



*Sobre a Revista*  
*Última Edição*  
*Edições Anteriores*  
*Normas*  
*Chamada de Trabalhos*  
*Contatos*

# Direito

Revista da Faculdade de Direito  
Centro Universitário Padre Anchieta  
Jundiaí/SP

ISSN 1519-1656

**UNIAnchieta**

**Conselho Editorial:**

*Claudinei Coletti*

*Cláudio Antonio Soares Levada*

*Ivone Silva Barros*

*João Carlos José Martinelli*

*Lucia Helena de Andrade Gomes*

*Mauro Alves de Araújo*

*Paulo Eduardo Vieira de Oliveira*

*Simone Zanotello*

*Tereza Cristina Nascimento Mazzotini*

**Organização:**

*Lucia Helena de Andrade Gomes*

## **AGRADECIMENTOS**

Agradecemos o apoio do Centro Universitário Padre Anchieta, em nome do Presidente Dr. Norbeto Mohor Fornari. Agradecemos ainda, em especial, a Glauca Satsala, pela forma solícita e competente para a publicação desta edição.

Aos estimados professores e alunos, que coletivamente contribuíram com a construção da nossa Revista.

## APRESENTAÇÃO

Monografia é um estudo sobre um tema específico e particular, com suficiente valor representativo e que obedece a rigorosa metodologia.

LAKATOS E MARCONI (1994)

Em meio a histórias de sucessos e fracassos, a Monografia Jurídica vem consolidando o seu espaço como um instrumento de desenvolvimento intelectual ao aluno, essencial a formação jurídica, bem como um instrumento de avaliação relevante ao corpo docente, à medida que analisa e avalia a produção intelectual dos discentes. Indubitavelmente, essa consolidação tem exigido empenho e dedicação no mundo acadêmico, por todos os sujeitos que integram o cotidiano das instituições: direção, coordenadores, professores, alunos e funcionários. Ressaltamos, em nosso curso, o apoio imprescindível do Prof. Me. Márcio Franklin Nogueira, coordenador pedagógico, na implementação e valorização da produção dos textos monográficos.

Na trajetória das Monografias Jurídicas, temos enfrentado inúmeros desafios, mas ousamos afirmar que a produção tem propiciado a melhoria da qualidade do ensino e aprendizagem, incentivado a pesquisa, assim como tem despertado nos graduandos uma preocupação em aprimorar os conhecimentos da língua portuguesa, preocupação louvável aos futuros profissionais do Direito. Não podemos conceber um Curso de Direito sem pesquisa, sem produção de trabalhos científicos. Nesse sentido, acreditamos ser a monografia jurídica, um elemento propulsor na formação dos futuros bacharéis em Direito.

Posto isso, apresento com grande satisfação os artigos produzidos, a partir de monografias aprovadas em nosso curso. Parabênizo a todos os alunos e professores participantes da edição desta Revista, com votos de sucesso na vida acadêmica. Que este número instaure o espírito de publicação de textos acadêmicos pelos discentes, fundamental para a contribuição da pesquisa jurídica.

Profa. Dra. Lucia Helena de Andrade Gomes  
Coordenadora de Monografias Jurídicas

## SUMÁRIO

A ÁGUA COMO BEM AMBIENTAL E ECONÔMICO.....	7
	<i>Adalberto Albino Arilha</i> <i>Claudemir Battalini</i>
O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE: INSTRUMENTO DE INTERPRETAÇÃO PARA APLICAÇÃO DA LEI PENAL.....	26
	<i>Alice Moretti Vieira</i> <i>Juliana Caramigo Gennarini</i>
REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL: O QUE FAZER? .....	47
	<i>Andréa de Castro</i> <i>João Paulo Orsini Martinelli</i>
A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA MATERIAL EM OPOSIÇÃO À SEGURANÇA JURÍDICA .....	57
	<i>Bruna Felis Alves</i> <i>Tarcísio Germano de Lemos Filho</i>
GARANTIA DA EFETIVAÇÃO DO DIREITO SUBJETIVO: O ACESSO À CRECHE ...	83
	<i>Denair Pilon</i> <i>Lúcia Helena de Andrade Gomes</i>
COMISSÕES PARLAMENTARES DE INQUÉRITO: PODERES E LIMITAÇÕES .....	102
	<i>Dorival Henrique Junior</i> <i>Márcia Cristina Nogueira Ciampaglia</i>
OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.....	111
	<i>Igor dos Santos Inácio da Silva</i> <i>João Jampaulo Junior</i>

---

A INIMPUTABILIDADE DO ASSASSINO SERIAL .....	128
	<i>Larissa Facchinette Tognetti</i>
	<i>Ivone de Barros</i>
A IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA NAS FORMAS DE ENTIDADES FAMILIARES.....	146
	<i>Marcelo Gusmano</i>
	<i>Mauro Alves de Araujo</i>
A INSERÇÃO PRECOCE DO JOVEM NO MERCADO DE TRABALHO .....	167
	<i>Maryana Silva Ambrósio</i>
	<i>Claudinei Coletti</i>
GUARDA COMPARTILHADA E ALIENAÇÃO PARENTAL .....	186
	<i>Ricardo Giacomini</i>
	<i>Mauro Alves de Araujo</i>
REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA NO DIREITO DE FAMÍLIA ASPECTOS BIOLÓGICOS, ÉTICOS, PSICOLÓGICOS E JURÍDICOS.....	204
	<i>Sarita Moreira de Almeida Giolo</i>
	<i>Fernanda Pessanha do Amaral Gurgel</i>
ABORTO DE ANENCEFALO .....	229
	<i>Vânia de Lima</i>
	<i>Juliana Caramigo Gennarini</i>

## A ÁGUA COMO BEM AMBIENTAL E ECONÔMICO

*Adalberto Albino Arilha<sup>1</sup>*

*Claudemir Battalini<sup>2</sup>*

### RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar o atual estado das reservas hídricas do planeta e em especial do Brasil, bem como ponderar as contradições entre a utilização de tais reservas em contraposição a sua preservação para as atuais e futuras gerações. Neste sentido este trabalho traz em perspectiva a Água dentro de seu ciclo, sua importância econômica, e a sua má distribuição geográfica como um dos motivos de sua crescente escassez. Como forma de quantificar e mensurar o uso deste bem econômico/ambiental, apresenta os conceitos recentes de Água Virtual e Pegada Hídrica. Como elemento chave para a compreensão do problema “Utilização versus Preservação”, apresenta o atual quadro jurídico como evolução da Política Nacional de Meio Ambiente e da Constituição de 1988.

### INTRODUÇÃO

A visão da água como bem econômico e ambiental é relativamente recente sendo importante que as discussões sobre o assunto se alarguem e se aprofundem na tentativa de minimizar os efeitos da escassez de água pela qual já passamos todos. Ainda que de forma desapercibida pela imensa maioria dos brasileiros.

O objetivo desse trabalho é demonstrar de maneira cabal que já vivemos os efeitos de uma crise hídrica instalada no Brasil e, de maneira ainda mais dramática, em outras partes do planeta.

---

<sup>1</sup> Autor: Advogado, especialista em Direito Ambiental, texto a partir da monografia aprovada em 2013, UNIANCHIETA, Jundiá - SP

<sup>2</sup> Orientador: Professor das Disciplinas de Direito Ambiental e Direito do Consumidor no UNIANCHIETA, bem como Promotor de Justiça na área do Meio Ambiente, Urbanismo e Registros Públicos; especialista em Direito Ambiental; orientador do autor da monografia e revisor do texto.

Tal cenário de escassez levanta questionamentos importantes a respeito deste bem. Repleta de simbolismos, a água é ao mesmo tempo indispensável à vida e à atividade econômica.

Este trabalho demonstrará, também, sob o enfoque jurídico, como o tema tem sido tratado a partir da instituição da Política Nacional de Meio Ambiente.

## 1. A ÁGUA NA NATUREZA

Nosso planeta tem 70% de sua superfície coberta por água. Nosso corpo possui entre 50 e 70% de água e as frutas e vegetais possuem 80% de água. Água é a assinatura de nosso planeta.

No entanto, não existe teoria unânime sobre a origem da água em nosso planeta.

As últimas descobertas em astrofísica apontam que água existente em nosso planeta não é um produto terrestre. Segundo esta teoria, a água que existe hoje em nosso planeta veio das regiões limites de nosso sistema solar.

Estima-se que nosso planeta tenha cerca de 4.6 bilhões de anos de idade, cerca de apenas um terço da idade estimada do universo: 14 bilhões de anos.

No início de sua formação, o cenário mais provável é o de completa ausência ou de presença irrisória de água.

Há cerca de 4 bilhões de anos atrás, o planeta Terra sofreu intenso bombardeio de cometas e asteroides. Vindos do Cinturão de Kuiper, além da órbita de Netuno, e da Nuvem de Oort, no limite do Sistema Solar, os cometas e os asteroides são compostos basicamente de rocha, metais e gelo.

Acredita-se, então, que graças ao bombardeio destes cometas e asteroides, a água chegou ao nosso planeta (MIDDLETON, 2005).

Desde então a quantidade deste precioso elemento se mantém, para todos os efeitos, constante. Nela surgiu a vida. Dela beberam enormes dinossauros. Milhões de anos depois Aristóteles, Platão, Cristo e Hitler também saciaram sua sede com a mesma água. Gênios, loucos, santos e o mais comum dos mortais. Todos vivem e viveram pelas mesmas moléculas de água que aqui existem desde sempre (SOUZA, 2009).

“Água não se fabrica. Não se produz. A terra recicla continuamente a mesma quantidade de água que já possui há milhões de anos.” (NALINI, 2010, p. XI).

## 2. CICLO HIDROLÓGICO

A água do planeta Terra tem sido a mesma por bilhões de anos. Apenas vai mudando sua forma na medida em que segue seu ciclo hidrológico perfeito, transformando-se em substância gasosa, líquida ou sólida (SOUZA, 2009).

Segundo Fachin (2010, p.8):

Parte da água que chega à superfície terrestre se evapora. O restante pode seguir diversos caminhos: infiltrar-se no solo para alimentar o lençol freático, constituindo-se em águas subterrâneas; escoar pelas encostas, formando sulcos e canais de drenagem até atingir córregos, lagos e rios e, por fim, chegar ao oceano; formar camadas de gelo e geleiras em regiões de clima frio; ser absorvida pelas plantas e animais, sendo que a parte não absorvida retorna para a atmosfera através da evapotranspiração das plantas e pela transpiração das folhas e animais.

O ciclo hidrológico propicia que a água seja elevada das cotas mais baixas para as cotas mais altas, adquirindo potencial energético. No mais, tal processo transcorre-se em diversas etapas: evaporação, evapotranspiração, condensação, transporte, precipitações, infiltração e o movimento de águas das geleiras para os oceanos nas superfícies ou subterrâneas.

Em cada um dos processos do ciclo hidrológico, a água representa valor ecológico, uma vez que estabelece as bases para que os diversos ecossistemas, sejam eles aquáticos ou terrestres, tenham possibilidades de vida. Sem a água, não funcionariam os ciclos geológico, químico e biológico, os quais permitem a vida.

## 3. A MÁ DISTRIBUIÇÃO DA ÁGUA NO PLANETA

O volume de água existente em nosso planeta cobre aproximadamente 70% de sua superfície e se distribui pelas calotas polares, rios, mares, lagos, aquíferos e atmosfera.

No entanto, 97,5% deste volume é formado de água salgada. Logo, uma fração muito pequena, apenas 2,5% do total da água do planeta está disponível para utilização imediata. Ou para uma melhor ideia, de cada 40 litros de água que existem na Terra, apenas um litro é de água doce.

Esta fatia de 2,5% está espalhada por todo o planeta e é encontrada nas seguintes proporções: 69% está congelada em geleiras e calotas polares, 30% são águas subterrâneas, 0,9% compõe a umidade atmosférica e apenas 0,3% se encontram nos rios e lagos.

Ou seja, para que se tenha a exata proporção dos números acima, se para cada 40 litros de água existente no planeta apenas um litro é de água doce, deste escasso litro, apenas 3 mililitros, menos de uma gota, está ao alcance de nossas mãos.

Embora este número, dramatizado pela ilustração da proporção, possa parecer pouco, o fato é que a quantidade de água doce disponível para consumo imediato é suficiente para atender de seis a sete vezes o mínimo anual que cada habitante do planeta precisa.

No Brasil, adota-se a faixa entre 150 e 200 litros/pessoa/dia como consumo confortável numa residência (FACHIN, 2010).

No entanto, neste jogo de paradoxos aparentes esconde-se o problema crucial da utilização da água doce no planeta: ainda que em quantidade suficiente, é a sua distribuição ao longo da superfície terrestre a causadora da escassez.

Segundo Rebouças (2006), percebe-se de maneira cristalina a má distribuição dos recursos hídricos pelo mundo considerando-se os valores de descarga fluvial por países.

Tomando-se os países mais ricos em água doce (Brasil, Rússia, USA, Canadá, China, Indonésia, Índia, Colômbia e Peru) verifica-se que seus rios apresentam valor de descarga correspondente a 60% do total de águas do mundo.

Na outra ponta deste estudo, os países mais pobres em água doce (Malta, Gaza, Emirados Árabes, Líbia, Cingapura, Jordânia, Israel e Chipre) apresentam não mais que 10% daquele total. São países localizados em áreas secas e insalubres.

São nas áreas intertropicais úmidas e temperadas que as descargas fluviais representam 98% das descargas de águas do mundo (FACHIN, 2010).

A má distribuição da água doce tem potencial geopolítico explosivo. Não apenas porque compromete o bem estar e a salubridade das populações que não tem acesso à quantidades suficientes de água, mas, principalmente, porque tal qual energia, sem água não se faz desenvolvimento.

#### **4. A MÁ DISTRIBUIÇÃO DA ÁGUA NO BRASIL**

Como se espelhasse de maneira análoga a má distribuição mundial dos recursos hídricos, o território brasileiro apresenta também enorme desequilíbrio entre suas várias regiões.

Nas palavras de Souza (2009, p.113):

Até recentemente, no Brasil, a água era considerada um recurso natural renovável, em geral farto e abundante e que poderia atender, sem restrições, à quase todas as necessidades que dele viessem a ser requeridas. Sua carência era sentida apenas nas regiões semiáridas, fato considerado grave mas natural.[...]

[...] Os números mostram que 68,5% dos recursos hídricos do país estão concentrados na Região Amazônica, que, embora detenha 45,3% do território nacional, acolhe apenas 6,98% da população brasileira.

Em segundo lugar encontramos o Centro-oeste com 15,7% dos recursos hídricos para 18,8% do território brasileiro e apenas 6,41% da população.

No Sul, Sudeste e Nordeste a situação se inverte. Apenas 6,5% dos recursos hídricos estão no Sul, que detém 6,8% do território nacional e 15,5 % da população. No Sudeste, que tem 42,65% da população do país e 10,8% do seu território, há apenas 6% da água existente no Brasil. Finalmente, o grave quadro do Nordeste: 28,9% da população, 18,3% do território e somente 3,3% dos recursos hídricos.

A má distribuição das águas também ronda os grandes centros urbanos.

Nos ensina Nalini (2010, p.41):

“São Paulo é um exemplo gritante. A maior concentração urbana do Brasil não dispõe de água suficiente para abastecimento, ainda que fosse considerada aproveitável toda a quantidade de recursos hídricos existentes. Ela vai buscar reforço na bacia do rio Piracicaba e isso custa dinheiro. O custo não é o principal problema. Se o Piracicaba vier a ser comprometido por poluição de outras bacias afluentes, o reflexo será em breve sentido na megalópole.”

## 5. A EVOLUÇÃO RECENTE DA LEGISLAÇÃO AMBIENTAL BRASILEIRA

### 5.1. A LEI 6983/81

Foi no final da década de 1970 que o mundo começou a alterar sua perspectiva face ao meio ambiente. A Política Nacional de Meio Ambiente instituída pela Lei 6983/81, visou à preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, de modo a compatibilizar o desenvolvimento socioeconômico com os interesses da segurança nacional e com a proteção da dignidade da vida humana.

Dignidade, esta, que seria um dos fundamentos de nossa República previsto no artigo 1º, III, da Constituição Federal de 1988, promulgada sete anos depois.

Tal fundamento deve sempre ser analisado de modo sistemático com o artigo 5º, *caput*, da mesma Constituição, que garante a todos os brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, que, por sua vez, deverá ser sadia, nos termos dos artigos 6º e 225, *caput*, da Constituição Federal.

Destaque para o artigo 3º da Lei 6983/81 que oferece conceitos para sua melhor interpretação, tais como meio ambiente, degradação da qualidade ambiental, poluição, poluidor e recursos ambientais.

O artigo 5º da Lei prevê que as diretrizes da PNMA serão formuladas em normas e planos, destinados a orientar a ação dos Governos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios no que se relaciona com a preservação da qualidade ambiental.

Os instrumentos da PNMA estão enumerados de forma esmiuçada no artigo 9º daquela Lei, cuja finalidade é viabilizar a consecução dos objetivos instituídos no artigo 4º, sendo certo que desde 1988, tais instrumentos encontram sua base constitucional também no artigo 225 da Constituição Federal, especialmente no parágrafo 1º e seus incisos, e que com certeza deverão ser observados na proteção e conservação dos recursos hídricos em nosso país.

## **5.2. A CONSTITUIÇÃO DE 1988**

A Constituição Federal de 1988 inaugura o Capítulo de Meio Ambiente, e em seu art. 225, disciplina este conhecimento, trazendo um direito e um dever, os seus destinatários, introduz uma nova categoria de bem, elege princípios e atores na proteção e defesa do meio ambiente em todos os seus aspectos.

O objeto do direito ambiental é tutelar o meio ambiente para que o homem possa viver com dignidade, a dignidade insculpida no art. 1.º, inciso III, da Constituição Federal, que é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. E viver com dignidade é ter ao menos o direito aos direitos sociais relacionados no artigo 6.º da Constituição Federal, o qual chamamos de piso vital mínimo (FIORILLO,2006), pois são os valores essenciais que preenchem o homem, a dignidade da pessoa humana.

Ainda, a Constituição estabelece competência legislativa concorrente sobre assuntos do meio ambiente à União, aos Estados e ao Distrito Federal, estando limitado à União o estabelecimento de normas gerais, aos Estados e ao Distrito Federal a suplementação dessas normas gerais, e aos Municípios a suplementação da legislação federal e da estadual no que couber. Já quanto à competência material, esta é comum a todos os entes da Federação (SOUZA, 2008).

### **5.3. A LEI DA POLÍTICA NACIONAL DE RECURSOS HÍDRICOS**

Em de janeiro de 1997 foi sancionada pela União a Lei 9433/97, conhecida como Lei das Águas, que instituiu a Política Nacional de Recursos Hídricos e o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, mudando assim, a forma de como vinha sendo realizada a gestão e o uso da água.

Passando para a esfera Federal, em 8 de janeiro de 1997, a União estabeleceu sua política e o seu sistema de gestão de recursos hídricos, por intermédio da Lei 9433/97. Com a aprovação desta Lei, a mesma vem consolidar um grande avanço na valoração e valorização da água, onde por meio de seu artigo primeiro, incisos I e II determina que “água é um bem de domínio público e dotado de valor econômico”.

Seus princípios são muito parecidos com os adotados na Lei Estadual Paulista, e a CETESB (CETESB, 2011) os enumera como sendo: plano de recursos hídricos, outorga de direitos de usos das águas, cobrança pelo uso da água, enquadramento dos corpos d’água e sistemas de informações sobre recursos hídricos.

Essa legislação é um grande modelo para gestão do uso dos rios, pois as decisões em relação aos recursos hídricos em todo o Brasil deverão ser tomadas pelos Comitês de Bacias Hidrográficas, onde são constituídos por representantes da sociedade civil, do Estado e dos Municípios.

Com o advento desta Lei, o país passou a alcançar condições básicas para entrar em uma nova fase de gerenciamento de seus recursos hídricos, um gerenciamento direcionado e focado, onde todos os usuários deste bem possam decidir melhor o uso da água, seus investimentos necessários e sua organização em torno de suas bacias hidrográficas.

Inspirada no modelo francês, embora tenha criado uma legislação sobre os recursos hídricos, sua estrutura ficou comprometida por conta da criação da Lei 9.984/2000, que criou a Agência Nacional de Águas (ANA), que é uma entidade destinada a implantar uma Política Nacional de Recursos Hídricos. Porém, a mesma possui participação na execução da Política Nacional e nos respectivos Comitês, no sentido de fornecer subsídio para a implementação da política e também suas respectivas Agências de Bacia. (CETESB, 2011)

#### 5.4. O CÓDIGO CIVIL DE 2002

O atual Código Civil de 2002 inaugura no art.1228, § 1º, dentro do capítulo da Propriedade, uma notória preocupação com o meio ambiente.

Porém, de acordo com Luciana Cordeiro de Souza, (SOUZA, 2008, p206-7):

(...) o Código Civil vigente já “nasceu velho”, pois ao tratar dos temas como Dos bens públicos, Dos direitos de vizinhança, Das águas e Do direito de construir, apenas limitou-se a repetir os preceitos do Código Civil de 1916, sem que houvesse a recepção do Texto Constitucional de 1988, que inaugura no art. 225 os bens comuns do povo como bens difusos e, nestes encontra-se inserido o bem ambiental água. Nem tampouco observou toda a evolução legislativa sobre o tema água, pois se tornou claro a finitude e a importância deste bem vital nos dias atuais, impossibilitando, de forma absoluta, a sua apropriação pelo particular.

Neste sentido Celso Fiorillo (FIORILLO, 2008, p.407) alerta que é de se “causar estranheza o ‘retorno’ do tratamento da água na ‘evolução legislativa’, superadas as visões do Código Civil de 1916 e do Código de Águas (Decreto n. 26.643/34), para o ‘Direito Civil das Coisas’, desconsiderando inclusive a importância desse precioso bem ambiental inclusive como produto em face das relações jurídicas de consumo existentes em países de estrutura jurídica capitalista como o Brasil (art. 3º, § 1º, da Lei n. 8.078/90).”

Para o autor, “dentre os temas desenvolvidos pela nova lei está o das ÁGUAS curiosamente regrado na Parte Geral, Livro II (Dos bens), Título Único (Das diferentes classes de bens), Capítulo III (Dos bens públicos) - artigos 99, I, e 100 -, assim como na Parte Especial, Livro III (Direito das coisas), Título III (Da propriedade), Capítulo V (Dos direitos de vizinhança), Seção V (Das águas) e Seção VII (do direito de construir) – artigos 1.288 a 1.296 e 1.309/1.310 -, repetindo visão do século passado (que tinha como substrato ideológico o século XIX), como se as normas do século XXI, principalmente para o Brasil e em face de sua estrutura de águas, pudessem continuar adstritas a valores bem como a concepções pensadas e criadas em momento histórico e dentro de uma cultura absolutamente diferente do momento e cultura dos dias atuais”.

## 6. A ÁGUA COMO BEM ECONOMICO

De modo geral já nos acostumamos com o fato de que em todas as nossas atividades e em todos os produtos que consumimos existe, sempre, uma quantidade de energia que foi consumida.

De forma análoga, todo e qualquer produto também necessita de água em toda sua cadeia produtiva. Seja como matéria prima do produto em si mesmo como, por exemplo, na indústria de bebidas; seja como uso indireto, como por exemplo, fluido de refrigeração de máquinas. Porém, ao contrário de nosso comportamento em relação à energia, a água sempre nos pareceu “grátis”.

Para mensurar o emprego da água ao longo de toda cadeia produtiva, foram criados os conceitos de *água virtual* e de *pegada hidrológica*. Esses são conceitos muito recentes, mas que aportam um olhar absolutamente inovador sobre a questão da utilização dos recursos hídricos.

As atividades humanas consomem e poluem uma grande quantidade de água. Em uma escala global, a maior parte do uso da água ocorre na produção agrícola, mas há também volumes substanciais de água consumida e poluída pelos setores industriais e domésticos (WWAP, 2009).

O consumo e a poluição da água podem estar associados a atividades específicas como irrigação, higiene pessoal, limpeza, refrigeração e processamento. O total de consumo e poluição da água é geralmente considerado como a soma de uma multiplicidade de demandas de água e de atividades poluentes independentes.

Tem-se prestado pouca atenção ao fato de que, no final, o total de consumo de água e geração de poluição está relacionado com o que e quanto certas comunidades consomem e à estrutura da economia global que fornece os diversos bens de consumo e serviços àquelas comunidades.

Até o passado recente, havia poucas abordagens na ciência e na prática de gestão de recursos hídricos sobre consumo e poluição da água ao longo de toda a cadeia de produção e abastecimento. Como resultado, há pouca conscientização sobre o fato de que a organização e as características de uma produção e sua cadeia de abastecimento influenciam fortemente os

volumes (e as distribuições temporal e espacial) de consumo e poluição da água, que podem ser associados com um produto final de consumo.

Hoekstra e Chapagain (2008) mostraram que visualizar o uso oculto da água em produtos pode ajudar no entendimento do caráter global da água doce e na quantificação dos efeitos do consumo e do comércio na utilização dos recursos hídricos. O aperfeiçoamento desta compreensão pode constituir a base para um melhor gerenciamento dos recursos hídricos do planeta. (Hoekstra, 2011)

## 7. A ÁGUA VIRTUAL

O idealizador do conceito de água virtual foi o Prof. Anthony Allan, do King's College de Londres. Em 1993, o prof. Allan trouxe a público seu conceito, pelo qual foi posteriormente agraciado com o Stockholma Water Prize em 2008.

Do Carmo (2007, p.79) aprofunda a explicação de Água Virtual ou Virtual Water:

“Virtual water” foi uma expressão cunhada por A. J. Allan, professor da School of Oriental & African Studies da University of London, no início da década de 90. A mesma ideia havia sido chamada pelo autor como “embedded water”, termo que acabou não obtendo êxito, e acabou relegado a um segundo plano, muito embora ainda apareça na literatura.

Em um texto curto, mas muito interessante, o prof. Allan sistematiza os principais elementos do conceito, destacando a necessidade de água decorrente do crescimento populacional e do padrão de consumo de alimentos, que por sua vez possui implicações diretas sobre a utilização de água. A repercussão do termo “virtual water” passou a ser mais expressiva quando o grupo liderado por A. Y. Hoekstra da Universidade de Twente (Enschede), na Holanda, e UNESCO-IHE Institute for Water Education realizou um trabalho de identificação e quantificação dos fluxos de comércio de “virtual water” entre os países, tornando operacional o conceito.

Em sua essência, água virtual diz respeito ao comércio indireto da água que está embutida em certos produtos, especialmente as commodities agrícolas, enquanto matéria-prima intrínseca desses produtos. Ou seja, toda água envolvida no processo produtivo de qualquer bem industrial ou agrícola passa a ser denominada água virtual. Sendo assim, a concepção de água virtual se apoia em um argumento relativamente simples, muito embora exista uma grande complexidade para sua aferição empírica.

Nancy Gorgulho Braga (2008, p.2) nos esclarece o conceito:

Trata-se da água utilizada na produção de bens industriais, agrícolas ou até mesmo serviços, envolvendo toda a seqüência da cadeia produtiva até chegar-se ao produto

final. Em outras palavras, água virtual é a quantidade de água gasta para produzir um bem, produto ou serviço, estando embutida no produto, não apenas no sentido visível, físico, mas também no sentido “virtual”, considerando a água necessária aos processos produtivos. Pode-se então dizer que água virtual é a água que consumimos sem ver.

## **8. PEGADA HÍDRICA**

O conceito de Água Virtual teria muito pouca utilidade se não fosse atrelado a um conceito mais amplo, capaz de avaliar a quantidade de água virtual utilizada em determinada cadeia produtiva relativa a determinado produto ou serviço.

Assim, Do Carmo (2007, p.84) nos orienta nesse particular:

Os cálculos envolvidos nas estimativas do volume de comercialização da água virtual, no entanto, são complexos. Para estimar estes valores, deve-se considerar a água envolvida em toda a cadeia de produção, assim como, as características específicas de cada região produtora, além das características ambientais e tecnológicas.

Nesse sentido, a concepção de água virtual está relacionada intimamente ao conceito de “pegada hídrica” (water footprint), pois é necessário perseguir os passos e etapas do processo de produção avaliando detalhadamente o usos de recursos hídricos em cada etapa.

Desta forma, a “pegada hídrica” de determinado produto ou commodity pode ser definida como o volume total de água consumida, ao longo de toda sua cadeia produtiva, até que tal produto ou commodity esteja disponível ao consumidor final.

## **9. PAÍSES IMPORTADORES E EXPORTADORES DE ÁGUA VIRTUAL**

Segundo Do Carmo (2007, p.83):

Na atual conjuntura do mercado internacional de commodities, o Brasil ocupa um espaço muito importante, sendo um dos maiores exportadores de soja, carne e açúcar.

Em termos econômicos, o peso crescente que esses produtos possuem na balança comercial brasileira torna essas atividades produtivas essenciais para o país. A disponibilidade de terras cultiváveis e de recursos hídricos, além de custos relativamente baixos de produção, fazem com que o Brasil ocupe essa posição de destaque no cenário internacional.

Em termos ambientais mais amplos, significa a transferência de um recurso ambiental que o Brasil possui em grande quantidade, a água, para países que não

dispõem desse recurso. Em termos de mercado internacional, quando se consideram as vantagens comparativas de cada país, essa situação é bastante plausível. Entretanto, quais as implicações desse processo de transferência? Como essa inserção no mercado internacional está impactando a disponibilidade e a qualidade desse recurso fundamental que é a água?

Do Carmo (2007, p.85) avança na sua explicação:

Define-se o conceito de água virtual como o volume de água demandada para a produção de determinada commodity. Ou seja, o volume em m<sup>3</sup> de água necessários para a produção de x toneladas de soja, arroz açúcar etc. Pode-se assumir que, juntamente com as divisas geradas pela exportação destes produtos, existe um valor adicionado que não é contabilizado e que, visto desta maneira, pode representar muito mais do que apenas o equilíbrio da balança comercial de determinado país, mas, sobretudo, a sua sustentabilidade ambiental a médio e longo prazo.

A análise dos estudos elaborados no âmbito do “Virtual Water Trade Research Programme” (UNESCO) evidencia a relação entre os países “reservatórios” mundiais de água doce e a sua capacidade de geração de divisas. Entretanto, os recursos hídricos envolvidos na produção dos bens exportados podem acabar se tornando escassos até mesmo em regiões em que há relativa abundância. O caso brasileiro é exemplar, quando consideramos a produção de produtos primários como a soja e o açúcar, ou ainda de produtos semi-manufaturados como cortes de carne bovina.

De modo geral, a região das Américas se posiciona mais confortavelmente, pois possui uma relativa abundância de água; por outro lado, as regiões do centro, sul e sudeste asiático se encontram em uma situação crítica, por apresentarem recursos mais limitados, embora estejam cada vez mais se destacando como importantes exportadores no cenário econômico internacional, sobretudo, de água virtual.

Pensando assim, Hoekstra e Hung (2002) mapearam o fluxo mundial de água virtual dividindo o globo em países exportadores e importadores, que se relacionam formando uma balança comercial.

Alguns países e regiões assumem a função central nessa balança e se destacam por sua posição de exportadores. São eles: Brasil, América do Norte, América Central e também o Sudoeste Asiático. Como importadores, destacam-se os continentes europeu e africano, Oriente médio, e grande parte do continente asiático.

Os fluxos entre importadores e exportadores ocorrem da seguinte forma: o Brasil tem como seu maior mercado a Europa e a Ásia (especialmente China); a América do Norte tem como maiores mercados a Europa, a Ásia, a África e também uma parcela na América Central. Ainda como exportadores, mas com fluxos um pouco menores, estão a América Latina, com seu mercado na região central e sul da Ásia, e o sudoeste asiático, também como exportador para regiões da própria Ásia (especialmente a área central e sul).

## 10. PRODUTOS E PRODUTORES HIDROINTENSIVOS

Uma vez apreendidos os conceitos de “água virtual” e “pegada hídrica” faz-se, agora, necessário que os diversos produtos disponíveis ao consumidor sejam mensurados em termos desta nova variável presente ao longo de suas cadeias produtivas.

Neste sentido, Do Carmo (2007, p.89) segue em sua explicação:

De forma similar, foi realizado o cálculo da demanda de água para produtos como carnes e derivados. Nesse caso foi considerada a demanda para a produção de grãos (que serviriam para a alimentação básica do rebanho), mas tiveram de ser adicionadas ainda as demandas por consumo direto (água para dessedentação do rebanho), tratamento (serviços como limpeza etc.) e ainda volumes necessários para o processamento dos produtos finais. Com base nestes cálculos é possível consultar os volumes de água por tonelada produzida de uma grande variedade de produtos importantes no cenário comercial internacional.

A Tabela 1 apresenta as estimativas realizadas pela FAO de demanda de água para a produção de um conjunto de culturas. Salienta-se que são estimativas de demandas médias, que podem apresentar variações em função de características regionais específicas, como solo e clima.

Tabela 1. Demanda específica de água por produtos selecionados (em m<sup>3</sup>/t), Brasil, 1999.

<b>Produto</b>	<b>Demanda Específica de água</b>	<b>Produto</b>	<b>Demanda Específica de água</b>
Banana	483	Batata	305
Cevada	1823	Soja	2244
Feijão seco	5846	Cana de açúcar	209
Uvas	485	Girassol	5351
Amendoim	2701	Tomate	2295
Milho	1261	Trigo	1706
Manga	1878	Arroz	2720

Fonte: Hoekstra e Hung, 2002.

O resultado da aplicação dessa metodologia para o caso brasileiro, destacando os produtos soja, carne e açúcar, está apresentado na Tabela 2. Foram utilizados os dados de exportação de cada produto, de acordo com o Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior (MDIC), e do volume de água virtual contida em cada produto a partir dos dados da FAO.

A exportação de commodities aumentou significativamente, o que se reflete no volume de água virtual exportada pelo país. Em menos de dez anos o volume exportado mais do que triplicou.

Em termos de volume, a soja se destaca, com mais de 50 bilhões de m<sup>3</sup> exportados em 2005, com o país se consolidando como o maior exportador mundial desse produto. O peso relativo da produção de carne também cresceu no período, e o aumento do rebanho brasileiro sinaliza que o país se estabelecerá também como maior exportador mundial de carne.

Tabela2. Exportação de água virtual (em bilhões de m3)

PRODUTO	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	TOTAL
Soja	18,7	20,8	20,0	25,8	35,2	35,8	44,6	43,2	50,3	294,6
Carne	7,6	8,9	10,3	11,5	17,1	14,7	19,2	28,6	34,0	151,9
Açúcar	0,8	1,0	1,6	0,9	1,5	1,6	1,7	2,0	2,4	13,6
<b>TOTAL</b>	<b>27,1</b>	<b>30,8</b>	<b>32,0</b>	<b>38,2</b>	<b>53,7</b>	<b>52,2</b>	<b>65,5</b>	<b>73,8</b>	<b>86,8</b>	<b>460,1</b>

Fonte: MDIC e Hoekstra, A. Y. e Hung, P. Q., (2002);

De acordo com os dados do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior (MDIC), em 2005, a soja foi responsável por mais de 58% das exportações deste grupo de commodities (soja, carnes e açúcar) do país. O principal comprador da soja foi o mercado chinês, captando 32% das saídas brasileiras.

No mesmo ano, considerando apenas a soja, a China apresenta-se como um dos principais importadores de água virtual brasileira, tendo levado 16,1 bilhões de m<sup>3</sup>.

A importância do manejo adequado da água nos grandes centros urbanos se destaca por conta da pressão exercida pelo não tratamento e pela relativa escassez hídrica encontrada na maioria dessas áreas, conforme aponta Carmo (2005).

Entretanto, pouco se discute – tanto na mídia como nas discussões mais gerais – a respeito da utilização adequada da água na agricultura. No Brasil, assim como na média geral mundial, o consumo de água na agricultura é o mais extensivo dentro dos três grandes grupos de demandantes, chegando a representar mais de 60% do consumo total de água.

## 11. EFEITOS DA UTILIZAÇÃO INTENSIVA DOS RECURSOS HÍDRICOS

O setor agrícola, com mais de 60% do consumo total de água, é marcadamente o maior consumidor deste bem. Tais volumes de uso de água se explicam facilmente pelo seu uso para irrigação.

Com as necessidades sempre crescentes de alimentos para um mundo cuja população não para crescer, a pressão sobre o setor agrícola é enorme. Não apenas são necessárias áreas de plantio cada vez maiores, mas também a produtividade das culturas deve ser sempre otimizada (DO CARMO, 2007).

Neste preciso contexto encontram-se as técnicas de irrigação. O uso massivo de irrigação na agricultura brasileira tem proporcionado ganhos expressivos de produtividade. No entanto, nem sempre o manejo desta técnica é racional. Nem sempre as técnicas utilizadas são modernas e nem sempre se adequam ao tipo de cultura irrigada.

Ao lado do enorme desperdício verificado nas plantações irrigadas, observa-se que a água assim utilizada não retorna à suas fontes de origem ou retorna à elas comprometida por contaminação de pesticidas ou através dos dejetos do rebanho (TELLES, 1999).

## 12. COBRANÇA PELO USO DA ÁGUA

Segundo o site da Agencia Nacional de Águas (ANA):

A Cobrança pelo Uso de Recursos Hídricos é um dos instrumentos de gestão da Política Nacional de Recursos Hídricos, instituída pela Lei nº 9.433/97, e tem como objetivos:

- i) dar ao usuário uma indicação do real valor da água;
- ii) incentivar o uso racional da água; e
- iii) obter recursos financeiros para recuperação das bacias hidrográficas do País.

A Cobrança não é um imposto, mas uma remuneração pelo uso de um bem público, cujo preço é fixado a partir de um pacto entre os usuários da água, a sociedade civil e o poder público no âmbito dos Comitês de Bacia Hidrográfica. Além disso, a legislação estabelece uma destinação específica para os recursos arrecadados: a recuperação das bacias hidrográficas em que são gerados.

De forma análoga, o site da Secretária de Meio Ambiente do Estado de São Paulo através do Sistema Integrado de Gerenciamento de Recursos Hídricos (SIGRH) nos informa que:

A cobrança pela utilização dos recursos hídricos está respaldada no Código Civil, que prevê a remuneração pela utilização dos bens públicos de uso comum, no Código de Águas, ao dispor que o uso comum das águas pode ser gratuito ou retribuído, e na Política de Meio Ambiente, que adota o princípio do usuário-pagador aplicado aos recursos naturais. Em rios de domínio do Estado de São Paulo, a cobrança é regida pela Lei 12.183/2005, tendo como princípios a simplicidade, a progressividade e a aceitabilidade, e os principais objetivos:

- Reconhecer a água como um bem público de valor econômico, dando ao usuário uma indicação de seu real valor;
- Incentivar o uso racional e sustentável da água;
- Obter recursos financeiros para o financiamento dos programas e intervenções contemplados nos planos de recursos hídricos e de saneamento;
- Utilizar a cobrança da água como instrumento de planejamento, gestão integrada e descentralizada do uso da água e seus conflitos.

O instrumento de gestão refere-se ao estabelecimento de um valor para a água, possibilitando que cada usuário avalie melhor o uso que faz dela. É fundamentalmente um instrumento de conscientização para a melhor gestão da água, resultante de um processo de negociação entre os diversos agentes e setores sociais de determinada bacia hidrográfica, no qual serão estabelecidos valores para os diversos usos e, conseqüentemente, implicará na arrecadação de recursos para financiamento de ações consideradas prioritárias para a melhoria dos aspectos quantitativos e qualitativos dos recursos hídricos, conforme estabelecido pelo Plano de Bacias, aprovado pelo respectivo Comitê de Bacias.

## CONCLUSÕES

Se antes dava a impressão de ser infinito, hoje, o estoque de água potável no planeta parece ser insuficiente.

Nossa realidade mudou e no sentido mais concreto possível. A maneira com que lidamos com esse bem, sem o qual não podemos existir, não pode seguir sendo a mesma.

Por ser um bem ímpar, carregado de simbolismos, religiosidade e ao mesmo tempo de insubstituível função vital e econômica, a água exige tratamento jurídico diferenciado.

O desafio primordial que se coloca às atuais gerações diz respeito ao manejo sustentável das demandas e dos suprimentos de água no planeta, para que as futuras gerações também possam ter acesso a esse bem, nas condições de quantidade e qualidade que permitam o desenvolvimento de uma saudável qualidade de vida.

Tal desafio está longe de ser simples. Como se viu, a água, através de seu ciclo hidrológico, circula por todo o planeta ignorando fronteiras, marcos e divisas.

Este fato coloca em evidência a essência internacional do assunto e a exigência da construção de um Direito capaz de proporcionar respostas locais para um problema que é, sem dúvida, global.

Neste sentido, por ser um país com enormes quantidades de água doce, o Brasil tem importante papel a ser desempenhado no cenário global.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 foi possível estabelecer-se um novo modelo de gestão. Estruturado de maneira democrática e descentralizada, este novo modelo aporta uma visão multifacetada do problema. Educação ambiental, controle de uso, controles econômicos e, pela primeira vez, a precificação do simples uso da água.

Ideias inovadoras como “água virtual”, “pegada hídrica”, “cobrança pelo uso da água” fazem parte de nosso esforço em lidar com o problema, de forma a, simultaneamente, preservar o enorme potencial econômico de suas reservas hídricas e explorá-lo de forma racional.

## REFERÊNCIAS

ANA (Agencia Nacional de Águas). *Cobrança pelo uso de recursos hídricos*. Disponível em <<http://www2.ana.gov.br/Paginas/servicos/cobrancaearrecadacao/cobrancaearrecadacao.aspx>> ; acesso em 01/07/2013 BARLOW, Maude. *Água, Pacto Azul. A Crise Global da Água e a Batalha pelo Controle da Água Potável no Mundo*. São Paulo: M. Books do Brasil, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *Água: a próxima crise*. In: *Temas de Direito Constitucional*. Tomo II, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BRAGA, Nancy Gorgulho. *A água virtual*. Disponível em <<http://mercadoetico.terra.com.br/arquivo/o-brasil-e-o-maior-%E2%80%98-exportador%E2%99-de-agua-virtual-do-mundo.html>>, acesso em 17/05/2011 BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil: Promulgada em 5 de outubro de 1998*. 44ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

Companhia de Tecnologia de Saneamento Ambiental. *Histórico da legislação hídrica no Brasil*. <<http://www.cetesb.sp.gov.br/aguas/rios/gesta/historico.asp>> Acesso em 30 jan. 2011 DA CRUZ, Branca Martins; et al. *Sustentabilidade e Temas Fundamentais de Direito Ambiental*. Campinas: Millennium Editora, 2009.

FACHIN, Zulmar. *Direito Fundamental de Acesso à Água Potável: uma proposta de constitucionalização*. In: *Florestas, Mudanças Climáticas e Serviços Ecológicos*. BENJAMIM, Antonio Herman; IRIGARAY, Carlos Teodoro; LECEU, Eladio; COPPELI, Silvia (Organizadores). São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2010.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo, Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. *Águas no Novo Código Civil (Lei 10406/02)*, apud Luciana Cordeiro de Souza. Breves apontamentos sobre o artigo 225 da Constituição Federal de 1988 e o bem ambiental água: 20 anos após sua promulgação. In: Maria Collares Felipe da Conceição. (Org.). *20 anos da Constituição Federal: trajetória do Direito Ambiental*. Rio de Janeiro: EMERJ, 2008.

FREITAS, Vladimir Passos de. *Águas - aspectos jurídicos e ambientais*. 3ª ed. Curitiba: Juruá, 2008.

GARCIA, Edmundo; *et al.* *Água: esperança e futuro*. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

GOMES, Jesus de Lisboa; BARBIERI, José Carlos, *Gerenciamento de recursos hídricos no Brasil e no Estado de São Paulo: um novo modelo de política pública*. Cadernos EBAPE.BR disponível em [http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1679-39512004000300002&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1679-39512004000300002&script=sci_arttext) acesso em 20/7/2013.

JUDT, Tony. *O mal ronda a terra*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2011.

KETTELHUT, J. T. Silva. *Recursos Hídricos: um mundo em conflito*. São Paulo: CODEVASF, 1991.

LUZ, Luiz Augusto Rodrigues da. *A Reutilização da Água: mais uma chance para nós*. Rio de Janeiro, 2005.

MASCARENHAS, Luciane Martins de Araújo, *Código Florestal e a proteção das florestas*. In FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin *et al* (org) *Código Florestal: 45 anos: Estudos e Reflexões*. Curitiba: Letra da Lei, 2010, p.83.

MILARÈ, Édis. *Direito do Ambiente: doutrina, jurisprudência*. 5ª ed. Atual. e Ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

NALINI, José Renato. *Ética Ambiental*. 3.ed. Campinas, Millennium, 2010.

PIOVESAN, Flavia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 5ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.

REBOUÇAS, Aldo da C.; BRAGA, Benedito; TUNDISI, José Galizia. *Águas Doces no Brasil: capital ecológico, uso e conservação*. 3ª ed. São Paulo: Escrituras, 2006.

ROCHA, Aristides Almeida. *Do Lendário Anhembi ao Poluído Tiete*. São Paulo: Edusp, 1991.

SISTEMA INTEGRADO DE GERENCIAMENTO DE RECURSOS HÍDRICOS, Cobrança pelo uso da água. Disponível em <http://www.sigrh.sp.gov.br/sigrh/cobranca/index.html>, acesso em 16/07/2013.

SOUZA, Luciana Cordeiro de. *Águas e sua proteção*. Curitiba, Juruá, 2009.

\_\_\_\_\_. *Águas subterrâneas e a legislação Brasileira*. Curitiba, Juruá, 2009.

\_\_\_\_\_. *Breves apontamentos sobre o artigo 225 da Constituição Federal de 1988 e o bem ambiental água: 20 anos após sua promulgação*. In: Maria Collares Felipe da

## O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE: INSTRUMENTO DE INTERPRETAÇÃO PARA APLICAÇÃO DA LEI PENAL

*Alice Moretti Vieira*<sup>1</sup>

*Juliana Caramigo Gennarini*<sup>2</sup>

### RESUMO

O Estado brasileiro, desde a Constituição de 1988 busca elevar a observância aos direitos fundamentais, tendo por objetivo imediato limitar o poder Estatal, restringindo seus atos em face do indivíduo, despertando, assim, o interesse da comunidade jurídica por expansiva potencialidade em pautas jurisprudenciais, assim sendo, o Princípio da Proporcionalidade passa a ser instrumento de inquirição do legislador penal. Também chamado de Princípio da Proibição de Excessos, determina a responsabilidade pela prática e a medida da pena conforme a culpabilidade do autor do delito, tornando-se importante ferramenta que auxilia o legislador e o julgador no melhor direcionamento da aplicação da lei penal.

**Palavras chave:** Princípio. Proporcionalidade. Interpretação. Pena.

### INTRODUÇÃO

O Direito Penal Brasileiro vem sofrendo diversas alterações em sua estrutura, em especial, no que diz respeito aos critérios utilizados para aplicação das penas pelos crimes cometidos. Sendo assim, para o equilíbrio entre a materialização do direito e a segurança, a dignidade da pessoa humana deve ser observada através de análises minuciosas, passando pela individualização da pena, utilizando a proporcionalidade dentre outras formas de interpretação da Lei Penal, para que não ocorram excessos preservando os direitos fundamentais da pessoa humana.

---

<sup>1</sup> Alice Moretti Vieira, bacharel em Direito. Monografia aprovada, 2013, UNIANCHIETA, Jundiaí. S.P.

<sup>2</sup> Juliana Caramigo Gennarini – Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie; Especialista em Direito e Processo Penal pela Universidade Presbiteriana Mackenzie; Advogada; Professora de Direito e Processo Penal na Unianchieta; Professora orientadora do trabalho de conclusão de curso.

Atualmente o que se vê diariamente são leis publicadas atendendo aos clamores da sociedade, pois a grande dificuldade é justamente buscar entendimento sobre a eficácia do Princípio da Proporcionalidade, que vislumbra critérios de previsão e aplicação da pena pelos legisladores e juízes; também o olhar atento à confusão entre princípios e regras, em que o *conceito de princípios* tem importante influência para esta distinção.

O *Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal* atuará como modalidade indicadora de que a severidade da sanção deve corresponder a maior ou menor gravidade da infração penal, coibindo os excessos injustos e a discricionariedade do julgador; a *interpretação da lei* em que os processos interpretativos devem alcançar com clareza e objetividade o sentido mais preciso da norma, examinando atentamente todas as relações e conexões dentro de um contexto jurídico; os *principais elementos* do Princípio da Proporcionalidade para análise de sua aplicabilidade.

