada a violação do privilégio postal da União. Aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º, da lei. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marcos Aurélio. Julgado em 05 ag. 2009. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 07 set. 2015.

[3] VERDAN, 2009, s.p.

[4] BRITO, Fernando de Azevedo Alves. A hodierna classificação do meio-ambiente, o seu remodelamento e a problemática sobre a existência ou a inexistência das classes do meio-ambiente do trabalho e do meio-ambiente misto. **Boletim Jurídico**, Uberaba, ano 5, n. 968. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br>>. Acesso em 07 set. 2015.

[5] MOTTA, Sylvio; DOUGLAS, Willian. **Direito Constitucional – Teoria, Jurisprudência e 1.000 Questões** 15 ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2004, p. 69.

[6] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 07 set. 2015.

[7] Idem. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 1.856/RJ. Ação Direta De Inconstitucionalidade - Briga de galos (Lei Fluminense Nº 2.895/98) - Legislação Estadual que, pertinente a exposições e a competições entre aves das raças combatentes, favorece essa prática criminosa - Diploma Legislativo que estimula o cometimento de atos de crueldade contra galos de briga - Crime Ambiental (Lei Nº 9.605/98, ART. 32) - Meio Ambiente - Direito à preservação de sua integridade (CF, Art. 225) - Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade - Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade - Proteção constitucional da fauna (CF, Art. 225, § 1º, VII) - Descaracterização da briga de galo como manifestação cultural - Reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei Estadual impugnada - Ação Direta procedente. Legislação Estadual que autoriza a realização de exposições e competições entre aves das raças combatentes - Norma que institucionaliza a prática de crueldade contra a fauna – Inconstitucionalidade. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 26 mai. 2011. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 07 set. 2015.

[8] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007, p. 569.

[9] BRASIL. **Lei Nº. 6.938, de 31 de Agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de

formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 07 set. 2015.

[10] SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p.20.

[11] FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 13 ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 77.

[12] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade N° 4.029/AM. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei Federal N° 11.516/07. Criação do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade. Legitimidade da Associação Nacional dos Servidores do IBAMA. Entidade de Classe de Âmbito Nacional. Violação do art. 62, caput e § 9º, da Constituição. Não emissão de parecer pela Comissão Mista Parlamentar. Inconstitucionalidade dos artigos 5º, caput, e 6º, caput e parágrafos 1º e 2º, da Resolução N° 1 de 2002 do Congresso Nacional. Modulação dos Efeitos Temporais da Nulidade (Art. 27 da Lei 9.868/99). Ação Direta Parcialmente Procedente. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em 08 mar. 2012. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 07 set. 2015.

[13] THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental: Conforme o Novo Código Florestal e a Lei Complementar 140/2011**. 2 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012, p. 116.

[14] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 07 set. 2015: “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

[15] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade N° 1.856/RJ. Ação Direta De

Inconstitucionalidade - Briga de galos (Lei Fluminense Nº 2.895/98) - Legislação Estadual que, pertinente a exposições e a competições entre aves das raças combatentes, favorece essa prática criminosa - Diploma Legislativo que estimula o cometimento de atos de crueldade contra galos de briga - Crime Ambiental (Lei Nº 9.605/98, ART. 32) - Meio Ambiente - Direito à preservação de sua integridade (CF, Art. 225) - Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade - Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade - Proteção constitucional da fauna (CF, Art. 225, § 1º, VII) - Descaracterização da briga de galo como manifestação cultural - Reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei Estadual impugnada - Ação Direta procedente. Legislação Estadual que autoriza a realização de exposições e competições entre aves das raças combatentes - Norma que institucionaliza a prática de crueldade contra a fauna – Inconstitucionalidade. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 26 mai. 2011. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 07 set. 2015.

[16] BROLLO, Sílvia Regina Salau. **Tutela Jurídica do meio ambiente cultural: Proteção contra a exportação ilícita dos bens culturais**. 106f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2006. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_arquivos/1/TDE-2006-10-05T061948Z-421/Publico/SilviaDto.pdf>. Acesso em 07 set. 2015, p. 15-16.

[17] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 38 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 634.

[18] BRASIL. **Tribunal Regional Federal da Segunda Região**. Acórdão proferido em Apelação Cível Nº 2005251015239518. Direito da propriedade industrial. Marca fraca e marca de alto renome. Anulação de marca. Uso compartilhado de signo mercadológico (ÔMEGA). I – Expressões tradicionais e termos de uso corrente, trivial e disseminado, reproduzidos em dicionários, integram o patrimônio cultural de um povo. Palavras dotadas dessas características podem inspirar o registro de marcas, pelas peculiaridades de suas expressões eufônicas ou pela sua inegável repercussão associativa no imaginário do consumidor. II – É fraca a

marca que reproduz a última letra do alfabeto grego (Omega), utilizado pelo povo helênico desde o século VIII a.C., e inserida pelos povos eslavos no alfabeto cirílico, utilizado no Império Bizantino desde o século X d.C. O propósito de sua adoção é, inegavelmente, o de fazer uso da familiaridade do consumidor com o vocábulo de uso corrente desde a Antiguidade. III – Se uma marca fraca alcançou alto renome, a ela só se pode assegurar proteção limitada, despida do jus excludendi de terceiros, que também fazem uso do mesmo signo merceológico de boa-fé e em atividade distinta. Nessas circunstâncias, não há a possibilidade de o consumidor incidir erro ou, ainda, de se configurar concorrência desleal. IV – Apelação parcialmente provida tão-somente para ajustar o pólo passivo da relação processual, fazendo constar o Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI como réu, mantida a improcedência do pedido de invalidação do registro da marca mista OMEGA (nº 818.522.216), classe 20 (móveis e acessórios de cozinha), formulado por Ômega S.A. Órgão Julgador: Segunda Turma Especializada. Relator: Desembargador Federal André Fontes. Julgado em 25.08.2007. Disponível em: <www.trf2.jus.br>. Acesso em 07 set. 2015.

[19] BROLLO, 2006, p. 33.

[20] BRASIL. **Decreto N° 3.551, de 04 de Agosto de 2000**. Institui o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 07 set. 2015.

[21] BROLLO, 2006, p. 33.

[22] FIORILLO, 2012, p. 80.