## 1 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Desde os primórdios, considerando que seja natural do ser humano o sentido de justiça, quando um bem jurídico era afetado por terceiros, a vítima ou seu parente retribuía o dano de qualquer forma e a qualquer integrante da tribo. Devido ao medo contínuo de uma sociedade desprovida de direitos, surgiu a lei de talião por volta do ano de 1.780 a.c., ano em que foram encontrados os primeiros resquícios do código de Hamurabi, em que prevalecia a vontade do mais forte.<sup>3</sup>

Com fundamentos no princípio da igualdade a Lei de Talião, que tem na expressão “olho por olho, dente por dente”, promovia a igualdade entre crime e punição, ou seja, se alguém lhe cortava uma mão, a vítima obtinha o direito de cortar a mão do agressor. Esta sanção é utilizada até hoje nos códigos, não como espécie de vingança, mas como forma de fomentar o equilíbrio entre o que foi cometido e a pena aplicada.<sup>4</sup>

A maioria dos escritores penalistas atribui a origem do Princípio da Proporcionalidade ao Devido Processo Legal e inicialmente no âmbito do Direito Administrativo que a

---

<sup>3</sup>BARREIRO, Bruna T. *Da lei de talião a responsabilidade civil objetiva*. Disponível em: <[http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=4949](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4949)>. Acesso em: 28 jan. 2013. 21:50.

<sup>4</sup>Idem.

proporcionalidade foi utilizada, como meio para atingir o justo equilíbrio de interesses em conflitos, limitando assim o poder de polícia do Estado, e posteriormente qualificou-se como princípio primordial do Direito Público.

Desde a antiguidade clássica da filosofia, Aristóteles já mencionava a proporcionalidade como elemento a ser observado dentro da definição de “Justiça”. Em um primeiro momento, a proporcionalidade foi prevista na Magna Carta de 1215, em seu artigo 25:

Um possuidor de bens livres não poderá ser condenado a penas pecuniárias por faltas leves, mas pelas graves e, não obstante isso, a multa guardará proporção com o delito, sem que, em nenhum caso, os prive dos meios de subsistência.<sup>5</sup>

As teorias jusnaturalistas na Inglaterra nos séculos XVII e XVIII vêm em defesa dos direitos imanes do homem tornando soberano o de ver respeitá-los limitando assim o poder de atuação do monarca face aos súditos.

Ademais, Cezar R. Bitencourt sustenta que desde o *Iluminismo* procurou-se eliminar quaisquer intervenções desnecessárias vindas do Estado contra os cidadãos, diminuindo o autoritarismo deste, assegurando ao indivíduo o espaço para exercer seus direitos sem sofrer punições desnecessárias ou exageradas.<sup>6</sup>

Fazendo comparações entre os crimes e suas respectivas sanções, Montesquieu aplicou a proporcionalidade dentro do Direito Penal, o que ganhou força com a obra “*Dos Delitos e das Penas*” de Cesare Beccaria, na qual, estabelece o equilíbrio entre um delito e a pena que a este fosse prevista, assim como, a sua aplicação razoável e adequada de acordo com a gravidade do injusto.

Atualmente desperta interesse na comunidade jurídica por expansiva potencialidade em pautas jurisprudenciais, o Princípio da Proporcionalidade é instrumento de inquirição do legislador penal que não se apresenta, unicamente, como ponto de equilíbrio entre direitos fundamentais, constitucionalmente garantidos, como também, em sentido amplo, que não se confunde com o da proporcionalidade em sentido estrito, determina princípio em certas situações conflitantes, como solução de caráter emergencial para as legislações desatualizadas

---

<sup>5</sup>FELÍCIO, Guilherme L.; GOMES, Luiz R. *Princípio da proporcionalidade*. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/1713/1632%3E/>>. Acesso em: 13 jan. 2013. 17:34.

<sup>6</sup>BITENCOURT, Cezar R. *Tradado de Direito Penal*. 10. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2006.

e incompatíveis com os avanços sociais, tecnológicos e constitucionais, enquanto que o Princípio da Proporcionalidade em sentido estrito, como subprincípio daquele, tem principal importância na aplicação das sanções, por ser regra pela qual se guiam todas as demais. Assim, a gravidade da sanção deve ser equivalente à gravidade da infração praticada.

Na concepção de Robert Alexy o princípio jurídico é uma espécie de norma jurídica que estabelece deveres de otimização aplicáveis em vários graus, segundo as possibilidades normativas e fáticas.

Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.<sup>7</sup>

A natureza normativa do Princípio da Proporcionalidade decorre da necessidade de se ter um princípio regulador dos conflitos na aplicação dos demais, sendo assim, devido à proporcionalidade no ordenamento jurídico brasileiro possuir caráter normativo é que surgem discussões sobre a distinção entre regras e princípios como citadas acima.

Tal distinção faz-se imprescindível e se constitui na base para a fundamentação jurídica da norma. Tanto as regras como os princípios são espécies de normas que possuem conteúdos que indicam os juízos do dever, porém causam confusões entre as doutrinas devido aos numerosos critérios de distinção propostos.<sup>8</sup>

Alexy por sua vez, nos alerta sobre a distinção entre regras e princípios na análise da estrutura das normas de direitos fundamentais. Segundo ele, essa distinção, além de ser base da teoria da fundamentação no âmbito desses direitos, também é a chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. Sem ela não pode haver nenhuma teoria adequada sobre as restrições e as colisões entre esses direitos e nenhuma teoria suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico.<sup>9</sup>

---

<sup>7</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores. 2008. p.90.

<sup>8</sup> RABELO, Nayara v. *O princípio constitucional da proporcionalidade como sustentáculo da prisão provisória*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20216/o-principio-constitucional-da-proporcionalidade-como-sustentaculo-da-prisao-provisoria>>. Acesso em: 15 jan. 2013. 21:01.

<sup>9</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores. 2008.

Por outro lado, regras são mandamentos definitivos, ou seja, normas que podem ser cumpridas ou não, sendo realizadas por meio da lógica do "tudo ou nada". Isso implica formas diversas de solucionar conflitos entre regras e colisões entre princípios: por garantir deveres definitivos, o primeiro deve ser solucionado por meio de subsunção, a colisão deve ser resolvida por meio do sopesamento. Inobstante isso, a colisão de princípios é solucionada de forma distinta. Quando ocorre esta colisão, um deles tem que ceder perante o outro. Entretanto, isso não significa que exista a declaração de invalidade de um princípio. Assim sendo, face a circunstâncias do caso concreto, um princípio precede o outro. A dimensão a ser avaliada não é de validade, mas sim de peso de cada princípio.<sup>10</sup>

A partir dessa distinção tem-se clara a ideia de que: os direitos fundamentais têm natureza de princípios e estes são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Uma das teses centrais da Teoria dos Direitos Fundamentais é a de que essa definição implica a máxima da proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.<sup>11</sup>

Em análise, a natureza jurídica dos princípios tem destacado como momentos históricos a fase jusnaturalista, juspositivista e pós-positivista e sua importância nos ordenamentos jurídicos, nos Estados Democráticos de Direito, visam buscar a elevação dos direitos fundamentais da pessoa humana em atos de aplicação e hermenêutica do Direito.

Outra distinção diz respeito ao mecanismo de aplicação, no conflito entre princípios a solução é absolutamente distinta, leva-se em consideração a dimensão de peso, ponderando a cada situação fática. Enquanto que, entre regras se analisa a validade onde a questão de precedência poderá ser solucionada de maneira inversa. Sendo assim, entendemos que os princípios podem ser obedecidos em diferentes graus, e, as regras serão cumpridas ou não.

No Brasil, por volta de 1912, o decreto legislativo nº 2681 regulava a responsabilidade civil subjetiva nas estradas de ferro, sendo uma das primeiras indicações, e em apenas alguns casos regulava a responsabilidade civil objetiva. Posteriormente surgiu o código civil de 1916, baseado nas ideias do Código de Napoleão (primeiro a promover influências nos ordenamentos jurídicos dos outros países). A responsabilidade civil que juridicamente

---

<sup>10</sup>Ibidem. p.93.

<sup>11</sup>ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores. 2008. p.588.

conhecemos é aquela fundada na culpa, ou seja, para alguém ser responsabilizado por um crime precisaria ter agido com negligência, imprudência ou imperícia. A responsabilidade civil objetiva, aplicada apenas em casos previstos, necessita para sua configuração três requisitos básicos como: a conduta, o nexo causal e o dano.<sup>12</sup>

A Máxima da Proporcionalidade possui natureza de princípio, pelo menos quando incidente sobre normas fundamentais, divide-se em três subprincípios, quais sejam: a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Assim, considerando o exposto e a função da proporcionalidade no controle as normas restritivas de direitos fundamentais, realiza-se a ponderação dos direitos envolvidos.

## **2 A PROPORCIONALIDADE NO DIREITO PENAL**

O Direito Penal é o conjunto de normas jurídicas que regulam o poder de punir do Estado, tendo como principal referência o Princípio da Proporcionalidade que, diante de uma Constituição essencialmente ética, dá enfoque moral sobre suas normas.

O Princípio da Proporcionalidade, também chamado de Princípio da Proibição de Excessos, determina a responsabilidade pela prática e a medida da pena conforme a culpabilidade do autor do delito. Tem tamanha importância que não é relevante apenas para o Direito Penal, mas também para os demais ramos do Direito.

Os fatos que contrariam tais normas jurídicas são denominados ilícitos jurídicos, e a forma mais séria, que atenta contra bens mais importantes da vida social, é considerado ilícito penal que por sua gravidade aplicam-se sanções severas por meio do Direito Penal.

O Princípio da Proporcionalidade é regra e, a partir deste, difunde-se valores que irão orientar o ordenamento jurídico e limitar a interpretação das normas penais, daí a importância da Interpretação da Lei Penal por seus motivos, forma e espécie, tornar-se necessária. Também, é uma das ferramentas que a jurisprudência utiliza para construir a base teórica na tentativa de dirimir as questões mais complexas do direito, protegendo os cidadãos do poder arbitrário e dando limites a atuação do Estado.

---

<sup>12</sup>BARREIRO, Bruna T. *Da lei de talião a responsabilidade civil objetiva*. Disponível em: <[http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=4949](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4949)>. Acesso em: 28 jan. 2013. 21:50.

Para se ter a proporcionalidade de uma norma penal, é necessário observar o bem jurídico que se deseja tutelar e a partir de então, verificar se ela está efetivamente protegendo-o, extrair o significado e a extensão da norma por meio de sua interpretação, transformando o intérprete em mediador entre o texto da lei e a realidade, somado a aplicação dos princípios, só então a norma alcançará efetivamente sua finalidade.

O Princípio ou Teoria da Proporcionalidade deve estar sempre relacionado à harmonia existente entre os princípios constitucionais, normas e a aplicabilidade destas, em benefício dos direitos fundamentais da pessoa, será modalidade indicadora de que a severidade da sanção deve corresponder a maior ou menor gravidade da infração penal. Quanto mais grave o ilícito, mais severa deve ser a pena. Essa ideia foi defendida por Beccaria e é aceita pelos seguidores das teorias relativas quanto aos fins e fundamentos da pena.<sup>13</sup>

Beccaria inspirava-se com as ideias defendidas por Montesquieu, Rousseau, Voltaire e Lock, e, por sua vez, estimulava os *práticos* do Direito a reclamarem dos legisladores reformas urgentes com ênfase e voltada ao grande público, construindo assim um sistema criminal que substituiu o desumano, impreciso, confuso e abusivo, como era o anterior. Além disso, buscava a prevenção do delito para não ocorrer o castigo, defendia a proporcionalidade da pena e sua humanização.

O Princípio da Proporcionalidade tem o objetivo de coibir excessos injustos, por meio da aferição da compatibilidade entre os meios e os fins da conduta, para evitar restrições desnecessárias ou abusivas. Por força deste princípio, não são lícitas as medidas restritivas além daquilo que for estritamente necessário para a realização da finalidade almejada. Visa-se, com isso, a adequação entre os meios e os fins, vedando-se a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público ou privado.<sup>14</sup>

Referente à proibição do excesso no âmbito do Direito Penal, procuramos entendimento, em partes, da construção teórica de regras a serem seguidas quando ocorre o desequilíbrio entre a gravidade da infração e a gravidade da sanção a ser aplicada, momento

---

<sup>13</sup>Definições para princípio da proporcionalidade. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/topicos/292978/principio-da-proporcionalidade>>. Acesso em: 17 jul. 2012. 09:57.

<sup>14</sup>Definições para princípio da proporcionalidade. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/topicos/292978/principio-da-proporcionalidade>>. Acesso em: 17 jul. 2012. 09:57.

em que o princípio da insignificância também é ferramenta importante de interpretação do tipo penal, e evidentemente, forma de aplicação da proporcionalidade no âmbito do Direito Penal. Porém, existem condutas merecedoras de sanção (não insignificantes), em que ocorrem os excessos diante dos parâmetros de pena fixados pela norma penal, onde não é o caso de aplicação do princípio da insignificância, hipótese em que houve violação *relativa* da lei a ponto de não invalidar o tipo penal.

Para estas condutas existe o juízo de readequação típica da conduta, ou seja, o reenquadramento do fato a um tipo proporcional à gravidade do fato praticado, consistindo em deslocar o fato a uma espécie normativa menos rigorosa. Tais decisões devem ser adequadamente fundamentadas, diante da comprovação dos excessos e em casos excepcionais.<sup>15</sup>

Quando o Poder Judiciário se utiliza de um meio não adequado para atingir o fim desejado, acaba por violar um direito de proteção, ou seja, proibição de proteção deficiente também conhecida como proibição por defeito. Portanto, quando o meio não é adequado, também não é proporcional, nem tão pouco razoável, significa que o Princípio da Proporcionalidade, nestes casos, não atua como deveria.

O Princípio da proibição de proteção insuficiente, também identificado como garantismo penal, visa proibir a incidência de forma arbitrária do Direito Penal e Processual Penal, todavia não neutraliza a força dos mesmos, evitando assim a exclusão total das normas criminais.

Na busca de frear a arbitrariedade estatal, muitas ideias foram forjadas no âmbito do garantismo negativo, na tentativa de se conseguir um direito penal mais humano e conciliador, todavia na realidade atual, com as atuações de organizações criminosas poderosíssimas, ou mesmo ações criminosas individuais executadas com violência, podendo resultar na desproteção de bens jurídicos e até mesmo a impunidade. Por isso, surge naturalmente a preocupação com a vítima e com a avaliação que a sociedade faz ao sistema público de justiça em face do garantismo positivo, que dará origem a melhor proteção dos bens jurídicos, sem se descuidar dos princípios humanitários da execução penal, ou seja, pôr

---

<sup>15</sup>Idem.

em prática o Princípio da Proporcionalidade que veda o excesso punitivo, condenando e evitando a proteção deficiente dos bens jurídicos.<sup>16</sup>

### 3 INTERPRETAÇÃO DA LEI

Interpretar é tomar algo em determinado sentido, consultar o espírito da lei. É um processo lógico, no intuito de estabelecer a vontade contida na lei, mas seguindo o ditado “cada cabeça uma sentença”, observam-se que os pensamentos que constroem e impulsionam as pessoas podem ter valores diferentes, cada qual com seu modo diverso de olhar e analisar o caso concreto, o que torna perigoso face às leis ficarem à mercê da vontade das opiniões, mas ao mesmo tempo a aplicação exata da lei fará justiça diante das diversas circunstâncias judiciais? Como exemplo, está previsto no artigo 59 do Código Penal: culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do condenado, motivos, circunstâncias e consequências do crime e o comportamento da vítima.

A quantidade de leis contraditórias acaba provocando algum arbítrio judicial, de modo que os julgadores decidem se utilizar dos critérios concernentes aos comportamentos regulados pelo direito natural, e os regulados pelo direito positivo, para exercerem o poder de punir. Por outro lado, existe a afirmação de que a lei não deve ser interpretada por incorrer no risco do sentido ser diverso ao que foi dado pelo legislador.

Na segunda metade do século XVIII a ideia de codificação surgiu com o pensamento iluminista, porém, é certo que, com o surgimento do positivismo jurídico, a escola histórica passa a elaborar projetos de leis e assim segue até o momento da aprovação do projeto definitivo. Na França, em 1800, o Código de Napoleão entra em vigor, com ampla repercussão, influenciando o desenvolvimento de pensamentos jurídico contemporâneo e moderno.<sup>17</sup>

Consequentemente, com a vida social em contínuo desenvolvimento e as leis que não mudavam as posições diversas de redatores e intérpretes do Código de Napoleão, terminaram por inferir do significado diverso atribuído ao art 4º do Código de Napoleão (único artigo

---

<sup>16</sup>PORTO, Pedro Rui da F. *A nova redação do art. 2º da Lei nº 8.072/90 e o sofisma da "novatio legis in pejus"* Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/9914/a-nova-redacao-do-art-2o-da-lei-no-8-072-90-e-o-sofisma-da-novatio-legis-in-pejus#ixzz2LqIQnlwz>>. Acesso em: 24 fev. 2013. 16:56.

<sup>17</sup>BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: Lições de filosofia do direito*. São Paulo: Icone Editora, 2006.

contido no projeto que fora mantido no texto legislativo). Nessa esteira, o professor Bobbio ressalta a relação do juiz e a lei segundo o artigo 4º que dispõe:

O juiz que se recusar a julgar sob o pretexto do silêncio, da obscuridade ou da insuficiência da lei, poderá ser processado como culpável de justiça denegada.

Este artigo estabelece portanto que o juiz deve em cada caso resolver a controvérsia que lhe é submetida, estando excluída a possibilidade de abster-se de decidir (o assim chamado juízo de *non*

*liquet*), argumentando com o fato de que a lei não oferece nenhuma

*regula decidendi*. Em particular, tal artigo explica com três conceitos os casos que poderiam colocar o juiz em dificuldade:

- a) *obscuridade* da lei: neste caso o juiz deve tornar clara, através da interpretação, a disposição legislativa que parece obscura;
- b) *insuficiência* da lei, no momento em que esta não resolve completamente um caso, descuidando a consideração de qualquer elemento: em tal caso o juiz deve completar o disposto legislativo (*integração* da lei);
- c) *silêncio* da lei, quando esta se cala sobre uma determinada questão (é o caso típico das “lacunas”, as quais, por outro lado, se verificam também no caso de insuficiência da lei); neste caso o juiz deve suprir a lei, deduzindo de qualquer modo a regra para resolver a controvérsia do exame.<sup>18</sup>

Na realidade, a intenção dos redatores seria de garantir o poder de criação do direito por parte do juiz diante das lacunas existentes, todavia com as interpretações atribuídas ao Código que passou a vigorar na Alemanha, ocorreu a interrupção do desenvolvimento da tradição jurídica e da ciência jurídica, que perde sua capacidade criativa para dar lugar à escola dos interpretes do Código Civil, a escola da exegese.<sup>19</sup>

Assim, a filosofia positivista exerceu importante influência na formação de uma teoria interpretativa ganhando numerosos adeptos, e, conserva ainda hoje ao lado da doutrina sociológica a mais ativa vitalidade.

É certo que, diante das frequentes imperfeições, obscuridades dos textos legais ou situações, que obviamente surgem, sem que haja previsão legal específica, o aplicador do direito, para encontrar o melhor significado ou a melhor adequação, interpretará a norma. Daí porque os textos legais por abrangerem todas as hipóteses que o cotidiano social nos oferece, devem, em sentido amplo, conter redação genérica para serem interpretadas em sentido estrito.<sup>20</sup>

Contudo, para Bitencourt, a interpretação não pode desvincular-se do ordenamento jurídico e do contexto histórico-cultural, tampouco separar-se da concepção de Estado, que no

<sup>18</sup>Ibidem. p.74

<sup>19</sup>Idem.

<sup>20</sup>BITENCOURT, Cezar R. *Tratado de Direito Penal*. 10. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2006

caso brasileiro, será o limite territorial do intérprete. Além disso, comenta que a interpretação vale-se de métodos ou processos interpretativos que podem ser complementares, e, para o Direito Penal que não exige métodos particulares de interpretação, qualquer processo idôneo de hermenêutica pode ser aplicado no âmbito do direito criminal.<sup>21</sup>

Para o Direito Penal no Brasil, a Constituição Federal de 1988, denominada Constituição cidadã traz em seu texto a maior fonte de todos os direitos: a liberdade, a igualdade e a dignidade do homem. Assim, só poderia haver direito penal que se limitasse, subsidiariamente à proteção exclusiva de bens jurídicos; à efetiva lesão ou perigo concreto de lesão; a uma tipicidade ao mesmo tempo formal (na lei) e material. Atualmente as decisões *contra legem* só são permitidas em hipóteses excepcionais: somente quando sua aplicação, no caso concreto, não atender aos fins sociais a que se destina tornando-se, portanto injusta. O juiz não poderá considerar uma lei injusta, em face do bem comum, da maneira que entende e negar-lhe sempre a aplicação.<sup>22</sup>

Recentemente, fica mais fácil conciliar injustiça com inconstitucionalidade, tornando mais fácil a aproximação do direito penal às teses do direito justo. Ademais, a interpretação evolutivo-sociológica como ciência das causas finais, se preocupa com a finalidade da lei, que é promover o bem comum e/ou individual, e dá a possibilidade ao juiz de ponderar quanto ao exame e aplicação das normas relativas ao direito.<sup>23</sup>

É de se verificar que a interpretação da lei faz-se necessária nos casos de obscuridade, insuficiência e silêncio da lei, mas convém notar que no Direito penal, também existem os exageros e problemas teóricos das normas, e, para isso a jurisprudência tem como ferramenta os princípios limitativos do poder de punir, respeitando como fundamentos a liberdade e a dignidade humana, todavia costuma-se dizer que os princípios não são regras de interpretação, mas sim, um critério de valoração da prova, que indicará a atitude que necessariamente deverá ser escolhida para entender uma expressão legal que tem sentido dúbio ou múltiplo, todavia pode ser descartado ante a incoerência da lei com o resto do sistema.

---

<sup>21</sup>Idem.

<sup>22</sup>BASTOS, João José C. *Interpretação e analogia em face da lei penal brasileira: visão teórico-dogmática e crítico-metodológica*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10130/interpretacao-e-analogia-em-face-da-lei-penal-brasileira#ixzz2NABMPdO5>>. Acesso em: 10 mar. 2013. 15:34.

<sup>23</sup>Idem.

Desde o séc. XIX observa-se algumas características sobre a interpretação da lei tais como: gramatical, lógico, histórico e sistemático. Posteriormente, a jurisprudência de interesses ganha espaços com novos aspectos como o da finalidade da lei e o teleológico. Atualmente, existem vários modos de interpretação: quanto a fontes; quanto os meios e quanto aos resultados.

A interpretação quanto às fontes, podem ser autênticas, jurisprudenciais e doutrinárias. Autêntica ou legislativa porque é fornecida pelo Poder Legislativo, que edita nova lei para esclarecer o significado do conteúdo de outra existente, quando necessário. Porém, essa espécie de interpretação tem sido vista com reservas, devido às consequências que podem produzir, uma vez que é instrumento para auxiliar na interpretação do real sentido da lei elaborada, e, seu aspecto temporal também oferece dificuldades hermenêuticas.

Sobre a interpretação jurisprudencial, que são produzidas por intermédio das reiterações das decisões proferidas pelos tribunais, Bitencourt nos esclarece que tal orientação formada pelos tribunais relativa à determinada norma, contem força vinculante e é por meio dela que a lei vai de encontro ao caso concreto, impondo o direito e regulando o equilíbrio das relações humanas, como segue:

A interpretação jurisprudencial ou judicial vincula o caso concreto que foi objeto da decisão, pela força da coisa julgada. A interpretação dos tribunais orienta o procedimento dos juízes na melhor aplicação da lei, pois conta com a grande carga de experiência jurídica vivenciada por aqueles órgãos judicantes.<sup>24</sup>

Para o autor a interpretação doutrinária que é produzida por meio dos conhecimentos técnicos dos doutrinadores, serve para fundamentar as decisões jurisprudenciais e não tem força vinculante. A interpretação quanto ao meio *gramatical*, em sua concepção, procura o sentido da lei no significado das palavras contidas no texto legal. Por sua vez, através do meio *histórico* de interpretação, podemos compreender as razões e os fundamentos de determinado instituto da norma jurídica, e, diante do meio *lógico sistemático* o intérprete envolve-se com a lógica e procura descobrir os fundamentos político jurídico da norma em exame. Esses são, sem dúvida, os critérios clássicos de interpretação da lei penal.<sup>25</sup>

---

<sup>24</sup>BITENCOURT, Cezar R. *Tratado de Direito Penal*. 10. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2006. p. 188.

<sup>25</sup>Idem.

A interpretação quanto aos resultados podem ser *declarativa, extensiva e restritiva*. *Declarativa* quando tem por finalidade declarar o direito, neste caso, o intérprete limita-se a declarar a vontade da lei ou simplesmente declara o direito sem maiores investigações. *Extensiva*, quando o alcance da interpretação vai além do que o texto legal quer dizer, o intérprete amplia seu sentido. Finalmente na *restritiva*, para se encontrar o verdadeiro sentido da lei, procura-se reduzir ou limitar o alcance do texto.<sup>26</sup>

#### 4 CONTEÚDO ANALÍTICO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Como já afirmado anteriormente o Princípio da Proporcionalidade se identifica com o Princípio da Razoabilidade e tem como principais elementos: *a adequação*, meio pelo qual os atos administrativos devem ser efetivamente capazes de atingir os objetivos pretendidos; *a necessidade*, os atos utilizados devem ser menos restritivos aos direitos individuais; *proporcionalidade em sentido estrito* deve haver proporção adequada entre os meios utilizados e os fins desejados. Proíbe não só o excesso como também a insuficiência de proteção.<sup>27</sup>

No *exame de adequação*, levaremos o raciocínio ao plano de controle de normas penais, identificando em primeira análise, o bem jurídico a ser protegido pela norma questionada, e, a partir de então, verificar se o legislador incorreu em um excesso no rigor das penas.

Em um primeiro momento será necessário certificar-se de que a tutela jurídico-penal não é inconstitucional, o que exige investigação de que os bens ou interesses a serem preservados não devem estar constitucionalmente proscritos ou serem socialmente irrelevantes. Constatada a ilegitimidade da tutela penal, será considerada norma incriminadora inadequada e, portanto, ofensiva ao Princípio da Proporcionalidade.<sup>28</sup>

Por outro lado, não há que se falar em adequação quando a tutela penal é constitucionalmente requerida, previamente afirmada pela Constituição, não sendo possível o intérprete questionar sua legitimidade.

---

<sup>26</sup>BITENCOURT, Cezar R. *Tratado de Direito Penal*. 10. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2006.

<sup>27</sup>MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. *Princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade*.

Disponível em: <<http://fg.jusbrasil.com.br/noticias/2532448/principio-da-proporcionalidade-ou-da-razoabilidade>>. Acesso em: 17 jul. 2012, 10:02.

<sup>28</sup>FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal: A dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

Também verificamos que para um exame de adequação será necessário uma análise em três dimensões: a primeira dimensão poderá exigir a adoção de uma medida *abstrata* ou *concreta*, quando para esta, o fim for possivelmente realizado, e para aquela, quando o fim for efetivamente realizado com sua adoção; na segunda dimensão, a medida adotada poderá ser *generalizada*, que será adequada quando promover o fim na maioria dos casos e *individualizada* quando todos os casos individuais demonstrarem a realização do fim; na terceira e última dimensão, a medida poderá ser adequada no momento em que foi adotada (*antecedência*), se o julgador projetou e avaliou bem a promoção do fim desejado, e, no momento posterior (*posteridade*) poderá exigir a adoção de uma medida que seja adequada no momento em que vai ser julgada, se no momento posterior a avaliação do administrador revelou-se equivocada, ela deverá ser anulada.<sup>29</sup>

Também conhecido como o princípio da intervenção mínima, *o exame da necessidade*, tem a função de verificar se a utilização da norma penal é necessária para alcançar seu almejado fim impondo ao legislador intervir apenas quando imprescindível.

No entendimento de Ávila, para o exame da necessidade deve verificar-se a existência de outros meios, que sejam alternativos ao escolhido, pelo Poder Legislativo que possam promover igualmente o fim, sem maiores restrições aos direitos fundamentais afetados. Nesse sentido, declara a necessidade de duas etapas de investigação:

Em primeiro lugar, *o exame da igualdade de adequação dos meios*, para verificar se os meios alternativos promovem igualmente o fim; em segundo lugar, *o exame do meio menos restritivo*, para examinar se os meios alternativos restringem em menor medida os direitos fundamentais colateralmente afetados. O exame da igualdade de adequação dos meios envolve a comparação entre os efeitos da utilização dos meios alternativos e os efeitos do uso do meio adotado pelo Poder Legislativo ou pelo Poder Executivo. A dificuldade desse exame reside no fato de que os meios promovem os fins em vários aspectos (qualitativo, quantitativo, probabilístico). Um meio não é de todos os pontos de vista, igual a outro. Em alguma medida, e sob algum ponto de vista, os meios diferem entre si na promoção do fim. Uns promovem o fim mais rapidamente, outros mais vagarosamente; uns com menos dispêndios, outros com mais gastos; uns são mais certos, outros mais incertos; uns são mais simples, outros mais complexos; uns são mais fáceis, outros mais difíceis, e, assim, sucessivamente. Além disso, a distinção entre os meios será em alguns casos evidente; em outros, obscura. Por último, mas não por fim: alguns meios promovem mais o fim em exame, e também os outros com ele relacionados, enquanto outros meios promoverão em menor intensidade o fim em exame, mas com mais

---

<sup>29</sup>AVILA, Humberto. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/6941801/Teoria-Dos-Principios-Da-Definicao-A-Applicacao-Dos-Principios-Juridicos-Humberto-Avila>>. Acesso em: 17 jul. 2012. 10:13.

intensidade outros cuja promoção também é determinada pelo ordenamento jurídico.<sup>30</sup>

Diante disso, surge questão a respeito de que os meios devem ser comparados em *todos ou em apenas alguns os aspectos*. Ávila diz que a resposta para essa questão deve ser buscada em especial, no princípio da separação dos Poderes, pois se fosse permitido ao Poder Judiciário anular a escolha do meio porque ele, não promove o fim da mesma forma que outros, a rigor, nenhum meio resistiria ao controle de necessidade, pois é possível imaginar outro meio que promova melhor o fim, do que aquele inicialmente adotado. Nesse sentido, deve-se respeitar a escolha da autoridade competente, afastando-se o meio menos adequado que outro.<sup>31</sup>

Também conhecido como o princípio da justa medida, o *exame da proporcionalidade* em sentido estrito exige a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais.

Para Ávila, trata-se, de um exame complexo, pois o julgamento daquilo que será considerado como vantagem e daquilo que será contado como desvantagem dependerá de uma avaliação fortemente subjetiva. O autor comenta que, normalmente um meio é adotado para atingir uma finalidade pública, relacionada ao interesse coletivo (proteção do meio ambiente, proteção dos consumidores), e sua adoção causa, como efeito colateral, restrição a direitos fundamentais do cidadão.<sup>32</sup>

A terceira máxima da proporcionalidade em sentido estrito, para Alexy, expressa o que significa a otimização em relação aos princípios colidentes, o que nada mais é que o sopesamento:

A lei do sopesamento mostra que ele pode ser dividido em três passos. No primeiro é avaliado o grau de não-satisfação ou afetação de um dos princípios. Depois, em segundo passo, avalia-se a importância da satisfação do princípio colidente. Por fim, em um terceiro passo, deve ser avaliado se a importância da satisfação do princípio colidente justifica a afetação ou a não-satisfação do outro princípio.<sup>33</sup>

---

<sup>30</sup>Idem.

<sup>31</sup> AVILA, Humberto. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/6941801/Teoria-Dos-Principios-Da-Definicao-A-Applicacao-Dos-Principios-Juridicos-Humberto-Avila>>. Acesso em: 17 jul. 2012. 10:13.

<sup>32</sup>Idem.

<sup>33</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores. 2008. p.594.

## 5 ANÁLISE DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO DIREITO PENAL

O homem, como forma de viabilizar o convívio social, precisa julgar seu semelhante, pois o sentimento de justiça é peculiar a cada ser humano, diversificado pelos valores individuais, nível cultural e da época vivida.

Na análise da aplicação da lei penal, a ideia de proporção, que é inerente ao ser humano, está ligada à noção de justiça, que juridicamente significa *dar a cada um o que lhe pertence*. Assim, um dos maiores problemas do direito penal é justamente encontrar qual a pena proporcional a cada tipo de delito previsto expressamente em lei que se ajuste às demais normas do próprio ordenamento.<sup>34</sup>

O principal desafio é saber se o Princípio da Proporcionalidade tem aplicação no processo de determinação da pena aplicável em três fases distintas: da individualização legal, realizada pelo legislador nas penas cominadas em abstrato; da individualização judicial, realizada pelo juiz da sentença na aplicação das penas em concreto e da individualização penitenciária, realizada pelo juiz da execução.<sup>35</sup>

Ao criar um novo fato típico para cominar pena, o legislador deve ter em mente que este artigo deverá manter sua eficácia no futuro. Além disso, o Princípio da Proporcionalidade é levado em consideração pelo legislador, abstratamente, nas cominações de pena sobre violações a direitos fundamentais; sanção esta, proporcional à dimensão do dano causado. De qualquer forma, a Constituição Federal de 1988 determina quais os bens jurídicos tutelados penalmente pelo Estado, bem como delimita o poder do Judiciário nas sanções penais, preservando os direitos fundamentais do indivíduo. Por sua vez, o legislador determina o limite da sanção penal a ser aplicada em face da violação causada.

Mesmo existindo a aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, existem várias situações absurdas. Como exemplo, temos a Lei Seca; que aplica-se a mesma pena de multa, suspensão da autorização de dirigir e incorre em infração gravíssima, tanto

---

<sup>34</sup>DOBRIANSKYJ, Virgínia de Oliveira. R. *O Princípio da Proporcionalidade como Critério de Aplicação da Pena*. Tese de Mestrado em Direito – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2009. Disponível em:

<<http://www.dominionpublico.gov.br/download/teste/arqs/cp099257.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2013.

23:58.

<sup>35</sup>Idem.

quem bebe muito como quem bebe pouco. Certamente, os infratores são levados à "vala comum", não havendo individualização da pena.<sup>36</sup>

Nesta fase, é verificado se o juiz utiliza o Princípio da Proporcionalidade como padrão para aplicação da pena. Ao magistrado cabe a utilização, no caso concreto, da proporcionalidade estabelecida em abstrato pelo legislador.<sup>37</sup>

Como já citado anteriormente, a individualização da pena permite a harmonização entre a aplicação da sanção e a gravidade do fato em julgamento.

A individualização penitenciária (ou de execução da pena), nada mais é do que a aplicação das medidas legais e administrativas, efetivadas pelas autoridades carcerárias, respeitando a integridade física e moral, tanto dos presos temporários quanto dos condenados.<sup>38</sup>

Em tese, o cumprimento da pena tem a finalidade prepará-lo para retornar à sociedade, após o cumprimento do prazo prisional.

A sociedade, atualmente, espera que o juiz aplique a pena de acordo com a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos, as circunstâncias do crime, bem como o comportamento da vítima, ajustando assim, o *quantum* da sanção e a sua modalidade, evitando a prática frequente da aplicação da pena mínima.

O método trifásico utilizado para se chegar à pena privativa de liberdade imposta ao acusado, adotada pelo legislador brasileiro, diz respeito ao *quantum* acima citado. Isso significa que o juiz deverá encontrar primeiro a pena base, analisar as circunstâncias do caso concreto, verificar a existência de agravantes e atenuantes, e, por último, as causas de diminuição e aumento, chegando-se à pena a ser aplicada.<sup>39</sup>

Fundada no Princípio da Culpabilidade, a estrutura do direito penal moderno, respeita a máxima de que não há pena se a conduta não é reprovável ao autor. Assim, a culpabilidade serve hoje, como limitação do poder de punir e não mais como fundamento de pena.

---

<sup>36</sup>Idem.

<sup>37</sup>Idem.

<sup>38</sup>DOBRIANSKYJ, Virgínia de Oliveira. R. *O Princípio da Proporcionalidade como Critério de Aplicação da Pena*. Tese de Mestrado em Direito – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp099257.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2013. 23:58.

<sup>39</sup>Idem.

O Julgador, no momento de aferir a culpabilidade do agente, deve cercar-se dos cuidados para não confundi-la com os preceitos de ordem moral, pois para aquela deve limitar-se ao fato e não ao íntimo do agente. Tais análises são realizadas com base no Princípio da Proporcionalidade, mas a análise das circunstâncias judiciais, que contém características pessoais do condenado, pode levá-lo a punição pelo que é, e não pelo que fez, sendo assim, o juiz deverá fazer ajustes de maneira proporcional aos fatos criminosos, evitando a avaliação subjetiva mesmo, para não incorrer pena de extrapolar a avaliação do fato ocorrido.<sup>40</sup>

Encontrada a pena base, o julgador poderá fazer análise de eventuais circunstâncias agravantes e atenuantes que incidirão sobre ela. Tais agravantes e atenuantes tem a legalidade prevista em lei, salvo as atenuantes inominadas previstas no art. 66 do Código Penal<sup>41</sup>. São genéricas, pois incidem sobre todos os fatos ilícitos previstos no ordenamento jurídico, taxativas por não comportarem interpretação extensiva e obrigatórias porque sempre atuarão, exceto quando constituírem ou qualificarem o crime.<sup>42</sup>

Por fim, caberá ao juiz a observação das causas de diminuição e aumento de pena, contidas na parte geral e na especial do Código Penal. As causas de aumento são circunstâncias legais específicas, as quantidades de sua aplicação são estabelecidas pelo legislador, na forma de cotas fixas ou variáveis. Por outro lado, as causas de diminuição da pena, são obrigatoriamente determinadas pelo juiz levando em conta quantidades pré-estabelecidas pelo legislador.<sup>43</sup>

## CONCLUSÃO

Desde os primórdios, o homem vem sofrendo sanções em face dos crimes cometidos, mas sem qualquer controle e respeito aos direitos fundamentais. Assim sendo, os excessos do

---

<sup>40</sup>Idem.

<sup>41</sup>BRASIL. *Código Penal Comentado*. 8 ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010. Art. 66. “ A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei.”

<sup>42</sup>DOBRIANSKYJ, Virgínia de Oliveira. R. *O Princípio da Proporcionalidade como Critério de Aplicação da Pena*. Tese de Mestrado em Direito – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2009. Disponível em:

<<http://www.dominionpublico.gov.br/download/teste/arqs/cp099257.pdf> >. Acesso em: 13 jul. 2013.

<sup>43</sup>Idem.

poder estatal atingiam o indivíduo indiscriminadamente. Atualmente os princípios contidos na Constituição são a base para que o Direito Penal respeite e garanta tais direitos.

Para o Direito Penal, não pode haver um crime sem que esteja previsto em lei, por isso, diante das leis contraditórias, ainda ocorre algum arbítrio judicial, e, na tentativa de dirimir as questões mais complexas do direito, muitas vezes, o julgador interpreta as leis buscando estabelecer a vontade nela contida, suprindo, com seu poder de punir, as exigências da atual sociedade.

É de se verificar que, os valores diferentes dos pensamentos, que constroem e impulsionam as pessoas, ou seja, cada qual com seu modo diverso de olhar e analisar o caso concreto, isso acarreta o risco das leis ficarem à mercê de interpretações motivadas pela vontade e opinião do julgador, sem a garantia da aplicação exata da lei ou se está sendo feita a justiça diante das diversas circunstâncias judiciais.

O Princípio da Proporcionalidade, objeto de estudo do presente trabalho, serve como parâmetro para a previsão e aplicação da pena ao caso concreto. Na Lei Penal, ao prever as condutas que devem ser tuteladas através dos bens jurídicos de maior ou menor importância, buscará a satisfação da necessidade humana com sanção de justa medida, na tentativa de se conseguir um direito penal mais humano e conciliador.

Nessa esteira, o Princípio da Proporcionalidade é ferramenta eficiente para a realização da justiça, porém nota-se que o legislador e o julgador não o têm observado efetivamente ao tentar combater a criminalidade, isso devido à quantidade de tipos e sanções penais, como resposta ao fracasso do Estado no controle da violência.

Em especial nos dias atuais, em que há a inversão da valoração dos bens jurídicos, importa dizer que a limitação que o Princípio da Proporcionalidade impõe pode, no caso de uma interpretação inadequada do legislador ou julgador, não se fazer justiça da vítima.

Em derradeiro, impossível negar que é indispensável a verificação dos três critérios: exames de necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito, no âmbito do direito penal, sendo que, esse último, não deve intervir no sentido de tutelar qualquer bem jurídico, mas sim às ofensas mais graves aos bens jurídicos constitucionais.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores. 2008. p.90.

AVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/6941801/Teoria-Dos-Principios-Da-Definicao-A-Aplicacao-Dos-Principios-Juridicos-Humberto-Avila>>. Acesso em: 17 jul. 2012. 10:13.

BARREIRO, Bruna T. *Da lei de talião a responsabilidade civil objetiva*. Disponível em: <[http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=4949](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4949)>. Acesso em: 28 jan. 2013. 21:50.

BASTOS, João José C. *Interpretação e analogia em face da lei penal brasileira: visão teórico-dogmática e crítico-metodológica*. Disponível em:

<<http://jus.com.br/revista/texto/10130/interpretacao-e-analogia-em-face-da-lei-penal-brasileira#ixzz2NABMPdO5>>. Acesso em: 10 mar. 2013. 15:34.

BITENCOURT, Cezar R. *Tratado de Direito Penal*. 10. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2006.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: Lições de filosofia do direito*. Tradução e notas: Márcio Pugliesi, Edson Bibi, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Icone Editora, 2006.

BRASIL. *Código Penal Comentado*. 8 ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010.

*Definições para princípio da proporcionalidade*. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/topicos/292978/principio-da-proporcionalidade>>. Acesso em: 17 jul. 2012. 09:57.

DOBRIANSKYJ, Virgínia de Oliveira. R. *O Princípio da Proporcionalidade como Critério de Aplicação da Pena*. Tese de Mestrado em Direito – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2009. Disponível em:

<<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp099257.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2013. 23:58.

FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal: A dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

FELÍCIO, Guilherme L.; GOMES, Luiz R. *Princípio da proporcionalidade*. Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/1713/1632%3E/>>. Acesso em: 13 jan. 2013. 17:34.

MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. *Princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade*. Disponível em: <<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2532448/principio-da-proporcionalidade-ou-da-razoabilidade>>. Acesso em: 17 jul. 2012. 10:02.

PORTO, Pedro Rui da F. *A nova redação do art. 2º da Lei nº 8.072/90 e o sofisma da "novatio legis in pejus"* Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/9914/a-nova-redacao-do-art-2o-da-lei-no-8-072-90-e-o-sofisma-da-novatio-legis-in-pejus#ixzz2LqIQnIwz>> Acesso em: 24/02/13, 16:56.

RABELO, Nayara V. *O princípio constitucional da proporcionalidade como sustentáculo da prisão provisória*. Disponível em:

<<http://jus.com.br/revista/texto/20216/o-principio-constitucional-da-proporcionalidade-como-sustentaculo-da-prisao-provisoria>> acesso em: 15/01/13. 21:01.

## REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL: O QUE FAZER?

*Andréa de Castro*<sup>1</sup>

*João Paulo Orsini Martinelli*<sup>2</sup>

### RESUMO

Os casos envolvendo menores chocam cada vez mais a população de nosso país, o que nos leva a acreditar que não há mais saída e que gradativamente caminhamos para o fim, mas o que ninguém quer aceitar é que a solução para tal está nas mãos de cada um. Aludido assunto tem se tornado cada dia mais sério e profundo e, a sociedade preocupada com este assunto polêmico, questiona sobre a redução da maioridade penal. O que não se discute e tampouco se comenta é a impossibilidade desta redução, uma vez que a Constituição Federal traz como garantia fundamental que os menores de dezoito anos são plenamente inimputáveis, sendo certo que tal garantia encontra respaldo no artigo 60, IV, parágrafo 4º do texto constitucional, ou seja, está amparada por uma cláusula pétrea. Assim, o presente artigo científico foi elaborado por pesquisa bibliográfica em livros, códigos, periódicos e internet acerca do tema em debate. Ressalta-se a análise da possibilidade de alteração da Constituição da República, sob o fato da imputabilidade penal ser considerada cláusula pétrea, bem como se a redução da idade mínima diminuirá ou não a violência.

**Palavras-Chave:** Maioridade, Constituição, Adolescente, cláusula.

### I – MENORIDADE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL: CLÁUSULA PÉTREA?

Hodiernamente há um interesse muito grande na diminuição da maioridade penal, até por causa de casos que impactaram a opinião pública. O questionamento acerca da redução da idade mínima penal tornou-se um fato muito presente, onde a sociedade manifesta suas preocupações.

---

<sup>1</sup> Andréa de Castro. Advogada. Monografia apresentada em 2010. Jundiaí. SP

<sup>2</sup> Prof. Doutor João Paulo Orsini Martinelli - Pós-doutorado em Direitos Humanos na Universidade de Coimbra. Doutor e Mestre em Direito Penal pela Faculdade de Direito da USP e professor da Facamp. Advogado

É certo que, a questão da redução da idade mínima penal tem gerado inúmeras e longas discussões no decorrer dos anos, porém nossa Carta Maior, ou seja, a Constituição Federal promulgada em 1988 traz nitidamente em seu artigo 228: “são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos a normas da legislação especial.”<sup>3</sup>

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei Federal n.º 8069/90, atendendo o mandamento constitucional, estabeleceu em seu artigo 104, caput, que “são penalmente inimputáveis os menores de 18 (dezoito) anos, sujeitos às medidas previstas nesta lei”.

Conseqüentemente, o referido dispositivo da imputabilidade penal tem guarida constitucional, o que, *a priori*, só poderia sofrer mudança através de PEC (Projeto de Emenda Constitucional), nos termos da Constituição Federal.

No entanto, existem matérias que não poderão ser objetos de Emendas Constitucionais (art. 60, §4º da Constituição Federal), para que mantenha a segurança jurídica do Estado Democrático de Direito.

Como se pode notar, frente às discussões ocorridas por conta da diminuição da idade mínima penal, há quem diga que o almejado não será possível uma vez que, a própria Carta Constitucional, no artigo aludido se inscreve entre as garantias individuais e também se coloca como cláusula pétrea.

Assim, o veto ou mesmo a modificação através de emenda para alterar aludido dispositivo, por meio do artigo 60, IV, parágrafo 4 da Constituição, pode gerar uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, podendo ser cogitado um descumprimento de um preceito legal garantido na Carta Magna.

Pode-se ter num âmbito maior, o desrespeito ao Pacto de San José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário, significando dizer que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos quando aprovada com observância de requisitos determinados pela Carta Magna, ganhou pleno status de garantia constitucional. Desta forma, uma vez assinado o acordo e respeitadas as obrigações ali contidas, passam a valer no Brasil o entendimento de que adolescentes que cometeram atos equiparados a ilícitos devem ser processados separadamente dos adultos. Caso isso não ocorra poderá contrariar diretamente o princípio da dignidade da pessoa humana, esse tratado assegura aos jovens o tratamento diferenciado onde os mesmos não poderão ser responsabilizados na esfera criminal.

---

<sup>3</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

Embora as cláusulas pétreas tenham sido concebidas para garantir, de forma mais agravada, o ordenamento constitucional e a sua necessária estabilidade, o engessamento que elas proporcionam muitas vezes não atende às novas demandas da sociedade.

Assim, as limitações materiais sempre proporcionaram momentos paradoxais, pois, se por um lado protegem o ordenamento jurídico contra investida ilegítimas, por outro, impedem que esse mesmo ordenamento jurídico evolua.

Cumpramos examinar neste ponto, o pensamento do nobre jurista Dalmo de Abreu Dallari, citado por Luiz Eduardo Pasquim:

[...] a previsão de tratamento jurídico diferenciado daqueles que se aplica aos adultos e um direito dos menores de 18 anos, que são pessoas, indivíduos, sujeitos de direito. De acordo com o art. 60, § 4º, da Constituição, não poderá ser objeto de deliberação proposta de emenda constitucional tendente a abolir garantias individuais. Como é evidente, qualquer proposta no sentido de aplicar as leis penais aos menores de 18 anos, significará a abolição de seu direito ao tratamento diferenciado, previsto em lei, e por esse motivo será inconstitucional.<sup>4</sup>

Por iguais razões, o aludido autor, destaca ainda o posicionamento do constitucionalista Alexandre de Moraes:

[...] assim, o art. 288 da Constituição Federal encerra hipótese de garantia individual prevista fora do rol exemplificativo do art. 150, III, b (AdIn 939-7/DF – conferir comentários ao art. 5º, § 2º, e, conseqüentemente, autêntica cláusula pétreia prevista no art. 60, § 4º, IV (“ não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] IV – os direitos e garantias individuais).<sup>5</sup>

Ainda, Flávia Piovesan ao ser citada por Luiz Eduardo Pasquim nos mostra seu entendimento:

[...] a redução da maioria penal perverte a racionalidade e principiologia constitucional, na medida em que abole o tratamento constitucional especial conferido aos adolescentes, inspirada na ótica da responsabilidade, fundada nas medidas socioeducativas. Com isso, a perspectiva sociojurídica de exclusão (repressiva e punitiva, de isolamento) vem a aniquilar a perspectiva da inclusão (protetiva e socioeducativa, de reinserção social). Não bastando a afronta a direitos e princípios constitucionais, a proposta vê-se corroída de inconstitucionalidade ao violar cláusula pétreia consagrada pela Constituição.<sup>6</sup>

---

<sup>4</sup> PASQUIM, Luiz Eduardo. *Menoridade Penal*. 1 ed. Juruá: EDITORA, 2009. p. 141.

<sup>5</sup> Idem, p. 141-142.

<sup>6</sup> PIOVESAN, XX (ANO) apud PASQUIM, Luiz Eduardo. *Menoridade Penal*. 1 ed. Juruá: EDITORA, 2009. p. 142.

Há quem bata de frente com tais posicionamentos, como podemos observar na obra *Menoridade Penal*, já citada anteriormente. Conforme mencionado por Luiz Eduardo Pascuim, Reale Júnior não vê a questão da idade penal como cláusula pétrea: “não é a regra do art. 228 da Constituição Federal regra pétrea, pois não se trata de um direito fundamental ser reputado penalmente inimputável até completar dezoito anos”.<sup>7</sup>

Diante de tais assertivas, novamente utilizamos das palavras do referido autor:

Por derradeiro, suponhamos que o art. 228 da Constituição Federal não seja cláusula pétrea e a menoridade passe a ser dezesseis anos. É de se perguntar: qual seria o resultado prático em mandar para a cadeia os adolescentes a partir dessa idade? Respondemos: nenhum. Ou pensando bem, haveria resultado, mas resultado deletério.<sup>8</sup>

Em análise última, conclui o mestre Pascuim acerca do assunto:

[...] para espancar de vez qualquer possibilidade de sermos interpretados num outro sentido, fazemos nossas as palavras de Reale Júnior que, em didática síntese, expressa claramente o nosso ponto de vista:

O recolhimento em casa de detenção com adolescentes não deixa de ter conteúdo retributivo, mas pode, se for para não mais de cem menores, realizar uma tarefa educativa facilitadora do enfrentamento dos conflitos no mundo livre no futuro. Daí a absoluta inconveniência da redução da idade da imputabilidade, pois o adolescente submetido ao Estatuto, sequer entra como cliente do falido sistema criminal, desde o inquérito policial até a execução da pena, sendo ou devendo ser outra a formação e a perspectiva dos responsáveis por sua custódia.<sup>9</sup>

A Constituição Federal de 1988 sofreu diversas alterações por meio de emendas constitucionais. Contudo, o artigo 228, que trata da maioridade penal também foi alvo de projetos de emenda à Constituição, todos eles com o único propósito: a redução da maioridade penal.<sup>10</sup>

Apenas a título ilustrativo, colecionamos tais projetos e alguns dos textos propostos:<sup>11</sup>

- PEC 171. Deputado Benedito Domingos, de 1993;
- PEC 37. Deputado Telmo Kirst, de 1995;
- PEC 91. Deputado Aracely de Paula, de 1995;
- PEC 301. Deputado Jair Bolsonaro, de 1996;
- PEC 386. Deputado Pedrinho Abrão, de 1996;

<sup>7</sup> PASCUIIM, Luiz Eduardo. *Menoridade Penal*. 1 ed. Juruá: EDITORA, 2009. p. 143

<sup>8</sup> Ibidem, p. 146.

<sup>9</sup> Ibidem, p. 147.

<sup>10</sup> PASCUIIM, Luiz Eduardo. *Menoridade Penal*. 1 ed. Juruá: EDITORA, 2009. p. 147.

<sup>11</sup> Idem, p. 147-152.

- PEC 426. Deputado Nair Xavier Lobo, de 1996;
- PEC 531. Deputado Feu Rosa, de 1997;
- PEC 68. Deputado Luiz Antonio Fleury, de 1999;
- PEC 150. Deputado Marçal Filho, de 1999;
- PEC 133. Deputado Ricardo Izar, de 1999;
- PEC 167. Deputado Ronaldo Vasconcellos, de 1999;
- PEC 169. Deputado Nelo Rodolfo, de 1999;
- PEC 633. Deputado Osório Adriano, de 1999;
- PEC 260. Deputado Pompeu de Mattos, de 2000;
- PEC 321. Deputado Alberto Fraga, de 2001;
- PEC 377. Deputado Jorge Tadeu Mudalen, de 2001;
- PEC 582. Deputado Odelmo Leão, de 2002;
- PEC 64. Deputado André Luiz, de 2003;
- PEC 179. Deputado Wladimir Costa, de 2003;
- **PEC 242. Deputado Nelson Marquezelli, de 2004. Altera o art. 228 da Constituição Federal. Onde se lê 18 anos, leia-se 14 anos de idade. “[...]a sociedade sente necessidade de impor ao jovem deveres que correspondam a seus direitos, amplamente elencados no ECA. E os deveres inerentes à imputabilidade penal devem ter início aos 14(quatorze) anos, idade em que o jovem já é capaz de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento, salvo se portador de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, caso em que será isento de pena ou poderá ter a mesma reduzida (art. 26, caput e parágrafo único, do Código Penal)”<sup>12</sup>(grifos nossos)**

Interessante se faz, concluirmos com o pensamento do citado Luiz Eduardo Pascuim, que tão bem dissertou acerca da questão:

Todas essas emendas estão apensadas às Propostas de Emenda à Constituição 171/93 e 91/95. Em que pese o nosso respeito pelo ideal exurgente de cada propositura, não podemos acolhê-las em nosso sentir. Já dissemos em outras passagens que o remédio para os adolescentes infratores não é, simplesmente, jogá-los, literalmente nas enxovias. Há, antes, todo um caminho, com muitos obstáculos, é verdade, a ser vencido. Assistir o adolescente infrator devidamente parece-nos uma solução exequível, sem necessidade de planos mirabolantes. Havendo, todavia, premência solução para a ‘assustadora’ criminalidade juvenil, por que não aumentar, para os casos graves, hediondo, o prazo de internação? Esta vertente já foi por nós abordada e, caso não haja adequação das casas de custódia – estabelecimentos para cumprimento de pena exclusivas de adolescentes infratores -, nem ousamos pensar em tal desiderato.<sup>13</sup>

## II - REDUZIR A IDADE PENAL DIMINUIRÁ A VIOLÊNCIA?

Diante de tanta violência urbana, muitas pessoas diariamente têm estórias para contar. A violência hoje, tem várias faces: ora está perto, dentro de nossas casas; ora está

<sup>12</sup> Idem, p. 153.

<sup>13</sup> PASCUIM, Luiz Eduardo. *Menoridade Penal*. 1 ed. (ano 2006), 4ª reimpr. Juruá. 2009. Pág 153

longe, nos morros, favelas, avenidas. Ela pode ser física, como um soco, um tiro ou ainda, psicológica como um olhar, um gesto, uma humilhação.

Infelizmente, o que precisamos entender e enfrentar é que a violência existe e que provém de muitas causas:

- somos o país com a quarta pior concentração de renda do mundo;
- as cidades brasileiras estão degradadas: as pessoas moram mal, não tem acesso ao lazer, a cultura, a serviços de boa qualidade;
- está cada vez mais difícil conseguir um bom trabalho;
- falta educação de qualidade e os direitos da maioria não são garantidos;
- temos cada vez menos tempo para dedicar à infância e à juventude;
- falta solidariedade e visão de comunidade, etc.<sup>14</sup>

O que vemos atualmente é a mídia incentivando o consumo em excesso, criando padrões de comportamento (homens brancos, ricos, heterossexuais, etc) enquanto que a maioria da sociedade está “fora do padrão” (a maioria não é rica, nem branca, não se parece com o que vemos na televisão).

Diante desses fatos, nasce a baixa auto-estima, a falta de perspectiva. É onde iniciam-se os problemas, é onde a violência começa a ser gerada. Nas ruas, dentro das casas, nas relações inter pessoais, nas comunidades.

E, é exatamente com isso que devemos nos preocupar: *“as violências estão todas ligadas e se alimentam: do pequeno delito ao crime organizado.”*<sup>15</sup>

Inadequado seria acreditar, também que prender adolescentes e adultos diminuirá a violência.

---

<sup>14</sup> REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL. O que você precisa saber para entender que essa idéia não é boa. Disponível em: [http://www.dhnet.org.br/dados/cartilhas/a\\_pdf\\_dht/cartilha\\_maioridade\\_penal.pdf](http://www.dhnet.org.br/dados/cartilhas/a_pdf_dht/cartilha_maioridade_penal.pdf)> Acesso em 14 jun. 2009.

<sup>15</sup> REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL. O que você precisa saber para entender que essa idéia não é boa. Disponível em: [http://www.dhnet.org.br/dados/cartilhas/a\\_pdf\\_dht/cartilha\\_maioridade\\_penal.pdf](http://www.dhnet.org.br/dados/cartilhas/a_pdf_dht/cartilha_maioridade_penal.pdf)> Acesso em 14 jun. 2009.

Na última década, o número de adultos presos no país dobrou e, a internação de adolescentes em instituições triplicou nos últimos 10 anos. Chega-se, portanto, a conclusão de que o país está “prendendo” mais e mais jovens, o que não resultou em redução de casos de violência.<sup>16</sup>

“Primeiro: a causa da violência não está relacionada somente à “pena” que será aplicada a quem cometeu um crime.<sup>17</sup>

Segundo: a prisão não melhora a sociedade nem as pessoas.”<sup>18</sup>

É cediço que muitos países estão alcançando ótimos resultados nas formas de responsabilização, como penas alternativas, por exemplo, que são mais eficazes, mais baratas e geram menos sofrimento.<sup>19</sup>

Por isso não é correto que se coloquem adultos e adolescentes juntos no sistema prisional. O adolescente está em pleno desenvolvimento e, desta forma muito mais suscetível ao meio que o cerca.

Muitos países tratam distintamente adolescentes e adultos e, sendo assim a redução da idade penal, seria um retrocesso.

Crianças e adolescentes necessitam de condições para desenvolverem suas potencialidades e é exatamente durante essa fase da infância (0 a 11 anos) e adolescência (12 a 18 anos) que o desenvolvimento é mais intenso.

Para muitos especialistas, tudo o que é vivenciado por uma criança até os dez anos fica gravado em sua mente e, a adolescência é uma fase repleta de incertezas, medos, contradições. Por tais razões há necessidade de uma lei específica, e o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê direitos e garantias a elas.<sup>20</sup>

Quando falamos em responsabilidade, o ECA estabelece a responsabilização daquele que a partir dos 12 anos tenha praticado ato contra lei, porém, temos que pensar em um sistema de responsabilização dos adolescentes diferente daquele aplicado aos adultos.

---

<sup>16</sup> REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL. O que você precisa saber para entender que essa idéia não é boa. Disponível em: [http://www.dhnet.org.br/dados/cartilhas/a\\_pdf\\_dht/cartilha\\_maioridade\\_penal.pdf](http://www.dhnet.org.br/dados/cartilhas/a_pdf_dht/cartilha_maioridade_penal.pdf)> Acesso em 14 jun. 2009.

<sup>17</sup> Idem.

<sup>18</sup> Idem.

<sup>19</sup> Idem.

<sup>20</sup> REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL. O que você precisa saber para entender que essa idéia não é boa. Disponível em: [http://www.dhnet.org.br/dados/cartilhas/a\\_pdf\\_dht/cartilha\\_maioridade\\_penal.pdf](http://www.dhnet.org.br/dados/cartilhas/a_pdf_dht/cartilha_maioridade_penal.pdf)>. Acesso em 14 jun. 2009.

[...] o sistema de responsabilização dos adolescentes é diferente do sistema dos adultos e tem que ser assim, para buscar uma medida que eduque o adolescente, para que ele construa outra relação com sua vida e busque alternativas. Ninguém quer impunidade para quem cometeu um ato contra a lei. A responsabilização faz parte do processo de aprendizado dos adolescentes. O tratamento é diferenciado não porque o adolescente não sabe o que está fazendo até mesmo uma criança de 5 anos sabe quando faz uma coisa errada, mas sim devido à condição peculiar de desenvolvimento em que se encontra e o que queremos com isso: possibilitar a ele um recomeço de vida ou fazê-lo sofrer pelos erros cometidos?<sup>21</sup>

Portanto, o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê em seu Capítulo IV, as medidas sócio-educativas. Convém ressaltar que:

[...] o objetivo da medida é tentar colaborar para que a pessoa refaça sua vida e não fazê-la ter mais raiva e ódio da sociedade. Por isso é necessário que haja, nas unidades de internação, um projeto pedagógico que vá nesse sentido, de ressocializá-lo.<sup>22</sup>

Então, mudar a lei não adianta nada, é pura ilusão porque o problema da violência não é de lei. São necessárias uma série de mudanças: na segurança pública, na criação e execução de medidas preventivas pelos municípios – projetos de esportes, cultura e lazer – envolvimento da comunidade. Precisamos de educação de qualidade para podermos disputar nossas crianças e adolescentes com o meio que os leva para o caminho da violência e do tráfico, precisamos de ofertas de trabalho, de profissionalização.<sup>23</sup>

E, por fim: não precisamos de mais prisão para os jovens, precisamos de mais direitos respeitados, mais justiça e mais solidariedade. A paz não vem do medo. Vem da justiça, da solidariedade, do respeito mútuo, do sentimento de responsabilidade do mundo.<sup>24</sup>

## CONCLUSÃO

---

<sup>21</sup> Idem.

<sup>22</sup> REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL. O que você precisa saber para entender que essa idéia não é boa. Disponível em: [http://www.dhnet.org.br/dados/cartilhas/a\\_pdf\\_dht/cartilha\\_maioridade\\_penal.pdf](http://www.dhnet.org.br/dados/cartilhas/a_pdf_dht/cartilha_maioridade_penal.pdf). Acesso em 14 jun. 2009.

<sup>23</sup> REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL. O que você precisa saber para entender que essa idéia não é boa. Disponível em: [http://www.dhnet.org.br/dados/cartilhas/a\\_pdf\\_dht/cartilha\\_maioridade\\_penal.pdf](http://www.dhnet.org.br/dados/cartilhas/a_pdf_dht/cartilha_maioridade_penal.pdf). Acesso em 14 jun. 2009.

<sup>24</sup> Idem.

O aparecimento de menores praticando uma série de ilicitudes penais é cada vez mais frequente em nosso cotidiano, transformando crianças e adolescentes em vítimas da sociedade.

Há que se traçar novas perspectivas, novos caminhos, implantar novos horizontes para essa realidade que persiste em resistir possa gradativamente ser reduzida e quem sabe chegar ao fim.

Não temos dúvidas de que a criança e o adolescente em nosso país merecem que todas as áreas da sociedade voltem esforços para transformar a realidade desses menores em uma realidade mais agradável, mais adequada a condição de pessoa em desenvolvimento. Resta claro que não existe apenas um responsável nessa história, todos têm o dever de zelar pela vida desses jovens mostrando-lhes que o conto de fadas que aparece na televisão, por meio de novelas, os jogos de vídeo game, as revistas de celebridades não são o retrato de uma vida real, ao menos, não para eles.

Para vencer e superar os obstáculos, a sociedade necessita dar um voto de confiança a este novo modelo e começar a participar efetivamente das atividades desenvolvidas à ressocialização juvenil.

Sabemos que a comunidade precisa participar efetivamente na vida dos jovens, a fim de melhorar a situação de convivência, lutando por melhores condições de educação, emprego, moradia, saúde, a fim de que diminua a delinquência juvenil, a situação de abandono e a marginalização. Pois, não basta somente a adoção de uma política de proteção, se a sociedade não colaborar com a socialização ou a ressocialização desses menores, não sendo só o curador, o governo, a polícia, o juiz ou o responsável por este importante trabalho de ressocialização e reeducação do menor infrator, todos os cidadãos têm obrigação de fazer a sua parte no combate à criminalidade, à violência.

É cediço que a maior parte da população acredita que a redução da maioria penal é a solução para a diminuição da violência e, até mesmo para o abrandamento dos crimes praticados por menores, porém, após nossos estudos, pudemos perceber que essa hegemonia não passa do fruto da ignorância de um povo que desconhece o assunto e deixa-se levar pela influência negativa da mídia.

Infelizmente, os governantes, aproveitando-se da falta de instrução da maioria de nossa população, editam projetos inviáveis e ineficazes, na mais pura forma de mostrarem

serviço, o que demonstra o desinteresse e a falta de respeito que têm pela sociedade, que confiou a eles a ordem social e que na maioria das vezes tais governantes apenas “brincam de legislar”.

Infelizmente é notório que os direitos fundamentais da maioria da população não são respeitados. No entanto, a problemática dos adolescentes infratores merece ser analisada e enfrentada sob duas óticas: a da culpa do jovem e a necessidade de puni-lo com rigor e a ótica de toda a sociedade. Apenas para resumirmos e simplificarmos, o que estamos fazendo é varrendo a sujeira para debaixo do tapete, querendo jogar os jovens em cadeias super lotadas.

Estamos falhando como sociedade, reforçando a exclusão social, privando de oportunidades, caminho este que leva ao mundo da barbárie, da miséria, da privação. Se queremos realmente reverter essa lógica, mudar esse quadro, precisamos desde cedo investir em nossas crianças, em educação de boa qualidade, em programas sociais.

Diante disso, precisamos “enxergar” que o poder está em nossas mãos.

## **REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988/obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes – 40. ed. atual. – São Paulo: Saraiva, 2007. – (Coleção Saraiva de Legislação). P. 159.

PASCUIM, Luiz Eduardo. Menoridade Penal. 1. ed. Juruá: EDITORA JURUÀ, 2009. páginas 141, 142, 143, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 152 e 153.

REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL. O que você precisa saber para entender que essa idéia não é boa. Disponível em:

<[http://www.dhnet.org.br/dados/cartilhas/a\\_pdf\\_dht/cartilha\\_maioridade\\_penal.pdf](http://www.dhnet.org.br/dados/cartilhas/a_pdf_dht/cartilha_maioridade_penal.pdf)>. Acesso em: 14 jun. 2009.

## A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA MATERIAL EM OPOSIÇÃO À SEGURANÇA JURÍDICA

*Bruna Felis Alves*<sup>1</sup>

*Tarcísio Germano de Lemos Filho*<sup>2</sup>

### RESUMO

O objeto fundamental deste trabalho é discorrer acerca do tema relativização da coisa julgada material. Este é um assunto que ocupa espaço nos debates jurídicos, gera divergência entre doutrinadores, operadores do direito e, sobretudo nos Tribunais do país: A coisa julgada é um efeito processual ao qual estão sujeitas todas as causas discutidas judicialmente, assim sua aplicação e os fundamentos das teses que defendem a rompimento da coisa julgada além dos limites da rescisória, denominada “Relativização”, diz respeito a todas as áreas do direito, evidenciando sua relevância acadêmica. Considerando também que a coisa julgada visa colocar fim no conflito, a sua relativização interessa aos sujeitos da discussão judicial e todos que sofrem suas consequências. A relevância do tema está também na sua relação com direitos e garantias fundamentais. Partindo do significado da garantia constitucional da segurança jurídica, o debate se inicia quando nos deparamos com decisões judiciais possivelmente injustas já atingidas pelo instituto da coisa julgada. Pretende-se pelo trabalho provocar uma reflexão sobre a importância da segurança jurídica também nas decisões que pareçam injustas, mas que já estão encobertas sobre o manto de certeza da coisa julgada material. Pela análise das opiniões sobre a relativização da coisa julgada podemos comparar sua força e eficácia com os valores de justiça e segurança jurídica. O trabalho procura instigar o estudo a respeito da coisa julgada, seu conceito, fundamento, efeitos e instrumentos de rescisão. A coisa julgada é uma garantia constitucional que torna imutável a sentença transitada em julgado. A ação rescisória tem prazo decadencial de dois anos para ser ajuizada, isto faz com que o instituto da coisa julgada seja visto como absoluto e finalista. Serão expostos também os limites a que se sujeita a coisa julgada, justificando-se cada um deles. A partir desse raciocínio, será apresentada a tese da relativização da coisa julgada, e os argumentos contrários a este instituto, justificando sua pertinência, não deixando de apontar a posição do judiciário sobre o assunto.

**PALAVRAS-CHAVE:** Debates. Importância. Segurança jurídica. Limites da coisa julgada. Tese da Relativização.

---

<sup>1</sup> Autora: Bruna Felis Alves. cursando 4º ano de Direito. Monografia a ser apresentada até 2015. Jundiaí. SP

<sup>2</sup> Orientador: Prof. Tarcísio Germano de Lemos Filho –Advogado. Mestre em Direito Processual Civil pela PUCAMP. Doutorando em Ciências Jurídicas pela Univali. Professor de Direito Processual Civil e Prática Jurídica na Unianchieta; Professor orientador do trabalho de conclusão de curso

## 1. A COISA JULGADA MATERIAL

### 1.1) DIFERENÇA ENTRE A COISA JULGADA MATERIAL E FORMAL

Pela coisa julgada material o que se protege é a prestação jurisdicional outorgada e matéria alcançada pela sentença transitada em julgado, ou seja, o conteúdo da decisão torna-se imutável e indiscutível. Em contrapartida, a coisa julgada formal ocorre quando uma sentença terminativa põe fim a uma discussão sem resolução de mérito, com isso a matéria não será mais discutida naquele processo, mas poderá ser proposta uma nova ação futuramente para resolver o litígio.

O objeto de estudo é a coisa julgada material, no sentido de ato jurídico perfeito que tem proteção constitucional como instituto garantidor da segurança jurídica. “A proteção constitucional da coisa julgada não impede, contudo, que a lei preordene regras para a sua rescisão mediante atividade jurisdicional”<sup>3</sup>. A discussão avança além da ação rescisória definida pelo legislador processual civil.

### 1.2) CONCEITO E IMPORTÂNCIA

O Código Civil, em seu artigo 467 traz o conceito de coisa julgada: “Denomina-se coisa julgada material, a eficácia que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”<sup>4</sup>

Nesse *judgamento*, que se torna imutável ao precluir (ou esgotar-se) a faculdade de impugná-lo mediante recurso (ou quando nasce irrecurável), constitui a *coisa julgada*; ela é pronunciamento imutável emitido pelo Estado no exercício soberano da função jurisdicional, por ele autoritariamente imposto aos litigantes como solução formulada *in specie* para compor o conflito de interesses submetido à apreciação do juiz.<sup>5</sup>

A coisa julgada torna a discussão uma decisão imutável. É um princípio constitucional previsto no artigo 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal, com status de cláusula pétreia.

---

<sup>3</sup> ROBERTO, Paulo de Oliveira Lima. **Contribuição à Teoria da Coisa Julgada**. 1. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997., p. 436-7.

<sup>4</sup> **Vade Mecum Compacto**. 3 Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 178.

<sup>5</sup> ARAGRAO, Ergas Dirceu. **Moniz de. Sentença e Coisa Julgada**. Rio de Janeiro: Aide Ed., 1992. p. 197.

Além disso, o instituto da coisa julgada visa dar as partes litigantes certeza jurídica, sendo elemento garantidor da segurança.

### 1.3) IMUTABILIDADE DAS DECISÕES E SUAS CONSEQUÊNCIAS

Escreve Caldeira: “para a jurisdição atender a seus objetivos, o processo deverá em determinado momento prover uma decisão definitiva sobre a demanda, não podendo eternizar-se sobre pena de se tornar inútil”<sup>6</sup>. Tal decisão definitiva é a sentença, que após a preclusão dos recursos é atingida pelo instituto da coisa julgada.

A tradição processual romano-germânica instituiu sobre a coisa julgada natureza quase absoluta (intocável). As expressões romanas: “*res judicata facit de albo nigrum*”, que pode ser traduzida como *a coisa julgada mudanças de preto em branco*; “*falsum in verum*”, em que a tradução seria *falso em um verdadeiro*, são utilizadas para afirmar a finalidade de uma sentença com força de caso julgado.

Podemos considerar a coisa julgada como sendo um dos efeitos das sentenças, ou como diriam outros como uma qualidade, atributo e propriedade de algumas decisões. Por intermédio dos recursos e outros meios de impugnação da decisão é possível a manifestação de inconformismo da parte sobre o que foi decidido, o que pode vir a suspender ou modificar o conteúdo da sentença. Necessário se faz, também, para a pacificação social a existência de um ponto final, com a estabilização da decisão, que ocorre com o trânsito julgado e torna a matéria decidida imodificável.

O processo tem que ser organizado, com suas fórmulas e instâncias destinadas a garantir uma sentença tão justa quanto possível, mas há de ter também um ponto final, representado pelo esgotamento das vias recursais. E sempre que esse ponto é atingido, tendo havido pronunciamento judicial, quanto ao mérito do litígio, deve ser emprestada a decisão certa dose de rigidez, portanto há em seu favor forte presunção de correção e adequação ao Direito. O término do processo nada representaria se o perdedor pudesse, em outra relação jurídico-processual, voltar a agitar os mesmos temas. Isso significaria sim, inutilidade absoluta do processo, dado que seu objetivo é compor litígios encerrando-os.<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup> CALDEIRA, Marcos Flavio Horta. **Coisa Julgada e crítica à sua “relativização”**. 1. ed. Brasília: Tessauros, 2012. p.19.

<sup>7</sup> TESHEINER, José Maria Rosa. **Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil**. 1. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 09.

Esta seria, portanto, a consequência da imutabilidade das decisões, qual seja por fim ao processo, garantindo segurança jurídica em determinado momento processual, mesmo que para isso a coisa julgada construa “falsas declarações de verdades”.

Ter o legislador fixado um prazo para a ação revisional da coisa julgada corresponde a dar a sentença força criativa (a sentença transitada em julgado cria e extingue direitos).

Oportuno investigar os efeitos da coisa julgada nos dias atuais e seu alcance sobre a realidade dos litígios levados atualmente ao judiciário, considerando o crescente número de processos, as possibilidades recursais, e como consequência da “maquina de sentenciar” que se tornou o judiciário, a possibilidade de decisões injustas e contrarias aos ditames constitucionais. Seria isso significativo? Ora, em que pese a solução do litígio compreender decisão sobre situações da vida das partes do processo, e que, sobre os efeitos da coisa julgada, pode ter eficácia “*ad eternum*”, conclui-se que o assunto é sim relevante.

Os efeitos das decisões muitas vezes são tardios, pois, esta certa “coisa julgada” pode se concretizar em momento posterior a eficácia esperada. O sistema processual permite isso quando dispõe de três, ou como dizem outros, quatro instancias recursais, em prejuízo aos ideais de justiça. E, por outro lado, vemos que o moderno direito processual brasileiro, com seu sistema recursal e a própria formação da sentença (não estar presa apenas a lei, mas os juízes são preparados para que decidam considerando princípios jurídicos, doutrina, jurisprudência, não apenas o direito positivo) são instrumentos que visam propiciar segurança jurídica.

E mais, a atividade jurisdicional está restrita aos fatos apresentados no processo e ao direito que se deve aplicar. Seria em outras palavras dizer que a decisão transitada em julgado nasce dos elementos postos no processo, o magistrado conduz o procedimento conforme as ferramentas naquela situação jurídica disponível.

Há casos que a sentença não consiste na aplicação da lei no caso concreto, por exemplo, quando a lei em que baseou a sentença foi declarada inconstitucional. Porém a Ação Direta de Inconstitucionalidade pode ser proposta e julgada quando na decisão anterior que foi aplicada, já transitou em julgado e essa seria uma situação que poderia ensejar a relativização da coisa julgada.

Portanto, a imutabilidade das decisões e suas consequências, positivas ou negativas, têm peculiaridades decorrentes do próprio sistema jurídico criado, e não podemos nos esquecer de que o direito é uma máquina em funcionamento, construção e aprimoramento.

## **2. LIMITES DA COISA JULGADA**

### **2.1) LIMITES OBJETIVOS**

Os limites objetivos da Coisa Julgada material estão restritos ao alcance do que foi decidido sobre o objeto de sentença, ou seja, o conteúdo do dispositivo de sentença cobre de imutabilidade a causa de pedir (matéria discutida no processo).

A doutrina defende que a coisa julgada atinge somente o dispositivo da sentença (que seria a parte em que o juiz decide os pontos controvertidos), mas que esta não abarca os fundamentos da sentença, sendo estes apenas acessórios.

### **2.2) LIMITES SUBJETIVOS**

Dispõe o art. 472 do Código de Processo civil que a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é proferida, não beneficiando nem prejudicando terceiros.

Os limites subjetivos da Coisa Julgada são as pessoas que são atingidas pela sentença, seriam as partes do processo (autor e réu, chamados ao processo, denunciados, nomeados à autoria, e oponentes aceitos).

## **3. PROTEÇÃO DE ORDEM CONSTITUCIONAL**

A Constituição é composta de **princípios estruturantes**. A mutação e novas interpretações que fazem parte do direito brasileiro, não poderão atingir esses princípios sob pena de inconstitucionalidade.

Nosso sistema jurídico é normativo, compreende regras e princípios. Humberto Avila esclarece que “... um sistema não pode ser composto somente de princípios, ou só de regras”,

pois os princípios são flexíveis e as regras rígidas, sendo necessário ambos para atingir a finalidade da constituição com eficácia: “alocar e limitar o exercício do poder”<sup>8</sup>.

Para Avila, em seu livro Teoria dos princípios, merece destaque o princípio da **igualdade, razoabilidade e proporcionabilidade**.

É pelo contrapeso das regras e princípios constitucionais afirmados na igualdade, razoabilidade e proporcionalidade que faremos o estudo do instituto da coisa julgada.

Analisando as distinções de regras e princípios desenvolvidas por *Ronald Dworkin* e em um segundo momento por *Robert Alexy*, e comentários de Barroso no livro *Interpretação e aplicação da Constituição*, Pedro Lenza<sup>9</sup> sintetiza as características dos princípios, que os diferenciam das regras, merecendo destaque:

- Enquanto as regras são **específicas** ao conteúdo que alcançam com **validade, vigência, os princípios destacam-se pela *importância, peso e valor***;
- No caso de ***conflito entre regras (uma das regras em conflito ou será afastada pelo princípio da especialidade, ou será declarada inválida...)***, caberia dizer que as regras são “*tudo ou nada*”. No caso de ***Colisão entre princípios (não haverá declaração de invalidade de qualquer dos princípios em colisão. Diante das condições do caso concreto, um princípio prevalecerá sobre o outro)***. Assim temos **balanceamento, ponderação, sobressamento** sobre princípios colidentes.

Conforme defendido por Humberto Ávila, existem justificativas para se entender a importância da obediência das regras: “eliminação de controvérsias e incertezas”; “produz efeitos relativos a valores prestigiados pelo próprio ordenamento jurídico, como **segurança, paz e igualdade**”; e “solução de conflitos sociais”. No entanto, analisando os princípios chega-se a conclusão de que os princípios também são mecanismos garantidores de **segurança, paz e igualdade**, pois integram as regras.

Conclui-se, portanto, que princípios e regras devem atuar juntos. A aplicação depende do caso concreto devendo ser lógica, sistemática, histórica e seguir uma concordância prática, afastando excessos para evitar confusões jurídicas de interpretação e atingir ao fim que se destinam no sistema jurídico.

<sup>8</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**, 10. ed., p. 120-1.

<sup>9</sup> LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**, 17. Ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2013., p. 150-2

### 3.1) **PRINCÍPIOS DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL**

#### 3.1.1) PRINCÍPIO DA UNIDADE DA CONSTITUIÇÃO (PRINCÍPIO DA CONCORDÂNCIA)

Objetiva a integrar o sentido de todas as normas constitucionais. A Constituição deve ser interpretada como um todo em respeito à unidade do texto (sistema de regras e princípios integrados). O interprete deve priorizar critérios que favoreçam a integração política e social resultando em soluções integradoras.

#### 3.1.2) PRINCÍPIO DA MÁXIMA EFETIVIDADE

Objetiva dar maior operacionalidade e efetividade social possível das normas constitucionais para que tenham sentido na sociedade. Assim a aplicação das normas constitucionais devem objetivar a máxima utilidade. Ex: Em questões que envolvem direitos fundamentais devem se priorizar a interpretação que garantam os direitos fundamentais, extrair da norma constitucional o sentido que se busca, nesse caso a proteção dos direitos fundamentais.

#### 3.1.3) PRINCÍPIO DA JUSTEZA OU CONFORMIDADE FUNCIONAL

A interpretação da constituição não pode atingir ou alterar o esquema de organização funcional da constituição (organização e repartição das funções/competências entre os poderes constituídos), como por exemplo a separação dos poderes regulada no art. 102: “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...)”

#### 3.1.4) PRINCÍPIO DA FORÇA NORMATIVA

Ao solucionar os conflitos jurídicos, dar-se preferencia à *vontade da Constituição*, deve-se assim prevalecer não só a vontade do poder aplicador, mas dar efetividade as normas

constitucionais para dessa forma atingir aos fins que se destinam. Se isso não ocorre, não serão mais vigentes.

### 3.1.5) PRINCIPIO DA INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO

Diante de normas de mais de uma interpretação, deve-se preferir a que se aproxime mais do texto constitucional, devendo dar prevalência à Constituição, seguindo para isso o texto literal e o sentido da norma. Se o resultado for contrário a Constituição, deverá declarar a inconstitucionalidade da norma, proibindo que seja aplicada (declarada em ultima instancia pela Suprema Corte). O interprete não pode atuar como legislador positivo, para criar nova regra.

Em resumo temos:

- *Supremacia constitucional*
- *Conservação de normas*
- *Exclusão da interpretação “contra legem” (contrária à lei)*
- *Interpretação não pode criar norma nova.*

### **3.2) LIMITES DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL**

Os limites de interpretação visam a garantia de certeza e segurança jurídica diante da realidade atual. Nesse sentido, a Constituição apresenta-se como centro para as técnicas de interpretação e decisão.

- **Constitucionalidade das decisões** - a Corte constitucional entre possíveis interpretações deve seguir aquela que é conforme a Constituição; verificada inconstitucional, a corte suprema anula com efeitos “*erga omnes*” as decisões de instancias inferiores.
- **Decisões manipuladoras** - originárias da doutrina e jurisprudência italiana, há as denominadas **decisões manipuladoras**, que a corte constitucional, além de declarar a inconstitucionalidade da decisão, modifica agindo como legislador positivo.

- **Sentenças ativas** - “ a Corte Constitucional declara inconstitucional certo dispositivo legal não pelo que expressa, mas pelo que omite, alargando o texto ou seu âmbito de incidência”<sup>10</sup>

- **Sentenças substitutivas** - a Corte anula uma norma que foi impugnada na Declaração de Inconstitucionalidade e a substitui por outra.

- **Lacuna constitucional** – nesse caso nossa doutrina defende a interpretação constitucional aberta, aplicando-se o ato normativo que menos se distancia do sistema constitucional. Deparando-se com vários princípios constitucionais, em lugar de dar prevalência de um sobre o outro, aplica-os em conjunto, verificando as alternativas para aquele caso, conseguindo na prática atingir ao dinamismo dos conflitos jurídicos, o que o Ministro Gilmar Mendes denominou de “**pensamento jurídico possível**”.

### 3.3) EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

*Proponho a interpretação sistemática e evolutiva dos princípios e garantias constitucionais do processo civil, dizendo que "nenhum princípio constitui um objetivo em si mesmo e todos eles, em seu conjunto, devem valer como meios de melhor proporcionar um sistema processual justo, capaz de efetivar a promessa constitucional de acesso à justiça (entendida esta como obtenção de soluções justas – acesso à ordem jurídica justa). Como garantia-síntese do sistema, essa promessa é um indispensável ponto de partida para a correta compreensão global do conjunto de garantias constitucionais do processo civil", com a consciência de que "os princípios existem para servir à justiça e ao homem, não para serem servidos como fetiches da ordem processual"<sup>11</sup>*

As regras e princípios constitucionais podem ter eficácia apenas jurídica (por sua validade dentro do ordenamento jurídico), ou serem de eficácia social, quando esta tem vigência de aplicação na realidade dos contextos do cotidiano. O professor José Afonso da Silva classificou as normas da constituição em normas de eficácia plena, contida e limitada.

Segurança Jurídica, Isonomia, Proporcionalidade, valores esses que estão estreitamente ligados com a os objetivos das demandas judiciais e finalidades das sentenças.

### 3.4 ) PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

<sup>10</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. I. M. Coelho, P. G.G. Branco, *Curso de direito constitucional*, 5. Ed. p. 1432.

<sup>11</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Relativizar a Coisa Julgada Material**. Revista de Processo. - Rio de Janeiro, v. 28, n. 9, 2003.

E o que significa segurança jurídica? Até onde a segurança jurídica deve prevalecer sobre decisões judiciais possivelmente injustas já atingidas pelo instituto da coisa julgada?

Necessário é o cuidado para a Manutenção da Segurança Jurídica, do Estado de Direito brasileiro que a solidez e irreversibilidade da Decisão transitada em julgado permite. Não se pode esquecer que a Coisa Julgada é um instituto constitucional que garante equilíbrio e certeza, que determina um fim as discussões judiciais.

### 3.5) PRINCIPIO DA PROPORCIONALIDADE OU RAZOABILIDADE

A observância desses princípios é de grande importância, principalmente diante da colisão de valores constitucionais. Está pautado nas ideias de justiça, equidade, bom-senso, prudência, moderação, proibição de excesso, outros valores nesse sentido, valendo como regras de interpretação.

Lenza destaca três elementos substanciais que devem ser observados, sendo eles: (a) **necessidade** - ser indispensável para o caso concreto; (b) **adequação** - pertinência, quando o meio utilizado visa atingir determinado objetivo; (c) **proporcionalidade** - ponderação entre maior efetividade e menor restrição dos valores constitucionais.

O legislador apontou explícita ou implícita a obediência a esses princípios, merecendo destaque:

**art. 5º, LIV da CF:** Ninguém será privado da Liberdade e de seus bens sem o devido processo legal.

**art. 2º, VI, da Lei n. 9.784/99:** A administração Pública obedecerá, dentre outros, os princípios da legalidade, finalidade, motivação, **razoabilidade, proporcionalidade**, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: - **adequação entre meios e fins vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público.** (grifei)

**Art. 156 do CPP:** A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo porém, facultando ao juiz de ofício; I – ordenar, mesmo antes

de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a **necessidade, adequação e proporcionalidade** da medida” (grifei)

### 3.6) PRINCIPIO DA ISONOMIA

Previsto no *caput* do art. 5º, em seu conceito mais básico significa que todos são iguais perante a lei, o que consiste em tratar os iguais de forma equitativa e os desiguais com desigualdade na medida de suas diferenças.

Um exemplo de violação desse princípio é quando determinado Tribunal aplica a lei de uma forma diferente a casos absolutamente idênticos num mesmo momento histórico.

## 4. O VALOR DA JUSTIÇA: O JUSTO VALOR

Os valores são relativos, nascem das aspirações e percepções dos juízos de valores. São escolhas da sociedade, da cultura que no decorrer do tempo indicam o que vale.

Segundo o Professor José Renato Nalini, nas palavras de Osvaldo Guariglia, “um valor é uma concepção, explícita ou implícita, própria de um indivíduo ou característica de um grupo, da desiderabilidade que influencia a seleção das normas, dos meios e dos fins da ação”<sup>12</sup> :

A ordem de valores fundantes das normas jurídicas é social, humana, científica e dialética, e, sob o critério sociológico, os valores cumprem três funções: a) dão coerência e sentido ao código de normas e modelos destas b) coagem, racional e psiquicamente, os destinatários; c) contribuem para a integração social da comunidade. Sob essa vertente, a hermenêutica do texto constitucional pode concebê-lo menos como um sistema de regras estruturado por princípios, mas – prioritariamente- **como uma ordem concreta de valores**.<sup>13</sup>

O valor de justiça, conforme defende Alf Ross, no livro *Direito e Justiça*, traduzido por Edson Bini<sup>14</sup> é mais abrangente que o valor de moral e está esculpido nas leis positivas, sua interpretação e medida de correção, pois a justiça tudo abrange sobre direito e moral,

<sup>12</sup> GUARIGLIA, Osvaldo. *Uma ética para el siglo XXI* – Ética y derechos humanos em um tempo posmetafísico, p. 85-86.

<sup>13</sup> NALINI, José Renato. *Ética Geral e Profissional*. 8. ed.- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.p. 87.

<sup>14</sup> ROSS, Aff. *Direito e Justiça (On law and justice)* – Tradução Edson Bini – revisão técnica Alysson Leandro Mascaro – Bauru, SP: EDIPRO, 2º ed., 2007. p. 313.

destacando o Sermão da Montanha que diz: “ Bem aventurados os que tem fome e Sede de Justiça, pois serão satisfeitos.”<sup>15</sup>

Quando se afirma que a justiça é relativa, quer-se dizer que, mesmo dependendo do contexto que aparece, nunca será absoluta, será sempre um “contentamento descontente”<sup>16</sup> no sentido de que não irá satisfazer a todas as vontades. O Justo nem sempre será o justo para outro. Há de se considerar necessidade, capacidade, posição e condição do sujeito.

Refletir sobre valor de justiça é o mesmo que equidade, justa proporção. No direito a ferramenta de disseminar justiça é a razoável aplicação das normas jurídicas, sua criação e aprimoramentos.

Um dos mais comentados estudiosos sobre o valor da justiça foi Hans Kelsen que escreveu um livro traduzido com o título: ‘O que é Justiça’. Kelsen defende ser impossível generalizar a ideia de justiça e que quando se considera razão e emoção fica comprovada que não existe uma justiça universal. Por isso a relativização das normas (aplicação de acordo com o contexto) é a solução para assegurar a paz e ordem social e aproximar mais do conceito de justo.

## 5. A INCONSTITUCIONALIDADE DA COISA JULGADA MATERIAL

Alguns juristas defendem que, sobre a coisa inconstitucional, não se aplica a relativização, visto que, se em desconformidade com a Constituição, a decisão é nula.

Em relação ao princípio da intangibilidade da coisa julgada, que é uma noção processual e não constitucional, traz como consectário a idéia de submissão ao princípio da constitucionalidade. Isto nos permite a seguinte conclusão: a coisa constitucional será intangível enquanto tal apenas quando conforme a Constituição. Se desconforme, estar-se-á diante do que a doutrina vem denominando coisa julgada inconstitucional.<sup>17</sup>

Possibilidades:

1) Transito em julgado de decisão que se baseou em Lei que posteriormente foi declarada inconstitucional

---

<sup>15</sup> Mateus- 5:6

<sup>16</sup> “Contentamento descontente” é expressão conhecida no poema *Amor é um Fogo que se arde sem ver* do ilustre poeta Luiz Vaz de Camões

<sup>17</sup> THEODORO, Humberto Junior; CORDEIRO, Juliana Faria. **A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle**. In: Carlos Valder do Nascimento (coord.). *Coisa julgada inconstitucional*. 2003, p 142.

2) Decisão em que o magistrado afasta a aplicação de uma norma que naquele momento era tida como inconstitucional, mas que após o Transito em Julgado dessa decisão a referida norma foi considerada constitucional pelo STF

A Flexibilização da coisa julgada é defendida quando há um posicionamento do Supremo sobre a matéria julgada de forma distinta. Em situações de confronto de regras e princípios constitucionais em que não há participação do STF, a doutrina defende que nesses casos também caberiam a Relativização da Coisa Julgada.

Exemplos ou hipóteses de coisa julgada inconstitucional por Eduardo Andres<sup>18</sup>:

*Caso clássico é o do servidor público que obtém determinada vantagem pecuniária na Justiça e, uma vez transitada em julgado a decisão, está assegurado seu direito de forma definitiva. Um colega seu, exercente do mesmo cargo e função e com o mesmo tempo de serviço público, vai ao Judiciário colimando a obtenção da mesma vantagem, porém, distribuía sua causa a outro magistrado, tem negada essa pretensão, em decisão que também transita em julgado. Entre a primeira e a segunda decisão judicial definitiva, o Supremo Tribunal Federal pronuncia-se pela inconstitucionalidade da vantagem pecuniária.*

*Cria-se, pois, um fato de grande perplexidade, eis que servidores na mesma situação jurídica perceberão diferentes remunerações apenas em decorrência da atuação do Estado-Juiz. A noção prevalente de justiça não é observada no caso citado quando a solução judicial advém de mera mudança ou divergência jurisprudencial, como costuma ocorrer com indesejável frequência. Muitas vezes, o simples momento de ajuizamento da demanda determina seu sucesso ou fracasso.*

*Observe-se que não se está a referir a situações em que o servidor perde a demanda em virtude de negligência processual, por exemplo deixando de recorrer quando tinha essa faculdade.*

*Além disso, é inegável o interesse público na questão, porquanto, no caso narrado, o erário é onerado a cada mês por pagamentos que a Corte Suprema já decidiu indevidos.*

*Outro exemplo clássico é fornecido por ações de investigação de paternidade propostas e apreciadas antes dos atuais exames periciais, que possibilitam, mediante a aferição do código genético, identificar a ascendência com grande precisão. É possível que pronunciamentos definitivos da Justiça sejam contrariados pelos novos exames.*

*Para o Ministro José Delgado (In NASCIMENTO, Carlos Valder do, 2003, p. 97), a sentença trântita em julgado, em época alguma, pode, por exemplo, ser considerada definitiva e produtora de efeitos concretos, quando determinar, com base exclusivamente em provas testemunhais e documentais, que alguém é filho de determinada pessoa e, posteriormente, exame de DNA comprove o contrário.*

---

<sup>18</sup> ANDRES, Eduardo Ferreira Rodriguez. **A coisa Julgada Inconstitucional**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 42., n. 166 abr./ jun., 2005.

*Nessas situações, persiste o interesse indisponível, afeto aos direitos de personalidade, de a representação jurídica da filiação ser condizente com a realidade material.*

*Desnecessário mencionar que as relações de parentesco dão azo a inúmeras outras relações jurídicas, mormente na seara do Direito de Família e das Sucessões. Indaga-se, pois, nessas hipóteses, como o Estado pode, a pretexto de estabilizar uma relação jurídica, desconhecer a existência de flagrante inconsistência da decisão judicial transitada em julgado, provocando nítidos e sérios danos aos direitos de personalidade dos envolvidos.*

*(...)*

*São possíveis inúmeros outros exemplos de decisões definitivas em que cabe a discussão acerca de sua imutabilidade. Boa parte delas é albergada nos diversos ramos do Direito Público, quando o interesse geral atua no sentido de questionar as consequências dos julgados. É o caso de decisões que livram contribuintes de exações tributárias as quais são posteriormente declaradas constitucionais pelo Supremo Tribunal.*

*José Delgado (In NASCIMENTO, Carlos Valder do, 2003, p. 101) arrola enorme número*

*de hipóteses em que as decisões definitivas afrontariam a Constituição Federal.*

*Algumas delas são: 1) que impeça alguém de associar-se ou de permanecer associado, 2) que nulifique o direito de herança, 3) que impeça a atuação de cultos religiosos, 4) que inviabilize a aposentadoria do trabalhador,*

*5) que considere eficaz e efetiva dívida de jogo ilícito e, por fim, 6) que legitime a violação do sigilo da correspondência.*

## 6. SENTENÇAS INEXISTENTES E NULAS

São situações que a coisa julgada não teria nem se quer se formado. Podemos citar nesse caso, conforme defenderam Tereza Arruda Alvin e José Miguel Garcia, a decisão judicial inquinada de um vício capaz de torná-la juridicamente inexistente e também quando não se tenha realizado conhecimento necessário para que a decisão possa ser protegida pelo manto da coisa julgada<sup>19</sup>.

A doutrina aponta algumas possibilidades de sentenças inexistentes que podemos resumir em: (a) falta do interesse do autor (o juiz não pode decidir extra petita); (b) a falta de legitimidade para a prática dos atos processuais da parte (seja porque determinados atos processuais necessariamente devem ser praticados por um advogado que juntar procuração para atuar na causa, que deve estar inscrito nos quadros da OAB, e em situação regular); (c) pedido não aceito pelo ordenamento jurídico (por exemplo uma sentença que determina a pena de morte no Brasil é ato juridicamente inexistente, visto a ilegalidade da pena). Em outras palavras, necessário se preencher as condições da ação (partes, pedido e causa de

<sup>19</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvin. MEDINA, José Miguel de Garcia. **O dogma da coisa julgada: hipóteses de Relativização.** – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

pedir), ou a decisão dessa ação estará viciada, por isso mesmo que simulando decisão válida, as sentenças inexistentes podem a qualquer momento ter sua nulidade declarada.

## **7. COISA JULGADA CONTRÁRIA À MORALIDADE, À CONSTITUIÇÃO E À REALIDADE DOS FATOS**

Consagrados nos princípios da legalidade e isonomia, optado pelo estado democrático do direito temos a tese da unicidade do direito. Pela escolha da unicidade, é possível estruturar o instituto da coisa julgada com maior praticidade permitindo a revisão de alguns julgados, ainda que definitivos, quando o conteúdo do julgamento for evidentemente errado, ou seja, quando a coisa julgada reconheceu direito subjetivo efetivamente inexistente.<sup>20</sup>

Para TESHEINER, o operador do direito está habituado com a “imodificabilidade” da coisa julgada, mas essa também é suscetível de ser atacada, revista e desconstituída, mesmo que essa ideia pareça contraditória.

É logicamente possível o entendimento de que:

A coisa julgada, enquanto fenômeno decorrente de princípio ligado ao Estado Democrático de Direito *convive com outros princípios fundamentais igualmente pertinentes*. Ademais, como todos os atos oriundos do Estado, também a coisa julgada se formará se presentes os pressupostos legalmente estabelecidos. Ausentes estes, de duas, uma: (a) ou a decisão não ficará encoberta pela coisa julgada; ou (b) embora suscetível de ser atingida pela coisa julgada, a decisão poderá, ainda assim, ser revista pelo próprio Estado, desde que presentes motivos preestabelecidos na norma jurídica, adequadamente interpretada.<sup>21</sup>

Quando pensamos na decisão contrária a Constituição, logo nos remete a Declaratória de Inconstitucionalidade e seus efeitos sobre o objeto de análise. Pois sim, esta é logicamente a solução jurídica para essa situação. Do mesmo modo, faltam os pressupostos de validade da ação quando a matéria decidida contraria a “Lei das leis”.

Porém o assunto não se encerra na nítida ofensa a constituição, visto que essa pode advir de posicionamento posterior do STF. Aqui podemos citar a *sentença baseada em Lei*

---

<sup>20</sup> TESHEINER, José Maria Rosa. **Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil**. 1. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

<sup>21</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvin. MEDINA, José Miguel de Garcia. **O dogma da coisa julgada: hipóteses de Relativização**. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. pag. 25.

*que posteriormente foi declarada inconstitucional.* A discussão avança no sentido do prazo para a ação rescisória e também nos efeitos *ex tunc*, ou *ex nunc* sobre a decisão, pois, por um lado, o STF no momento da decisão não entendia que a Lei aplicada era inconstitucional, o reconhecimento foi fato futuro, e o juiz decide conforme a legislação vigente; por outro lado, mesmo que a declaração de inconstitucionalidade só ocorreu depois, a Lei ou é constitucional ou não é, lógico não seria ser constitucional e não mais ser. Por isso, a declaração de nulidade da decisão, com efeito “*ex tunc*” nos parece mais convincente.

## **8. SENTENÇA QUE OFENDE À COISA JULGADA**

Segundo o art. 485, IV do CPC é motivo de Rescisão a Decisão que contraria a coisa julgada. Podemos considerar nesse caso que não foram preenchidas as condições da ação, pois julgar pedido já decidido torna a sentença inexistente, contraria ao direito adquirido. Segundo a legislação processual civil, a coisa julgada pode ser alegada em qualquer momento pelas partes e declarada de ofício também a qualquer tempo no processo pelo juiz. Se isso não ocorre, proferida a sentença, esta não preencheu as condições da ação, por isso inexistente. Se por um lado o prazo para a rescisória previsto no CPC é de apenas dois anos, há de se considerar que a ofensa à coisa julgada está também esculpida na Constituição Federal, art. 5º, XXXVI é por isso que a doutrina defende não haver prazo para a propositura da ação rescisória ou para melhor denominar, ação declaratória de inexistência da decisão, conforme defende Tereza Alvin.

## **9. TEORIA DA RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA MATERIAL**

Relativizar a coisa julgada material significa afastar a intangibilidade da coisa julgada para a análise do caso específico. Um exemplo clássico de Relativização é a permissão do exame de DNA para se aproximar da verdade dos fatos na questão de investigação de paternidade em casos que na época da sentença não foi possível usar-se de tal ferramenta para instrução processual. Antes de existir o exame de DNA as causas de investigação de paternidade eram decididas com base de exame de sangue, fotos, provas testemunhais, entre outras. Com o avanço da ciência e surgimento do exame, mesmo que já precluso o prazo de

dois anos para a ação rescisória, questiona-se se não seria caso de atingir a coisa julgada em favor de princípios constitucionais que protegem os que desejam conhecer a verdade sobre a filiação. Note-se que nesse caso a segurança da coisa julgada é atingida para se chegar a uma decisão mais justa.

Por outro ângulo, é cabível conclusões contrárias que defendem que o objetivo do Estado em dirimir os conflitos de interesse não comporta relações jurídicas continuadas, visto o avanço da ciência e o avanço do campo de pesquisa conforme defende Aragão:

É natural que diante do modo de formação da sentença surgisse a tendência de contrastar o resultado (isto é, o próprio julgamento) com a verdade e se deparasse com a possibilidade de o juiz haver errado, mas mesmo assim sua manifestação ficar revestida da imutabilidade peculiar à coisa julgada, característica esta que independe de a sentença estar efetivamente certa, de representar *a verdade*. Não fosse assim o juiz deveria proceder como pesquisador científico, que reproduz as experiências e renova indefinidamente as investigações até encontrar o resultado final (no caso do processo até descobrir a *verdade*. Mesmo a sentença errada, portanto que não representa a verdade, conduz efetivamente à coisa julgada; proporcional solução estável, imutável.<sup>22</sup>

### 9.1) DIVERGÊNCIA DOUTRINÁRIA

A Relativização da Coisa Julgada é tema no qual divide a doutrina e tem sido sede de discussões nos tribunais sobre sua possível aplicação em relações jurídicas, sejam de cunho locatário, previdenciário, acidentário, tributário, e outras.

O Nobre doutrinador Cassio Scarpinella descreve sobre as funções positivas e negativas da coisa julgada:

A função *positiva* da coisa julgada relaciona-se à noção de *imutabilidade* da decisão transitada em julgada obrigar, isto é, vincular as partes perante as quais ela foi proferida.

Por sua vez, a chamada função *negativa* da coisa julgada captura o instituto como pressuposto processual *negativo*, isto é, como um fator impeditivo de sua discussão de qualquer órgão jurisdicional ou pelas próprias partes.<sup>23</sup>

No âmbito jurídico é possível encontrar os defensores de que a Coisa julgada deverá ser relativizada quando a decisão for contrária a princípios constitucionais, ou ainda contrária a moralidade ou realidade dos fatos. Mestres consagrados como Humberto Teodoro Junior e

<sup>22</sup> ARAGÃO, Ergas Dirceu. **Moniz de. Sentença e Coisa Julgada**. Rio de Janeiro: Aide Ed., 1992. p. 142

<sup>23</sup> SCARPINELLA, Cassio Bueno. **Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum: sumário e ordinário**. v.2, Tomo I. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 416.

Candido Rangel Dinamarco<sup>24</sup>, para quem “a ordem constitucional não tolera que se eternizem injustiças a pretextos de não eternizar litígios”. Para eles, a intangibilidade da coisa julgada não é absoluta.

Há aqueles com a opinião de que a coisa julgada não pode ser atingida pela “desconsideração” para não prejudicar a garantia de segurança jurídica. Essa corrente prioriza a conservação das decisões transitadas em julgado.

## 9.2) POSIÇÃO DO JUDICIÁRIO

Ainda há pouco tempo, uma correspondente da Revista Consultor Jurídico comentou sobre a colocação de alguns ministros no Anuário da Justiça do Ano de 2011 sobre Relativizar a coisa julgada:

*O ministro **Mauro Campbell** é taxativo. “No lugar de relativizar a coisa julgada, o Judiciário tem de qualificar ainda mais seus julgamentos, julgar melhor”, afirma. Outro ponto para o qual ele chama a atenção é quanto à modulação dos efeitos da decisão. “Com isso, evitaremos a necessidade de revisão da coisa julgada, esta sim uma prática de enorme risco à segurança jurídica.”*

***Hamilton Carvalhido** afirmou que a relativização é necessária, mas em casos “absolutamente excepcionais”. Para **Arnaldo Esteves Lima**, a coisa julgada só pode ser desfeita com ação rescisória. “A 2ª Turma já decidiu por unanimidade que ‘vício insanável pode ser impugnado por meio de ação autônoma movida após o transcurso do prazo decadencial para ajuizamento da ação rescisória”, contou **Humberto Martins**.*

*Para o ministro **Benedito Gonçalves**, em regra, não se pode relativizar a coisa julgada na fase de execução de sentença. “Muitas vezes, um processo leva 15 anos para ser decidido. Depois disso tudo, não me parece razoável rever uma sentença que fixou a regra que está regulando aquela relação social da qual surgiu o conflito”, disse.*

*Já o ministro **Teori Zavascki** diz que há um “mito” em torno do tema. “A discussão começou na época da inflação galopante. Ações demoravam tanto e na fase de execução resultava em um valor pífio. Logo, o princípio da coisa julgada comprometia a justa indenização, que é outro princípio constitucional”, afirmou. Para o ministro, a discussão estaria liquidada se houvesse um prazo de dois anos para se propor ação rescisória em casos especiais.*

***Castro Meira** entende que admitir a relativização total é muito grave. “Mas, nas questões que envolvem a constitucionalidade, há outros valores. Quando uma lei é declarada inconstitucional, a relativização é plenamente aceitável, mas a decisão que a invalidou também tem de transitar em julgado. E os efeitos só se aplicam a situações que ocorrerem depois disso”, entende. As respostas dos ministros integram o [Anuário da Justiça 2011](#).*

*No [lançamento](#) da publicação, o tema também foi repercutido. “O absurdo não transita em julgado”, disse o presidente da Associação dos Magistrados*

<sup>24</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel . **Relativizar a coisa julgada material**. Revista de Processo, Rio de Janeiro, v. 28, n. 9, 2003. p. 9-38.

Brasileiros, **Nelson Calandra**. O desembargador afirmou que há questões equivocadas que, muitas vezes, mesmo cobertas pela autoridade da coisa julgada, não podem ser objeto de execução. “Na Vara de Fazenda Pública, eu me deparei com centenas de execuções com erro de cálculo imenso, coisa de bilhões de reais, e que estava de algum modo coberto pela coisa julgada”, contou. Ele afirmou que procurou afastar o resultado absurdo, mostrando que havia um erro de conta.

Calandra lembrou que o Supremo tem se deparado com hipóteses sobre a relativização da coisa julgada. “Essa decorre muito menos de colocar em dúvida a autoridade daquilo que já não cabe mais recurso, que chamamos de coisa julgada material, e sim do fato da morosidade do processo. Ele demora tanto, percorre um caminho tão longo que, quando bate no Supremo Tribunal Federal, aquele julgado já não se mostra mais adequado à interpretação atual do Supremo”.

O advogado-geral da União **Luís Inácio Adams** considera o tema importante. “É um instrumento que, se bem aplicado, evita situações absurdas.” Ele citou o exemplo de uma decisão judicial que declara a isenção ou imunidade fiscal de uma empresa. O Supremo, após julgar uma ação em que foi reconhecida a repercussão geral, emite uma Súmula Vinculante, dizendo que as empresas do setor não têm imunidade. Na opinião de Adams, manter a isenção para a empresa que tem uma decisão favorável transitada em julgado vai fazer com que ela esteja em uma situação privilegiada em relação às concorrentes no que diz respeito à matéria tributária.

Diretora jurídica da Souza Cruz, **Maria Alicia Lima**, afirma que é sempre preocupante qualquer tendência que possa, de alguma forma, prejudicar segurança jurídica. “A partir do momento em que há uma posição consolidada do Judiciário, nós contamos com ela.” Maria Alicia compreende que a iniciativa de modernização para atender melhor o jurisdicionado que, de certo modo, justificaria essa relativização. “Mas, de uma forma geral, preferimos a segurança jurídica a uma situação de indefinição”, completou.

Para o desembargador **Marco Aurélio Bellizze**, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, relativizar é suprimir a coisa julgada. Ele afirma que o mecanismo é fundamental para a segurança jurídica e que só em situações de evidente dolo autorizariam a supressão da coisa julgada. “A eterna busca pela Justiça perfeita, certamente, impedirá a pacificação das relações sociais. O sistema tem de estar equilibrado para, dentro de um período razoável, julgar com segurança os conflitos.”

Também do TJ fluminense, o desembargador **Luiz Felipe Francisco** afirma que a coisa julgada só deve ser alterada caso se constate algum erro ou nulidade que tenha contribuído para que houvesse o trânsito em julgado indevidamente.

O secretário da Reforma do Judiciário, **Marcelo Vieira**, do Ministério da Justiça, afirmou que o assunto está sendo discutido nos tribunais superiores. “Conseguimos debater o tema no novo CPC. Não está maduro.” Ele contou que o assunto estará inserido nos debates que vão acontecer em maio para ouvir opiniões de todos os profissionais sobre o projeto do novo CPC.<sup>25</sup>

---

<sup>25</sup> ITO, Mariana. **Ministros debatem a relativização da coisa julgada**. 04 de abril de 2011, 10:23h. <<http://www.conjur.com.br/2011-abr-04/ministros-stj-dividem-relativizacao-coisa-julgada#author>>. Acesso em: 05 jul. 2014. Revista **Consultor Jurídico**

No que diz respeito a relativização da coisa julgada nas cortes superiores, prevalece uma variedade de posicionamentos, o que demonstra que o assunto ainda não está dotado de uma mesma interpretação jurídica, formalizando uma ou outra tese.

Por tudo, ainda prevalece a análise do caso concreto, visto que a flexibilização, se aceita, não pode banalizar as sentenças sendo dotada de peculiaridade e especificidade. Carece ainda de um desenvolvimento de parâmetros para garantir melhor segurança, justiça e igualdade nos atos processuais que envolvam decisões transitadas em julgado.

### **9.3) MECANISMOS PROCESSUAIS DE RELATIVIZAÇÃO**

Visando o entendimento da aplicação prática de cada teoria, ficarão demonstradas situações de incidência ou não incidência da flexibilização da coisa julgada material e também os instrumentos processuais para as hipóteses de ação rescisória (exceção à coisa julgada que permite a modificação de sentença transitada em julgado em casos específicos).

A ação rescisória é instrumento processual para romper o que foi decidido na sentença, possível nas hipóteses excepcionais previstas no art. 485 do Código de Processo Civil. Não há que se falar em ação rescisória quando a Decisão contraria a constituição. A sentença deverá ser declarada nula, sem efeitos e para isso bastaria qualquer instrumento processual, como Embargos à Execução.

Para isso é muito importância da análise do caso concreto, utilizando dos instrumentos processuais (coisa julgada e relativização) para atingir o justo fim que pretende o direito.

## **10. FLEXIBILIZAÇÃO DA COISA JULGADA EM RELAÇÕES CONTINUATIVAS**

Na sentença proferida recentemente no processo nº0000801.54.2011.403.6128, é levantado pela M.M. Juíza Marília Rechi Gomes De Aguiar Leonel Ferreira da 2º vara do Juizado Especial Federal de Jundiaí verifica-se que não houve julgamento de mérito devido o impedimento de coisa julgada:

*(...) Consulta ao Sistema Informatizado dos Juizados revela que o autor ajuizou ação anterior em que as partes, causa de pedir e o pedido aqui formulado são semelhantes, e tal pedido já foi apreciado. Consta também que a sentença do referido processo já transitou em 2014/630400047196-51399-JEF, em que já foi apreciado o pedido de aposentadoria por invalidez. Há, também, coisa julgada parcial em relação aos autos 0004314-89.2008.4.03.6304, em que foi concedido o auxílio doença e condenado o INSS a implantar a reabilitação profissional. Destaco que sequer foi cumprida integralmente a sentença daquele processo, vez que foi*

*deferida antecipação de tutela nestes autos para suspender a reabilitação profissional sem suspensão do pagamento do auxílio doença. Ainda, caso houvesse agravamento (o que a perícia médica não comprovou), a parte autora não comprova haver formulado novo requerimento administrativo perante o INSS, indeferido ou não apreciado no prazo legal, o que lhe retira o interesse de agir nestes autos.*

*Entendo, assim, que está caracterizada está a coisa julgada, pressuposto processual negativo de constituição válida e regular do processo, segundo o qual não se pode levar à apreciação do Poder Judiciário questão já decidida definitivamente. Não há, com efeito, lide porque o conflito de interesses já foi definitivamente equacionado. A parte autora, com efeito, já exerceu o direito constitucional de ação e a lide foi definitivamente julgada.*

*Consoante o teor do parágrafo terceiro do artigo 267 do Código de Processo Civil, a questão referente à preempção, à litispendência e à coisa julgada (inciso V), bem como a referente às condições da ação (possibilidade jurídica do pedido, legitimidade das partes e interesse processual) (inciso VI), são de ordem pública e devem ser conhecidas pelo magistrado ex officio, em qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição.*

*Decorrência direta da extinção do processo é a perda da eficácia da tutela nestes autos concedida, pelo princípio da substituição dos atos processuais.*

*Ante o exposto, reconheço de ofício a coisa julgada e JULGO EXTINTO O PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO, nos termos do artigo 267, inciso V parágrafo 3.º, do Código de Processo Civil. Com a perda da eficácia da antecipação de tutela concedida, deve o INSS retomar o processo de reabilitação profissional da autora nos termos da sentença do processo 0004314-89.2008.4.03.6304. Contudo, se a segurada se recusar a freqüentar o programa de reabilitação voltado a capacitá-la ao exercício digno de outra função para a qual estará capaz, é certo não se poderá obrigá-la a se submeter ao dito programa, porém, em contrapartida, não se poderá obrigar o INSS a pagar indefinidamente benefício previdenciário pela incapacidade parcial da autora. (...)*

Sobre a decisão é cabível os seguintes apontamentos e argumentação de defesa, para afastar a tese de incidência da coisa julgada e discutir se esta foi injusta, omissa ou contraditória e merece ser reformada:

a) A sentença “a quo” julgou extinto o processo sem resolução de mérito pautada no fundamento de que não houve agravamento da doença conforme descrito no laudo pericial, entendendo ser o mesmo pedido e causa de decisão anterior já estabilizada.

b) A MM. Juíza descreve ainda que ficou caracterizada falta de interesse de agir por parte da Autora.

c) Porém, importa anotar sobre as ações que a Autora propôs em face da Autarquia, ora Requerida, as quais tramitaram perante o Juizado Especial Federal desta Comarca:

- Processo nº 0004314-89.2008.4.03.6304 – Pedido de Concessão de Auxílio Doença ou Aposentadoria por Invalidez, proposta em 24/07/2008. Referida ação foi julgada

procedente quanto ao pedido de concessão de auxílio doença. Referida decisão transitou em julgado em 07/04/2009;

Quanto à propositura da primeira ação, há que frisar que o pedido principal foi o de concessão de Auxílio Doença, portanto, impossível cogitarmos a hipótese de ocorrência de coisa julgada com a presente ação, a qual versa sobre Conversão do Auxílio Doença em Aposentadoria por Invalidez, haja vista que a Autora já recebe o benefício – Auxílio Doença.

- Processo nº 0002034-77.2010.4.03.6304 – Conversão de Auxílio Doença em Aposentadoria por Invalidez, proposta em 06/04/2010. Referida ação foi julgada improcedente, haja vista que em perícia médica realizada, restou comprovada incapacidade parcial e permanente, não sendo, portanto, suficiente para a concessão do benefício pleiteado. Referida decisão transitou em julgado na data de 13/10/2010.

Necessário frisar que no momento da perícia, a qual foi realizada na data 06/05/2010 nos autos já informado acima, a Sra. Perita concluiu que os requisitos para a conversão em aposentadoria por invalidez não estavam preenchidos. Em que pese o laudo ter sido desfavorável à Autora, nada impede o futuro recebimento, considerando que ultrapassado algum tempo ocorreu agravamento do seu quadro clínico.

Em relação à propositura da segunda ação, ainda que dúvidas possam surgir, pois se tratam do mesmo pedido, não há óbice à Autora, diante do agravamento do seu quadro de saúde, por isso requereu o que está sendo apreciado (a advogada da Autora impetrou embargos de declaração para que seja aclarada a contradição dos argumentos da sentença).

**e) Em que pese a Autora ter ingressado com as ações retro mencionadas, a relação processual no caso em concreto é CONTINUATIVA, ou seja, houve mudança no decorrer do tempo constituindo fatos novos conforme se comprovou por toda a documentação acostada no processo, PORTANTO AS DECISÕES DEFINITIVAS ANTERIORES NÃO PODEM IMPEDIR A SOLUÇÃO JURÍDICA DA LIDE ATUAL!! (não faz coisa julgada sobre a matéria em questão neste processo).**

Desta feita, a matéria não está esgotada, haja vista que eventual agravamento ou alteração do quadro de saúde da Autora, permite que o benefício possa ser pleiteado como medida de Justiça. Neste sentido, requereu a advogada da Autora que seja afastada eventual alegação de coisa julgada por parte da Autarquia Ré, até porque, os efeitos da sentença, neste caso, operam sobre o passado e não sobre o futuro.

Por este prisma, a força da coisa julgada tem uma condição implícita: a da cláusula “rebus sic stantibus”, ou seja, ela atua enquanto se mantiverem íntegras as situações de fato e de direito existentes quando da prolação da sentença, as quais, infelizmente, no caso da Autora, não permaneceram da mesma forma, o que foi demonstrado.

f) E mais, justamente por ter uma ordem judicial anterior que obrigava o INSS a incluir a Autora no plano de Reabilitação, isso inviabilizou a Autora de pleitear administrativamente a Aposentadoria por invalidez, pois as perícias já são marcadas pelo próprio INSS que vinha cumprindo com a determinação judicial, e terminava por a Autora frequentando a escola sem nenhuma expectativa, com dificuldade de locomoção e contrariando a posição dos médicos especialistas que acompanham seu tratamento. **Portanto, não houve falta de interesse de agir da autora, pois o INSS não poderia contrariar uma determinação judicial.**

g) Todo o conjunto probatório é claro, os documentos médicos evidenciam, tanto do Dr. Carlos A. M. Nascimento (doc. 85 e 86 da inicial) que afirma que a Autora não tem condições para o trabalho. E corroborando com isso, comprovando que houve agravamento no quadro de saúde da Autora, consta no laudo datado em 30/10/2011 que a mesma apresenta dificuldade de locomoção: *“Sem condições de trabalho, pois suas lesões são de caráter permanente e irreversíveis. Dificuldade de locomoção”*. A Autora já conta com 49 anos de idade, sempre laborou em funções que exigem a locomoção e até mesmo para se preparar para qualquer outra função, terá que se locomover até o local. A sentença se quer fez considerações sobre essa prova tao importante!!

h) O INSS insiste que a mesma conclua o ensino fundamental, porém a mesma frequenta as aulas sem qualquer expectativa de trabalho, pois sabe que não está aguentando se quer ir e voltar as aulas de ônibus. A situação já se tornou insuportável, pois sua locomoção está agravando cada dia mais sua doença. E mais, seus médicos orientam permanecer em repouso absoluto! E este pedido e documento foi ignorado na sentença “a quo”.

**Dos documentos e respectivas justificativas que não foram analisados na r. Sentença:**

Todos os documentos, (exames/laudos/declarações médicas) que foram juntados à presente ação, foram emitidos após a realização da perícia médica feita no processo nº 0002034-77.2010.4.03.6304, ou seja, após maio/2010.

Concluimos, portanto que é comum em causas previdenciárias decidir-se pela coisa julgada, e que há casos em que, por se tratar de relações continuativas não ocorre a coisa julgada, visto que surgem fatos novos.

Quando estamos diante da coisa julgada previdenciária é necessário também considerar os princípios do direito previdenciário que são protetivos e estão voltados para a sensibilidade social.

## CONCLUSÃO

Vimos que entre os princípios constitucionais não há uma escala de graduação de importância na aplicação, mas que diante do caso concreto ocorre a prevalência de uns sobre os outros, ou mesmo sua aplicação conjunta. Alguns doutrinadores defendem que a afronta a princípios e garantias constitucionais podem motivar a relativização da coisa julgada. E mais, quando a decisão judicial é contrária a Constituição, essa poderá ser entendida como nula, portanto sem efeitos. Nesse caso não existiria coisa julgada, permitindo futuro julgamento sem se falar em Relativização, pois não foi constituída a coisa julgada.

A breve apresentação dos mecanismos processuais de relativização, ou seja, explicando a forma que se procede a rescisão da decisão transitada em julgado se aceita for a flexibilização da coisa julgada objetivou lançar vistas para a execução da teoria defendida.

Não é justo negar a oportunidade de a pessoa se valer de um mecanismo processual que possibilite rever, por meio de uma nova ação, direito previdenciário negado em processo precedente, supostamente fictício. Essa discussão ajudou a entender sobre as situações em que há a formação de novas relações jurídicas com mudança de fatos e fundamentos jurídicos (causa de pedir). Os exemplos da aplicação e não aplicação da tese da Relativização da Coisa Julgada no âmbito das ações previdenciárias e de investigação de paternidade, permitiram uma aproximação do tema da realidade dos processos.

Deixo aqui minha contribuição ao estudo do tema sabendo que o debate continuará presente no âmbito jurídico. Espero que a doutrina e jurisprudência se desenvolvam para melhor alcançá-lo.

Desta forma, com as digressões acerca do tema, espera-se contribuir para o aperfeiçoamento deste importante tema, oferecendo uma pesquisa voltada para a realidade da prática processual.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRES, Eduardo Ferreira Rodriguez. **A coisa Julgada Inconstitucional**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 42., n. 166 abr./ jun., 2005.

ARAGRAO, Ergas Dirceu. **Moniz de. Sentença e Coisa Julgada**. Rio de Janeiro: Aide Ed., 1992. p. 197.

ARAGRAO, Ergas Dirceu. **Moniz de. Sentença e Coisa Julgada**. Rio de Janeiro: Aide Ed., 1992. p. 142

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**, 10. ed., p. 120-1.

CALDEIRA, Marcos Flavio Horta. **Coisa Julgada e crítica à sua “relativização”**.1. ed. Brasília: Tessauros, 2012. p.19.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Relativizar a Coisa Julgada Material**. Revista de Processo. - Rio de Janeiro, v. 28, n. 9, 2003.

GUARIGLIA, Osvaldo. **Uma ética para el siglo XXI – Ética y derechos humanos em um tempo posmetafísico**, p. 85-86.

ITO, Mariana. **Ministros debatem a relativização da coisa julgada**. 04 de abril de 2011, 10:23h. <<http://www.conjur.com.br/2011-abr-04/ministros-stj-dividem-relativizacao-coisa-julgada#author>>. Acesso em: 05 jul. 2014. Revista **Consultor Jurídico**.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**,17. Ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2013., p. 150-2.

MENDES, Gilmar Ferreira. I. M. Coelho, P. G.G. Branco, *Curso de direito constitucional*, 5. Ed. p. 1432.

NALINI, José Renato. **Ética Geral e Profissional**. 8. ed.- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.p. 87.Rio de Janeiro, v. 28, n. 9, 2003. p. 9-38.

ROBERTO, Paulo de Oliveira Lima. **Contribuição à Teoria da Coisa Julgada**. 1. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997., p. 436-7.

ROSS, Aff. **Direito e Justiça** (*On law and justice*) – Tradução Edson Bini – revisão técnica Alysso Leandro Mascaro – Bauru, SP: EDIPRO, 2º ed., 2007. p. 313.

SCARPINELLA, Cassio Bueno. **Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum: sumário e ordinário**. v.2, Tomo I. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 416.

TESHEINER, José Maria Rosa. **Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil**. 1. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

THEODORO, Humberto Junior; CORDEIRO, Juliana Faria. **A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle**. In: Carlos Valder do Nascimento (coord.). *Coisa julgada inconstitucional*. 2003, p 142.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvin. MEDINA, José Miguel de Garcia. **O dogma da coisa julgada: hipóteses de Relativização**. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

**Vade Mecum Compacto**. 3 Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 178.

## **GARANTIA DA EFETIVAÇÃO DO DIREITO SUBJETIVO: O ACESSO À CRECHE**

*Denair Pilon<sup>1</sup>*

*Lúcia Helena de Andrade Gomes<sup>2</sup>*

### **RESUMO**

O relevante papel que a educação desempenha na formação da sociedade é inquestionável. Entretanto o Poder Público não vem cumprindo seu papel de forma a contemplar o atendimento a todas as crianças de 0 a 3 anos. O cumprimento desse direito é posto em evidência nos recentes debates por meio de pesquisas e estatísticas. O presente trabalho traz uma reflexão acerca do conceito, origem e contribuição do Direito Educacional na garantia da efetivação do direito subjetivo à educação aliado aos mecanismos de acesso e proteção. Apresenta a trajetória da Educação Infantil e evidencia parte dos documentos que orientam e embasam as transformações ocorridas ao longo dos últimos anos. Finalizando, a pesquisa apresenta o desafio do Poder Público trazendo à luz de experiências vivenciadas no município de Jundiaí. Demonstra a mobilização da Secretaria Municipal de Educação quanto ao atendimento da demanda existente no cumprimento do direito constitucional e prestacional enquanto garantia fundamental.

**PALAVRAS-CHAVE:** educação, creche, direito subjetivo.

### **INTRODUÇÃO**

O direito à educação é celebrado de forma efetiva na legislação brasileira. Entretanto é evidente a dificuldade por parte do estado para garantir a universalização no que se refere ao acesso à creche.

Neste contexto o presente estudo reflete acerca dos fatores que justificam o aumento da demanda pela procura de vagas nas Creches, as dificuldades enfrentadas pelas famílias e a mobilização do poder público com intuito de ampliar as possibilidades de atendimento.

---

<sup>1</sup> Autora: bacharel em Direito e diretora de educação. Monografia aprovada, 2013, UNIANCHIETA, Jundiaí. S.P.

<sup>2</sup> Orientadora: Doutora em Educação: Currículo e mestre em Psicologia da Educação PUC- S.P. – advogada, professora e coordenadora de monografias do curso de Direito do Centro Universitário Padre Anchieta, em Jundiaí (SP).

Com o intuito de ampliar o debate acerca do tema a presente pesquisa busca responder a seguinte questão: Em que medida o direito educacional conceituado como conjunto de normas, princípios e doutrinas que disciplinam as relações entre escolas, famílias e poder público, podem contribuir para a efetivação do direito à educação?

A metodologia adotada na pesquisa diz respeito aos estudos realizados com o intuito de trazer para o debate as contribuições de especialistas e estudiosos do Direito Educacional e a relação existente entre esse direito e os demais ramos do Direito.

Por meio de uma metodologia descritiva e explicativa apresenta-se a forma como a legislação trata a educação desde a Constituição de 1937 até a Constituição cidadã bem como o tratamento dado pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional e o Estatuto da Criança e do Adolescente. Apresenta-se, também, a trajetória histórica da Educação Infantil e seus documentos norteadores.

O relato de experiência vivenciada no município de Jundiá ilustra o presente artigo à medida que apresenta a mobilização do Poder Público no atendimento às crianças de 0 a 3 anos de idade.

A educação, ao longo da história, vem conquistando seu espaço de caráter imprescindível no desenvolvimento de uma sociedade que enfrenta desafios emergentes e que exige princípios e valores fundamentais na busca de respostas às exigências modernas. A Educação é a base, o alicerce sem o qual não se forma uma nação. O homem se forma pela cultura e democratização e a educação ocupa papel central no desenvolvimento de uma sociedade mais justa e igualitária.

Para o professor M.S. Nelson Joaquim<sup>3</sup> o trabalho dos profissionais do direito, gestores educacionais e todos aqueles que lidam com a legislação educacional consiste em qualificar as relações educacionais em conformidade com o Direito Educacional e a legislação de ensino.

Entendemos Direito Educacional como um novo ramo do Direito, inserido na esfera Pública ou Privada, por trazer um conjunto de normas constitucionais, regras, regulamentos, decretos que regularizam e disciplinam as relações vivenciadas no cotidiano das Instituições

---

<sup>3</sup> JOAQUIM, Nelson. *Direito Educacional O quê? Para quê? E para quem?* Disponível em <<http://jus.com.br>>. acesso aos 10-06-2013

Educacionais, que aludem aos direitos e deveres dos diferentes atores ( gestores, professores, funcionários, alunos e pais).

Convém ressaltar que o Direito Educacional relaciona-se diretamente com o papel e responsabilidade do Estado, com a organização dos sistemas de ensino, com a obrigatoriedade da educação básica, com os princípios do ensino, com a fixação dos conteúdos desenvolvidos, com o atendimento aos portadores de necessidades educacionais especiais, com a distribuição dos recursos financeiros.

Diante disso fica evidente que as relações estabelecidas nos contextos escolares são as mais diversas e exigem legislação específica e tratamento adequado às diversas situações. Faz-se necessário a efetiva compreensão e integração dessas duas áreas: Direito e Educação.

Cumpre-nos assinalar que se fizermos uma retrospectiva acerca das Constituições de 1824, 1891, 1934, 1937, 1943, 1967, 1969 até chegarmos à Constituição de 1988 visualizaremos a presença do Direito Educacional em todas as Constituições uma vez que a Educação é referenciada em seus artigos.

É imprescindível destacar dentro das reflexões que trazemos nesse estudo quanto ao direito ao acesso à educação, especificamente à Creche, o entendimento do direito educacional para Boaventura<sup>4</sup>.

Ele entende que o Direito Educacional é um instrumento capaz de levar a educação a todos, ou seja, sair do enunciado e da declaração de que todos têm direito à educação para a efetivação individual, social, administrativa e judiciária da educação.

## **A EDUCAÇÃO – DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO.**

A princípio, não há como se falar em Educação sem falar em cidadania e cidadania aqui entendida como igualdade de oportunidades, de direitos e deveres para a efetiva participação social na construção de um mundo melhor. Cidadania está relacionada com direitos fundamentais.

A educação vista sob a ótica do Direito público subjetivo apresenta para o indivíduo o poder de exigir, do Estado, uma prestação ou obrigação prevista na lei.

---

<sup>4</sup> BOAVENTURA, Edivaldo Machado et al. *Direito Educacional. Aspectos Práticos e Jurídicos*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 300 -309.

O art. 205 da Constituição Federal de 1988 relacionado com o art. 6º da mesma constituição eleva a educação ao nível dos direitos fundamentais do homem ao afirmar que a educação é um direito de todos e dever do Estado e da família será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho<sup>5</sup>.

É mister destacar que o art. 206 da referida Constituição afirma que o ensino será ministrado com base no seguinte princípio entre outros: igualdade de condições para o acesso e permanência na escola.

A Lei Federal n. 9.394/69 traz em seu Título III “Do Direito à Educação e do Dever de Educar” no art. 4º a clareza do dever do Estado com a educação pública. Sinaliza, no inciso IV, a garantia de atendimento gratuito em creches e pré-escolas às crianças de zero a seis anos de idade.

Os artigos 29, 30 e 31 da referida Lei consagram a Educação Infantil como a primeira etapa da educação básica, tendo como finalidade o desenvolvimento integral da criança até seis anos de idade, em seus aspectos físico, psicológico, intelectual e social, complementando a ação da família e da comunidade. Afirma, também, que ela será oferecida em creches e pré-escolas.

O Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei Nº 8.069 no Capítulo IV “Do Direito à Educação”, à Cultura, ao Esporte e ao Lazer assevera que a criança e o adolescente têm direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho, assegurando-se-lhes igualdade de condições para o acesso e permanência na escola.

Ainda no que se refere ao direito à educação no art. 54 desse mesmo Estatuto fica evidente o papel do Estado quando deve assegurar à criança e ao adolescente o atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade.

Diante do exposto o Poder Público tem o dever de assegurar efetivamente a igualdade de condições para o acesso e à permanência da criança na escola. O cidadão tem o direito, por meios específicos, da exigibilidade desse direito.

Atualmente a procura por vagas nas Instituições Infantis, especialmente para as Creches, por motivos diversos, tem crescido assustadoramente e a demanda não tem sido

---

<sup>5</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa Art.205*. 45ª Edição. Saraiva, 2011.

atendida de maneira satisfatória. O Poder Público, portanto, tem que se mobilizar, criar mecanismos, se equipar para atender essa procura e assim entendemos, conforme os dizeres de José Murilo de Carvalho, que a construção da cidadania tem a ver com a relação das pessoas com o Estado e com a nação<sup>6</sup>.

### **MECANISMOS DE PROTEÇÃO E ACESSO AO DIREITO À EDUCAÇÃO.**

O direito à educação, conforme palavras de Nina Beatriz Stocco Ranieri merece destaque<sup>7</sup>:

O direito à educação ocupa lugar central no conjunto dos direitos fundamentais, corresponde à sua importância na salvaguarda da dignidade humana: é indispensável ao desenvolvimento da pessoa e ao exercício dos demais direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais. Tal direito tem no Estado não só um Estado prestador por excelência, como também um beneficiário do direito em face do princípio democrático do republicano além de uma potencial ameaça aos direitos de igualdade e liberdade na educação.

Cabe, nessa seara, o oferecimento de educação infantil a todas as crianças cujos pais assim optarem uma vez que essa etapa da educação básica não se constitui em obrigatória.

Mister se faz ressaltar, hodiernamente, a grande procura pelos pais ou responsáveis por vagas nas Creches e as infundáveis listas de espera dos Municípios que não conseguem atender plenamente esta demanda.

Assinalamos dois fatores que contribuem decisivamente no aumento da procura por vagas nos estabelecimentos e aqui nos referimos aos municipais: as instituições de educação infantil há tempos vêm sendo valorizadas e, conseqüentemente, procuradas pelo importante e decisivo papel que desempenham na formação e desenvolvimento das crianças pequenas.

Por outro lado encontramos o mercado de trabalho que tem expandido consideravelmente suas ofertas de vagas mediante processos seletivos para a contratação de profissionais nos mais diversos setores.

Esses dois fatores aliados levam às mães a procurarem, incansavelmente, vagas nas Creches Municipais. Muitas mães, mediante a não disponibilização de vagas, acabam

---

<sup>6</sup>CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil. O longo Caminho*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012, p.12.

<sup>7</sup>RANIERI, Nina Beatriz Stocco. O regime jurídico do direito à educação na Constituição Brasileira de 1988. In: SOUZA, Motauri Ciochetti. *Direito Educacional*. São Paulo: Verbatim, 2010, p. 22.

desistindo, no entanto um número crescente de mulheres vem buscando alternativas no campo jurídico.

Convém ressaltar o posicionamento do Senhor Ministro Celso de Mello em sentença proferida em recurso extraordinário 410.715-5 São Paulo:

A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV).

Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das “crianças de zero a seis anos de idade” (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal<sup>8</sup>.

Assim cabe indagar: quais os instrumentos disponíveis de acesso para que se alcance o direito à educação? Faz-se necessário, portanto, o conhecimento acerca da legislação e contribuição dos especialistas no que tange aos mecanismos de acesso enquanto instrumento de resguardo dos direitos apresentados no art. 208 da Constituição Federal.

Registre-se, ainda, que o Ministério Público da União e dos Estados possui legitimidade não apenas para a defesa de interesses próprios, mas também para a implementação das finalidades institucionais, assinaladas na CF/88 no art. 127 (defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, dentre os quais se encontram aqueles afetos à educação)<sup>9</sup>.

Vale destacar, o art. 201, IX, da Lei 8.069/90 que diz respeito especificamente à impetração de mandado de segurança, de injunção e habeas corpus por parte do Ministério Público na defesa dos interesses sociais e individuais.

O direito à educação é um direito social fundamental para o ser humano e quando negado implica discriminação e descaso do Poder Público.

---

<sup>8</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário - Criança de até seis anos de idade - atendimento em creche e em pré-escola – Educação Infantil - direito assegurado pelo próprio texto constitucional (cf, art. 208, iv).

<sup>9</sup> SOUZA, Motauri Ciochetti. *Direito Educacional*. São Paulo: Verbatim, 2010, p. 124-125.

## **TRAJETÓRIA E DOCUMENTOS NORTEADORES DA EDUCAÇÃO INFANTIL NO BRASIL**

Não existia Brasil, até meados do século XIX, o atendimento às crianças pequenas em creches e instituições.

As altas taxas de mortalidade infantil e o novo cenário causado pela abolição da escravidão no Brasil, que conseqüentemente gerou o abandono de crianças, fazem surgir instituições destinadas a cuidar de crianças pobres e abandonadas.

Por outro lado surgem em 1875 e 1877 respectivamente no Rio de Janeiro e em São Paulo os primeiros jardins de infância públicos inspirados na pedagogia de Froebel para as crianças provenientes das camadas mais favorecidas.

Havia um paradoxo na concepção de atendimento às crianças pequenas. Enquanto Rui Barbosa considerava o jardim da infância como primeira etapa do ensino primário observava-se o fortalecimento na ideia de defesa aos menos favorecidos. Surgem, então, posições históricas referenciando o assistencialismo e educação compensatória aos mais desprovidos economicamente.

Com o passar do tempo foram fundadas instituições de proteção e assistência às crianças e uma série de escolas infantis, algumas, inclusive, criadas pelos próprios imigrantes europeus.

A urbanização, a industrialização e a participação da mulher no mercado de trabalho modificaram as estruturas familiares quanto aos cuidados dos filhos pequenos.

Nesse contexto empresários do Rio de Janeiro de São Paulo de Minas Gerais e do norte do país começam a investir em creches e escolas maternas para os filhos dos operários. As conquistas foram conflituosas e com o passar do tempo as reivindicações por creches, escolas maternas e parques infantis foram direcionadas para o poder público.

Na década de 40 surgem iniciativas governamentais nesse sentido, no entanto eram vinculadas às questões da saúde. As poucas creches existentes eram mantidas por entidades religiosas, laicas ou filantrópicas que com o tempo recebem auxílio do governo e donativos de famílias ricas.

O trabalho desenvolvido era voltado para as questões alimentares, de higiene e saúde; portanto assistencialista. Não havia um trabalho pedagógico voltado para a intelectualidade e afetividade.

O fortalecimento da industrialização aliado à urbanização gera grande demanda pela procura de vagas em creches e parques infantis devido à intensificação da inserção da mulher no mercado de trabalho na busca por melhores condições de vida.

Em 1961 é aprovada a Lei de Diretrizes e Bases ( Lei 4024/61) que referencia a criança menor de sete anos bem como o papel das empresas junto às mães trabalhadoras.

O mercado continua a absorver mão de obra feminina e intensifica a entrada de mulheres das camadas médias da população o que implica em crescimento no número de creches e pré-escolas.

Observa-se a valorização da educação infantil uma vez que essas novas instituições defendem uma educação voltada para aspectos cognitivos, emocionais e sociais da criança.

No final da década de 70 contornos diferenciados eram dados às creches; ela passa a ser vista como um direito do trabalhador e dever do Estado.

Com isso aumenta-se o número de creches e convênios realizados entre creches particulares e governo municipal, estadual ou federal. Há aumento das creches comunitárias que eram geridas pelos usuários ou recebiam verba pública para manutenção.

A Constituição Federal de 1988 reconhece a educação em creches e pré-escolas como um direito social da criança e um dever do Estado. Esses direitos concretizam-se com a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente ( ECA) em 1990.

Em 1996 é aprovada a nova Lei de Diretrizes e Bases ( Lei 9394/96) e em atendimento a determinações dessa lei o Ministério da Educação organiza inúmeros documentos e publicações com o intuito de orientar e fortalecer a implementação dessa proposta, consideravelmente nova, da criança pequena.

A seguir apresentamos parte desse material que muito contribuiu e vêm subsidiando prefeituras, secretarias, gestores, educadores e todos os envolvidos com a educação, principalmente no que diz respeito à criança pequena.

Atendendo às determinações da LDB a Secretaria de Educação Fundamental do Ministério da Educação e do Desporto apresenta, em maio de 1998, os Subsídios para Credenciamento e Funcionamento de Instituições de Educação Infantil <sup>10</sup>.

Ainda em 1998 o MEC disponibiliza uma coleção de três volumes que compõem o Referencial Curricular para Educação Infantil.

A Resolução do CNE/CEB Nº 1, de 7 de abril de 1999 e o Parecer CNE/CEB nº 22/98 instituem as Diretrizes Curriculares Nacionais para Educação Infantil. Essa Resolução foi reformulada e atualizada, devido à exigência de novos desafios, pela Resolução nº 5, de 17 de Dezembro de 2009.

No ano de 2005 o Ministério da Educação e Cultura ( MEC), visando manter um canal de comunicação com o professor e contribuir com a formação desse profissional, inaugurou a 1ª edição do Prêmio Professores do Brasil – experiências premiadas.

O Ministério da Educação, em 2006, apresenta a versão final da Política Nacional da Educação Infantil: pelo direito das crianças de zero a seis anos à Educação com o intuito de contribuir na implementação das políticas públicas para as crianças de 0 a 6 anos.

O MEC, por meio da Coordenadoria de Educação Infantil, estabeleceu parceria técnica com a Universidade Federal do Rio Grande do Sul ( UFRGS) objetivando estudos e debates sobre o currículo da Educação Infantil.

O documento que serviu de base para a elaboração de subsídios para as Diretrizes Curriculares Nacionais Específicas da Educação Básica foi denominado de “Práticas Cotidianas na Educação Infantil.

Política Nacional de Educação Infantil: pelo direito da criança de 0 a 6 anos à educação se configura em mais uma publicação da Secretaria da Educação Básica do MEC. O documento apresenta diretrizes, objetivos, metas e estratégias para a Educação Infantil e foi colocado à disposição no ano de 2006.

---

<sup>10</sup> BRASIL, Ministério da Educação. Secretaria de Educação Básica. Subsídios para credenciamento e funcionamento de instituições de educação infantil. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br>. acesso aos10-06-2013

No ano de 1995 o MEC organizou um documento oficial, 1ª edição, que muito contribuiu para explicitar a nova proposta de educação para crianças pequenas: Critérios para um Atendimento em Creches que Respeite os Direitos Fundamentais das Crianças.

Cabe destacar que a 2ª edição do referido documento foi apresentada em 2009 apresentando os critérios relativos à organização e funcionamento das creches.

A fim de cumprir a determinação legal do Plano Nacional de Educação a Secretaria da Educação Básica do Ministério da Educação por meio da coordenação Geral da Educação Infantil apresenta em 2008 o documento Parâmetros de Qualidade para Educação Infantil – volume 1 e 2 com o objetivo de contribuir na implantação de políticas públicas para crianças de 0 a 6 anos estabelecendo padrões orientadores para o sistema educacional.

Baseados nos estudos de ampliação no atendimento da Educação Infantil da Rede Municipal de Belo Horizonte e em consonância com o MEC, a Secretaria de Educação Básica desse órgão apresenta em 2006 o encarte Parâmetros Básicos de Infraestrutura para as Instituições de Educação Infantil com descrições dos espaços para crianças de 0 a 6 anos.

A Secretaria de Educação Básica consoante com o papel do MEC e por meio Coordenação Geral de Educação Infantil cumprindo o preceito constitucional de descentralização administrativa e envolvendo diversos atores, apresenta no ano de 2008 Parâmetros Básicos de Infraestrutura para Instituições de Educação Infantil.

Com o objetivo de contribuir na garantia de um atendimento de qualidade e auxiliar as instituições de Educação Infantil a encontrar seus próprios caminhos, o MEC disponibiliza, no ano de 2009, uma publicação que se constitui como instrumento de autoavaliação da qualidade das instituições de Educação Infantil denominado Indicadores da Qualidade na Educação Infantil.

O MEC como coordenador da educação elaborou um texto orientador de referência para os municípios na política de convênios visando orientar secretarias e conselhos de educação ao atendimento de crianças de zero a seis anos por meio de convênios da Secretaria Municipal de Educação ( Prefeitura) com instituições privadas.

Focando a Educação Infantil do campo o Ministério da Educação em parceria com a Universidade Federal do Rio Grande do Sul disponibiliza no ano de 2012 uma pesquisa denominada Oferta e Demanda de Educação Infantil no Campo.

Em atendimento à Emenda Constitucional nº 59 de 11 de novembro de 2009 o MEC apresenta, em 2012, a publicação Brinquedos e Brincadeiras de Creche – Manual de Orientação Pedagógica que visa orientar professores, educadores e gestores na organização e uso de brinquedos e brincadeiras em Creches, assim como organização do espaço, atividades e conteúdos.

Educação Infantil e práticas promotoras de igualdade racial se constituem em mais uma realização do Ministério da Educação onde os atores educacionais podem refletir em seus espaços de trabalho acerca das práticas pedagógicas na educação infantil enquanto promotoras da igualdade racial.

O MEC por meio da Secretaria da Educação Básica em parceria com a UFSCar e apoio da coordenação Geral da Educação Infantil apresenta o texto Educação Infantil, igualdade racial e diversidade: aspectos políticos, jurídicos, conceituais que propõe uma reflexão sobre a primeira infância sob a ótica da diversidade racial.

Um dos recentes documentos publicado pelo Ministério da Educação, janeiro 2013, diz respeito às Dúvidas Mais Frequentes Sobre Educação Infantil. Essa contribuição vem responder às questões importantes relacionadas à Educação Infantil.

## **O ACESSO À CRECHE - DESAFIO DO PODER PÚBLICO**

É indiscutível o papel que a educação desempenha no desenvolvimento das crianças na faixa etária de zero a três anos tendo em vista o conceito atual de criança mediante os conhecimentos produzidos por estudiosos e pesquisadores da área da Educação Infantil.

Hoje afirmamos que a criança é compreendida como sujeito social de direito que se desenvolve no meio físico a partir de seu nascimento na interação com pessoas e objetos que se expressa por meio de linguagem própria capaz de produzir cultura e história.

O processo de entrada das crianças de zero a três anos nas creches e nas instituições de Educação Infantil vem sendo acelerado.

O Plano Nacional Primeira Infância (2011) aponta a seguinte estatística:<sup>11</sup>

---

<sup>11</sup> DIDONET, Vital et al. *Plano Nacional Primeira Infância*: Educação Infantil. Disponível em: <http://primeirainfancia.org.br>. acesso aos 10-05-2013

No Brasil, há 20 milhões de crianças de até seis anos de idade, sendo 10,9 milhões do nascimento aos três anos e 9 milhões dos três aos seis anos. Dessas, tão somente 17,1% estão tendo oportunidade de acesso a algum tipo de atendimento educacional em creches (0 a 3 anos) e cerca de 77,6% na faixa de 4 a 6 anos (pré-escola).

Uma das metas do Plano diz respeito à ampliação da oferta da Educação Infantil de forma a atender a 40% da população de até três anos de idade até 2016 e para isso é imprescindível o compromisso das três esferas da administração.

Embora os materiais produzidos e direcionados para a Educação Infantil denotem avanços significativos frente à implantação, regulamentação e funcionamento de instituições e espaços coletivos no atendimento da criança de 0 a 3 anos, atender à legislação no que concerne a ampliação no oferecimento de vagas constitui grande desafio para os municípios.

Alguns pontos fundamentais são apresentados por especialistas no que se refere às estratégias para uma adequada ampliação do acesso à creche e dizem respeito ao direito da criança, regime de colaboração entre os Entes Federados bem como secretarias e órgãos ligados à educação, preservação da primeira etapa da educação básica, a não redução do número de turmas de período integral, a opção da família pelo período integral ou parcial, a ampliação da matrícula das crianças de 0 a 3 anos que deve ocorrer na rede pública, reformas e ampliações para garantir maior número de vagas, documentos legais que devem servir de matriz na primeira etapa da educação básica, ampliação do suporte financeiro destinado à educação infantil mediante a insuficiência dos recursos previstos no Fundeb, monitoramento e vigilância por parte dos gestores, legisladores, pesquisadores quanto à aplicação dos recursos destinados à Creche, habilitação para os profissionais que atuam na docência e na educação infantil, cadastramento e credenciamento, propostas em consonância com as Diretrizes Curriculares Nacionais para a Educação Infantil.

Diante do exposto cabe ao Estado, em atendimento ao preceito legal, o oferecimento à educação por meio da ampliação do número de vagas existentes atualmente. Para isso deve organizar-se colocando a criança no centro do debate como um demandante privilegiado das políticas públicas.

## **RELATO DE EXPERIÊNCIA – MUNICÍPIO DE JUNDIAÍ**

Jundiaí, cidade referenciada como polo industrial, tem demonstrado crescimento significativo nos últimos anos. Esse fator aliado à entrada expressiva das mulheres no mercado de trabalho tem gerado, como demonstraremos a seguir, aumento efetivo na demanda para uma vaga na creche municipal.

Conforme PREZOTTO (2013), no início do ano, pouco mais de mil crianças entre 4 meses e 3 anos esperavam por uma vaga na creche. No mês de fevereiro esse número já havia sido alterado para 1535 crianças. Para o atual secretário da educação Durval Orlato o aumento se deve ao crescimento da cidade. A coordenadora da Defensoria Pública afirma que recebe pedidos de vagas diariamente.<sup>12</sup>

No que diz respeito à garantia desse direito o art. 227 da Constituição Federal expressa o dever do Estado para assegurar à criança, com absoluta prioridade, entre outros direitos, o direito à educação. Esse direito é social, fundamental e público subjetivo; relaciona-se com o princípio da dignidade humana.

O desafio do Poder Público encontra-se expresso, também, no art. 211, § 2º da Constituição Federal que atribui aos municípios à atuação prioritária no ensino fundamental e na Educação Infantil.

Com o intuito de contribuir com o debate acerca dos novos desafios enfrentados pelos municípios quanto à crescente demanda por vagas em creche, a Secretaria Municipal de educação publica em 2012 o manual Berço da Educação – Política de Atendimento à primeira infância em Jundiaí.

A experiência relatada a seguir apresenta a mobilização do governo municipal ao atendimento à criança de 0 a 3 anos.

No início do ano de 2009 a cidade de Jundiaí atendia, em 26 creches em funcionamento, cerca de 3 mil crianças na faixa etária de 4 meses a 3 anos e 11 meses. No entanto para atender a demanda naquele momento era necessária a criação de mais de 2 mil vagas.

Mediante análise da complexa situação e na busca de soluções a Secretaria da Educação idealiza o projeto Berço da Educação.<sup>13</sup>

---

<sup>12</sup> PREZOTTO, Cristiane. Cresce fila de espera por creches. *In Jornal de Jundiaí*, Jundiaí, 26 fevereiro 2013. Cidades.

<sup>13</sup> JUNDIAÍ (SP), Secretaria Municipal de Educação e Esportes. *Berço da Educação: Política de atendimento à primeira infância em Jundiaí*. Jundiaí, SP: SMEE. 2012. p 18.

Tomando por base o contexto municipal, a extensa lista de espera, a necessidade de aprimorar o projeto pedagógico para o segmento de Educação Infantil, entre outros fatores, profissionais da Secretaria da Educação realizaram um levantamento dos espaços e dos recursos disponíveis na rede municipal. Para atender às necessidades, foi idealizado o projeto Berço da Educação, contemplando melhor aproveitamento dos espaços, construção de creches, convênios, investimentos na formação de profissionais, diálogo com outros órgãos públicos, famílias e sociedade.

Feita essa observação é mister destacar que a infância de 0 a 3 anos passa a ocupar lugar central ao ser incluída na pauta das políticas públicas da Secretaria da Educação sendo a criança vista como sujeito público e social.

O município regulamenta a educação infantil de 0 a 3 anos por meio do decreto nº 21.954/09 e para que as decisões não ficassem somente sob a responsabilidade da Secretaria foi constituída uma comissão de creche. Essa comissão ficou responsável por determinar, entre outros aspectos, critérios para ingresso nas creches e ordenar a lista de espera por vagas. Criou-se, também, um banco de dados contendo informações sobre o histórico do aluno.

Após analisar a população atendida na Educação Básica constatou-se uma taxa de crescimento negativa. A Secretaria Municipal opta, então, para uma otimização dos espaços das unidades escolares do município a fim de atender a demanda existente na faixa etária de 0 a 3 anos. As unidades do ensino fundamental foram reorganizadas e passaram a receber alunos da educação infantil e a educação infantil passou a receber as crianças de 3 anos. Com isso 1.100 vagas foram disponibilizadas.

A Secretaria de Educação dando continuidade às ações objetivando ampliar o número de vagas nas creches firma parcerias com seis entidades beneficentes. Oferece aos profissionais das entidades possibilidade de participação nas capacitações destinadas aos profissionais das creches municipais.

É importante destacar que uma supervisora da secretaria passou a visitar as entidades regularmente e a avaliação pautada em registros e documentos acontecia quatro vezes ao ano.

No total foram criadas 1.200 vagas até abril de 2012 mediante convênios estabelecidos entre entidades filantrópicas e creches particulares.

Ainda no que se refere à ampliação de oferta para atendimento a secretaria da educação construiu três novas creches disponibilizando mais 450 vagas para o sistema.

Transparência e proximidade com as famílias foram medidas adotadas no Projeto Berço da Educação. A fim de fortalecer os vínculos de confiança entre a creche e as famílias, os pais foram convidados a permanecer durante 30 minutos no período de entrada e saída dos alunos.

A partir de um projeto consistente, a Secretaria de Educação transformou tempos e espaços nas creches para proporcionar o aprendizado significativo desde a primeira infância.

A Secretaria da Educação instituiu os sistemas de módulos e para isso os profissionais realizaram estudos baseados nos documentos oficiais a fim de adequar o trabalho com módulos à realidade de cada creche.

Os espaços foram reordenados favorecendo a ação da criança sobre o local. A rotina é organizada diariamente de forma a contemplar diferentes momentos: higiene, alimentação, repouso, brincadeiras, histórias, roda de conversa, oficinas.

A formação continuada dos profissionais que atuam na educação infantil auxilia o fazer pedagógico e dá sustentabilidade às ações desenvolvidas. Essas formações ocorrem nas próprias Unidades Escolares nos momentos denominados de horas de estudo e também em encontros de capacitação promovidos pela Secretaria da Educação com profissionais de universidades e fundações.

Segundo entendimento da Secretaria da Educação o sistema de Justiça desempenha papel essencial uma vez que não se constrói política de primeira infância assentada em mandados de segurança.

Nesse sentido a Secretaria de Educação buscou diálogo e aproximação com a Justiça a fim de apurar divergências e buscar consensos.

O projeto Berço da Educação contribuiu de forma decisiva com os avanços das políticas públicas da Educação Infantil ao apresentar ações concretas desenvolvidas com cautela e responsabilidade na cidade de Jundiaí.

Atualmente Jundiaí conta com 1.500 crianças na lista de espera por uma vaga nas creches do Município. No mês de março a Secretaria abriu inscrições para firmar convênio com creches particulares no limite de até 500 vagas embora haja possibilidade para somente 300 mediante o orçamento do Município.

Segundo Secretário da Educação haverá para, 2014, ampliação na oferta tanto por meio de convênios como pela construção de creches. A cada ano vai-se em busca de reduzir a fila.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Durante o processo de pesquisa uma questão central permeou as reflexões: De que maneira o Direito Educacional conceituado como conjunto de normas, princípios e doutrinas que disciplinam as relações entre escolas, famílias e poder Público pode contribuir para a efetivação do direito público subjetivo?

Constatamos, a partir das leituras realizadas, que o Direito Educacional é um novo ramo do Direito, que tem contribuído de forma significativa para ampliar o debate da efetivação do direito público subjetivo.

O direito à educação se encontra no rol dos direitos fundamentais. A legislação, portanto, evidencia o papel do Estado no atendimento mediante a oferta de vagas na Educação Infantil e esse direito deve ser exigido.

Há que se levar em consideração que o descumprimento desse direito responsabilizará, segundo art. 208 da Constituição Federal, a autoridade pública competente.

Nesse quadro e mediante a situação da Educação Infantil vivenciada nos diversos municípios, tornam-se imprescindíveis as iniciativas do Poder Público no que concerne às vagas nas Creches.

A criança da Educação Infantil, especialmente de 0 a 3 anos, deve ser inserida nas políticas públicas como demandante privilegiado com direito fundamental de participação na vida social e cultural. Embora o acesso nesse período não seja obrigatório, os pais a cada dia se conscientizam do importante papel que desempenha a escola na vida de seus filhos.

Partindo desse pressuposto cada município deve mobilizar-se na realização de estudos e estabelecimento de critérios para o desenvolvimento de um planejamento responsável.

É fundamental o compromisso político aliado às decisões governamentais para assegurar o direito das crianças à educação de maneira efetiva. Acreditamos ser utópico zerar uma lista de espera sendo a Educação Infantil a primeira etapa da Educação Básica.

Faz-se necessário, também, o diálogo entre os diversos órgãos: Prefeituras, Defensorias, Ministério Público, Conselhos Tutelares, Gestores Educacionais e Famílias na busca de soluções conjuntas para o complexo desafio.

Esse estudo apresentou estratégias efetivamente concretizadas em ações desenvolvidas no município da cidade de Jundiaí, que podem servir de parâmetros para os demais municípios que enfrentam essa problemática.

Elencamos, no decorrer da pesquisa, com o intuito de contribuir de maneira efetiva com esse debate, um rol exemplificativo de ações desenvolvidas pela Secretaria de Educação de Jundiaí com a finalidade de garantir o acesso à Educação Infantil desde a Creche: reformas, ampliações e construções de unidades escolares, reorganização das turmas nos diferentes espaços disponíveis, convênios e reestruturação dos espaços, previsões orçamentárias e papel ativo dos gestores municipais no que tange ao planejamento, acompanhamento e avaliação das medidas implantadas.

A título de conclusão cabe destacar que o não oferecimento de acesso à educação assim como as desigualdades de acesso caracterizam violação dos direitos constitucionais.

Não é isso que nós, educadores, almejamos quando vislumbramos um Brasil melhor.

Aspiramos vivenciar um país onde os direitos subjetivos de acesso à Educação possam ser efetivados a todos os brasileiros em uma escola democrática e igualitária.

## **REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA**

BOAVENTURA, Edivaldo Machado et al. *Direito Educacional. Aspectos Práticos e Jurídicos*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 300 -309.

BRASIL. *Constituição da República Federativa*. 45ª Edição. Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário - Criança de até seis anos de idade - atendimento em creche e em pré-escola – Educação Infantil - direito assegurado pelo próprio texto constitucional (cf, art. 208, iv).

BRASIL, Ministério da Educação. Secretaria de Educação Básica. Subsídios para credenciamento e funcionamento de instituições de educação infantil. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br>. acesso aos10-06-2013

\_\_\_\_\_. *Referencial Curricular Nacional para a Educação Infantil: Introdução*. Brasília: MEC, SEB, 1998.

\_\_\_\_\_. *Parâmetros de qualidade para a Educação Infantil Volume 1 e 2*. Brasília: MEC, SEB, 2008.

\_\_\_\_\_. *Educação Infantil e práticas promotoras de igualdade racial*. – Brasília: MEC, SEB, 2010.

\_\_\_\_\_. *Crerios para um Atendimento em Creches que Respeite os Direitos Fundamentais das Crianças*. – Brasília: MEC, SEB, 2009.

\_\_\_\_\_. *Parâmetros Básicos de Infra-estrutura para Instituições de Educação Infantil. Encarte 1*. Brasília: MEC, SEB, 2008. p. 10.

\_\_\_\_\_. *Brinquedos e Brincadeiras de Creche – Manual de Orientação Pedagógica*. Brasília: MEC, 2012.

\_\_\_\_\_. *Diretrizes Curriculares Nacionais para a Educação Infantil*. – Brasília: MEC, SEB, 2010.

\_\_\_\_\_. *Indicadores da Qualidade na Educação Infantil*. – Brasília: MEC, SEB, 2009.

\_\_\_\_\_. *Política de Educação Infantil no Brasil: Relatório de Avaliação* Disponível em <http://portal.mec.gov.br>.

\_\_\_\_\_. *Orientações sobre convênios entre secretarias municipais de educação e instituições comunitárias, confessionais ou filantrópicas sem fins lucrativos para a oferta de educação infantil*. – Brasília: MEC, SEB, 2009.

\_\_\_\_\_. *Oferta e Demanda de Educação Infantil no Campo*. Brasília: MEC, 2012.

\_\_\_\_\_. *Política Nacional de Educação Infantil: pelo direito das crianças de zero a seis anos à Educação*, 2006, p. 05.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil. O longo Caminho*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012, p. 10-12.

DIDONET, Vital et al. *Plano Nacional Primeira Infância: Educação Infantil*. Disponível em: <<http://primeirainfancia.org.br>>. acesso aos 10-05-2013

JOAQUIM Nelson. *Direito Educacional o quê? Para quê? E para quem?* Disponível em <<http://jus.com.br>>. acesso aos 10-06-2013

JUNDIAÍ (SP), Secretaria Municipal de Educação e Esportes. *Berço da Educação: Política de atendimento à primeira infância em Jundiaí*. Jundiaí, SP: SMEE. 2012. p 18.

PREZOTTO, CRISTIANE. Cresce fila de espera por creches. *In Jornal de Jundiaí*, Jundiaí, 26 fevereiro 2013. Cidades.

RANIERI, Nina Beatriz Stocco. O regime jurídico do direito à educação na Constituição Brasileira de 1988. In: SOUZA, Motauri Ciocchetti. *Direito Educacional*. São Paulo: Verbatim, 2010, p. 22.

SOUZA, Motauri Ciocchetti. *Direito Educacional*. São Paulo: Verbatim, 2010, p. 124-125.

## COMISSÕES PARLAMENTARES DE INQUÉRITO: PODERES E LIMITAÇÕES

*Dorival Henrique Junior*<sup>1</sup>

*Márcia Cristina Nogueira Ciampaglia*<sup>2</sup>

### RESUMO

O trabalho demonstra o papel fundamental que as Comissões Parlamentares de Inquérito exercem, coibindo as improbidades detectadas e que tenha lhes fundamentado a criação. Para tanto, conceituaremos as referidas comissões, tornando possível que os entendimentos a seu respeito nos dêem uma base sobre o tema. Também abordaremos suas finalidades e seu fundamento legal. Importante focar como se dá a constituição de uma Comissão Parlamentar de Inquérito, e quem as compõe. Na sequência, também explanaremos sobre os poderes dessas comissões, além da contrapartida relacionada aos limites legais que sobre elas se impõem. Abordaremos, ainda, a possibilidade de eficácia do relatório final de uma Comissão Parlamentar de Inquérito, visando o resguardo do interesse público, além do prestígio do Legislativo. Esperamos ter êxito no tocante a possibilitar uma visão ampla e abrangente sobre o tema aludido, que permita uma maior clareza de entendimento sempre que o mesmo seja abordado.

**PALAVRAS-CHAVE:** Constituição; Comissão; Poderes; Limitações; Relatório.

### INTRODUÇÃO

O tema que ora será abordado, “Comissões Parlamentares de Inquérito: Poderes e Limitações”, mostra-se de uma relevância ímpar e justifica-se em todos os níveis de análise; além do mais, é matéria de fácil acesso, afinal, é de interesse público.

O postulante à advocacia deve se envolver com este tema que, nos dias atuais, tem se mostrado cada vez mais presente quando da necessidade de esclarecimentos que fortaleçam e

---

<sup>1</sup> Dorival Henrique Junior, bacharel em direito. Monografia aprovada, 2010, UNIANCHIETA, Jundiaí, SP

<sup>2</sup> Márcia Cristina Nogueira Ciampaglia, mestre em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo; Especialista em Didática no ensino superior pela UNIANCHIETA; advogada e profa. de Direito Administrativo na UNIANCHIETA; Professora orientadora do trabalho de conclusão de curso.

aperfeiçoem, em nosso povo, as certezas sobre as bases sólidas de nosso Estado Democrático de Direito. Além do mais, tal tema é de suma importância dentro de um dos sub-ramos do direito, no caso, o Direito Administrativo, e, dessa forma, assim como ocorre em qualquer outro ramo de atuação jurídica, o advogado deve estar provido de toda informação necessária para que domine os assuntos que sejam oriundos da questão na qual está envolvido.

As Comissões Parlamentares de Inquérito trazem, também, laços estreitos que as ligam ao Direito Constitucional, seja no tocante aos poderes e limitações de sua natureza que aqui serão estudados, como também no que se diz respeito à averiguação e constatação dos abusos administrativos políticos, que escancaram um lado impatriótico de alguns de nossos representantes. O povo de um país confia que seus pares o represente de forma digna, buscando sempre as melhores condições quanto ao atendimento de seus direitos, e, exatamente por isso, as exceções à regra devem ter um canal eficiente de diagnóstico e combatividade, dando sustentação ao Judiciário para as medidas legais cabíveis.

Particularmente, sempre tivemos predisposição natural e espontânea à interatividade com os temas que se relacionam com o assunto aqui abordado. A relação entre Estado e povo sempre nos atraiu, assim como se multiplicou dentro de nós o interesse pelas Comissões Parlamentares de Inquérito, na mesma velocidade que as mesmas também se multiplicam, sendo criadas pelos Legislativos Federal, Estadual e Municipal, face à necessidade de que as mesmas atuem e cumpram com suas funções de esclarecimento e busca da justiça.

Nosso trabalho enveredará por uma análise de como tais comissões se formam, estruturam e se desenvolvem dentro do Poder Legislativo, seja nas esferas Federal, Estadual ou Municipal, além, de demonstrar o alcance de seus poderes, e os conseqüentes limites impostos pela Constituição Federal vigente, como no caso do Sigilo dos Dados, Direito à Privacidade, Invasão de Domicílio.

Buscaremos, portanto, explanar da forma mais clara possível todos os caminhos que podem ser acessados por uma Comissão Parlamentar de Inquérito que, ao concluir seus trabalhos, os encaminha na forma de relatório às autoridades competentes, no aguardo de seu desfecho legal, sendo que este, ao ocorrer, traz um retorno à sociedade, alicerçando em todos a sensação de aplicação da justiça.

Dentro do contexto abordado, cujo teor foi construído a base de pesquisas doutrinárias e jurisprudenciais, procuraremos responder algumas perguntas que, com certeza, sobressaem-se para todos os que buscam interagir com o tema. Dentre elas:

- 1 – Como é criada uma Comissão Parlamentar de Inquérito ?
- 2 – Quem podem ser os componentes de uma Comissão Parlamentar de Inquérito ?
- 3 – Até onde vai o poder de uma Comissão Parlamentar de Inquérito ?
- 4 – Quais os objetivos de uma Comissão Parlamentar de Inquérito ?
- 5 – Quais os efeitos do relatório final de uma Comissão Parlamentar de Inquérito ?

Os rumos a serem tomados pelo estudo, visando absorver os conhecimentos necessários para responder todas as perguntas e dúvidas que parem sobre o tema, são direcionados a ciência de que cabe ao Poder Legislativo a função de criar as leis do país. Mas esta não é sua única função, havendo também, dentre outras, a necessidade de, muitas vezes, vir a investigar abusos ou desvirtuamentos quanto ao correto exercício da legislação pelos designados para tal.

Com base nesta atribuição fiscalizadora, o Poder Legislativo, seja por meio do Legislativo federal, estadual ou municipal, pode vir a aprovar a criação de comissões formadas por seus integrantes, comissões estas que tem como objetivo a atuação específica sobre o tema que lhes fundamentou a criação, procurando coibir qualquer tipo de atividade ilegal que for detectada.

Em âmbito federal, conforme explica *Plínio Salgado*, “a criação das Comissões Parlamentares de Inquérito se dá mediante requerimento subscrito pelo menos por um terço dos membros de qualquer das Câmaras do Congresso, ou de ambas, em conjunto, como está prescrito no artigo 58, § 3º, da Carta Magna em vigor.”<sup>3</sup> Acresça-se a este requerimento, a necessidade, também, da indicação de fato que determine sua criação.

Observando-se, portanto, que a atuação das Comissões Parlamentares de Inquérito se restringe a investigação de fato determinado, verifica-se que a competência de cada uma delas é o limite de seu poder. Por outro lado, como adverte o Supremo Tribunal Federal, não há

---

<sup>3</sup> SALGADO, Plínio. *Comissões Parlamentares de Inquérito: Doutrina, Jurisprudência e Legislação*. Belo Horizonte, Del Rey, 2001, p. 53.

limites à sua criação, podendo existir tantas quantas comissões forem necessárias para se realizar as investigações recomendáveis e necessárias ao combate das eventuais improbidades.

O poder de realizar inquérito é inerente ao poder de legislar e de fiscalizar, até porque, se assim não fosse, sem esses meios, inútil seria o procedimento investigatório.

Conforme o já citado Artigo 58, § 3º, da Constituição Federal, as Comissões Parlamentares de Inquérito tem poderes de investigação próprios de autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas casas legislativas. Trata-se de atribuição, introduzida pela primeira vez em um texto constitucional nacional, tendo como modelo a Constituição Italiana de 1947, em cujo artigo 82º dispõe que, “a comissão de inquérito procede às averiguações e aos exames com os mesmos poderes e os mesmos limites da autoridade judicial”. Percebe-se, assim, que os poderes judiciais das Comissões Parlamentares de Inquérito são de investigação, e, portanto, entre eles não se compreendem os de processar e julgar os indiciados e testemunhas, atribuições estas, do Poder Judiciário. Caso haja crime a ser punido, as conclusões da Comissão Parlamentar de Inquérito serão encaminhadas ao Ministério Público, para que este promova a responsabilidade dos infratores.

Procurando detalhar um pouco mais a gama de poderes que municiam uma Comissão Parlamentar de Inquérito diante de um caso concreto, podemos citar, além da possibilidade de se efetuarem as diligências necessárias ao encaminhamento do caso, também, todo um catálogo dos poderes de uma CPI que, de acordo com *Uadi Lammêgo Bulos*, é composto por: “a) convocar indiciados e testemunhas; b) ouvir indiciados; c) inquirir testemunhas; d) tomar depoimentos de quaisquer autoridades; e) convocar Ministros de Estado; f) determinar diligências reputadas necessárias; g) requisitar informações e documentos; h) transportar-se aos lugares onde for preciso; i) solicitar inspeções e auditorias aos Tribunais de Contas; j) documentar os seus atos; k) apresentar relatório e projeto de resolução.”<sup>4</sup>

Segue alguns comentários acerca de cada um dos itens citados :

a) Convocar indiciados e testemunhas: As Comissões Parlamentares de Inquérito possuem competência para convocar indiciados e testemunhas, em dia e horário previamente designados. Trata-se de uma prerrogativa jurídica, que decorre da ação investigatória da CPI;

---

<sup>4</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. *Comissão Parlamentar de Inquérito: Técnica e Prática*. São Paulo, Saraiva, 2001, pp. 66-135.

b) Ouvir indiciados: Se o indiciado não reside no local onde a CPI tem seus trabalhos realizados, pode o mesmo ser ouvido no local onde reside, ou então, ser convocado para comparecer onde a CPI está instalada, com suas despesas sendo custeadas pelo Estado, via Câmara dos Deputados ou Senado Federal;

c) Inquirir testemunhas: O objetivo aqui é claro, ou seja, visa obter informações à respeito da matéria que se está investigando, mediante a declaração positiva ou negativa de acontecimentos imprescindíveis à verdade do tema gerador da CPI. Qualquer parlamentar que componha a CPI pode vir a fazer perguntas e inquirir as testemunhas, não sendo esta uma atribuição exclusiva do presidente da Comissão Parlamentar de Inquérito em questão;

d) Tomar depoimentos de quaisquer autoridades: Tal interpretação deve ocorrer de modo amplo e incondicionado porque o texto constitucional exige, mas isso não significa obrigatoriedade de comparecimento por parte da autoridade convocada. Se tal obrigatoriedade fosse levada à cabo, haveria afronta ao princípio da separação dos poderes, e também, ao princípio da forma federativa do Estado. Porém, nada impede que uma autoridade compareça por vontade própria ao recinto de uma Comissão Parlamentar de Inquérito, visando prestar esclarecimentos dos fatos que conhecer. Mas trata-se, neste caso, de uma opção da própria autoridade, e não de um dever de presença;

e) Convocar Ministros de Estado: Atualmente, para se convocar um Ministro de Estado, Secretário de Estado ou Secretário Municipal, a CPI deverá fazê-lo diretamente, sem autorizações intermediárias. Se não comparecem para depor, e não formularem qualquer justificativa aceitável, a CPI não poderá, nem mediante ordem judicial, determinar-lhes condução coercitiva, mas, em compensação, os mesmos poderão responder por crime de responsabilidade, sujeitando-se aos desígnios da referida lei;

f) Determinar diligências reputadas necessárias: É um termo que merece ter seu alcance delimitado, pois, se por um lado inexistem dúvidas quanto à possibilidade que os membros de uma CPI tem em determinar inspeções, fazer vistorias, solicitar perícias técnicas ou pedir exames grafológicos, por outro lado, muito se tem discutido sobre a possibilidade de se efetuarem buscas e apreensões domiciliares, bem como buscas e apreensões pessoais. No caso das buscas e apreensões domiciliares, as mesmas não tem sido aceitas, pois, tem se reconhecido que a casa é asilo inviolável, conforme reza na Constituição Federal. Quanto às buscas e apreensões pessoais, as opiniões são divididas juridicamente, com vertentes

defendendo que, desde que se respeite a inviolabilidade do domicílio do “buscado e apreendido”, isso pode ocorrer, pois, o fato é que recai sobre a prova. Por outro lado, uma grande gama de entendimentos doutrinários e jurisprudenciais defende que, embora tal busca e apreensão esteja inserida no Código de Processo Penal, no capítulo que trata das provas, a mesma não poderia ser efetuada por ter natureza acautelatória, e por isso, nunca poderia vir a ser determinada por uma Comissão Parlamentar de Inquérito, e sim, por órgão do judiciário competente para tal;

g) Requisitar informações e documentos: As Comissões Parlamentares de Inquérito podem vir a requisitar informações e documentos de repartições públicas e autárquicas, sendo que o Parlamento assume despesas de qualquer tipo incidentes sobre o ato, como transporte, hospedagem, alimentação, traslado, etc... Tanto é assim que, ao se criar uma CPI, via o disposto no Regimento Interno do Senado Federal, o proponente da referida criação deverá indicar os gastos a serem realizados, e é dever também que se estipule o valor máximo das despesas a cargo da comissão (artigo 145, § 1º.);

h) Transportar-se aos lugares onde for preciso: Toda e qualquer Comissão Parlamentar de Inquérito poderá transportar-se para qualquer parte do território nacional, e até mesmo para o exterior, a fim de colher informações necessárias ao desempenho de suas tarefas;

i) Solicitar inspeções e auditorias aos Tribunais de Contas: As Comissões Parlamentares de Inquérito possuem a faculdade de solicitar, motivadamente, ao Tribunal de Contas da União, a realização de inspeções e auditorias, do mesmo modo, também, perante os responsáveis pelas Cortes de Contas estaduais e municipais;

j) Documentar os seus atos: Sejam empreendidas em âmbito federal, estadual ou municipal, as Comissões Parlamentares de Inquérito registram, por escrito ou por meios magnéticos, o inteiro teor dos fatos investigados, consignando depoimentos e perguntas que foram endereçadas aos interrogados;

k) Apresentar relatório e projeto de resolução: Ao apresentar o seu relatório, a Comissão Parlamentar de Inquérito conclui os seus trabalhos. O mesmo deve ser subscrito por todos os seus membros, sendo acompanhado das conclusões da investigação. A publicação do relatório se faz no Diário da Câmara dos Deputados, e à partir daí, as conclusões contidas no relatório da CPI, encaminham-se, segundo o artigo 37 do Regimento Interno da Câmara : - à Mesa da Câmara; - ao Ministério Público ou à Advocacia Geral da União; - ao Poder

Executivo; - à Comissão Permanente que tenha maior pertinência com a matéria investigada; - à Comissão Mista Permanente, ou; - ao Tribunal de Contas, dependendo do caso.

Objetivando que o presente trabalho possa surtir os melhores efeitos de esclarecimento no tocante ao tema que foi proposto, nada melhor do que encaminhá-lo, usando por argumentos finais o que é colocado, mais uma vez, com muita propriedade por *Plínio Salgado*:

“Por falta de informação, a sociedade se engana quanto aos objetivos das CPI’s, os quais se restringem à investigação, ao oferecimento de propostas e encaminhamento de suas conclusões a quem de direito para, aí sim, a adoção das providências cabíveis. As Comissões Parlamentares de Inquérito não dispõem do poder de julgar ou punir, o que fica reservado aos Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo, conforme a natureza do ilícito apurado.”<sup>5</sup>

Com isso, fica clara a importância de que o Congresso Nacional reflita sobre a conveniência de promover estudos no sentido de aperfeiçoar a legislação que envolve as Comissões Parlamentares de Inquérito, atualizando o conteúdo que envolve o tema, de forma a promover a possibilidade de os resultados virem a ser cada vez mais nítidos e abrangentes.

Dessa forma, concluímos que Comissão Parlamentar de Inquérito é o órgão colegiado que constitui uma projeção orgânica do Poder Legislativo, destinado, nos parâmetros da Constituição e das leis, a investigar fatos determinados que impliquem atos de improbidade. Tendo em vista a sistemática adotada pela Constituição Brasileira em vigor, as Comissões Parlamentares de Inquérito, na posição de órgãos especiais do Legislativo, podem ser vistas como limitadas, temporárias, investigatórias, fiscalizadoras e auxiliares.

Incumbe às mesmas primar pela legalidade e salvaguardar a moralidade administrativa, sendo que uma Comissão Parlamentar de Inquérito realizada no plano federal não pode investigar assuntos relativos à competência dos Estados-Membros, assim como é idêntica a proibição que se aplica na órbita do Distrito Federal e dos Municípios.

Em relação a sua competência, as Comissões Parlamentares de Inquérito não podem decretar prisão de pessoas físicas, e nem condenar pessoas físicas ou jurídicas, como se órgãos jurisdicionais fossem. Sua ação fiscalizatória encontra limites nos direitos

---

<sup>5</sup> SALGADO, Plínio. *Comissões Parlamentares de Inquérito: Doutrina, Jurisprudência e Legislação*. Belo Horizonte, Del Rey, 2001, p. 250.

fundamentais, como no caso do respeito à dignidade da pessoa humana, honra, intimidade, vida privada, imagem social e física do homem, assim como também em relação ao respeito ao devido processo legal, ampla defesa, publicidade dos atos processuais, dentre outros.

Harmonizando as normas constitucionais e infraconstitucionais, é possível estabelecer um catálogo de poderes das Comissões Parlamentares de Inquérito realizadas pelo Legislativo federal, estadual e municipal.

O livre exercício da advocacia não fica impedido em nenhum momento quando dos trâmites de desenvolvimento de uma Comissão Parlamentar de Inquérito.

Os “poderes de investigação próprios das autoridades judiciais” servem para veicular a ideia de que as Comissões Parlamentares de Inquérito não são investidas de todos os poderes das autoridades judiciais, mas apenas daqueles de investigação.

Face à importância dos temas que as mesmas podem vir a abordar, o correto seria que somente na apresentação do relatório final é que fossem divulgados ao grande público os atos que marcaram os desenlaces das Comissões Parlamentares de Inquérito, tudo isso visando a preservação dos objetivos de sua criação, facilitando os caminhos a serem trilhados.

Tem-se, como missão fundamental para as Comissões Parlamentares de Inquérito, que as mesmas sirvam como veículo de comunicação com a sociedade, tornando-a ciente dos fatos relevantes da vida pública, não apenas pela informação em si, mas também como um caminho para acordá-la para a compreensão de seu próprio poder e destino. Tal papel pedagógico das Comissões para com a sociedade até já se insinua na vida política brasileira, como instrumento de formação e afirmação de opinião pública.

Em síntese final, não prestigiar as Comissões Parlamentares de Inquérito é, por consequência, mostrar-se passivo e conformado em relação ao desrespeito pelos preceitos legais, deixando, portanto, de servir ao interesse público.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

BRASIL. *Código de Processo Civil Brasileiro*. 11 ed. São Paulo: Rideel, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. 11. ed. São Paulo: Rideel, 2010.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Comissão Parlamentar de Inquérito: Técnica e Prática*. São Paulo: Saraiva, 2001.

LENZA, Pedro. *Curso de Direito Constitucional Esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2010.

MORAIS, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

SALGADO, Plínio. *Comissões Parlamentares de Inquérito: Doutrina, Jurisprudência e Legislação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SILVA, Jose Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2009.

TAVARES, Andre Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

## OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

*Igor dos Santos Inácio da Silva<sup>1</sup>*

*João Jampaulo Junior<sup>2</sup>*

### RESUMO

O Objetivo deste trabalho é tratar dos fatos vividos em expansão ao direito da Criança e do Adolescente, quanto aos seus Direitos Fundamentais; vistos em conceito histórico através dos Direitos Humanos. Os Direitos Humanos são origem dos Direitos Fundamentais, e a fonte da batalha travada pelo inerente direito à dignidade de todo indivíduo, independentemente de raça, sexo, idade ou nacionalidade, direitos enunciados e reconhecimento por meio de legislações nacionais e normas internacionais, bem como, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela ONU em 1949 e Convenção Internacional dos Direitos da Criança; adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989 e ratificada pelo Brasil em 20 de setembro de 1990. A consagração de tais direitos constitui um traço marcante do processo de civilização, e sua efetiva implementação em nosso ordenamento, um indicador seguro do nível de desenvolvimento humano atingido por uma nação que aprende a respeitar e a ser respeitada; ao conceito, de serem ofertados todos esses direitos, a saber, Direitos Fundamentais, pelo trabalho e desenvolvimento contínuo do Estado que deve ser motivado por toda sociedade.

**PALAVRA CHAVE:** criança, adolescente, E.C.A.

### INTRODUÇÃO

Os Direitos Fundamentais partem da evolução da filosofia ao marco dos Direitos Humanos e sua busca pela liberdade vinculada à natureza humana, ligando-se direta e indiretamente ao Estado, e a figura Estatal.

---

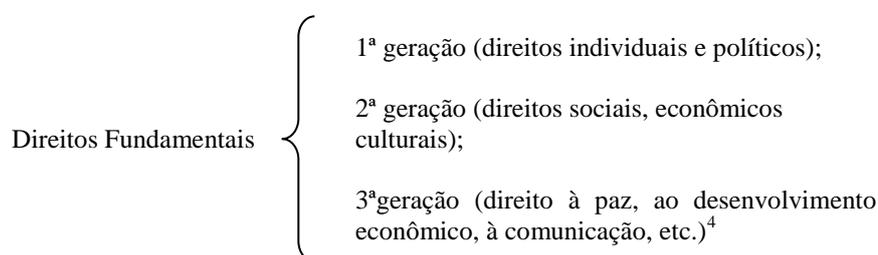
<sup>1</sup> Autor: Igor dos Santos Inácio da Silva. Bacharel em Direito. Monografia apresentada em 2013. Jundiaí.SP

<sup>2</sup> Orientador: Prof<sup>o</sup> Ms. João Jampaulo Junior – Advogado, Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela PUC/SP Professor de Direito na UniAnchieta, Consultor em Direito do Estado. Professor orientador do trabalho de conclusão de curso.

Posto que o Direito Constitucional a margem da Ciência do Direito, vivenciada inicialmente como se faz fato pelo Filósofo Carl Schmit, que já ditava os Direitos Fundamentais como condições anteriores e superiores ao Estado.

O que significa dizer que:

Em síntese, podemos dizer que os direitos fundamentais estão articulados esquematicamente da seguinte forma:<sup>3</sup>



Não obstante somente a este fator os Direitos Fundamentais são indispensáveis por vista de suas características:

[...] **1) são imprescritíveis**, posto que tais direitos não perecem pelo decurso do prazo; **2) são inalienáveis**, uma vez que não há possibilidade de transferência de tais direitos; **3) são irrenunciáveis**, eis que, em regra, não podem ser renunciados; **4) são invioláveis**, já que é impossível serem vulnerados por leis infraconstitucionais ou por atos de autoridades públicas; **5) são universais** porque a abrangência dos aludidos direitos engloba todos os indivíduos; **6) são marcados pela efetividade**, uma vez que se impõe ao Poder Público, em sua rotineira atuação, a adoção de mecanismos que garantam a efetivação dos relevantes direitos que informam; **7) são interdependentes**, levando-se em conta que as variadas previsões constitucionais, muito embora autônomas, possuem diversas intersecções para atingirem as suas finalidades, e **8) são complementares**, já que não devem ser objeto de interpretações isoladas, exigindo análise conjunta e completa, com o fim de alcançar os objetivos almejados pelo legislador constituinte.<sup>5</sup> (*grifo nosso*).

Embasamento por parte da Declaração dos Direitos dos Homens de 1948, que embora não abra seu leque aos Direitos da Criança e do Adolescente, se fez vista ao seu amanhã e por

<sup>3</sup> ARAUJO, Luiz Alberto David, Curso de Direito Constitucional, 11ª Ed. Saraiva, São Paulo, 2007. p. 116 a 118.

<sup>4</sup> ARAUJO, Luiz Alberto David, Curso de Direito Constitucional, 11ª Ed. Saraiva, São Paulo, 2007. p. 116 a 118.

<sup>5</sup> PINTO, Alexandre Guimarães Gavião. Liberdade, Igualdade e Dignidade. Juiz de Direito do TJRJ, Revista de Direito nº.79-2009, p. 02.

esta também se viu, em 20 de novembro de 1959, a Assembleia Geral das Nações Unidas que aprovou a Declaração dos Direitos da Criança.

Desta forma, então, o Brasil enxerga que suas crianças são frágeis e seu ordenamento desnorteado sem amparo de fato legal para que se possa preservar o futuro da nação e em 13 de julho de 1990 é posto tal amparo legal através da Lei nº.8.069 – Estatuto da Criança e do Adolescente (E.C.A).

## **DO DIREITO À VIDA E À SAÚDE**

O artigo 7º do Estatuto da Criança e do Adolescente é extremamente claro quanto ao direito à vida e à saúde, quanto à responsabilidade vista para com as políticas públicas e sócias, bem como o apoio e colaboração dos Municípios e suas entidades, em foco da extensão do poder público.

É, portanto a vida um direito inato desde os primórdios, desde a concepção mais pura, tem-se visão do Mestre João Jampaulo Júnior:

A vida pode ser entendida como um processo de evolução natural que se aperfeiçoa até a transformação para o estado morte. Tudo que interfere obstando esse curso espontâneo e contínuo contraria a vida. Noutra giro, ela é um direito inato adquirido já no momento da fecundação do óvulo pelo espermatozoide, formando o embrião, portanto, intransmissível, irrenunciável e indispensável, onde o homem tem o direito de gerenciar, administrar, defender e conservar a sua vida, mas dela não pode dispor. É por isto, o direito humano mais sagrado, consistindo no supremo bem individual. [...] detém o caráter fundante, dando origem a todos os demais direitos humanos fundamentais [...]

A vida constitui-se em verdadeiro pré-requisito da existência dos demais direitos consagrados constitucionalmente, ou nos dizeres de José Afonso da Silva, de nada adiantaria a Constituição assegure outros direitos fundamentais, como a igualdade, a intimidade, a liberdade, o bem-estar, se não erigisse a vida humana num desses direitos.

[...]

Sem vida não há direito, pois a vida é fonte de todos os outros bens jurídicos.<sup>6</sup>

A Constituição Federal em seu artigo 5º conforme mencionado, já preconiza que a vida é direito inviolável e assegurado a todos, por tratar-se de direito inato adquirido desde a concepção ao seu nascimento, sendo intransmissível e inviolável.

---

<sup>6</sup> JÚNIOR, João Jampaulo. Qualidade de Vida, Direito Fundamental – Uma questão urbana: A Função Social da Cidade. Pontifícia Universidade Católica. São Paulo. 2007. p.05/06.

## O DIREITO À LIBERDADE, AO RESPEITO E À DIGNIDADE

É direito de toda criança e adolescente a liberdade, o respeito e a dignidade, sendo base fundamental e social à sua formação e concepção quanto ser humano em desenvolvimento físico, mental e social.

O direito à liberdade, ao respeito e à dignidade, são previstos nos artigos 15 ao 18 do Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo visto o conceito pelo trabalho apresentado por Fernanda Fabro Belão:

Para José Carlos Dias, a liberdade, o respeito e a dignidade, também constituem direitos fundamentais da criança e do adolescente, enfatizando mais uma vez sua condição em desenvolvimento, conforme disposição da Constituição Federal e do estatuto da criança e do adolescente.

Neste sentido, José Carlos Dias, reforça sua importância, esclarecendo que se “trata de direito básico inerente ao Estado Democrático de Direito escolhido pelo povo brasileiro em Assembleia Constituinte.”

Assim, tais direitos são valores intrínsecos que asseguram as condições que determinam o desenvolvimento da personalidade infanto-juvenil, e sem os quais o ser humano, poderá ter frustrada a sua evolução.<sup>7</sup>

O exposto até este momento faz necessário observar o inciso I, do artigo 16 do Estatuto da Criança e do Adolescente, em fato que este inciso impõe restrições legais e devidas a seguridade do princípio do melhor interesse da criança, ou seja, o que se resguarda é o ser humano em desenvolvimento.

Por assim ser a criança não apresenta condições plenas de exercer direito tão fático e digno quanto à liberdade, uma vez que não detém maturidade e, por que não dizer, vivência para assegurar-se de não estar em utopia.

Ora que temos a nossa análise e estudo não um fator estranho, mas aos dias de hoje é um fator em extinção e de ser tido por lapso temporal, não tendo que se falar em realização e tão pouco em figura social. O respeito é parte inerente da liberdade que é oferecida de forma inalienável, toda vida com prudência e direcionamento virtude será do dito caráter e da realização por dignidade.

---

<sup>7</sup> BELÃO, Fernanda Fabro. Atuação do Ministério Público na Proteção dos Direitos Fundamentais da Criança e do Adolescente. FEMPAR – Fundação Escola do Ministério Público do Paraná. Curitiba. 2009. p. 41.

E quando tratamos o respeito como fato em extinção, não é por antropocentrismo<sup>8</sup> a imagem, mais sim, por referir-se a figura de direito e deveres que é o homem, desde sua concepção no ventre materno.

E desta concepção se tem o terceiro direito, a dignidade, que apreciamos a caput do artigo 18 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Posto que a dignidade é primazia do bem estar e conservação dos direito a liberdade e ao respeito, também compreendido e dito pelo Mestre João Jampaulo Junior:

O artigo 1º a Declaração Universal dispõe que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos.

Porém, não se pode falar em dignidade da pessoa humana sem recorrer à oportuna lição de Kant, que coloca em um patamar inalcançável: <<Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca meio>>; <<No reino dos fins, tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outro como *equivalente*; mas quando uma coisa está acima de todo o preço e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade>>.

A dignidade é um atributo individual do ser humano. Em face de espírito individual que encerra a dignidade da pessoa humana, é possível afirmar que essa dignidade é da pessoal concreta, devendo ser considerada na sua vida real e cotidiana, ou seja, deverão ser considerados homem e mulher em seu dia-a-dia, pois em todo homem e em toda a mulher presentes todas as dificuldades da humanidade. “É o homem ou a mulher, tai como existia, que a ordem jurídica considera irredutível e insubstituível e cujos direitos fundamentais a Constituição enuncia e protege”

É por isso que existe diferença entre os conceitos de dignidade da pessoa humana e dignidade humana. A primeira “dirige-se ao homem concreto e individual”, já a segunda, “está à humanidade, entendida ou como qualidade comum a todos os homens ou como conjunto que os engloba e ultrapassa”<sup>9</sup>

## DO DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E COMUNITÁRIA

Estende-se hoje, por doutrina dominante que, há ampla visão em prima da tradução quanto ao amor familiar que hoje enxerga-se não só por amor materno e ou paterno, mas ao

<sup>8</sup> <http://pt.wikipedia.org/wiki/Antropocentrismo>. Antropocentrismo que vem do Renascimento (do grego άνθρωπος, anthrōpos, "humano"; e κέντρον, kentron, "centro") é uma concepção que considera que a humanidade deve permanecer no centro do entendimento dos humanos, isto é, o universo deve ser avaliado de acordo com a sua relação com o [Homem](#). É normal se pensar na ideia de "o Homem no centro das atenções".

<sup>9</sup> JÚNIOR, João Jampaulo. Qualidade de Vida, Direito Fundamental – Uma questão urbana: A Função Social da Cidade. Pontifícia Universidade Católica. São Paulo. 2007. p.18.

que se entende pelo amor da família socioafetiva, ou seja, das relações socioafetivas que assumem as características da família natural, estando atendo a este fator o poder familiar, pois em muitos casos, delega tais características (direitos e deveres) a terceiros, dando-se abrangimento a família moderna.

O zelo ao tratar deste capítulo se faz presente a Constituição Federal de 1988 em vista de seus artigos 226 e 227.

Nilson Honorio, quanto à citação realizada ao capítulo “Do direito à Convivência Familiar E Comunitária”.

É fundamental defender o princípio de que o lugar da criança é na família, mas é necessário pensar que essa é uma via de mão dupla – direito dos filhos, mas também de seus pais – e, assim, sendo, deve ser assegurado à qual nasceu, e aos pais o direito de poder criar e educar os filhos que tiveram do casamento ou de vivências amorosas que não chegaram a se constituir como parcerias conjugais.<sup>10</sup>

Obstante ressaltar a preservação da criança e do adolescente por parte da família, bem como, da comunidade como um todo.

Também se preceitua que o poder familiar<sup>11</sup> será destituído a margem que não exista a preservação quer, física, quer psíquica, quer ao desenvolvimento social.

## DA FAMÍLIA NATURAL

<sup>10</sup> HONORIO, Nilson, Direitos e Garantias Fundamentais da Criança e do Adolescente, Centro Universitário Padre Anchieta. Jundiá, 2012, p. 39.

<sup>11</sup> *Pátrio Poder* é o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, no tocante à pessoa bens dos filhos menores. Não tem mais o caráter absoluto de que se revestia no direito romano. Hoje, já se cogitou chamá-lo de “pátrio dever”, por atribuir aos pais mais deveres do que direitos. Constitui um *múnus público*. Ao Estado, que fixa normas para o seu exercício, interessa o seu bom desempenho. É *irrenunciável, indelegável e imprescritível*. Os pais não podem renunciar a ele, nem transferi-lo a outrem. A única exceção é a prevista no art. 166 do Estatuto da Criança e do Adolescente, mas feita em juízo, sob a forma de adesão ao pedido de colação do menor em família substituta (geralmente em pedidos de adoção, que transfere aos adotantes o pátrio poder), cuja conveniência será examinada pelo juiz. Os pais dele não decaem pelo fato de não exercitá-lo.

[...]

A extinção do pátrio poder dá-se por fatos naturais, de pleno direito, independentemente de pronunciamento judicial. O art. 329 do Código Civil menciona as seguintes causas de extinção: *morte* dos pais ou do filho, *emancipação, maioridade e adoção*.

GONÇALVES, Carlos Roberto, Direito Civil: direito de família. Ed. 2ª, Editora Saraiva, 2000. São Paulo. p. 125/127/128.

Conceitua-se Família Natural, pela união de homem e mulher, a saber, pai e mãe, unidos por matrimônio ou união de fato, e por um ou mais filhos, compondo uma família, conforme já se observa pelo disposto no artigo 25 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

“Art. 25 Entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes.<sup>12</sup>”

Tem concepção bíblica, ao explanar a função do homem em ofertar o exemplo digno e de hombridade a seus descendentes e de honra a sua família, sobre as responsabilidades e deveres de um homem para com sua família.

Deste mesmo modo se observa a mulher, mãe e amiga, que “rega” sua família em honra, amor, glória e sabedoria para edificar seu lar diante de toda a adversidade que corresponda aos dias difíceis.

Observar-se-á, portanto que a visão que detemos hoje de família é a mesma de séculos atrás, o que detemos hoje, em acréscimo, é vivência da sociedade pela constituição do Estado, que prima pela família, afinal é função desta propiciar integridade física, social, mental, educação a vista de boa conduta, bem como o desenvolver da criança às visões políticas, econômicas e religiosas e, na ausência deste cumprimento caberá ao Estado agir em fonte de garantir e assegurar ao menor, como vem sendo explanado neste trabalho e versa o artigo 226, §1º, §2º, §3º e §4º da Constituição Federal.

Devemos estender o conceito ao artigo 26 do Estatuto da Criança do Adolescente, pelo reconhecimento dos filhos advindos fora do casamento.

O reconhecimento voluntário dar-se-á pelo artigo 26 do Estatuto do Adolescente e por vias do artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente obtemos a visão plena do poder judiciário.

## **DA FAMÍLIA SUBSTITUTA**

A Família Substituta prima estabelecer a satisfação familiar quando a Família Natural não cumprira os princípios concernentes à família e a formação da criança e do adolescente,

---

<sup>12</sup> ISHIDA, Válder Kenji. Estatuto da Criança e do Adolescente: doutrina e jurisprudência/comentários. 10ª Edição. Ed. Atlas. São Paulo, 2009. p. 46.

observando, portanto a desestruturação da família por agressão, abandono, alcoolismo ou processos criminais. Visto assim ao artigo 28 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A Família Natural é, portanto instituto que se prestará através do direito a Guarda, Tutela ou Adoção por processo judicial, competente ao Juiz da Vara Infância e da Juventude.

A manifestação do menor será apreciada, no afã de encontrar vínculo afetivo que propicie adaptação branda à nova família, observando-se primeiramente a família, sendo seguido por terceiros que detenham contato afetivo com a família.

Através da vontade do menor, também é possível instituir o indeferimento ao interessado em propiciar a colocação à família substituta, uma vez que desta manifestação poderá colher-se informações que não prestem contato afetivo, padrões de compatibilidade íntima e moralidade.

Na ausência de figura familiar, será o menor encaminhado à entidade governamental que possa lhe garantir a inclusão e ou continuidade aos estudos e lhe revestir com os direitos fundamentais que lhe são resguardados a um convívio sadio e harmonioso em suas possibilidades.

Conforme demonstra os artigos 29, 30, 31 e 32 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

## **DA GUARDA**

A guarda é instituto visto aos artigos 33, 34 e 35 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Antecedida por Tutela e Adoção, desenvolve-se preferencialmente a ente familiar, haja posto o grau de afinidade e a supervisão da Vara da Infância e da Juventude e o fator determinante que resguardará não só a prestação assistencial, mas também priorizará o direito à educação e às vigências quanto a sua dignidade, sendo observadas em três espécies descritas por Válder Kenji Ishida.

Menciona Ana Maria Moreira Marchesan (1995, v. 1:13) as espécies de guarda agasalhadas por nossa lei menorista:  
“Três espécies de guarda são previstas pelo Estatuto: a provisória, a permanente e a peculiar.

A guarda provisória (art. 33, §1º do ECA) subdivide-se em duas subespécies: liminar e incidental, nos processos de tutela e adoção, salvo nos de adoção por estrangeiros, onde é juridicamente impossível.

A permanente (art. 33, §2º, 1ª hipótese) destina-se a atender situações peculiares, onde não se logrou uma adoção ou tutela, que são mais benéficas ao menor. É medida de cunho perene, estimulada pelo art. 34 do ECA.

.....  
Em função do art. 33, §1º, do Estatuto, há que sustente não mais existir em nosso ordenamento, a guarda permanente. Tal posicionamento, com a devida vênia, é incorreto, máxime quando se tem em mente o previsto no art. 227, §3º, inc. VI da Constituição Federal, norma inspiradora, diga-se de passagem, do referido art. 34 do ECA.

A nominada guarda peculiar (art. 33, §2º, 2ª hipótese) traduz novidade introduzida pelo Estatuto. Visa ao suprimento de uma falta eventual dos pais, permitindo-se que o guardião represente o guardado em determinada situação (ex.: menor de 16 anos, cujos pais estejam em outra localidade impedidos de se deslocarem, e que necessita se por eles representado para retirada de FGTS).”<sup>13</sup>

## DA TUTELA

Tutela é instituto estabelecido aos artigos 36, 37, e 38 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Amparado pelos referidos artigos e por estudo, é entendimento para observar tutela como instituto primado a poderes do ordenamento jurídico que conferem a ente da família o poder familiar na ausência dos pais, este tutor terá o poder de zelar pelo menor, bem como de administrar os bens que lhe são atribuídos, ou seja, prima a proteção da criança e ou adolescente, em face de incapacidade civil momentânea que é vez que qualificada por idade inferior a dezoito anos completos.

Wilson Donizeti Liberati ainda refere-se ao instituto da tutela como sendo assistencial, posto que tem a missão de substituir os pais do menor e atuar por medida do poder familiar, destacando-se então a tutela como encargo de um múnus imposto pelo Estado a alguém, que preferencial será familiar consanguíneo.<sup>14</sup>

## DA ADOÇÃO

<sup>13</sup> ISHIDA, Válter Kenji. Estatuto da Criança e do Adolescente: doutrina e jurisprudência/comentários. 10ª Edição. Ed. Atlas. São Paulo, 2009. p. 56/57.

<sup>14</sup> LIBERATI, Wilson Donizeti, Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente. 5ª Ed., Malheiros Editores. São Paulo. 2000, p.34.

O instituto da adoção é complexo e misto dentre vários primas do nosso ordenamento, em estudado e desenvolvido ao Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como através das alterações providas pela Lei 12.010 de 03 de agosto de 2009 que modificaram o presente Estatuto, mas inicialmente posto e assegurado a Constituição Federal, bem como todo o objeto do presente estudo.

Assim por ser o artigo 227, § 5.º e §6.º, da Constituição Federal dita os princípios assecuratórios à criança e ao adolescente no que obrasse ao instituto da adoção.

Os princípios tratam das condições para a efetivação da colocação da criança e ou adolescente em família substituta deste modo trabalha o combate ao tráfico de crianças e adolescentes.

O Estatuto da Criança e do Adolescente traz em seus artigos 39 a 52 as veras do instituto estudado.

Conforme norteia a presente lei e a própria Constituição Federal o instituto da adoção é baseado no princípio da proteção integral da criança e do adolescente, dessa forma dispõe que a criança e ou adolescente tem o direito fundamental de ser criado no seio familiar, quer por família natural ou quer por família substituta.

Ora, obstante ao melhor interesse da criança e do adolescente é que o legislador enriqueceu o instituto da adoção por base da Lei 12.010 de 03 de agosto de 2009, observando características que focam em benefícios e amparos que não se enquadravam no Estatuto da Criança e do Adolescente.

## **DO DIREITO À EDUCAÇÃO, À CULTURA, AO ESPORTE E AO LAZER.**

O presente capítulo trata da evolução da criança e do adolescente através do Direito à Educação, à Cultura, ao Esporte e ao Lazer, que como observados, são fontes inquestionáveis dos Direitos Fundamentais da Criança e do Adolescente e fontes, da mesma forma inquestionáveis, ao desenvolvimento da criança e do adolescente, quando tratados como pessoas de direito ao conceito da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948.

Neste aspecto podemos observar que desde sua concepção, conforme já mencionado no presente trabalho, a criança e o adolescente são sujeitos de direitos e deveres, ora parcialmente através de representação legal, ora em sua forma plena quando aptos a exercer por meio das exigências do ordenamento cível, pré-estabelecidos a Constituição Federal.

Assim, por meio da Constituição Federal podemos destacar os artigos 205 e 214, que como já dito, é origem de todo nosso ordenamento.

O que temos até o presente momento é um processo de desenvolvimento político social, no qual irá favorecer a sociedade e o Estado e no qual o Estado e aos Municípios desenvolverem um sistema que exclua o analfabetismo e a ausência de opinião quanto à figura de cidadão que se forma em nosso sistema, posto ao artigo 53 do Estatuto da Criança e do Adolescente o conceito já estabelecido previamente ao artigo 205 de Constituição Federal, mas que versa com delinear específicos em seus incisos e a seu parágrafo.

Nítidas são então a expressão e a decretação de que o papel da educação não será somente habilitar aos alunos em ler, escrever e realizar operações matemáticas, mas sim desenvolver raciocínio próprio e sadio, destacando-se quanto ao seu papel de cidadão, que exercerá e lutará por seus direitos, prestará seus deveres e que será ir às urnas e eleger conscientemente seus representantes, frente a nosso Estado Democrático.

## **DO DIREITO À PROFISSIONALIZAÇÃO E À PROTEÇÃO NO TRABALHO.**

O Direito à Profissionalização e à Proteção no Trabalho infantil é previsão legal que preserva crianças e adolescentes ao seu desenvolvimento físico, psíquico e social, posto que em nosso ordenamento há histórico de abuso e exploração do trabalho infantil.

Podemos observar uma grande marca desse abuso sofrido por crianças e adolescentes ao marco histórico da Revolução Industrial, época em que o Brasil encontrava-se em constante desenvolvimento econômico pelo advento das fábricas que se instalavam e se valiam da mão de obra farta, barata, desprovida de assistência estatal e de qualquer outra espécie, bem como, se valiam os comerciantes de diversas categorias. E assim se propagou por anos e anos, mesmo com o advento da Consolidação das Leis Trabalhistas em 1943, isso devido ao fato de que inicialmente esta Consolidação primava pelo empregador e em nada se

prestava a resguardar a criança e o adolescente, quer imagine-se quanto ao desenvolvimento pessoal, educacional, social ou ainda à saúde física e mental.

Então com a promulgação da Constituição Federal de 1988 muito foi preservado ao direito da criança e do adolescente e muito mais foi assegurado a Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança em 1989 e posteriormente pelo Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990.

Fator ao mesmo diferencial é respondido por dados observados e coletados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE e publicados pela revista *Época* que delineou assertivamente sobre o assunto.

O trabalho de crianças e adolescentes de 10 a 17 anos caiu 13,44% entre 2000 e 2010. Segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) divulgados nesta terça-feira (12), Dia contra o Trabalho Infantil, das 86,4 milhões de pessoas ocupadas em 2010 com 10 anos ou mais, 3,4 milhões eram crianças e adolescentes de 10 a 17 anos trabalhando no campo ou na área urbana, quase 530 mil a menos do que em 2000.

O estudo, feito com base em informações do Censo 2010, mostra que o percentual de crianças de 10 a 15 anos trabalhando equivalia a 1,9% das cerca de 1,6 milhão de pessoas ocupadas, uma redução de 198 mil pessoas. De acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), o trabalho infantil é proibido no Brasil. Dos 14 aos 15 anos, é permitida atuação como aprendiz.

Na faixa etária de 16 ou 17 anos, caso em que o trabalho é autorizado desde que não cause prejuízos à saúde, à segurança e à moralidade, os adolescentes eram 2,1% do total, ou cerca de 1,8 milhão, significando uma redução de 336 mil pessoas.

Em 2000, segundo o IBGE, as crianças e adolescentes de 10 a 17 anos de idade representavam 6% dos 65,6 milhões de pessoas ocupadas de 10 anos ou mais de idade. A queda no número de crianças e adolescentes de 10 a 17 anos de idade ocupados, entre 2000 e 2010, foi maior na área rural (de 1,395 milhão para 1,056 milhão), do que na área urbana (de 2,541 milhões para 2,351 milhões).

#### **Emprego no comércio**

O comércio é o setor que mais concentra focos de trabalho infantil no país. A Agência Brasil apurou que dos 20.105 focos no Brasil entre 2007 e 2012, cerca de 5,4 mil estão no comércio – o que corresponde a mais de 27% do total. O estado onde foi identificado o maior número de ocorrências nesse setor é o Rio de Janeiro, com 1,4 mil. Os dados são do Sistema de Informações sobre Focos de Trabalho Infantil (Siti), do Ministério do Trabalho e Emprego, resultado das ações fiscais sobre a atividade. A agência considerou apenas os dados dos focos nos quais houve identificação e discriminação da atividade exercida.<sup>15</sup>

---

<sup>15</sup> Revista *Época* de 12/06/2012. Trabalho Infantil Recua mas, ainda atinge 3,4 milhões de crianças e adolescentes dia IBGE. 30/06/2013.

E através da Declaração dos Direitos da Criança e o Adolescente de 1959 – Princípio 9º e da Convenção da ONU - sobre os Direitos da Criança de 1989 – artigo 32, a proibição do trabalho infantil definidos como menores de quatorze anos.

Explana José Murillo Digiácomo e Ildeara de Amorim.

Conforme Emenda Constitucional nº 20/1998 (publ. DOU de 16/12/1998), que alterou art. 7º, inciso XXXIII, da CF, é *proibido* qualquer trabalho a menores de *16 (dezesseis) anos*, salvo na condição de *aprendiz*, a partir de 14 (quatorze) anos. Assim sendo, a idade mínima para o trabalho regular, constante do presente dispositivo, foi *alterada* de 14 (quatorze) para *16 (dezesseis) anos*. Interessante também observar que a OIT<sup>16</sup>, por ocasião da 90ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho, realizada em Genebra, Suíça, em junho de 2002, estabeleceu o dia *12 de junho* como o “*Dia Mundial Contra o Trabalho Infantil*”, visando alertar e mobilizar a opinião pública mundial contra esta verdadeira chaga que ceifa a infância e a adolescência (quando não a saúde e a própria vida), de milhões de crianças no Brasil e em todo o mundo. O combate ao trabalho infantil e à exploração do trabalho do adolescente deve ser uma preocupação constante de todos, cabendo aos Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente, juntamente com os Conselhos de Assistência Social e outros Conselhos setoriais e órgãos dos mais diversos setores da administração pública, a elaboração e implementação de *políticas públicas* que permitam a solução do problema em sua *origem*, em regra relacionada à situação socioeconômica precária da família e ao baixo nível de escolaridade. Programas como o “Bolsa Família” do Governo Federal (instituído pela Lei nº 10.836/2004 e regulamentado pelo Decreto nº 5.029/2004), devem ser ampliados e complementados por iniciativas semelhantes dos estados e municípios, que precisam articular suas ações, tal qual preconizado pelo art. 86, do ECA. Cabe aos pais ou responsável (quando necessário com apoio externo, por intermédio dos programas mencionados), o papel de *provedores* da família, de modo que as crianças e adolescentes possam exercer, em sua plenitude, os direitos relacionados nos arts. 4º, do ECA e 227, da CF, sem precisarem ingressar precocemente no mercado de trabalho, máxime em atividades que não exigem qualquer qualificação profissional e nem lhes permitirão a desejada ascensão social<sup>17</sup>.

## CONCLUSÃO

Os Direitos Fundamentais da Criança e do Adolescente são joias raras de nosso ordenamento que ponderam sobre o desenvolvimento, a preservação e a formação do ser

---

<http://revistaepoca.globo.com/Sociedade/noticia/2012/06/trabalho-infantil-recua-mas-ainda-atinge-34-milhoes-de-criancas-e-adolescentes-diz-ibge.html>

<sup>16</sup> Organização Internacional do Trabalho.

<sup>17</sup> DIGIÁCOMO; Murillo José, DIGIÁCOMO; Ildeara de Amorim. Estatuto da Criança e do Adolescente Interpretado (atualizado até a Lei nº 12.010, de 03 de agosto de 2009), Ed. Ministério Público Do Estado Do Paraná - Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente. Curitiba 2010. p.87/88.

humano em vista de serem primados pela Declaração Universal dos Direitos Humanos e Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, posto que transcrevem e transcendem nós mesmos e a nosso ordenamento jurídico complexo que é.

Tem a responsabilidade de traduzir o lema de nossa bandeira “Ordem e Progresso” em ações práticas na formação de cidadãos conscientes de sua capacidade civil, que estejam prontos a exercer seus direitos e cumprir com seus deveres sabiamente.

Ora, observa-se que o trabalho descrito é a concretização das visões de políticas públicas e sociais que prestam-se em progresso e desenvolvimento, mas detêm déficits que são implementados todos os dias, ora de formas promitentes e exatas, outrora em fatídicos erros que se presumem a falha do ser humano.

Mas de fato preservando-se que está a criança e o adolescente, no afã de que usufruam dos Direitos Fundamentais que os resguardam, como já demonstrado pelo artigo 227 da Constituição Federal ao desenvolvimento físico, psíquico, moral, espiritual, cultural, educacional, a liberdade, a dignidade e a sua formação social.

Desenvolvimento este que se formam através dos laços familiares e mãos aptas dos educadores, tão sofridos em nosso país, que mesmo assim se mantêm dignamente cumprindo seu dever, e a nós que prestamos nossos estudos a defender a aplicação correta e digna destes direitos ricos e promitentes.

O que se tratou foi então da construção do homem significando mais uma vez o cumprimento ao lema de nossa bandeira e honrando nosso hino nacional posto que diz.

“[...] Mas, se ergues da justiça a clava forte,  
Verás que um filho teu não foge à luta,  
Nem teme, quem te adora, a própria morte.[...]”

Faz então compreender, que a justiça está presente e que cabe a nós lutarmos por sua vigência, lutarmos por nossos irmãos e não temer, pois somos filhos da liberdade e da dignidade que banhou-se essa terra terá ao grito de “Independência ou Morte”.

É fato então que estamos lutando continuamente para o cumprimento dos Direitos Fundamentais da Criança e do Adolescente, que são depredados por exploração, maus tratos, inseguranças e políticas falhas na saúde e na educação e até mesmo no poder familiar. Mas

também é fato que estamos de pé galgando a cada dia a aplicação correta dos direitos que são o cerne de nosso país o cerne de cada criança e adolescente.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ARAUJO, Luiz Alberto David, Curso de Direito Constitucional, 11ª Ed. São Paulo. Saraiva, 2007. p. 116 a 118.

BARROSO, Darlan, JUNIOR, Marco Antonio Araujo. VADE MECUM Especialmente Preparado para OAB e Concursos. 2º Edição. Revista dos Tribunais 2012. p. 1001.

BELÃO, Fernanda Fabro. Atuação do Ministério Público na Proteção dos Direitos Fundamentais da Criança e do Adolescente. FEMPAR – Fundação Escola do Ministério Público do Paraná. Curitiba. 2009. p. 41.

DIGIÁCOMO; Murillo José, DIGIÁCOMO; Ildeara de Amorim. Estatuto da Criança e do Adolescente Interpretado (atualizado até a Lei nº 12.010, de 03 de agosto de 2009), Ed. Ministério Público Do Estado Do Paraná - Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente. Curitiba 2010. p.41.

DINIZ, Maria Helena, FIUZA, Ricardo, JR., Joel Dias Figueira, MALUF, Carlos Alberto Dabus. Novo Código Civil Comentado. Versão Digital em PDF.2002. p.14/15/16.

GONÇALVES, Carlos Roberto, Direito Civil: direito de família. Ed. 2ª, Editora Saraiva, 2000. São Paulo. p. 125/127/128.

HONORIO, Nilson, Direitos e Garantias Fundamentais da Criança e do Adolescente, Centro Universitário Padre Anchieta. Jundiaí, 2012, p. 39.

<http://www.bibliacatolica.com.br/biblia-ave-maria/genesis/1/#ixzz2OWGgGTcG-25/03/2013>.

ISHIDA, Válder Kenji. Estatuto da Criança e do Adolescente: doutrina e jurisprudência/comentários. 10ª Edição. Ed. Atlas. São Paulo, 2009. p. 26.

JÚNIOR, João Jampaulo. Qualidade de Vida, Direito Fundamental – Uma questão urbana: A Função Social da Cidade. Pontifícia Universidade Católica. São Paulo. 2007. p.05/06.

KLUNK, Marquieli. O Direito à Profissionalização do Adolescente como Importante Forma de Inclusão Social. Univates, Artigo baseado no Trabalho de Conclusão de Curso. Lajeado/RS. p.02.

LIBERATI, Wilson Donizeti, Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente. 5ª Ed., Malheiros Editores. São Paulo. 2000, p.20.

MACHADO, Martha de Toledo, A Proteção Constitucional de Crianças e Adolescentes e os Direitos Humanos. Barueri/SP. Ed. Manole, 2003. p. 154/155.

PINTO, Alexandre Guimarães Gavião. Liberdade, Igualdade e Dignidade. Juiz de Direito do TJRJ, Revista de Direito nº.79-2009, p. 02.

PINTO, Antonio Luiz de Toledo, SANTOS, Márcia Cristina Vaz, CÉSPEDES, Windif e Livia. VADE MECUM Compacto/Obra Coletiva. 5ª Edição. Ed. Saraiva. São Paulo, 2011. p. 971.

REVISTA CEJ, Ano XI, nº.39, out./dez.2007. p.13.

ROBERTO, Luciana Mendes Pereira. Mestranda Negocial, Especialista em Direito Empresarial e Professora na Universidade Estadual de Londrina – UEL e no Centro Universitário Filadélfia – UNIFIL. p. 09.

[http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia\\_visualiza.php?id\\_noticia=2271&id\\_pagina=1](http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=2271&id_pagina=1) 26/03/2013.

<http://pt.wikipedia.org/wiki/Antropocentrismo>. 26/03/2013.

[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9619](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9619). MULLER, Maria Cristina. Direitos Fundamentais: a proteção integral de crianças e adolescentes no Brasil. 13/05/2013.

[http://www.egem.org.br/arquivosbd/basico/0.832721001324991966\\_direito\\_a\\_convivencia\\_familiar\\_e\\_comunitaria\\_e\\_a\\_nova\\_lei\\_de\\_adocao.pdf](http://www.egem.org.br/arquivosbd/basico/0.832721001324991966_direito_a_convivencia_familiar_e_comunitaria_e_a_nova_lei_de_adocao.pdf) 27/07/2013. SILVA, Andreia da; MEDEIROS, Valéria; MERIGO, Janice. Direito à Convivência Familiar e Comunitária e a Nova Lei de Adoção: Algumas Considerações. p. 14. 27/07/2013.

[www.crianca.caop.mp.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=440](http://www.crianca.caop.mp.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=440) . LUZ, Araci Asinelli da. Direito a Profissionalização e a Proteção no Trabalho. Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente. p. 01. 28/07/2013.

<http://revistaepoca.globo.com/Sociedade/noticia/2012/06/trabalho-infantil-recua-mas-ainda-atinge-34-milhoes-de-criancas-e-adolescentes-diz-ibge.html> . Revista Época de 12/06/2012. Trabalho Infantil Recua mas, ainda atinge 3,4 milhões de crianças e adolescentes dia IBGE. 29/07/2013.

<http://onacional.com.br/geral/cidade/37224/0+trabalho+dignifica+o+homem> . MENDES, Glenda. O Trabalho Dignifica o Homem. 30/07/2013.

## A INIMPUTABILIDADE DO ASSASSINO SERIAL

*Larissa Facchinette Tognetti*<sup>1</sup>

*Ivone de Barros*<sup>2</sup>

### RESUMO

Por meio de pesquisas acadêmicas em doutrinas tanto medicas e psicológicas como em doutrinas jurídicas e jurisprudências foi possível abranger um panorama com respeito ao tratamento e conduta do assassino serial acometido de doença mental, perturbação da saúde mental e desenvolvimento mental retardado e com respeito a sua culpabilidade. Por meio de estudos com base na psicologia pode ser abrangido o estado de consciência do agente e a questão de ter o agente no momento do crime seria capaz de determinar-se pelo entendimento que tinha do fato. Foram abrangidas as matérias concernentes ao inquérito policial, processo penal e tribunal do Júri com respeito ao assassino em serie considerado em exame psicológico inimputável e quais as medidas cabíveis. E para findar foram abordados os prazos mínimos e máximos para medida de segurança e a desinternação do paciente. Foi levemente abordado o clamor publico e sua influencia no tribunal do Júri.

**PALAVRA CHAVE:** Direito Penal. Processo Penal. Psicopata. Serial Killer. Assassino Serial.

### INTRODUÇÃO AO TEMA E ANALISE DOS ASSASSINOS EM SÉRIE

No cotidiano e cada vez mais frequente vemos psicopatas e assassinos seriais entrando como quem não quer nada nas nossas vidas por meio da televisão, filmes de entretenimento e livros até mesmo que damos a nossas crianças. Quem nunca assistiu ou deixou o seu filho assistir Batman contra o arquiinimigo, Coringa? Ou nunca leu sobre o “Napoleão do Crime” contra o Sherlock Holmes? Teve a curiosidade de ver a serie Dexter? Ou sempre torceu para

---

<sup>1</sup>Aluna: Larissa Facchinette Tognetti – Estudante do 10º semestre do curso em Direito pela Universidade Padre Anchieta – Unianchieta. Jundiaí. SP

<sup>2</sup> Orientadora: Profª. Ivone de Barros – Professora de Direito e Processo Penal na Unianchieta; Professora orientadora do trabalho de conclusão de curso

aquele vilão que planejava matar todo mundo na novela acabasse com um final trágico e a mocinha vencesse?

Temos a curiosidade de saber como eles se comportam e de saber o que faz um ser humano agir de tal modo cruel.

Temos convivência com mentes psicopáticas todo o tempo conforme uma pesquisa da Associação Americana de Psiquiatria (APA) vinculada na Revista Superinteressante “3% dos homens e 1% das mulheres são incapazes de internalizar regras sociais.”<sup>3</sup> São praticamente uma a cada vinte e um psicopata conforme a PHD Martha Stout.<sup>4</sup>

Temos de levar em conta não apenas a conduta criminosa do agente, mas também as condições em que ela foi exercida. Pela psiquiatria essas pessoas (sociopatas, psicopatas, assassinos em serie e sádicos) tem transtornos mentais descritos no CID-10 como “Transtorno de Personalidade Dissocial (F60.2)”<sup>5</sup> e no DSM-IV-TR “como transtornos de personalidades Antissocial (301.7) e “transtornos de conduta (312.8)”.

Sendo assim poderiam se enquadrar no artigo 26 do Código Penal, *in verbis*:

Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Redução de pena

Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.<sup>6</sup>

Entendemos que o doente mental descrito deste artigo da lei, refere-se a três espécies básicas: o doente biológico: que não apresentou a idade condizente para ser apenado na lei; o psicológico: que acreditamos influir no psicopata e sociopata; e por fim o biopsicólogo: que além da doença mental ou retardado tem como psicologia a falta de entendimento que sua ação tem como consequência.

O que também confronta com o artigo 59 *caput* do Código Penal, *in verbis*:

<sup>3</sup> SEM PENA NEM PERDÃO. Brasil: Abril, jul. 2009. Mensal. Disponível em:

<<http://super.abril.com.br/ciencia/pena-nem-perdao-620209.shtml>>. Acesso em: 17 set. 2012.

<sup>4</sup> STOUT, Martha. **Meu vizinho é um psicopata**. Rio de Janeiro: Sextante, 2010. 250 p.

<sup>5</sup> BRASIL. Ministério da Saúde. (Org.). **Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde - CID-10**. Disponível em: <<http://www.datasus.gov.br/cid10/V2008/cid10.htm>>. Acesso em: 18 set. 2012

<sup>6</sup> BRASIL, **Código Penal**. São Paulo: Saraiva, 2010.

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.<sup>7</sup>

Sendo esta descrita pelo Dr. Gustavo Octaviano Diniz Junqueira “As variantes que compõem a personalidade podem ser fundamentais para avaliar a reprovabilidade, pois as condições de se dirigir de acordo com a norma podem variar com importante repercussão na pena.”<sup>8</sup>

Além disso, existem três espécies principais de assassinos seriais conforme o Promotor de Justiça Edilson Mougenot Bonfim<sup>9</sup>, os “mass murder” (assassino em massa), “spree killer” (assassino por impulso) e o “serial killer” (assassino em série). Sendo notória a diferença entre eles para efeito de julgamento.

Porém na grande maioria dos casos o juiz somente consegue diagnosticar um psicopata por exames específicos, já que eles não apresentam anomalias que possam ser identificáveis somente pelo seu comportamento constante. Conforme Ana Beatriz Barbosa Silva define que “muitos seres humanos são destituídos desse bom senso de responsabilidade ética, que deveria ser a base essencial das nossas relações emocionais com os outros.”<sup>10</sup>

Portanto temos que analisar como julgar pessoas com esses distúrbios, ou não, no nosso ordenamento já que não existe norma expressa para ela. Analisando a culpa pelo delito cometido e demais atenuantes ou agravantes. Nem sempre o psicopata se torna um assassino em serie. E importante discernirmos como tratá-los antes de ser tarde demais para a sociedade.

## PSICOPATA E A PSICOPATIA

Nos últimos trinta anos muito se falou na psicologia sobre a questão dos assassinos em serie, surgindo assim dezenas de definições e classificações ao redor do mundo por

---

<sup>7</sup> BRASIL, **Código Penal**. São Paulo: Saraiva, 2010.

<sup>8</sup> JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Direito Penal**. 12 edição São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2012. 383 p. (Elementos do Direito).

<sup>9</sup> BONFIM, Edilson Mougenot. **O julgamento de um serial killer: o caso do maníaco do parque**. 2. ed. Niteroi: Editora Impetus, 2010. 343 p

<sup>10</sup> SILVA, Ana Beatriz Barbosa. **Mentes Perigosas: O psicopata mora ao lado**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010. 239 p

psicólogos, sociólogos, médicos, investigadores, doutrinadores e juristas. Com o passar dos anos houve um refinamento desses conceitos e nada impede que com o avanço dos estudos na área de psicologia, psicopatologia e ciência do crime, surgisse novas definições às mesmas. Por ser uma matéria com caráter psicológico não há um padrão a ser seguido, sendo assim, depende muito do caso a ser analisado em questão.

A definição conceitual de psicopata mais amplamente aceita a o próprio significado da palavra. Psicopata significa conforme o dicionário “que, ou aquele que sofre de doença mental”.<sup>11</sup> Porém como qualquer pessoa que tenha uma doença, o psicopata também apresenta graus da sua doença, podendo viver comumente na sociedade sob os tratamentos de saúde corretos. Cientistas calculam que entre 1% e 3% da população em geral seja um psicopata, portanto a cada 100 pessoas, uma delas é um psicopata; sendo que essa porcentagem aumenta para 15% em populações carcerárias.<sup>12</sup>

Como qualquer doença, a psicopatia pode ser tratada como outras doenças mentais que possam assolar um assassino serial. Por esse motivo são equivocados os termos que tratam o psicopata e o assassino seriais como sinônimos.

Conforme Kerry Daynes, psicóloga forense, traz a questão dos psicopatas:

Os psicopatas não costumam andar por ai com uma faca ensanguentada em uma das mãos e uma cabeça decepada na outra. Eles são muito – *mas muito* – mais sutis. O psicopata na sua vida pode ser seu chefe, seu filho adolescente, seu namorado, seu medico, seu amante, ou desconhecido com quem você marcou um encontro.<sup>13</sup>

Porém o que todos apresentam em comum é o fato de não terem, em algum tipo de grau, a ideia de consciência plena, muitas vezes desencadeado de uma série de problemas emocionais e comportamentais antissociais. Normalmente os psicopatas não apresentam em seu ambiente social a empatia, a característica particular que todo ser humano tem em sentir a dor do outro, ou se colocar no lugar da outra pessoa perante uma determinada circunstância. Os psicopata normalmente tem essa capacidade diminuída ou são desprovidos dela. Se tornando assim difícil a compreensão do que é aceitável ou não perante a sociedade,

---

<sup>11</sup> ROSA, Ubiratan (Org.). **Minidicionário Compacto da Língua Portuguesa**. São Paulo: Rideel, 1999. 532 p.

<sup>12</sup> DAYNES, Kerry; FELLOWES, Jessica. **Como identificar um psicopata: cuidado!** Ele pode estar mais perto do que você imagina. São Paulo: Pensamento-Cultrix Ltda, 2012. 238 p.

<sup>13</sup> DAYNES, Kerry; FELLOWES, Jessica. **Como identificar um psicopata: cuidado!** Ele pode estar mais perto do que você imagina. São Paulo: Pensamento-Cultrix Ltda, 2012. 238 p.

consequentemente há a diminuição da sua consciência.

## PSICOPATIA E O ASSASSINO EM SÉRIE

Atualmente há vários exames que podem classificar um psicopata, ou seja, um portador da psicopatia. O padrão internacional de avaliação e diagnóstico atual é a escala PCL-R (*Psychopathy Checklist Revised* – lista de verificação de psicopatia). Esta avaliação mede o grau que a pessoa demonstra perante vinte qualidades fundamentais de um psicopata. A avaliação além da análise dessas qualidades que somam “pontos” há entrevistas e análises das informações provenientes de arquivos referentes a pessoa.

Fazer 30 pontos ou mais na escala PCL-R, de um total de quarenta pontos, é o suficiente para ser considerado “psicopata”. Uma pontuação entre 35 e 40 é suficiente para fazer até mesmo Hannibal Lecter pensar duas vezes antes de convidar essa pessoa pra jantar.<sup>14</sup>

O PCL-R é uma escala móvel de psicopatia, ou seja, todas as pessoas se encontraram nela, porém irá depender do grau. Um criminoso que não apresenta um transtorno psicopático apresenta em torno de 19 a 22 em média. Já dos sociopatas, varia entre 23 e 24 em média, enquanto a dos psicopatas bem sucedidos (aqueles que convivem como se fossem pessoas normais porém dobram a família, amigos, e colegas de trabalho a sua vontade), varia entre 25 a 29 em média, a média de uma pessoa normal está em 5,5 pontos. Este estudo desenvolvido em 1991 combina características de personalidade como também de estilo de vida da pessoa.

Além do PCL-R são classificados e adotados mundialmente os transtornos mentais descritos no CID-10 como “Transtorno de Personalidade Dissocial (F60.2)”<sup>15</sup> e no DSM-IV-TR “como transtornos de personalidades Antissocial (301.7) e “transtornos de conduta (312.8)”, todos usados como padrões globais referindo-se ao desrespeito e violação de direitos alheios.

---

<sup>14</sup> DAYNES, Kerry; FELLOWES, Jessica. **Como identificar um psicopata: cuidado!** Ele pode estar mais perto do que você imagina. São Paulo: Pensamento-Cultrix Ltda, 2012. 238 p.

<sup>15</sup> BRASIL. Ministério da Saúde. (Org.). **Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde - CID-10**. Disponível em: <<http://www.datasus.gov.br/cid10/V2008/cid10.htm>>. Acesso em: 18 set. 2012.

Nota-se que a psicopatia tende a entrar em remissão quando o indivíduo alcança a faixa dos 40 anos de idade. Além disso os exames e análises dos transtornos descritos só podem ser analisados após a idade de 18 anos, já que a idade inferior por lei é considerado incapaz (incapacidade biológica), porém conforme o psicólogo forense Carl Gacono em entrevista a revista *Superinteressante*<sup>16</sup> afirma que esses sinais (sadismo, falta de remorso, falta de culpa e ausência de empatia), podem começar a ser detectados entre 6 a 9 anos de idade, ou seja, quando a personalidade da criança esta se formando.

Sendo assim, classificam os psicopatas como pessoas com disfunção de sua *personalidade psicopática*, ou equivala-se o termo personalidade antissocial ou dissocial.

A lei refere-se, como já amplamente abrangido, a perturbação da saúde mental do agente que cometeu o crime, sendo esta uma expressão extremamente ampla. O doutrinador Mirabete apresenta o seguinte termo, *in verbis*:

Os *psicopatas*, por exemplo, são enfermos mentais, com a capacidade parcial de entender o caráter ilícito do fato. A *personalidade psicopatia* não inclui na categoria de moléstias mentais, mas no elenco das perturbações da saúde mental pelas perturbações de conduta, anomalia psíquica que se manifesta em procedimento violento, acarretando sua submissão ao artigo 26, parágrafo único.<sup>17</sup>

O termo psicopata e assassino em serie são termos inicialmente distintos, porém podem ser apresentados num mesmo indivíduo. Portanto nem todo psicopata é um assassino em serie e nem todo assassino em serie é psicopata, às vezes é apenas uma pessoa cruel.

O termo assassino em serie surgiu em 1970 pelo agente do FBI (*Federal Bureau of Investigation*), Robert Ressler que após 20 anos elaborando perfis psicológicos de criminosos criou o termo “*serial killer*”, para os antes conhecidos como assassinos múltiplos ou assassinos anônimos, o nome logo ganhou fama pela mídia que usava o termo para diferenciar seus assassinos conhecidos dos assassinatos comuns. Com os anos a definição criada pelo Departamento de Ciências da Conduta do FBI descreveu como assassino serial sendo “uma

---

<sup>16</sup> SKLARZ, Eduardo. “Meu filho é um psicopata”: Sim, a maldade pura existe. Ela é muito pior do que você imagina. E pode começar já na infância. *Superinteressante*, n. 304, p.50-59, maio 2012. Mensal.

<sup>17</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N.. **Manual de Direito Penal**: volume I: parte geral, artigos. 1º a 120 do CP. 27. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2011. 196 p.

pessoa que matou ao menos em três momentos e lugares diferentes separados com nitidez e com um espaço de tempo suficiente entre um crime e outro.”<sup>18</sup>.

A partir da definição do FBI, foram classificados os seriais killers (*mass murderer, serial killer e spree killer*), para diferenciá-los ainda entre si.

## O ASSASSINO SERIAL NO ÂMBITO JURÍDICO

O assassino serial que não apresenta nenhuma doença mental ou desenvolvimento mental retardado, ou alguma das perturbações da mente deve ser excluído, pois seguiu seu curso de processo normal tendo apurado sua medida de culpabilidade e sendo imputável perante a lei. Caracterizamos esses indivíduos como pessoas que tem apenas um grau superior de crueldade.

Já os assassinos seriais que apresentam algum tipo de doença mental, psicopatia, perturbação da saúde mental ou desenvolvimento mental retardado, cometido o crime será apurado sua inimputabilidade ou a diminuição de pena, conforme o artigo 26 *caput* e o parágrafo único.<sup>19</sup>

Visto que se conceitua culpabilidade como um juízo de reprovação e que somente pode ser responsabilizado o sujeito quando poderia ter agido em conformidade com a lei penal, mas por algum motivo não o faz.

Portanto como o doutrinador Julio Fabbrini Mirabete descreve em seu livro:

Há imputabilidade quanto o sujeito é capaz de compreender a ilicitude de sua conduta e de agir de acordo com esse entendimento. Só é reprovável a conduta se o sujeito tem certo grau de capacidade psíquica que lhe permita compreender a antijuridicidade do fato e também a de adequar essa conduta a sua consciência. Quem não tem essa capacidade de entendimento e de determinação é imputável, eliminando-se a culpabilidade.<sup>20</sup>

Observamos que o grau de entendimento e de consciência deve ser levado em conta com respeito à inimputabilidade. Essa exceção é a mais próxima de uma lei que possam ser

---

<sup>18</sup> RÁMILA, Janire. **Predadores Humanos: o obscuro universo dos assassinos em série**. São Paulo: Madras, 2012. 213 p.

<sup>19</sup> BRASIL, **Código Penal**. São Paulo: Saraiva, 2010.

<sup>20</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N.. **Manual de Direito Penal: volume I: parte geral, artigos. 1º a 120 do CP**. 27. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2011. 196 p.

caracterizados os assassinos em série psicóticos, por exemplo, portanto no caso em questão devemos usar um dos princípios do direito sendo ele a analogia.

Nosso ordenamento jurídico tem como teoria para os crimes a teoria finalista da ação, ou seja, o agente deve no tempo do crime mais precisamente no ato/fato não ter consciência da ação ou de entender e se determinar por ela.

Portanto como já observados a vários casos de assassinos em série que apresentaram como descritos na lei as doenças mentais que impossibilitam o claro entendimento do fato.

Nesse caso devemos excluir os intervalos lúcidos, intervalos na doença em que o agente é considerado uma pessoa “comum”, não sendo perturbado por nenhuma doença ou não tendo sua capacidade de entendimento do fato prejudicada.

Como já observados nesse estudo, os assassinos em serie que apresentam transtornos, mas são tratados e tem um acompanhamento medico constante, nesses casos não há o que dizer de inimputabilidade. Configura-se assim também a simulação de doença mental sendo passível a imputabilidade.

Varias doenças e maus do cérebro humano foram abrangidas nesse estudo, portanto a lei abrange a doença da mente e em consequência abre um leque de opções com o aparecimento das causas de diminuição de pena abrangida na lei acima mencionada.

Conforme notamos nesta pequena abordagem, para diagnosticar um assassino em serie em fase de inquérito ou de processo judicial necessita-se de exame do PCL-R formulado por psicólogo de confiança do juiz em caráter de laudo de exame psicológico.

## **EXAME PSIQUIÁTRICO E A PSIQUIATRIA FORENSE**

A psiquiatria forense é a área da direito que juntamente com a psicologia tem o objetivo de estudar a mente dos criminosos e esclarecer algumas perguntas decorrentes dos crimes como a motivação para o ato criminoso.

Apesar de o juiz criminal não esteja restrito as decisões periciais e o exame pericial psiquiátrico somente é requerido em casos que apresentam evidencias convincentes que necessita desta prova, salvo em julgamento por Júri.

Podendo assim o juiz aceitar ou rejeitar o resultado da pericia conforme artigo 182 do Código de Processo Penal, “O juiz não ficará adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte.”<sup>21</sup>.

Como no caso de averiguação da inimputabilidade e semi-inimputabilidade do agente, fogem do conhecimento do magistrado sendo assim averiguado por um psiquiatra de confiança do juízo.

Nesses casos nem sempre o juiz é apto para proceder diretamente e pessoalmente a verificação e mesmo a apreciação das causas e consequências de certos fatos que possam ser questionados em processo, a verificação então se dará por profissionais aptos no assunto como médicos e psicólogos (no caso das doenças da mente apenas o psicólogo conseguiria diagnosticar com precisão).

Conforme José Lopes Zarzuela traz em voga o objetivo principal da pericia:

Laudo pericial consiste em exposição minuciosa, circunstanciada, fundamentada e ordenada das apreciações e interpretações realizadas pelos peritos, (...) A pericia é uma modalidade de prova destinada levar ao juiz elementos instrutórios de ordem técnica, podendo consistir em uma declaração de ciência, na afirmação de um juízo ou em ambas as operações simultaneamente.<sup>22</sup>

O laudo psiquiátrico será elaborado com base nas entrevistas dos peritos com o agente e com o uso de testes como PCL-R que já foi abordado neste estudo, sendo um dos exames mais conceituados mundialmente.

Para o juiz não cabe rejeitar imotivadamente um laudo pericial, portanto cabe ao perito definir, situar, prever, apontar, a evolução e o termino exato das circunstancia que envolvem o laudo psiquiátrico-legal, assim destina-se a observar a sua natureza, desenvolvimento com a projeção da doença, etimologia, e se possível a duração da doença.

No caso do laudo psicológico o perito de ‘apenas’ atestar ou não a inimputabilidade do agente. Não há a possibilidade de ser inconclusivo, por exemplo.

Em suma, o poder e o bom senso do juiz perante o caso concreto aliados com a pericia correta, poderão assegurar o verdadeiro estagio da doença mental do agente ou a simulação.

---

<sup>21</sup> BRASIL, **Código de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2010

<sup>22</sup> ZARZUELA, José Lopes; MATUNAGA, Minoru; THOMAZ, Pedro Lourenço. **Laudo pericial: aspectos técnicos e jurídicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. 36 p.

## INTERNAÇÃO CAUTELAR DO INIMPUTÁVEL

Ainda há enormes divergências doutrinárias sobre o agente estar ou não sujeito a internação em medida cautelar, ou seja, uma medida provisória ao agente que antes do findo processo, mas já sabidamente inimputável estaria sujeito.

Com o vigor da parte geral do Código Penal vigente e da lei de execuções penais, passou-se amplamente a doutrina a entender que o caráter de provisoriedade deixou de existir no ordenamento jurídico. Conforme abrange nesse quesito Antonio Carlos da Ponte:

O argumento utilizado é de que os arts. 147, 171 e 172 da Lei de Execuções Penal revogaram implicitamente o art. 378 do Código de Processo Penal, além do que a Lei n. 7.209/84 não teria repetido a redação do então artigo. 80 do Código Penal de 1940, o que tornou sem aplicabilidade o já mencionado dispositivo do Estatuto Processual Penal e o artigo 380 do mesmo Código. Sustenta-se, finalmente, que a internação ou o tratamento ambulatorial pela autoridade judiciária após o trânsito em julgado da sentença que impõe medida de segurança.<sup>23</sup>

Porem como grande parte das discussões doutrinária esse entendimento não é pacífico. A lei presume como perigoso a pessoa descrita no artigo 26 do Código Penal como já amplamente abrangidos neste estudo, e pacificamente entende-se que a melhor medida para o doente mental é a cura por meio de medida de segurança. E diferentemente da doutrina os artigos 373 e 378 do Código de Processo Penal resguarda esse direito de provisoriedade na aplicação da medida de segurança sendo tanto em fase de inquérito tanto em fase de processo.

Sendo então apresentado nessa discussão um problema maior, conforme o autor Antonio Carlos da Ponte traça:

O que o juiz de direito ao tomar conhecimento que uma pessoa se encontra presa em decorrência de flagrante delito ou do cumprimento de mandado judicial, nas dependências de uma delegacia de policia, apesar de carecer, visivelmente, de higidez mental? Deve mante-la custodiada, como se imputável fosse, ate o termino do processo, ou colocá-la em liberdade, pondo em risco a segurança da coletividade e a própria integridade do paciente?<sup>24</sup>

---

<sup>23</sup> PONTE, Antonio Carlos da. **Inimputabilidade e processo penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 199 p

<sup>24</sup> Ibidem

Pelo que podemos observar a decisão judicial nesse caso encara-se como complexa, pois envolve uma série de problemas práticos e sociais, tanto para com a comunidade tanto para com o agente.

Além destes motivos apresentados com base no artigo 150 do Código de Processo Penal o agente que estiver sujeito ao exame psicológico “será internado em manicômio judiciário, onde houver, ou, se estiver solto, e o requererem os peritos, em estabelecimento adequado que o juiz designar.”<sup>25</sup>. Ou seja, o artigo em si abrangendo a possibilidade de internação cautelar não existe, mas por analogia e análise dos artigos, em alguns casos não há como se prosseguir o exame técnico ou mesmo o processo sem a internação do agente em instituição de auxílio psiquiátrico.

A solução mais razoável a visto do caso é a internação do acusado em estabelecimento apropriado até que se instaure ou conclua o incidente de inimputabilidade no processo ou no inquérito. Sendo também que conforme o laudo com a detecção da inimputabilidade o paciente já esteja em ambiente plausível a sua recuperação.

## **MEDIDA DE SEGURANÇA PARA O ASSASSINO EM SÉRIE CONSIDERADO INIMPUTÁVEL**

Quando analisado o sistema prisional para o indivíduo que apresenta doença mental, desenvolvimento mental retardado, ou perturbação da saúde mental, observamos uma falha em análise para ele. A ética penal prevê que quando o indivíduo apresenta a doença mental ele deve ser submetido a tratamento.

O fundamento da aplicação da pena reside na culpabilidade do agente, diferentemente no caso do inimputável que assenta a periculosidade. Ou seja, o indivíduo é considerado um perigo para a sociedade tendo por estado subjetivo, mais ou menos duradouro, de antijuridicidade ou resulta da prática recorrente de crimes evitando-os por meio da medida de segurança, já que o doente mental idealiza o crime e não consegue parar-lo até que tenha ocorrido como imaginado com uma impulsão criada pelo próprio cérebro.

A medida de segurança é imposta ao agente do crime que não tendo plena ou parcialmente sua capacidade de culpabilidade prática o injusto penal, o crime, tendo por

---

<sup>25</sup> BRASIL, **Código de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2010.

objetivo a retirada do indivíduo para o tratamento adequando de sua punibilidade. Sendo a pena alternativa.

A medida de segurança não deixa de ser uma sanção penal porem com um caráter duplo, alem de preservar a sociedade a de regeneração do indivíduo.

Em suma são dois caminhos paralelos que se destinam ao mesmo fim, elas são traçados sobre o mesmo terreno (o delito), com um único objetivo (a defesa do bem estar social), porem cada estrada com a sua característica peculiar.

Como poderemos observar no decorrer do estudo que a periculosidade do agente pode ser presumida ou real, dependendo do entendimento do juiz sobre o caso.

Porem a pressupostos expressos na lei para a aplicação da medida da segurança, sendo o artigo 97 *caput* e 98 *caput* do Código Penal<sup>26</sup>, *in verbis*:

#### **Imposição da medida de segurança para inimputável**

Art. 97 - Se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação (art. 26). Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial.

#### **Substituição da pena por medida de segurança para o semi-imputável**

Art. 98 - Na hipótese do parágrafo único do art. 26 deste Código e necessitando o condenado de especial tratamento curativo, a pena privativa de liberdade pode ser substituída pela internação, ou tratamento ambulatorial, pelo prazo mínimo de 1 (um) a 3 (três) anos, nos termos do artigo anterior e respectivos §§ 1º a 4º.

Conforme podemos observar no artigo não basta que o agente seja inimputável e perigoso para a sociedade, mas também que ele tenha cometido um fato típico punível por lei. Não se aplicará no caso do agente foi absolvido por ser um abrigo de excludente de antijuridicidade, ou quando não há provas da imputação e se o fato não constitui ilícito penal.

Conforme Eduardo Reale Ferrarri em seu livro Medidas de Segurança e o Direito Penal no Estado Democrático de Direito traz em voga: “A medida de segurança constitui uma providencia do poder político que impede que determinada pessoa, ao cometer um ilícito -

---

<sup>26</sup> BRASIL, **Código Penal**. São Paulo: Saraiva, 2010.

típico e se revelar perigosa, venha a reiterar na inflação, necessitando de tratamento adequado para sua reintegração social.”<sup>27</sup>

## TRATAMENTO MENTAL EM HOSPITAL PSIQUIÁTRICO

A medida de segurança tem como objetivo assegurar o correto tratamento ao agente, aqui tratado como paciente, que foi encaminhado ao hospital psiquiátrico à sentença que acarreta a determinação de inimputável o agente.

No código penal traz em suma os direitos do internado no seu artigo 99, “O internado será recolhido a estabelecimento dotado de características hospitalares e será submetido a tratamento”<sup>28</sup>, sendo assim o ambiente em que o paciente será internado deve conter as características de um hospital, ora para melhora de sua doença. No artigo 99 da Lei de Execuções Penais<sup>29</sup> reitera característica de ser um hospital ou ter as características de um. No artigo 88 parágrafo único, desta mesma lei traz os requisitos básicos para a unidade: “a) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana; b) área mínima de 6,00m<sup>2</sup> (seis metros quadrados).”.

Essas exigências apresentam que o internado não deve ser apenas confinado como eram nos primórdios de nosso direito, mas sim, tratados como pessoas submetidas a tratamentos médicos, sendo assim submetidas a exames como previsto no artigo 100 da Lei de Execuções Penais em conjunto com o artigo 43 da mesma lei que garante ao interno a liberdade de ter um médico de confiança de seus familiares ou dependentes que possa acompanhar ou orientar o melhor tratamento. Constituem ainda os direitos do interno iguais aos dos presos previstos no artigo 41 da Lei de Execuções Penais, que diz respeito ao vestuário, alimentação, trabalho e remuneração, chamamento nominal e assim por diante, caracterizando um tratamento mais humanitário ao submetido à medida de segurança, sempre observando o princípio da dignidade da pessoa humana.

---

<sup>27</sup> FERRARI, Eduardo Reali. **Medidas de Segurança e Direito Penal no Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 15.

<sup>28</sup> BRASIL, **Código Penal**. São Paulo: Saraiva, 2010.

<sup>29</sup> BRASIL. **Lei de Execução Penal**. 1984. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm)>. Acesso em: 15 fev. 2014

Alem dessas características a ala feminina deve ser dotada de sessão para gestantes, parturiente e de creche.

O paciente submetido a tratamento ambulatorial pode ser realizado em hospital psiquiátrico, ou em qualquer unidade de saúde que contenha uma ala especifica de psiquiatria, inclusive os postos da rede publica de atendimento. Sendo que o paciente submetido a tratamento ambulatorial apenas recebera o tratamento em seu lar sendo acompanhado por medico responsável em departamento psiquiátrico.

Cabe assim ao posto de atendimento ambulatorial orientar as famílias dos pacientes e alem de prever um serviço de acompanhamento para o doente sendo indispensável para o caso do doente mental que cumpre medida de segurança.

Lembremo-nos que em qualquer fase do tratamento o juiz poderá determinar a regressão com a internação do agente conforme artigo 184 da Lei de Execuções Penal<sup>30</sup>. Também se tem admitido a progressão do regime de internação para o regime ambulatorial conforme o tratamento e recomendável pelos médicos.

## **O TRATAMENTO ADEQUADO E A REINserÇÃO NA SOCIEDADE DO DOENTE MENTAL**

A lei prevê todo o ambiente para que o assassino serial considerado pela lei conforme exames psiquiátricos uma pessoa inimputável. A lei prevê o melhor ambiente, o melhor medico e um bom tratamento, ate mesmo para os submetidos a medidas de segurança e não dispõe de local adequado para o tratamento a lei 10.708/2003<sup>31</sup> conhecida como Lei do Auxílio- Reabilitação Psicossocial, que prevê um auxílio monetário para o caso de o paciente já estar pronto para a reintegração com a sociedade chamada pelo Ministério da Saúde como programa “De Volta Para Casa”. Alem dessas há outras providencias como o Decreto 24.559/34 que tutela a proteção a vida e aos bens dos psicopatas, tendo em seu artigo 1º, *in verbis*:

---

<sup>30</sup>BRASIL. **Lei de Execução Penal**. 1984. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm)>. Acesso em: 15 fev. 2014

<sup>31</sup>BRASIL. **Lei de Auxílio-Reabilitação Psicossocial**. 2003. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/l10.708.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.708.htm)>. Acesso em: 12 dez. 2013.

Art. 1º A Assistência a Psicopatas e Profilaxia Mental terá por fim:

- a) Proporcionar aos psicopatas tratamento e proteção legal ;
- b) dar amparo médico e social, não só aos predispostos a doenças mentais como também aos egressos dos estabelecimentos psiquiátricos;
- c) concorrer para a realização da higiene psíquica em geral e da profilaxia das psicopatias em especial.<sup>32</sup>

Neste caso em questão o termo psicopata é análogo, o doente mental ou acometido de moléstia da mente.

Porem a cura nem sempre é fácil, conforme a psicóloga forense Kerry Daynes, a “psicopatia não tem “cura”, e os programas genéricos para tratamento de criminosos não surtem efeito nos psicopatas”

A lei de reforma psiquiátrica (lei nº 10.216/01), trazendo varias modificações como a internação compulsória sendo voluntaria ou involuntária, alem de redirecionar o modelo de assistência para saúde mental. Com esta lei a internação será apenas em ultimo caso e em extrema necessidade. Porem há um contra a esta lei, no caso previsto, o portador de doença mental que cometeu algum ilícito penal com o portador de doença mental que não cometera ilícito penal apenas possa ser uma ameaça para a sociedade ou a família não tem condições adequadas de cuidar.

## CONCLUSÃO

Como fora observado no decorrer desse estudo que não existe lei que realmente defina o assassino em serie e que a psicologia e a medicina ainda há muito em que caminhar para que cheguemos a uma resolução da questão. Por este motivo, este estudo tentou se ater a imparcialidade em pendendo para a condenação de todo e qualquer assassino serial nem pendendo para a absolvição e nem pendendo para tratamentos de saúde que intrinsecamente entendemos ao longo da historia como abusivos e discriminatórios.

---

<sup>32</sup> BRASIL. DECRETO N. 24.559 – DE 3 DE JULHO DE 1934. 1934. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=20366&norma=35529>>. Acesso em: 03 mar. 2014.

Porem este estudo caracteriza apenas a ponta do “iceberg” sobre a questão tento tantos mais desdobramentos, que seria impossível abrange-los em tão singelo estudo.

Apesar de termos ampla lei que regulamente a forma de manter o agente que é consideradas inimputáveis e em leis esparsas as precisões necessárias como a administração dos bens do paciente como também sua volta a sociedade. Mas mesmo com essas condições e com a previsão legal os magistrados relutam em fazer a pericia psicológica no agente, considerando-a apenas em ultimo caso de prova, em relevante duvida. E mesmo com base no laudo, os juízes podem desconsiderá-lo no momento do julgamento. Este modelo com o passar dos anos poderia ser melhorado, mas não foi. Permanecendo equivocadamente a questão de que o agente tratado em hospital psiquiátrico, anteriormente chamado de manicômio judiciário era privilegiado por não cumprir uma pena determinada. Porem esquecem-se que como abrangidos no estudo grande parte das doenças mentais que se mostram um perigo para a sociedade, dependendo do grau em que se encontra, não tem uma “cura”, causando uma perpetua internação já que o atributo principal para sua liberdade é a cura.

Logicamente que a indulgencia não deve ser tolerada no direito penal e que como também constatado no estudo existem assassinos seriais que matam por puro desejo e crueldade, que conseguem ver nisso um prazer, igualmente quando qualquer um de nos saímos para aproveitar um hobby que tenhamos.

Afinal a sociedade espera a justiça, ate mesmo anseia por ela. E quando a quebra da justiça a uma desproporção na balança causando um desconforto social. Alguns entendem que esse desconforto social somente seja saciado com a justiça por meio de pena a ser cumprida, e que para a sociedade, a medida de segurança é benéfica. Pois como aprendemos não o é.

Com a elaboração deste trabalho percebemos o quão novo é o nosso direito e quantos caminhos ainda temos a percorrer com respeito à medicina, a psicologia, a mídia, a sociedade, e acima de tudo o direito.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

BRASIL. **DECRETO N. 24.559 – DE 3 DE JULHO DE 1934**. 1934. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=20366&norma=35529>>.

Acesso em: 03 mar. 2014.

\_\_\_\_. **Lei de Execução Penal**. 1984. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm)>. Acesso em: 15 fev. 2014

\_\_\_\_. **Lei de Auxílio-Reabilitação Psicossocial**. 2003. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/l110.708.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l110.708.htm)>. Acesso em: 12 dez. 2013.

\_\_\_\_. **Lei de Execução Penal**. 1984. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm)>. Acesso em: 15 fev. 2014

—, **Código Penal**. São Paulo: Saraiva, 2010.

—, **Código de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2010

\_\_\_\_. Ministério da Saúde. (Org.). **Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde - CID-10**. Disponível em: <<http://www.datasus.gov.br/cid10/V2008/cid10.htm>>. Acesso em: 18 set. 2012.

DAYNES, Kerry; FELLOWES, Jessica. **Como identificar um psicopata: cuidado! Ele pode estar mais perto do que você imagina**. São Paulo: Pensamento-Cultrix Ltda, 2012. 238 p.

FERRARI, Eduardo Reali. **Medidas de Segurança e Direito Penal no Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 15.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Direito Penal**. 12 edição São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2012. 383 p. (Elementos do Direito).

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N.. **Manual de Direito Penal: volume I: parte geral, artigos. 1º a 120 do CP**. 27. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2011. 196 p.

PONTE, Antonio Carlos da. **Inimputabilidade e processo penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 199 p

RÁMILA, Janire. **Predadores Humanos: o obscuro universo dos assassinos em série**. São Paulo: Madras, 2012. 213 p.

ROSA, Ubiratan (Org.). **Minidicionário Compacto da Língua Portuguesa**. São Paulo: Rideel, 1999. 532 p.

**SEM PENA NEM PERDÃO.** Brasil: Abril, jul. 2009. Mensal. Disponível em: <<http://super.abril.com.br/ciencia/pena-nem-perdao-620209.shtml>>. Acesso em: 17 set. 2012.

SILVA, Ana Beatriz Barbosa. **Mentes Perigosas: O psicopata mora ao lado.** Rio de Janeiro: Objetiva, 2010. 239 p

STOUT, Martha. **Meu vizinho é um psicopata.** Rio de Janeiro: Sextante, 2010. 250 p.

SKLARZ, Eduardo. "Meu filho é um psicopata": Sim, a maldade pura existe. Ela é muito pior do que você imagina. E pode começar já na infância. **Superinteressante**, n. 304, p.50-59, maio 2012. Mensal.

ZARZUELA, José Lopes; MATUNAGA, Minoru; THOMAZ, Pedro Lourenço. **Lauda pericial:** aspectos técnicos e jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. 36 p.

## **A IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA NAS FORMAS DE ENTIDADES FAMILIARES**

*Marcelo Gusmano*<sup>1</sup>

*Mauro Alves de Araujo*<sup>2</sup>

### **RESUMO:**

A presente monografia tem por escopo efetuar uma perfunctória análise sobre o instituto da “impenhorabilidade do bem de família” visando precipuamente a elucidação do tema e sua aplicação no Direito de Família Brasileiro, bem como, analisar os seus conceitos e espécies à luz da sistemática do direito, enfocando ainda, seus requisitos intrínsecos e extrínsecos, consequências e aplicabilidade no mundo jurídico atual. Analisando a origem dessa impenhorabilidade e sua aplicabilidade hodiernamente, demonstrando de forma objetiva as inúmeras posições sustentadas por vários autores que discorrem sobre o assunto, enfocando as respectivas situações motivadoras da problemática em estudo. Trata-se precipuamente da origem e surgimento do instituto nos Estados Unidos, onde foi conhecido como o “homestead”, bem como, a suas noções básicas e conceituais no Direito Civil Brasileiro. Analisa-se o instituto conceitualmente, abordando a questão do bem do devedor solitário que não constituiu família, e das pessoas que mantêm relação homoafetiva.

**PALAVRAS-CHAVE:** *Homestead*, Bem de família, Impenhorabilidade e Entidade familiar.

### **INTRODUÇÃO**

O presente trabalho tem o escopo de tratar da impenhorabilidade do Bem de Família nas entidades familiares, visto que essas são formas regularmente protegidas pelo ordenamento jurídico vigente e pela nossa constituição federal.

---

[1] Autor: Marcelo Gusmano, Especialista em Direito Processual Civil-PUCCAMP, 2002; Especialista em Direito de Família Constitucional-UniAnchieta, 2007; Advogado. Monografia aprovada, 2007, UNIANCHIETA, Jundiaí.

[2] Orientador: Mauro Alves de Araujo – Mestre em Processo Civil pela PUC/SP; Doutor em Direito Civil pela PUC/SP; Professor de Direito Civil e Processo Civil na Unianchieta; Professor Orientador do trabalho de conclusão de curso de pós graduação “*lato sensu*”, especialização em Direito de Família Constitucional.

Em que pese a sua origem no remoto ano de 1839, nos Estados Unidos da América, especificamente no Estado do Texas, o instituto do bem de família teve sua repercussão e aplicação no direito brasileiro com o revogado Código Civil de 1916.

O que se pretende explorar ao longo desse trabalho é traçar um paradigma acerca do assunto, discorrendo sobre o seu conceito, requisitos e aplicação nas hipóteses de entidade familiar assim consideradas, bem como nos casos em que a constituição da entidade familiar não se vislumbra de forma clara e pacífica como determina a lei, ou seja, nas hipóteses da viúva, da pessoa solteira, separada judicialmente ou divorciada sem filhos, que residam em apenas um único bem imóvel e com o fito de moradia.

Com efeito, a abordagem do presente tema nos dias atuais tem originado várias e inusitadas hipóteses da impenhorabilidade de bens imóveis no campo do direito familiar, principalmente no repertório jurisprudencial, onde as decisões não destoam muito da determinação legal em sua essência e plenitude, sempre com o único propósito de proteger e resguardar o bem utilizado pela família.

O tema que aborda a questão da impenhorabilidade do bem família tem sido ultimamente um ponto discutível em diversas searas do direito moderno, sendo certo que existem várias ocasiões em que é possível a aplicação do supra mencionado instituto, distinguindo-se apenas em quais tipos e procedimentos seriam utilizados para resguardar a moradia familiar.

Embora a própria denominação de entidade familiar encontre-se insculpida no texto constitucional brasileiro e pela própria lei infraconstitucional que protege indubitavelmente o bem imóvel com o intuito de moradia única da família, existem várias maneiras em que o bem acaba por ser resguardado de constrições judiciais, desde que haja e atenda certos requisitos impostos pela legislação, que regula as obrigações e direitos atinentes ao instituto da impenhorabilidade familiar.

Destarte, também será abordada a aplicação da lei 8009/90, lei essa que enumera as várias hipóteses de não constrição do bem de família, traçando-se um paradigma e a distinção do instituto do bem de família regulado pelo Código Civil brasileiro.

Além da abordagem à lei 8009/90, deveremos restringir à não constrição do bem de família em razão da constituição da entidade familiar assim entendida, visto que a união estável, à luz do texto constitucional, e no que tange estritamente a impenhorabilidade do bem

de família, se equipara ao próprio casamento, estendendo-se, excepcionalmente, em alguns casos o direito de moradia nas hipóteses de uma só pessoa que resida em um único bem imóvel com a finalidade precípua de moradia.

Dessa forma, a questão é tratada por vários juristas, garantindo a impenhorabilidade do bem de família nos casos de entidade familiar, ressaltando a possibilidade da penhora no caso concreto, quando inexistem os requisitos para as situações tipificadas na legislação vigente.

### **A ORIGEM DO INSTITUTO DO BEM DE FAMÍLIA**

Para se ter uma breve noção da origem do instituto e explorar o tema em sua total plenitude, cumpre destacar onde e qual foi o motivo propulsor que motivou o surgimento do instituto do bem de família.

Consta que o instituto do bem de família surgiu no ano de 1839, no Estado do Texas, quando esse ainda não era incorporado aos Estados Unidos da América, vez que tal incorporação se deu no ano de 1845, sendo o bem de família regulamentado pela lei de 26 de janeiro de 1839, denominado como o *“homesteadexemptionact”*, sendo comumente conhecido pelo termo *“homestead”*, onde o mestre Álvaro Villaça Azevedo<sup>3</sup> cita o conceituado jurista norte americano Rufus Waples, o definindo como *“a residência de família, possuída, ocupada, consagrada, limitada, impenhorável e, por diversas formas, inalienável, conforme estatuído na lei”*.

Antes da instituição por lei do denominado *“homestead”*, os Estados Unidos da América era um território pobre, com uma imensa área de terra sem qualquer exploração agrícola e rural, visto que sequer existia civilização para explorar tal atividade, embora seu solo fosse extremamente fértil para o desenvolvimento da função agrícola.

No período dos anos de 1837 a 1839, houve uma grande crise econômica e financeira que se instalou naquele país, em razão da vinda de vários bancos europeus que possibilitaram inúmeros empréstimos aos cidadãos, a fim de injetar recursos financeiros em seus projetos profissionais, fazendo com que a economia crescesse assustadoramente.

Em razão da rápida ascensão da economia norte-americana, o número de empréstimos foi crescendo pelos agricultores e comerciantes junto aos bancos europeus, elevando desta

---

<sup>3</sup>AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Bem de família internacional*, artigo n. 51, Capítulo II, p. 02, out. 2001.

forma drasticamente o custo de vida, já que estavam de certa forma extremamente dependentes desse círculo vicioso e não havia outra forma de crescer os negócios a não ser por investimento do ativo circulante no capital.

Tais atitudes renderam a inúmeros agricultores e comerciantes a insolvência e falências de seus negócios, com a perda total do patrimônio que possuíam, já que viviam exclusivamente da terra e do comércio.

Ademais, na época da crise, a situação chegou a tal ponto que até mesmos os bancos vindos da Europa acabaram também por experimentar o amargo gosto da inadimplência de seus clientes, haja vista que estes, por absoluta ausência de garantias palpáveis, por se tratarem de singelos patrimônios, segundo Álvaro Villaça Azevedo<sup>4</sup>, “compostos por terra, animais e instrumentos agrícolas”, não faziam frente às dívidas contraídas, resultando em prejuízo tanto aos credores quanto aos devedores.

Dessa forma, a crise que assolou o território americano atingiu profundamente as famílias, ante as infundáveis e constantes quebras dos estabelecimentos sócio-econômicos existentes, ocasionando um verdadeiro caos econômico e financeiro, sem quaisquer recursos ou saídas aparentemente imediatas e eficazes para superar a crise e poder avançar econômica e profissionalmente, desencadeou uma verdadeira reviravolta no panorama financeiro, econômico e comercial do país.

Após ter conseguido tornar-se uma República independente no ano de 1845, com a sua separação do território mexicano, o estado do Texas recebeu uma enorme quantidade de imigrantes americanos, que procuravam reconstruir ou iniciar uma nova vida após a crise que atravessaram, já que, além da região daquele Estado possuir solo extremamente fértil, o clima era propício para o cultivo da lavoura e agricultura.

Somando-se aos fatores externos, e após uma verdadeira união entre os trabalhadores do segmento agrícola em geral, foram editadas várias leis para a proteção dos mesmos, inclusive no ano de 1833 a lei que aboliu a prisão por dívida dos trabalhadores que não conseguiam honrar com seus compromissos.

A propósito, o estado texano oferecia algumas vantagens aos imigrantes que se interessavam em trabalhar na terra para o crescimento das lavouras, destacando que tal imigração em 1836 já era densa e composta por aproximadamente 70.000 habitantes, em sua

---

<sup>4</sup>AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Bem de família internacional*. op. cit., p. 02.

maioria cidadãos norte americanos, quando ainda o Texas pertencia ao território mexicano. Desta forma, o governo texano, antes mesmo da instituição do “*homestead*”, já possibilitava a todo cidadão do Texas, através de sua Constituição, a obtenção de uma pequena gleba de terras, desde que fosse chefe de família, com exceção feita aos negros.

Nesse diapasão, conforme destacado por Álvaro Villaça Azevedo<sup>5</sup>, em seu artigo bem de família internacional, embuídos do espírito que já norteava todos os cidadãos texanos, foi promulgada a Lei do “*Homestead*”, nos seguintes termos:

*“De e após a passagem desta lei, será reservado a todo cidadão ou chefe de uma família, nesta República, livre e independente do poder de um mandado de fieri facias ou outra execução, emitido por qualquer Corte de jurisdição competente, 50 acres de terra, ou um terreno na cidade, incluindo o bem de família dele ou dela, e melhorias que não excedam a 500 dólares, em valor, todo mobiliário e utensílios domésticos, provendo para que não excedam o valor de 200 dólares, todos os instrumentos (utensílios, ferramentas) de lavoura (providenciando para que não excedam a 50 dólares), todas ferramentas, aparatos e livros pertencentes ao comércio ou profissão de qualquer cidadão, cinco vacas de leite, uma junta de bois para o trabalho ou um cavalo, vinte porcos e provisões para um ano; e todas as leis ou partes delas que contradigam ou se oponham aos preceitos deste ato, são ineficazes perante ele. Que seja providenciado que a edição deste ato não interfira com os contratos entre as partes, feitos até agora (DigestoftheLawsof Texas § 3.798)”.*

Através da lei do “*homestead*”, o escopo o legislador americano foi primar pelo desenvolvimento da civilização em sua região, proporcionando aos cidadãos texanos a garantia ao trabalho através da obtenção e exploração da terra por meio da lavoura e agricultura, desenvolvendo dessa forma a economia e ao mesmo tempo propiciando aos trabalhadores todas as condições básicas para possuir uma vida ao menos digna para si e do sustento de sua família através de seu próprio labor.

Com efeito, o traço marcante e essencial trazido pela lei estadual foi a impenhorabilidade no bem imóvel, visto ser este o fato motivador e principal do resguardo da

---

<sup>5</sup>AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Bem de família internacional*, op. cit. p. 03. Digest of the Laws of Texas § 3.798, Constituição do Estado do Texas.

única propriedade do trabalhador em decorrência de eventuais cobranças ou execuções de dívidas, oriundas de inadimplências de contratos ou qualquer outra obrigação celebrada entre particulares, destacando, ainda, que a impenhorabilidade também é estendida aos bens móveis que guarneciam o lar do cidadão.

Entrementes, após a promulgação, no Estado do Texas, do “*homestead*”, no ano de 1939, surgiram outras leis no mesmo sentido, que se disseminaram no território norte americano, sendo instituído o “*homestead*” em diversos Estados da Federação, como por exemplo, em Vermont, Wisconsin, Nova York, Michigan, Indiana, New Jersey, dentre outros.

Atualmente, a maioria dos estados federados que admitem o “*homestead*”, carregam em seu bojo as características originárias e garantidoras sobre o único bem imóvel possuído pelo cidadão, não obstante existam algumas diferenças e nuances entre os 50 estados americanos, no tocante a certos requisitos exigidos, como os em relação a pessoa, quanto a limitação da área, o valor do bem, e propriamente quanto a sua constituição, sendo certo, até os dias de hoje, encontra-se intacta e viva a real intenção do legislador emanada nos remotos tempos da antiga República do Texas, no que tange a finalidade precípua da proteção à propriedade.

## CONCEITO, FINALIDADE E APLICAÇÃO

O bem de família, instituído em nossa legislação pátria, surgiu com o Código Civil de 1916, numa analogia ao “*homestead americano*”, onde a lei brasileira determinava às pessoas que fossem instituir ou gravar o seu imóvel para ser um bem de família a seguir e cumprir certos requisitos enumerados na própria lei.

Segundo o saudoso mestre Washington de Barros Monteiro<sup>6</sup>, em sua obra Direito Civil:

*“Ao disciplinar tal instituto, inspirou-se o nosso Código em algumas legislações alienígenas, embora tenha também impresso cunho especial. Realmente nos Estados Unidos, desde 1839, existe o homestead, cuja finalidade primordial é a de proteger os lavradores no cultivo de terras, concedendo-lhes isenção de penhora quanto à*

---

<sup>6</sup>MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. 37ª ed., vol. 1, São Paulo: Saraiva, 2000, p. 167.

*propriedade cultivada. Em alguns Estados da União Norte-Americana o homestead chega a figurar nas próprias Constituições locais, sendo considerado como um dos fundamentos de sua democracia”.*

Primeiramente, cumpre esclarecer que atualmente existem em nosso ordenamento pátrio a figura de dois institutos do bem de família, sendo ambos instituídos e previstos por lei, porém, com certas distinções e peculiaridades inatas, onde um denomina-se voluntário, ou seja, aquele onde o proprietário faz questão de gravar seu bem para a proteção e garantia futura do núcleo familiar; e de outro, aquele em que independentemente da vontade do proprietário do bem e desde que se enquadre em determinados requisitos, encontra-se protegido pelo instituto da impenhorabilidade, denominado pelos juristas de involuntário.

#### **O BEM DE FAMÍLIA, SEGUNDO A LEI Nº 8.009/90**

A família é imprescindível para o indivíduo que convive em sociedade, já que é no âmago familiar que aquele aprende e assimila todos os conceitos e princípios em viver harmonicamente com seus pares, de forma a externar respeito e agir de forma ética e digna para com o próximo.

A propósito, a nossa Carta Magna consagra a proteção da família ou da entidade familiar, devendo o Estado conferir tal proteção, visto que o instituto do bem de família é uma espécie de norma específica, no sentido de resguardar a preservação da família, evitando a sua desestruturação e garantindo a segurança às pessoas, para que possam conviver continuamente sob o mesmo teto familiar, sem quaisquer riscos ou ameaças presentes ou futuras.

É importante salientar, o artigo 226, parágrafo 5º da Constituição Federal, aboliu a diferença que havia entre o homem e a mulher, visto que ambos na atualidade possuem direitos e obrigações recíprocas, eis que estão em perfeito pé de igualdade.

Nesse esteio, o bem de família instituído pela lei nº 8009/90, caracteriza como aquele imóvel residencial, urbano ou rural, próprio do casal ou da entidade familiar, e/ou móveis de residência, impenhoráveis por determinação legal, e não por iniciativa do proprietário do bem.

A lei de proteção, surgida em 1990, teve por escopo a proteção dos bens da família, de forma involuntária, eis que instituída por lei, não dependendo por seu ato ou opção a instituição do bem de família, como ocorre no bem de família voluntário, daí a terminologia entre as duas formas de instituição do bem de família existentes em nosso ordenamento pátrio.

A propósito, a instituição desse instituto poderá figurar nos bens imóveis e móveis, observando os elementos da propriedade do bem e sua respectiva destinação de uso e que esteja devidamente quitada, para que seja vislumbrada a ideia de única moradia familiar, que está amparada pela lei protetora do bem de família.

Depreende-se da assertiva acima que o bem de família instituído pela lei e não pelo Código Civil de 2002, é imposto pela legislação com o mesmo propósito de garantir à família a proteção quando essa possuir um único bem imóvel, onde tenha âmbito de moradia.

A lei nº 8.009/90 não foi revogada pelos dispositivos do Código Civil de 2002, sobre o bem de família voluntário, visto que ambas as hipóteses subsistem e são determinadas pelos seus procedimentos específicos de forma independente, podendo, inclusive, surgir a possibilidade da instituição do bem de família voluntário, se o proprietário de determinado bem assim desejar, coexistindo ambas as figuras da lei especial e a do Código Civil de 2002.

Ademais, pela lei supra mencionada, não é apenas o bem imóvel que se reveste de imunidade ante eventuais penhoras, mas também os próprios bens móveis que guarnecem o lar conjugal, quando esses forem essenciais aos membros da família.

Com efeito, em decorrência da própria lei, vislumbra-se de forma nítida e clara que o próprio Estado impõe indubitavelmente as regras e diretrizes básicas, para que um determinado bem seja resguardado de constrições, sendo normas de ordem pública, ao revés do bem de família regido pelo Código Civil, onde o instituidor é a pessoa ou cidadão interessado e não o Estado.

Trata-se de vontade do próprio Estado, por força de determinação legal e revestida de ordem pública, desde que sejam atendidos certos requisitos, destacando o principal dentre eles, que o proprietário tenha um único imóvel onde é destinado para a moradia familiar, seja através do casamento, seja através da entidade familiar regularmente constituída.

Entrementes, podemos dizer que o objeto do bem de família é bem imóvel e todos os bens essenciais à família que guarnecem o lar familiar, eis que a finalidade primordial da lei nº 8.009/90 é a proteção à moradia do casal ou entidade familiar.

Salienta-se, o bem de família involuntário, também conhecido por comum, não depende de formalidades mais requintadas, exigindo-se tão somente que a família ou entidade familiar possua o bem imóvel e os móveis que guarnecem o lar.

De igual forma, o instituto do bem de família involuntário encontra guarida e abarca de forma global, todo e qualquer tipo de bem pertencente à família e ou entidade familiar, omitindo-se o instituidor, que no caso em tela é o próprio Estado, uma vez que, como mencionado, a Constituição Federal não faz qualquer diferença entre homens e mulheres, bem como aos cônjuges, já que não existe a figura do chefe de família centrada apenas no homem.

Com tal visão de vanguarda, originada na Constituição Federal de 1988, a lei nº 8.009/90, seguiu a esteira mostrando-se atualizada e embasada na igualdade de homens e mulheres, bem como, nas formas de família e entidade familiar, que veremos mais adiante.

Dentre os requisitos indispensáveis à existência do bem de família involuntário, temos evidentemente que família ou entidade familiar possua um imóvel residencial próprio e que os respectivos bens móveis guarneçam o lar familiar, destacando, que mesmo que o casal ou entidade familiar não possua bem imóvel próprio, os bens móveis que guarnecem o imóvel ocupado são considerados bens de família.

Outro requisito importantíssimo é que os membros da família residam efetivamente no imóvel, para ser caracterizado bem de família, já que mesmo morando o pai ou seus filhos no imóvel, e não sendo aquele registrado na matrícula, será considerado impenhorável por força de legislação especial.

É curial citar, o bem de família involuntário abrange a impenhorabilidade do bem e não sua inalienabilidade, compreendendo além do imóvel, as suas construções, plantações, benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, ressalvados, nesse último caso, os veículos de transportes, obras de arte e adornos suntuosos.

É o que diz o artigo 1º da lei nº 8.009/90:

*Art. 1º - O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei.*

*Parágrafo único. A impenhorabilidade compreende o imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados.*

Do artigo acima aludido, o imóvel residencial próprio da entidade familiar está resguardado, posto que o direito pátrio vinculado ao princípio da dignidade humana defende o direito à habitação dos indivíduos, evitando-se que a penhora recaia sobre sua moradia.

Nessa mesma linha de raciocínio, até mesmo bens móveis, como o freezer, máquinas de lavar roupa e louça, computador, televisor, videocassete, ar condicionado, teclado musical e a garagem de apartamento residencial, tem sido considerado por nossos tribunais bens impenhoráveis.

Temos que o bem de família involuntário, também conhecido por comum, é imposto pelo Estado, despedidos de maiores formalidades em comparação com o bem de família voluntário ou especial, já que aquele sequer se admite renúncia, prevalecendo sempre o interesse social ditado pelo legislador em prol da proteção do bem familiar.

Ademais, em alguns casos concretos na prática, e em conformidade com alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça (STJ), existe a possibilidade do imóvel ser revestido da impenhorabilidade, mesmo quando residido por solteiro, viúvo, divorciado ou separado judicialmente, podendo ainda, ser alegada a impenhorabilidade a qualquer momento, e em qualquer grau de instância, podendo inclusive ser decretada de ofício pelo próprio juiz.

Quando se tratar de imóvel onde esteja sendo explorada a finalidade comercial e residencial, é plenamente possível ser penhorada a parte atinente a área comercial, enquanto a parte condizente a residencial permanecerá imaculada da restrição efetivada.

Mais adiante, abordaremos com mais detalhes num tópico específico, sobre a questão da impenhorabilidade do bem família, quando o mesmo for pertencente ao devedor solteiro.

Portanto, o bem de família involuntário constitui-se em norma legal imposta pelo legislador com uma amplitude maior que a norma contida no bem de família voluntário, visto que, independentemente da vontade ou previdência do proprietário, o seu bem móvel ou imóvel, atendidos certos requisitos, serão abarcados pela proteção familiar amparada na lei.

## AS FORMAS DE ENTIDADE FAMILIAR

Com o advento de nossa Constituição Federal de 1988, surgiram as diversas formas de entidade familiar, onde se destacam a união estável e a família monoparental, nos casos em que pais separados ou viúvos, ou até mesmos solteiros com filhos, acabam por residir em determinado imóvel, provendo o sustento da prole, conforme destaca em seu artigo o promotor de justiça mineiro, Leonardo Barreto Moreira Alves<sup>7</sup>, definindo como “a comunidade formada entre a mãe viúva e seus filhos”.

Com a promulgação da Constituição de 1988, houve o reconhecimento dessas formas de entidade familiar que se equiparam com o próprio casamento, em decorrência da proteção do Estado à família, observando-se e dependendo das circunstâncias do caso concreto a ser analisado.

Por outro lado, embora não exista previsão expressa na lei constitucional ou infra constitucional, acerca do reconhecimento da união homoafetiva, ou seja, aquela oriunda da relação afetiva de pessoas do mesmo sexo, existem vários julgados, principalmente no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, entendendo ser possível o reconhecimento daquela relação como qualquer outra, equiparando-se até mesmo a união estável.

Hodiernamente, o STF reconheceu plenamente a união homoafetiva, com todos os direitos e obrigações decorrentes da comentada união estável, não existindo mais grandes discussões acerca do tema que no passado ainda repercutia.

Como o tema do presente está adstrito a impenhorabilidade do bem de família, mister se faz tecer rapidamente algumas noções básicas acerca dos dois mais conhecidos tipos de entidade familiar, são elas: a união estável e a família monoparental. Também abordaremos de forma singela a relação homoafetiva, caracterizada pela união afetiva de pessoas do mesmo sexo, hoje reconhecida pelo STF.

---

<sup>7</sup>ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *A constitucionalização do direito de família*. op. cit., art. 52.

Como mencionado, a partir de 1988, a nossa Constituição Federal, especificamente no seu artigo 226, parágrafo 3º, passou a tratar a figura da união estável, recebendo total proteção do Estado, como forma de entidade familiar, equiparando-se ao próprio casamento, eis que a proteção emanada do dispositivo constitucional estendeu o reconhecimento e a importância da formação da família no seio da sociedade, adaptando-se a uma situação fática no âmbito social, que já estava de fato reconhecida pela sociedade.

De acordo com o artigo supra, e orientação do STF, resta claro que a união estável deverá ser concretizada e resultada da união entre duas pessoas, independentemente da diversidade de sexos.

A Constituição Federal, ao cultivar a *família*, fundada no casamento, reconhece como entidade familiar a união estável, a convivência pública, contínua e duradoura de um homem com uma mulher, vivendo ou não sob o mesmo teto, sem casamento, com objetivo de constituir família, desde que tenha condições de ser convertida em casamento, por não haver impedimento legal para sua convalidação.

Desta feita, para que se configure a união estável, é necessária a constituição de família com o objetivo permanente entre as partes de respeito, consideração mútua, coabitação, afeto e proteção ao companheiro(a), observando-se o caso concreto e interpretando-se a lei de acordo com dispositivo legal, a fim de evitar que o mero namoro ou noivado seja considerada uma formação familiar e igualado à união estável, o que, evidentemente, não foi a intenção do legislador.

Assim, as relações de caráter meramente afetivo ou relações sexuais, ainda que repetidas por longo espaço de tempo, não configura a união estável. A união estável aparente se equipara ao casamento, caracteriza-se pela comunhão de vidas, no sentido material e imaterial, isto é, pela constituição de uma família.

Desta feita, podemos concluir que a união estável como forma de entidade familiar é aquela em que seguindo determinados requisitos emanados da lei, caracteriza-se e é reconhecida com os efeitos jurídicos do próprio casamento.

É bom salientar, não obstante exista a corrente majoritária que considere imprescindível a coabitação entre as partes sob o mesmo teto, a 4ª Turma do STJ entendeu que é possível o reconhecimento da união estável, mesmo que as partes residam em locais diferentes.

Nos dias de hoje, a família monoparental, em razão da independência financeira, econômica e profissional, tanto do homem, mas principalmente da mulher, tem se difundido por todo o território nacional como tipo de entidade familiar.

Com o advento da Constituição Federal, estabeleceu-se uma nova ordem jurídica, principalmente no campo do direito de família, com a inserção de substanciais inovações, especificamente no que diz respeito à extensão do conceito de entidade familiar, onde se abarcou em seu bojo não somente o casamento, a sociedade conjugal única até então, legalmente formada pelo homem e pela mulher, como também a união estável e a chamada família monoparental.

Tão significativa modificação, deve-se à renovação dos valores sociais que conduziram à consagração do princípio da dignidade da pessoa humana como cláusula pétrea, inserida no inciso III do art. 1º da CF/88, logrando alterar, com profundidade, o conceito da família tradicional, admitindo-se desde então como vínculo principal à afetividade, dessa maneira desprezando-se o caráter econômico e conservador de que se revestia, fulcrados nos princípios básicos da liberdade e da igualdade, em que se encontra baseada a família moderna na atual conjuntura.

O fato é que, independentemente da circunstância ou motivação que tenha culminado no rompimento ou não de uma relação afetiva, e desde que tenha originado o nascimento de filhos, compete ao cônjuge remanescente o de prover o seu sustento, bem como de sua prole, de forma autônoma e soberana, caracterizando dessa forma a entidade monoparental.

Nesse esteio, como forma de entidade familiar, a Carta Magna, reconhece expressamente a família monoparental, devendo o então cabeça da família ser o responsável por seus atos em prol de sua família, conforme está expresso no artigo 226, parágrafo 4º da Constituição Federal

Não há dúvida alguma que a mãe ou o pai solteiro, viúvo separado ou divorciado, que vive com o seu filho ou filha, é uma família com direitos e deveres assegurados por lei como outra qualquer, vez que os tempos mudaram e as famílias acompanharam estas mudanças, valorizando ainda mais as relações afetivas do que os modelos de família do passado.

Após uma célere abordagem sobre a união estável e a família monoparental, principais formas de entidade familiar em nosso ordenamento jurídico ao lado do casamento, mister destacar a aplicação prática do bem de família nesses tipos de entidade familiar, donde,

passaremos a abordar, primeiramente, a união estável, devido existir previamente legislação expressa tratando de sua constituição, em conformidade com a lei nº 8.009/90, para que, após, possamos fazer algumas considerações acerca da família monoparental.

Destacamos, apenas por existir permissivo legal autorizador da aplicação da impenhorabilidade do bem de família por extensão e analogicamente ao próprio casamento, há que se reconhecer que inexistem dúvidas profundas que possam pairar sobre a aplicação do instituto do bem de família em estudo nas formas de entidade familiar supra mencionadas.

Justamente no interesse da proteção estatal sobre a união estável, como forma de entidade familiar, o Estado estende a possibilidade de se instituir bens móveis ou imóveis do casal ou dos companheiros no rol dos bens de família, seja ele voluntário ou involuntário.

Convém salientar que o Código Civil atual apenas e tão somente corroborou a permissão expressa na Carta Política, autorizando por extensão a instituição do bem de família na união estável e na família monoparental, por serem essas são formas de entidade familiar.

Entretantes, a lei 8.009/90 impede a penhora de bens de família, seja no casamento, na união estável e na família monoparental, sendo exemplo da elasticidade que as regras podem adquirir quando são submetidas ao crivo do Judiciário.

Portanto, uma vez presentes, o reconhecimento judicial da união, declaração expressa ou contrato de convivência registrados na forma legal, a instituição do bem de família voluntário se torna mais clara e pacífica na união estável, a fim de que o registrador tenha elementos para aferir no caso concreto a existência da união entre os companheiros.

De outra banda, no que diz respeito a família monoparental, existe a aplicação imediata do bem de família involuntário, regido pela lei especial nº 8.009/90, por ter a própria Constituição Federal pautado pela proteção das formas de entidade familiar.

Da mesma forma, é perfeitamente cabível a instituição pelo chefe da família monoparental do instituto do bem de família voluntário, desde que atendidos todos os requisitos legais exigidos.

Portanto, acerca do tema da aplicação do bem de família nas formas de entidade familiar, seja ela constituída pela união estável, seja pela família monoparental, não se exigem dificuldades mais complexas em face do assunto, haja vista a permissibilidade legal da instituição de ambos os institutos, conforme a opção e necessidade do seu instituidor, que

mesmo sem se manifestar, poderá usufruir da faculdade imposta pela lei, no caso do bem de família involuntário.

Como a união estável, a família monoparental, uma vez atendidos ao caso concreto, os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade, constitucionalmente protegidas, como tipos próprios, tutelando-se os efeitos jurídicos pelo direito de família, cuja incidência degrada sua dignidade humana, também encontra-se resguardada sob a égide do bem de família.

Por fim, constata-se de forma inequívoca que ambas as formas de entidade familiar estão sob o manto da impenhorabilidade do bem de família, uma vez preenchidos todos os requisitos básicos para a sua concretização, tornando-se semelhante ao próprio casamento no tocante à proteção do legislador aos bens destinados para a manutenção da família e sua subsistência, não surgindo questionamentos discutíveis ou duvidosos acerca da questão.

Uma vez superada a aplicação do bem de família nas formas de entidade familiar, cabe nesse tópico abordar o tema da impenhorabilidade do bem imóvel, quando este for de propriedade do devedor solteiro.

Na atualidade, os operadores do direito de uma forma geral, tem se pautado pela defesa de um dos princípios basilares de nossa Constituição Federal, qual seja, o princípio da dignidade da pessoa humana, evitando o cidadão ser tolhido de seus direitos inatos em razão de dívidas ou execuções por motivações patrimoniais.

Em decorrência lógica da explanação acima, temos que a proteção do bem de família e de outros conceitos protetivos à moradia familiar, estão implicitamente protegidos acima de tudo pelo princípio da dignidade humana, devendo este ser respeitado em qualquer hipótese e situação.

Agora, quando se trata de pessoa solitária, que viva em um único imóvel residencial, como os solteiros, viúvos, separados judicialmente, ou divorciados, sem existência de filhos, a discussão emerge quanto à aplicação do instituto do bem de família, porque a nossa Constituição Federal não se ampara expressamente, nem isenta o patrimônio do devedor solteiro.

Todavia, atualmente, tem prevalecido o entendimento no seio do próprio Superior Tribunal de Justiça<sup>8</sup>, que é possível a proteção do bem do cidadão solitário. (*RESP 450989/RJ, STJ, 3ª Turma, DJ de 07.06.2004, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros*).

Dessa forma, temos a tendência natural dos julgados seguirem a esteira da não penhorabilidade do único bem imóvel utilizado pela pessoa solteira, mesmo residindo solitariamente.

Isso porque, o que visa a lei, e seu objetivo primaz, é a proteção de um direito fundamental da pessoa humana, qual seja, o direito à moradia, que também encontra-se esculpido em nossa Carta Magna, independentemente de ser a pessoa solitária ou não.

Desta feita, podemos perceber que, embora a pessoa solteira viva solitária, não constituindo qualquer forma de entidade familiar, tem a proteção da impenhorabilidade do bem de família, muito mais receptivos e acolhidos pelos tribunais.

Embora não haja previsão específica sobre a união homoafetiva em nossa Constituição Federal, bem como em nosso ordenamento jurídico, o STF tem reconhecido a existência da mesma, tendo esse trabalho pautado para a extensão e amplitude da impenhorabilidade do bem de família nas entidades familiares.

Porém, mister destacar, o tema da relação homoafetiva tem suscitado os mais variados debates, não só no campo jurídico, mas também no campo da psicologia, já que a pessoa homóloga é aquela que deseja possuir uma sexualidade diversa da daquela que física e mentalmente possui, existindo a conotação com a prática sexual entre pessoas do mesmo sexo.

Numa interpretação inversa da relação homoafetiva, temos que o conceito da união estável está fulcrada na união de um homem e de uma mulher, a fim de estabelecer-se uma perfeita comunhão familiar. Entretanto, hodiernamente a relação homoafetiva está reconhecida pelo Excelsa Corte como união estável.

Destarte, é justamente sob esta ótica que a questão da união homossexual traz à baila argumentos ensejadores do reconhecimento de uma entidade familiar, eis que preenchidos os requisitos basilares da constituição familiar.

Com efeito, em que pese alguns julgados ainda que timidamente, reconhecerem os direitos das pessoas envolvidas em uma união homossexual, principalmente aqueles

---

emanados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o ponto é que sem a devida lei regulamentadora sobre o tema, tal situação não encontra guarida legal em nosso ordenamento, como nos casos de outros países, como a Espanha, Inglaterra e Suécia.

De outra banda, é bem verdade, o magistrado, diante do caso concreto, não poderá deixar de apreciar o litígio por não existir previsão legal para tanto, todavia, deverá julgar a lide conforme a analogia, costumes e os princípios gerais do direito, bem como pelos precedentes do STF.

De nenhuma importância a denominação adotada, de relação homoafetiva, pois, seja chamada de entidade familiar ou aplicada qualquer outra nomenclatura (união homoafetiva, união afetiva, homoerótica, etc.), a união de pessoas do mesmo sexo não requer maiores requisitos para direitos e obrigações e, principalmente, efeitos patrimoniais e sucessórios em virtude do vínculo afetivo.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O bem de família, desde o seu surgimento em 1839, pelo “homestead”, no Estado do Texas, quando esse ainda não era incorporado aos Estados Unidos, sempre se pautou pela proteção a moradia do trabalhador e chefe de família, possibilitando a esse a obtenção de uma pequena gleba de terras.

Com efeito, em nosso país, desde o revogado Código Civil de 1916, até a promulgação do novo Código Civil em 2002, o instituto do bem de família possui uma regulamentação própria dirimindo a figura que regra sobre a possibilidade da impenhorabilidade sobre determinado bem pertencente à família.

Na doutrina existem várias classificações acerca do tema, onde uma das mais conhecidas e aceitas, é aquela classificada pelo professor Álvaro Villaça de Azevedo, onde se dividem em “bem de família voluntário ou especial”, onde a pessoa por mera liberalidade de sua vontade e atendidos certos requisitos, gravará o seu bem imóvel com cláusula de impenhorabilidade; ou a hipótese do “bem de família involuntário ou comum”, onde a lei nº 8.009/90 acaba por estender a imunidade da impenhorabilidade a todos os imóveis que forem destinados exclusivamente à moradia da família ou entidade familiar, assim reconhecida, exceto nas situações que existam dívidas oriundas do próprio bem, como impostos prediais.

Para que seja possível a instituição do bem de família voluntário pelo instituidor, é necessário o cumprimento de certos requisitos, que estão consubstanciados no fato do interessado possuir propriedade sobre o bem imóvel, destinação específica para sua morada e da família e que aquele esteja com todas as suas obrigações financeiras cumpridas.

Já aquela determinada na lei nº 8.009/90, teve por escopo a proteção dos bens da família, de forma involuntária, eis que não depende do ato de seu instituidor, como ocorre no bem de família voluntário, daí a terminologia, entre as duas formas de instituição do bem de família existentes em nosso ordenamento pátrio.

Há que se ressaltar, a nossa Carta Magna consagra a proteção da família ou da entidade familiar, devendo o Estado conferir tal proteção, visto que o bem de família é uma espécie de norma específica no sentido de resguardar a preservação da família, evitando a sua desestruturação e garantindo uma segurança às pessoas, para que possam conviver continuamente sob o mesmo teto familiar, sem quaisquer riscos ou ameaças.

Desta forma, a finalidade precípua do bem de família, seja ele voluntário ou involuntário, é de propiciar ao proprietário de um único bem imóvel ou para os bens móveis que o guarnecem, a inteira proteção do lar familiar, evitando futuros e desagradáveis problemas advindos de dívidas não saldadas que podem ensejar futuras penhoras.

É nesse sentido que o interesse da proteção estatal sobre família acaba por abranger as formas de entidade familiar, como a união estável e a família monoparental, onde a proteção do lar familiar está sob o comando da mãe ou pai em relação a sua prole, estendendo-se a proteção para essas situações por analogia lógica da família tradicional advinda do casamento.

Não diferente, os entendimentos esposados por nossos tribunais STJ e TJSP, da consideração do bem de família nas hipóteses do imóvel ser utilizado por uma só pessoa, seja ela viúva, solteira, separada judicialmente ou divorciada, porque a impenhorabilidade do bem de família involuntário, regido pela lei especial, aplica-se *incontinenti*, mesmo sem a lei ser expressa nesse sentido.

Desta maneira, conforme inúmeros julgados, têm se admitido a impenhorabilidade do único bem imóvel utilizado pela pessoa solteira, eis que a lei, não obstante, não seja expressa almeja a proteção de dois direitos fundamentais, são eles: o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à moradia que se encontram esculpidos em nossa Carta Magna.

Portanto, à luz da Constituição Federal, uma pessoa solteira não forma uma família, ou entidade familiar, nos exatos termos da acepção jurídica da palavra, eis que o homem ou a mulher sozinhos nunca formarão uma união estável ou família monoparental. Todavia, poderá ocorrer a hipótese, de dois irmãos solteiros ou ascendentes e descendentes, residirem em um mesmo imóvel, daí porque a interpretação e julgamento de vanguarda dos tribunais no sentido da não constrição do bem imóvel, em respeito ao direito de moradia do cidadão.

Desta feita, podemos perceber que embora a pessoa solteira, solitária, que viva em seu imóvel, não constitui qualquer forma de entidade familiar, mas possui a proteção do bem de família.

Derradeiramente, o nosso trabalho é fruto de pesquisa realizada tanto na doutrina quanto na jurisprudência, com o fito de dirimir questões, dúvidas e supostas discussões acerca do instituto do bem de família, que teve sua origem no século XIX nos Estados Unidos da América.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti. in *Inserção da Família no Âmbito Constitucional*, artigo citado, São Paulo, 2004.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *A constitucionalização do direito de família*, Teresina, artigo n. 52, nov. 2001.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Comentários ao Código Civil*, v. 19, 4ª. Ed., São Paulo: Saraiva, 2003. *Bem de família internacional*, artigo n. 51, São Paulo, out. 2001.

CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Direito Civil*, vol I, 8ª ed., São Paulo: Atlas, 1985.

CREDIE, Ricardo Arcoverde. *Bem de Família: Teoria e Prática*. Vol. I, 9ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000. *Curso de Direito Processual Civil*. 7ª. ed., Vol. II, Rio de Janeiro: Forense, 1991.

DIAS, Maria Berenice. *Revista do Instituto Interdisciplinar de Direito de Família*, – Rio Grande do Sul: IDEF, 2001.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, Vol. V, Direito de Família, 17ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2002. *Direito Civil*. Vol. 2, 37ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999/2004, atualizada por Regina Beatriz Tavares da Silva.

FACHIN, Luis Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*, vol. I, p. 190, 2ª Ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Instituições do Direito Civil*. vol. I, 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 1988.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. *Companheirismo: uma espécie de família*, vol. I, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GONÇALVES, Carlos Roberto, *Direito de Família*, vol. VI, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005. *In* artigo intitulado "*Casamento: nem direitos, nem deveres, só afeto*", publicado na Revista do Instituto Interdisciplinar de Direito de Família - Rio Grande do Sul, 2004.

LOTUFO, Maria Alice. *Curso Avançado de Direito Civil*, vol. V, Direito de Família, ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LUZ, Valdemar Pereira. *Comentários ao Código Civil – Direito de Família*, vol. I, ed., Santa Catarina: OAB-SC, 2004.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*, vol. 1, 34ª ed., São Paulo: Saraiva, 2000.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo Curso de Direito Civil*. Vol I, 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, vol I, 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e União Estável*, vol. I, 7ª ed., Rio de Janeiro: Del Rey, 2004.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. Vol. 1. 16ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. vol I, 2ª. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo de Execução*. 18ª. ed. São Paulo: Forense, 1997.

## A INSERÇÃO PRECOCE DO JOVEM NO MERCADO DE TRABALHO

*Maryana Silva Ambrósio*<sup>9</sup>

*Claudinei Coletti*<sup>10</sup>

### RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a inserção precoce do jovem no mercado de trabalho. Através de estudo bibliográfico e levantamento de alguns dados quantitativos no site do IBGE, verificou-se a situação do jovem brasileiro no que diz respeito ao trabalho e a educação. Nota-se que as causas e as consequências desta situação-problema se constituem como um ciclo vicioso, ou seja, uma permite a origem da outra e vice-versa. Isso é claramente observado quando se considera que pais, que começam a trabalhar cedo, incentivam seus filhos a iniciar sua carreira profissional antes mesmo de concluir o Ensino Fundamental, em virtude da necessidade de aumentar a renda familiar e da crença compartilhada do “senso comum” que o trabalho torna o homem digno. Com isso, pode-se afirmar que a inserção precoce do jovem no mercado de trabalho se dá em virtude de três questões: cultural, social e econômica. Diante disso, o presente estudo analisa estas três perspectivas a fim de verificar o reflexo destas para a educação. Também se averigua de que forma a educação contribui para que os jovens comecem a trabalhar precocemente e, o que tem sido feito para sanar essa condição social e econômica. Por fim, apresenta-se uma proposta educacional para que a escola, junto à sociedade, consiga aumentar os índices de frequência e também, baixar os índices de evasão escolar que decorrem da substituição do estudo pelo trabalho. Essa proposta pode ser sintetizada nos seguintes dizeres: “o trabalho como princípio educativo”.

**PALAVRAS-CHAVE:** jovem trabalhador; educação e trabalho; exclusão social.

### INTRODUÇÃO

A realidade social do Brasil demonstra que os brasileiros são inseridos no mercado de trabalho cada vez mais jovens. Segundo dados do Censo Demográfico do IBGE de 2010, 7,8% da população entre 10 e 15 anos de idade estava inserida, naquele momento, no mercado de trabalho e, entre 16 e 17 anos, 26,7% dos adolescentes já trabalhavam. Dos jovens entre 15

---

<sup>9</sup> Pós-graduanda em Direito Processo do Trabalho pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, bacharela em Direito pelo Centro Universitário Padre Anchieta, licenciada em Pedagogia pelo Centro Universitário Padre Anchieta.

<sup>10</sup> Doutor em Ciências Sociais e mestre em Ciência Política pelo Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da UNICAMP, professor-titular do Curso de Direito do Centro Universitário Padre Anchieta, em Jundiá (SP), e orientador da monografia a partir da qual este artigo foi elaborado.

e 17 anos, em 2003, 17,6% não frequentavam a escola, percentual que cai para 16,3% em 2012. Nesta mesma faixa etária, em 2003, 21,4% dos jovens trabalhavam e estudavam, e, em 2012, 18,8% desempenhavam essa dupla função. Esse fato gera efeitos sociais, principalmente no que concerne à formação dos jovens, vez que muitos abdicam de seus estudos para ocupar um lugar no mercado de trabalho.

Com isso, nos surge a seguinte problematização: de acordo com a legislação trabalhista do Brasil quando o brasileiro pode iniciar sua vida profissional? O direito do jovem ao acesso integral à educação está assegurado quando esse tem uma vida profissional? Quais são as motivações para a inserção precoce no mercado de trabalho? O que deve prevalecer na vida de um jovem, a profissão ou a educação? Quais são as medidas cabíveis para que o jovem tenha uma devida formação cidadã e participativa?

Diante do exposto, o objetivo deste trabalho é analisar uma das causas sociais que impede o progresso do sistema educacional brasileiro: a inserção precoce do jovem no mercado de trabalho.

O capitalismo incutiu no trabalhador a ideia de que o trabalho traz dignidade ao homem. No Brasil, muitos pais consideram importante a antecipação da entrada de seus filhos do mercado de trabalho, sob a premissa que o emprego significa dignidade. Trata-se de uma questão cultural. Diante deste aspecto, entende-se que essa valoração do emprego precoce acaba por intermediar um desaproveitamento de um dos períodos de maior importância para a formação de um cidadão crítico. Além disso, a necessidade de aliar trabalho ao estudo acaba por ocasionar por vezes o fracasso escolar, ou seja, enseja ou a desistência de frequentar as instituições escolares ou a não-aprendizagem de conteúdo algum ao final do período de escolarização.

É evidente que a mera frequência não basta, e que a qualidade do ensino precisa sofrer violentas melhorias para que se estabeleça uma relação de igualdade em relação ao sistema de ensino.

Além desse aspecto, geralmente pais que começam a trabalhar precocemente incentivam que os filhos sigam o mesmo caminho. Esse incentivo não ocorre simplesmente em virtude da questão cultural, mas devido a sua baixa escolarização não permitir a conquista de um emprego que forneça uma renda suficiente para a sobrevivência familiar.

Observa-se assim, que os jovens que estão inseridos neste contexto, quando atingem a fase adulta, apresentam chances menores de conseguir um emprego com melhor remuneração, assim como dificuldades para encontrar um trabalho que proporcione melhores garantias trabalhistas. Avista-se que essas dificuldades decorrem da desmotivação pelo estudo, meio pelo qual se possibilitaria a admissão em um emprego melhor.

É neste contexto de fracasso escolar que a educação se constitui num dos elementos propositores da desigualdade social. Melhor elucidando, famílias de baixa renda tendem a se perpetuarem nessa classe social em razão do ciclo vicioso que se forma em torno do acesso à educação, ou seja, necessidade da renda gera limitação do acesso à educação.

Ante o exposto, pretende-se por meio desse trabalho corroborar a importância do jovem se dedicar somente aos estudos durante toda a sua infância e juventude. Além disso, tem-se como objetivo demonstrar como a inserção precoce do jovem no mercado de trabalho prejudica a formação de cidadãos críticos e participativos, e conseqüentemente favorece a desigualdade social, já que a minoria que detém poder aquisitivo tem acesso pleno à educação, enquanto a maioria precisa se dedicar ao trabalho e ao estudo.

## **DIREITOS SOCIAIS: TRABALHO E EDUCAÇÃO EM FOCO**

O tema do presente estudo envolve dois campos: o trabalho e a educação. Diante disso, é fundamental iniciar o assunto abordando acerca da previsão legal desses dois temas, assim como a sua natureza jurídica.

Os direitos à educação e ao trabalho estão previstos na Constituição Federal, em seu artigo 6º, *in verbis*:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Constata-se com o trazido, que a educação e o trabalho são direitos sociais. Para Silva (2008, p. 286), direitos sociais são:

[...] os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de

vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. [...]

Já de acordo com Araújo e Nunes Júnior (2009, p. 218): “[...] os direitos sociais, como os direitos fundamentais de segunda geração, são aqueles que reclamam do Estado um papel prestacional, de minoração as desigualdades sociais.”

Ante os conceitos expostos, entende-se por direitos sociais o conjunto de direitos que são imprescindíveis para gozar de outros direitos, já que traz em sua essência as condições necessárias para uma vida digna. Mediante as desigualdades sociais presentes, o Estado tem o dever de agir como garantidor dos direitos sociais, tendo em vista que o objetivo desses é tornar o bem estar e a dignidade humana uma realidade social.

É possível observar no conceito trazido por Araújo e Nunes Júnior (2009) que os direitos sociais são classificados como direitos fundamentais de segunda geração. Isso corrobora a sua importância para a sociedade, pois aclara que a o Estado deve não só preservar o indivíduo, mas também a coletividade, sendo a última caracterizada como uma função basilar e essencial.

Segundo Marshall (1967, p. 73) apud Cury (2002, p. 249):

A educação das crianças está diretamente relacionada com a cidadania, e, quando o Estado garante que todas as crianças serão educadas, este tem em mente, sem sombra de dúvida, as exigências e a natureza da cidadania. Está tentando estimular o desenvolvimento de cidadãos em formação. O direito à educação é um direito social de cidadania genuíno porque o objetivo da educação durante a infância é moldar o adulto em perspectiva. Basicamente, deveria ser considerado não como o direito da criança frequentar a escola, mas como o direito do cidadão adulto ter sido educado.

Com o aludido pelo autor, fica evidente a importância do direito à educação, tendo em vista que as crianças e os jovens viverão dignamente diante de seu desenvolvimento pleno como cidadão. Nota-se dessa forma que a educação se torna requisito para o princípio norteador de todas as leis: o princípio da dignidade da pessoa humana. Além disso, salienta-se também que o direito à educação não está somente correlacionado com a frequência escolar, mas a formação da criança com o intuito de construir uma sociedade preocupada com a realidade social da qual faz parte.

Verificada a relevância que cerceia o direito à educação, é relevante iniciar uma análise mais profunda acerca do direito ao trabalho, também previsto no artigo 6º da Constituição Federal, o que faz desse, diante disso, um direito social.

Assim como o direito à educação, o direito ao trabalho é visto como uma elementar para que o homem seja capaz de viver uma vida digna. Neste sentido, Miraglia (2009, p. 149) traz:

O Direito do Trabalho, enquanto direito social fundamental, pode ser compreendido sob dois aspectos. No que cinge ao direito ao trabalho, tem-se o direito individual subjetivo de todo homem de acesso ao mercado de trabalho e à capacidade de prover a si mesmo e à sua família, mediante seu próprio trabalho, que deve ser digno. Em relação ao Direito do Trabalho propriamente dito, refere-se ao direito social, coletivo, inerente a determinado grupo merecedor de proteção especial em face de sua desigualdade fática: os trabalhadores. Fixa o “patamar mínimo civilizatório” sem o qual não se aceita viver, derivado da igualdade substancial e que tem como substrato a dignidade da pessoa humana.

Nessa perspectiva é possível observar que o direito ao trabalho relacionado ao princípio da dignidade da pessoa humana apresenta duas perspectivas, sendo as quais: a individual e a social. Tratando sobre essas duas dimensões, Miraglia (2009, p. 149) explana melhor sobre cada uma dessas:

O aspecto individual alude à integridade física e psíquica do homem e se relaciona com as liberdades negativas dos direitos fundamentais de primeira geração. A dignidade social diz respeito à afirmação do homem enquanto ser pertencente a uma sociedade e está intrinsecamente ligada às liberdades positivas e à igualdade substancial proposta pelos direitos fundamentais de segunda e terceira geração. Ademais, funda-se no parâmetro do mínimo existencial a ser assegurado a todas as pessoas.

Nota-se que ambas as dimensões se complementam, já que são essenciais para que haja a efetivação da dignidade humana. Dessa forma, observa-se que a vida apenas se torna digna no momento em que existem as duas dimensões, sendo que essas devem se apresentar como interdependentes e devem estar conjugadas. Simplificando, pode-se afirmar que o direito ao trabalho somente estará em consonância com o princípio da dignidade humana quando o homem sente que seu trabalho o satisfaz como indivíduo e também, tem importância para a coletividade.

## **A CONTRADIÇÃO ENTRE A LEGISLAÇÃO E A VIDA: O TRABALHO INFANTO-JUVENIL**

É possível mencionar que uma das consequências mais drásticas da inserção precoce dos jovens no mercado de trabalho consiste na falta de proteção legal, o que permite que estes trabalhem mais e ganhem menos. (ALVES-MAZZOTTI, 2002)

Diante disso, esclareceremos sobre como a legislação brasileira trabalhista prevê o direito de o jovem exercer uma profissão. De acordo com o artigo 403 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT):

Art. 403. É proibido qualquer trabalho a menores de dezesseis anos de idade, salvo na condição de aprendiz, a partir dos quatorze anos. Parágrafo único. O trabalho do menor não poderá ser realizado em locais prejudiciais à sua formação, ao seu desenvolvimento físico, psíquico, moral e social e em horários e locais que não permitam a frequência à escola (BRASIL, 1943).

A partir deste artigo podemos concluir que o legislador a fim de assegurar a permanência das crianças e jovens na escola proibiu qualquer espécie de trabalho, incluindo nesta categoria o serviço doméstico e rural. Com relação aos jovens, a CLT prevê que a partir dos quatorze anos o adolescente pode desempenhar a função de aprendiz. Para ser aprendiz o jovem deve estar de acordo com alguns requisitos previstos no artigo 428 da CLT, *in verbis*:

Art. 428. Contrato de aprendizagem é o contrato de trabalho especial, ajustado por escrito e por prazo determinado, em que o empregador se compromete a assegurar ao maior de quatorze e menor de dezoito anos, inscrito em programa de aprendizagem, formação técnico-profissional metódica, compatível com o seu desenvolvimento físico, moral e psicológico, e o aprendiz, a executar, com zelo e diligência, as tarefas necessárias a essa formação.

§ 1º A validade do contrato de aprendizagem pressupõe anotação na Carteira de Trabalho e Previdência Social, matrícula e frequência do aprendiz à escola, caso não haja concluído o ensino fundamental, e inscrição em programa de aprendizagem desenvolvido sob a orientação de entidade qualificada em formação técnico-profissional metódica.

§ 2º Ao menor aprendiz, salvo condição mais favorável, será garantido o salário mínimo hora.

§ 3º O contrato de aprendizagem não poderá ser estipulado por mais de dois anos.

§ 4º A formação técnico-profissional a que se refere o caput deste artigo caracteriza-se por atividades teóricas e práticas, metodicamente organizadas em tarefas de complexidade progressiva desenvolvidas no ambiente de trabalho (BRASIL, 1943).

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) dispõe em seu artigo 63 as diretrizes para a formação técnica profissional, *in verbis*:

Art. 63. A formação técnico-profissional obedecerá aos seguintes princípios:

I - garantia de acesso e frequência obrigatória ao ensino regular;

II - atividade compatível com o desenvolvimento do adolescente;

III - horário especial para o exercício das atividades (BRASIL, 1990).

Ademais, é importante constar que a realidade brasileira para esta modalidade de profissão é diversa da previsão legal. Muitos jovens são contratados como menores aprendizes, mas não adquirem experiência profissional, já que o intuito desta contratação é apenas contratar mão-de-obra barata e preencher os percentuais de contratação de menores aprendizes exigidos por lei (no mínimo 5% e no máximo 15% do corpo de trabalhadores). Um exemplo evidente disto é o “Programa Guardinha”, no qual prevê a formação de um auxiliar administrativo. Embora estes programas afirmem estar de acordo com a Lei nº 10.097/2000, geralmente não preenchem o requisito legal referente aos jovens estarem inseridos em curso técnico que ofereça conhecimento teórico sobre a administração de empresas. Dessa forma, pode-se afirmar que este tipo de contratação não cumpre o requisito legal da necessidade do jovem estar inscrito em um programa de aprendizagem desenvolvido sob a orientação de entidade qualificada em formação técnico-profissional metódica.

O ECA também dispõe sobre estes programas profissionalizantes. Em seu artigo 68 versa que:

Art. 68. O programa social que tenha por base o trabalho educativo, sob responsabilidade de entidade governamental ou não-governamental sem fins lucrativos, deverá assegurar ao adolescente que dele participe condições de capacitação para o exercício de atividade regular remunerada.

§ 1º Entende-se por trabalho educativo a atividade laboral em que as exigências pedagógicas relativas ao desenvolvimento pessoal e social do educando prevalecem sobre o aspecto produtivo.

§ 2º A remuneração que o adolescente recebe pelo trabalho efetuado ou a participação na venda dos produtos de seu trabalho não desfigura o caráter educativo (BRASIL, 1990).

Assim, nota-se que o fim desta modalidade de labor se enquadra melhor nas perspectivas oferecidas pelo Programa Guarda - Mirim. Entretanto, embora haja legislação vigente que permita esta modalidade de contratação, é necessário analisar se na prática as instituições que adotam estes tipos de programas viabilizam a predominância das práticas pedagógicas do desenvolvimento pessoal e social do educando sob o aspecto produtivo. Neste sentido, afirma Cunha (2008, p.38):

[...] respectivos programas, podem sim integrar o jovem ao mercado de trabalho, e por que não dizer a sua socialização. Porém, para que esses programas atinjam a finalidade e sua eficácia, seria necessário fazer com que as leis sejam realmente

aplicadas, inibindo abusos e fraudes cometidos pelas empresas que se dispõem a trabalhar com crianças e os adolescentes.

Observa-se atualmente que as empresas têm se utilizado dos Programas de Guardinha para a contratação de empregados ao invés de aprendizes. Isto pode ser facilmente demonstrado a partir de sentenças que reconhecem o vínculo empregatício de jovens contratados como guardas - mirim. A seguir, algumas jurisprudências neste sentido:

VÍNCULO EMPREGATÍCIO – GUARDA-MIRIM – Incontroverso nos autos que o autor prestou serviços para a reclamada no período declinado na inicial. O fato de que a contratação ter sido intermediada pela “Guarda - Mirim” não tem significância, diante do conjunto probatório e do comando do art. 65 do Estatuto da Criança e do Adolescente. (TRT 15ª R. – Proc. 1922/98 – 1ª T. – Rel. Juiz Antônio Miguel Pereira – DOESP 22.03.1999 – p. 114)

VÍNCULO EMPREGATÍCIO. GUARDA-MIRIM. A colocação de menores no mercado de trabalho, como aprendizes, apenas deve ser permitida se lhes for assegurada a formação técnico-profissional ministrada segundo as diretrizes e bases da legislação de educação em vigor. (TRT 15ª R. – Proc. 34.176/01-2 – 1ª T. – Rel. Juiz Eduardo Benedito de Oliveira Zanella – DOESP 15.05.2003)

VÍNCULO EMPREGATÍCIO – GUARDA-MIRIM. Da confissão da reclamada, resultou comprovado que o reclamante exercia a função de digitador, e cumpria o horário normal, restando provado o vínculo de emprego. O fato de a contratação ter sido intermediada pela “Guarda - Mirim” não tem significância diante da prova dos autos do comando do art. 65 do Estatuto da Criança e do Adolescente. (TRT 15ª R. – Proc. 15315/97 – 1ª T. – Rel. Juiz Antônio Miguel Pereira – DOESP 09.11.1998 – p. 128)

A CLT permite que a partir dos dezesseis anos o jovem inicie sua vida profissional. A profissão exercida por este não precisa estar sob a condição de aprendiz, ou seja, a partir dos dezesseis anos o jovem pode iniciar sua carreira profissional, desde que respeite as disposições legais do artigo 405 da CLT, *in verbis*:

Art. 405 - Ao menor não será permitido o trabalho:

I - nos locais e serviços perigosos ou insalubres, constantes de quadro para esse fim aprovado pelo Diretor Geral do Departamento de Segurança e Higiene do Trabalho;  
II - em locais ou serviços prejudiciais à sua moralidade.

§ 2º O trabalho exercido nas ruas, praças e outros logradouros dependerá de prévia autorização do Juiz de Menores, ao qual cabe verificar se a ocupação é indispensável à sua própria subsistência ou à de seus pais, avós ou irmãos e se dessa ocupação não poderá advir prejuízo à sua formação moral.

§ 3º Considera-se prejudicial à moralidade do menor o trabalho:

a) prestado de qualquer modo, em teatros de revista, cinemas, boates, cassinos, cabarés, dancings e estabelecimentos análogos;

b) em empresas circenses, em funções de acrobata, saltimbanco, ginasta e outras semelhantes;

c) de produção, composição, entrega ou venda de escritos, impressos, cartazes, desenhos, gravuras, pinturas, emblemas, imagens e quaisquer outros objetos que possam, a juízo da autoridade competente, prejudicar sua formação moral;

d) consistente na venda, a varejo, de bebidas alcoólicas

§ 4º Nas localidades em que existirem, oficialmente reconhecidas, instituições destinadas ao amparo dos menores jornalheiros, só aos que se encontrem sob o patrocínio dessas entidades será outorgada a autorização do trabalho a que alude o § 2º.

§ 5º Aplica-se ao menor o disposto no art. 390 e seu parágrafo único (BRASIL, 1943).

Além das limitações impostas pelo artigo 405 da CLT, o artigo 67 do ECA também traz restrições para o adolescente que é contratado como empregado ou aprendiz. Dispõe o artigo citado:

Art. 67. Ao adolescente empregado, aprendiz, em regime familiar de trabalho, aluno de escola técnica, assistido em entidade governamental ou não-governamental, é vedado trabalho:

I - noturno, realizado entre as vinte e duas horas de um dia e as cinco horas do dia seguinte;

II - perigoso, insalubre ou penoso;

III - realizado em locais prejudiciais à sua formação e ao seu desenvolvimento físico, psíquico, moral e social;

IV - realizado em horários e locais que não permitam a frequência à escola (BRASIL, 1990).

Observa-se diante deste artigo que o jovem não pode trabalhar sob condições que prejudiquem a sua saúde, ou seja, é vedado local de trabalho perigoso, insalubre ou penoso. Além disso, o artigo visa assegurar a formação escolar, já que o trabalho noturno traria prejuízo a este item, devido ao cansaço, as alterações biológicas, entre outros aspectos que causam o trabalho noturno. O inciso IV também traz proteção a formação e frequência escolar, tendo em vista que se veda a realização de trabalho em horários e locais que não permitam a mesma. Faz previsão o mesmo artigo sobre a proibição de locais prejudiciais à formação e ao seu desenvolvimento físico, psíquico, moral e social do jovem, sendo que estes lugares são descritos no artigo 405 da CLT, podendo haver também outras possibilidades.

Faz-se vista que legalmente há uma pretensão em se proteger a inserção precoce do jovem no mercado de trabalho, assegurando, de acordo com o artigo 424 da CLT, o dever dos pais e representante legais em não incentivar o trabalho que prejudique a formação da criança e do jovem. Dada a importância deste dispositivo legal, é relevante transcrevê-lo:

Art. 424 - É dever dos responsáveis legais de menores, pais, mães, ou tutores, afastá-los de empregos que diminuam consideravelmente o seu tempo de estudo, reduzam o tempo de repouso necessário à sua saúde e constituição física, ou prejudiquem a sua educação moral (BRASIL, 1943).

Além de esta questão ter proteção em lei específica, a Constituição Federal Brasileira (1988) também prevê sobre esta matéria, tendo em vista a relevância em se resguardar os direitos fundamentais das crianças e dos jovens de maneira prioritária. Pode-se observar este amparo legal no artigo 227 da CF, *in verbis*:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

[...]

§ 3º - O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:

I - idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no art. 7º, XXXIII;

II - garantia de direitos previdenciários e trabalhistas;

III - garantia de acesso do trabalhador adolescente e jovem à escola;

[...] (BRASIL, 1988).

Avista-se a partir da leitura deste dispositivo legal que a educação é direito fundamental, ou seja, uma garantia constitucional elementar que não deve ser colocada em segundo plano com relação ao trabalho. Pode-se afirmar que o direito à educação e o direito ao trabalho estão interligados, já que o acesso a uma educação de qualidade viabiliza a aquisição de um trabalho digno. Isto pode ser corroborado pelo artigo 205 CF, *in verbis*:

Art. 205 - A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho, (BRASIL, 1988).

Deste artigo observa-se que uma das finalidades em proporcionar educação consiste em qualificar os brasileiros para o início de sua carreira profissional. Tratando sobre a importância da educação para qualificação do trabalho, afirma Maliska (2001, p.161):

A educação, por certo, é elemento indispensável ao trabalho profissional, ainda mais nos dias atuais, em que o preparo intelectual razoável do trabalhador é julgado como elemento indispensável até mesmo na realização de tarefas consideradas, em princípio, como trabalho não intelectual. O direito ao trabalho, neste aspecto, pode ser compreendido, também, como direito às condições de qualificação para o trabalho, uma vez que o futuro profissional está sob a responsabilidade da família e do Estado devido ao fato de estes ser atribuído o dever de garantir a educação.

Temos também no ECA um dispositivo legal que prevê o direito à profissionalização e à proteção ao trabalho. Sendo assim, faz-se mister mencioná-lo:

Art. 69. O adolescente tem direito à profissionalização e à proteção no trabalho, observados os seguintes aspectos, entre outros:

I - respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento;

II - capacitação profissional adequada ao mercado de trabalho (BRASIL, 1990).

Ademais, abordando sobre as conseqüências decorrentes do trabalho infanto-juvenil, Alves-Mazzotti (2002, p.88) constata que “duas ordens de preocupações motivam os esforços pela erradicação do trabalho infanto-juvenil: as condições de trabalho impostas às crianças e aos adolescentes e os prejuízos causados à escolarização.

Com relação às condições de trabalho impostas às crianças e aos adolescentes, já aclaramos acerca da proteção legal que este item resguarda. Entretanto, avista-se que a realidade é bem distinta do que está previsto em lei. A falta de fiscalização e também, o interesse e as necessidades econômicas das famílias em que seus filhos continuem trabalhando a fim de aumentar a renda familiar, não faz com que essas leis sejam eficazes na prática.

Já, analisando os prejuízos causados à escolarização em virtude do trabalho infanto-juvenil, são principalmente a repetência e a evasão escolar. (ALVES-MAZZOTTI, 2002).

De acordo com Ribeiro e Sabóia (1993) apud Alves-Mazzotti (2002, p.89):

A primeira refere-se ao fato de que, tanto no grupo de 10 a 14 como no de 15 a 17 anos, a proporção de alunos com nível de escolaridade adequada era sensivelmente mais elevada entre os jovens que tinham como atividade somente estudar. A implicação aqui é a de que as longas jornadas de trabalho resultariam em cansaço e falta de tempo para estudar, levando à repetência. Segundo a correlação mencionada diz respeito à constatação de que as taxas de escolarização caem abruptamente entre os 14 e 15 anos, idade em que também aumenta consideravelmente a participação dos jovens no mercado de trabalho. Neste caso, a implicação seria de que a

dificuldade, vivenciada ou apenas antecipada, de conciliar o trabalho com o estudo levaria ao abandono da escola.

Para Alves-Mazzotti (2002) o raciocínio de que fracasso escolar é consequência do trabalho infanto-juvenil se constitui em uma correlação simplista, já que todas as pesquisas feitas em torno do tema sempre apontam esta casuística, análises estas que também desconsideram o fato de que ambos são consequências dos mecanismos excludentes que perpetuam a pobreza. Segundo este mesmo autor “outras razões, como auto-firmação, independência econômica e ideologia familiar têm sido apontadas como motivos que levam os adolescentes a procurar trabalho” (ALVES-MAZZOTTI, 2002, p. 89).

Desta forma não se pode considerar que o trabalho infanto-juvenil é uma consequência lógica do fracasso escolar, já que há três fatores intrínsecos a sociedade que promovem esta situação: de ordem econômica (aumento da renda familiar), cultural (paradigma de que o trabalho traz dignidade à pessoa) e educacional (no âmbito escolar, há falta de atrativos para a continuidade do estudo).

É importante mencionar sobre a impossibilidade de responsabilizar as instituições familiares pela inserção precoce do jovem no mercado de trabalho. Na realidade todos estes fatores apresentam origem em problemas sociais, principalmente correlacionados com a desigualdade social presente nos tempos atuais. Neste sentido, menciona Alves-Mazzotti (2002, p. 96):

Ao atribuir às famílias pobres o “fracasso escolar” de seus filhos mascara-se a inadequação do sistema escolar para atender às necessidades dessas crianças; ao culpar essas famílias pelo trabalho precoce mascara-se também o fato de que são, elas próprias vítimas dos mecanismos sociais perpetuadores da pobreza. Em ambos os casos, contribuí-se para que as raízes da questão permaneçam intocadas.

Observa-se assim que a inserção precoce do jovem no mercado de trabalho não pode mais ser vista como uma causa que origina problemas sociais. Na realidade, o trabalho infanto-juvenil é uma consequência de vários problemas sociais oriundos de um país em crise em todos os aspectos. Estas crises são consequências do sistema capitalista implantado no Brasil, favorecendo a desigualdade social. De acordo com Silva (1999, p. 85):

[...] a utilização do trabalho infanto-juvenil no processo produtivo tem a sua razão de ser nas relações sociais capitalistas e na relação que se estabelece com o novo modo de produzir. Ela não é resultado da vontade das famílias dos trabalhadores, muito

menos de determinada tradição cultural, como os ideólogos do sistema capitalista costuma afirmar.

Junto à inserção precoce do jovem no mercado de trabalho, as crianças e os adolescentes vivem uma situação de alienação, já que se cria desde pequenos a estima pelo trabalho.

Além do fator psíquico, nota-se que as crianças e os adolescentes perdem, por meio do trabalho precoce, os direitos fundamentais que lhes são assegurados. Faleiros (2008, p.80) afirma sobre este assunto:

A educação, tanto no Estatuto da Criança e do Adolescente como na LDB é dever do Estado, com igualdade de condições de acesso e permanência (art. 3º). Esse direito de acesso ao ensino fundamental, conforme o art. 5º da LDB, é um direito público subjetivo, cujo credor é a criança e o adolescente e o devedor o Estado. O mercado, por sua vez, deve ser regulado pelo Estado, num processo interativo, pois à lógica do lucro deve ser contraposta a lógica da cidadania.

Por fim, fica evidente que a inserção precoce do jovem no mercado de trabalho não consiste em um fator que auxilia na construção de uma sociedade justa e igualitária. Na realidade, esta consequência é uma das situações que mais depreciam a formação de uma sociedade cidadã.

### **O TRABALHO COMO PRINCÍPIO EDUCATIVO: UMA ALTERNATIVA PARA A MOTIVAÇÃO DOS JOVENS TRABALHADORES**

Há no Brasil, como vimos, um impasse em relação à educação e ao trabalho. Sem negar a importância do trabalho para a formação dos jovens, há que se ressaltar que nosso sistema de ensino é marcado, desde a década de 1940, pela “dualidade estrutural”: de um lado tem-se um ensino médio propedêutico, voltado à preparação dos jovens de classe média e alta para o ensino superior; de outro, tem-se um ensino médio profissionalizante, voltado à “preparação dos pobres marginalizados e desvalidos da sorte para atuarem no sistema produtivo nas funções técnicas localizadas nos níveis baixo e médio na hierarquia ocupacional”. Ou, em outras palavras, tem-se “a educação para a burguesia e formação profissional para o povo”. (KUENZER, 2001, p. 12, 15).

Essa dualidade estrutural no sistema de ensino apenas expressa a divisão estrutural existente nas sociedades capitalistas entre trabalhadores intelectuais e manuais, ou seja, entre capital e trabalho: “articulada à hegemonia do capital sobre o trabalho, no capitalismo a escola existe para distribuir desigualmente o saber, como resultado e condição da existência da divisão social e técnica do trabalho”. (KUENZER, 2001, p. 97).

As desigualdades sociais, portanto, significam distribuição desigual de “capital cultural”, ou seja, “desigualdade de desempenho escolar de crianças provenientes das diferentes classes sociais” (BOURDIEU, 1999, p. 71), além de desigualdade de inserção no mercado de trabalho. Os jovens excluídos da esfera intelectual da sociedade perdem suas perspectivas e sonhos, já que percebem, ao entrar no mercado de trabalho, que a formação escolar não passa de uma ilusão de futuro promissor.

Há uma falsa concepção vigente na opinião pública de que todos têm direito à escola quando, na verdade, todos deveriam ter direito à educação de qualidade. O conhecimento de qualidade deve ser democratizado, permitindo o acesso de todos a ele. A democratização do ensino é fundamental para que seja efetivo o direito à educação da classe trabalhadora, pois só assim os trabalhadores terão condições de participar das relações sociais enquanto cidadão-trabalhador. (KUNENZER, 2001). Aliás, “no caso da escola brasileira, [...] a maioria dos trabalhadores não tem tido acesso ao saber sistematizado de qualquer espécie: quer ao saber geral, que lhes permitirá reconhecer-se como cidadãos, quer ao saber sobre o trabalho, que lhes permitirá reconhecer-se como profissionais.” (KUNENZER, 2001, p. 123)

Mas, quais seriam os meios capazes de promover a democratização do ensino e da escola e de permitir que a educação dos jovens seja voltada para uma formação cidadã e profissional?

Segundo Kuenzer (2001), o primeiro passo a ser dado é a unificação estrutural da escola, ou seja, o fim da dualidade estrutural, que separa a escola da cultura da escola do trabalho. O segundo passo é transformar o conteúdo da escola de 2º grau num conteúdo politécnico, como síntese superadora do academicismo clássico e do profissionalismo técnico. A escola “deverá trabalhar com o conhecimento científico-tecnológico que está na raiz da constituição da sociedade contemporânea, de modo a resgatar a relação entre ciência e cultura através da tecnologia”. (KUENZER, 2001, p. 137). Terceiro passo: transformação no método que passaria a ser dialético. Atualmente há dois tipos de formação: dos alunos que dominam a

prática, mas não conhecem a teoria, e daqueles que sabem da teoria sem conhecimento da prática. Quando se tem conhecimento teórico (trabalhadores intelectuais), com o tempo aprende-se a prática, mas o contrário não ocorre: os trabalhadores instrumentais não conseguem progredir profissionalmente por falta de conhecimento teórico. O método dialético, enfim, permitiria a união entre teoria e prática. Quarto passo: adoção de princípios democráticos de gestão da escola, base das demais transformações. Quinto passo: transformações da parte física da escola, dotando a escola de equipamentos e espaços tais como biblioteca, oficinas, laboratórios, centros de pesquisa etc.

Por fim, há que se mudar a concepção de senso comum vigente sobre o Ensino Fundamental e Médio Ensino: estes não podem ser vistos apenas como a mediação para se alcançar o Ensino Superior, mas como momento fundamental de constituição dos princípios básicos para uma boa educação, permitindo deste modo a formação de identidades.

O Estado, sem dúvida, deve fornecer o suporte econômico às famílias para que os alunos frequentem o Ensino Fundamental e Médio sem precisar contribuir com a renda familiar. O exercício de uma profissão deve acontecer somente após o Ensino Médio, já que é neste período que o aluno estaria capacitado para exercer uma profissão e já teria adquirido as noções básicas de cidadania, exercendo assim sua função não apenas para o seu próprio progresso, mas para contribuir com o bem-comum da sociedade.

## **CONCLUSÃO**

Após realizar um estudo abrangente acerca da inserção precoce do jovem no mercado de trabalho, é necessário ressaltar algumas informações.

O tema do presente estudo está correlacionado com o direito à educação e o direito ao trabalho. Ao traçar um paralelo de ambos os direitos com o princípio da dignidade da pessoa humana, averiguou que e o homem somente é capaz de gozar de uma vida digna quando o direito à educação e o direito ao trabalho são eficazes.

Observou-se que a fim de assegurar a permanência das crianças e jovens na escola, o legislador lhes vedou qualquer espécie de trabalho até os dezesseis anos. Como exceção a esta regra a partir dos quatorze anos o jovem pode desempenhar a função de aprendiz. Entretanto, constatou-se que a realidade brasileira está em desacordo com a pretensão em incluir o jovem

no mercado de trabalho como aprendiz, já que este cargo não proporciona experiência profissional e também, não o capacita para a sua formação técnico-profissional metódica. Nesta mesma secção versamos acerca do direito de educação, que está constitucionalmente garantido e não deve ser colocado em segundo plano com relação ao trabalho. Na realidade, o direito à educação e o direito ao trabalho estão interligados, tendo em vista que o acesso a uma educação de qualidade viabiliza a aquisição de um trabalho digno. Averiguou-se que não se pode considerar que o trabalho infanto-juvenil é um consequência lógica do fracasso escolar, já que existem três fatores que promovem esta circunstância: o aumento da renda familiar (ordem econômica), paradigma de que o trabalho traz dignidade a pessoa (ordem cultural) e, no âmbito escolar, há falta de atrativos para a continuidade dos estudos (educacional).

Para que seja possível contornar essa situação, verificou-se a necessidade do trabalho se tornar um princípio educativo. Para isso, a escola deveria sofrer algumas modificações, que sucintamente são: fim da dualidade estrutural, ou seja, os jovens não serão mais selecionados em trabalhadores intelectuais e instrumentais; o conteúdo deve ser politécnico, tendo em vista a interdisciplinaridade; o método passaria ser a dialética, articulando a teoria e a prática; a gestão adotaria princípios democráticos, viabilizando recursos e esforços para concretizar o projeto pedagógico, e por fim, as condições físicas, que devem se adequar oportunizando espaços mais próximos da realidade cotidiana e profissional do aluno. Busca-se por meio desta proposta a formação cidadã e profissional dos alunos. Além disso, atenta-se pelo fim do paradigma que sustenta que trabalhar é mais essencial que estudar e também, suporte econômico que deve ser oferecido pelo Estado às famílias para que as crianças e jovens consigam concluir os estudos.

É importante salientar que as mudanças propostas no presente trabalho dependem de uma reestruturação econômica, social e cultural de toda uma nação. Sendo assim, ficam evidentes as dificuldades que se encontrarão na tentativa de alterar todo um sistema vigente aproximadamente há dois séculos. Entretanto, não se pode considerar impossível alcançar tais metas, já que se trata de um assunto que envolve educação. E como já dizia Paulo Freire (2001): não há educação sem esperança.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Meta de 30% dos jovens no ensino superior não será cumprida, diz MEC.** Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/educacao/ult305u658611.shtml>> Acesso em: 01.abril.2011.

ALVES-MAZZOTTI, A. J. Repensado algumas questões sobre o trabalho infanto-juvenil. **Revista Brasileira de Educação.** n.19. p. 87-98, jan./fev./mar./abr. 2002.

ARAÚJO, L. A. D.; NUNES JÚNIOR, V. S. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2009.

AZEVEDO, J.; HUZAKI.; PORTO, C. **Serafina e a criança que trabalha.** 13.ed. São Paulo: Editora Ática, 2004.

BOURDIEU, P. **Escritos de educação.** Petrópolis: Vozes, 1999.

BOURDON, S.; LARANJEIRA, D. H. P; TEIXEIRA, A. M. F. Juventude, trabalho, educação: os jovens são o futuro do Brasil? **Caderno CHR.** Salvador, v.20, n.49, p. 95-105, jan./abr. 2007. Disponível em: <<http://www.cadernochr.ufba.br/viewarticle.php?id=411&layout=abstract>> Acesso em: 15.jul.2011.

BRASIL. **Consolidação das Leis Trabalhistas.** Brasília, DF: Senado Federal, 1943.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

\_\_\_\_\_. **Estatuto da Criança e do Adolescente.** Brasília, DF: Senado Federal, 1990.

\_\_\_\_\_. **Leis de Diretrizes Básicas da Educação.** Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Brasília, DF: Senado Federal, 1996.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional do Trabalho (15.Região). **Proc. 15315/97.1ª T.** Rel. Juiz Antônio Miguel Pereira. DOESP 09.11.1998. p. 128, 1998.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional do Trabalho (15.Região). **Proc. 1922/98.1ª T.** Rel. Juiz Antônio Miguel Pereira. DOESP 22.03.1999. p. 114, 1999.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional do Trabalho (15.Região). **Proc. 34.176/01.1ª T.** Rel. Juiz Eduardo Benedito de Oliveira Zanella. DOESP 15.05.2003. p. 125, 2003.

CORSARO, W. A. **Sociologia da infância.** 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 2011.

CUNHA, F. R. P. **Projeto escola de fábrica, posto vendedor escola e guarda-mirim:** estágio curricular, aprendizagem empresária ou trabalho educativo. Disponível em: <<http://www.fcadvocacia.com.br/projetoescola.pdf>> Acesso em: 21.abril.2011.

CURY, C. R. J. Direito à educação: direito à igualdade, direito à diferença. **Caderno de Pesquisa**. n.116. p. 245-262, 2002.

ENGUITA, M. F. **A face oculta da escola**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1989.

FALEIROS, V. P. **Juventude:** trabalho, escola e desigualdade. Revista Educação & Realidade. n. 33. p. 63-82, jul/dez.2008

FREIRE, P. **Educação e mudança**. 31. ed. Rio Janeiro: Paz e Terra, 2008.

\_\_\_\_\_. **Pedagogia da esperança:** um reencontro com a pedagogia do oprimido. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2001.

GOMES, I. A. G. **Pobreza e trabalho infanto-juvenil:** um diagnóstico econômico e social no estado do Pará sob a ótica do processo de causalização circular de Myrdal. Disponível em: <[http://www.unama.br/mestrado/mestrado/mestradoAdministracao/dissertacoes/PDF/2006/Irlando\\_probreza%20e%20infanto\\_juvenil.pdf](http://www.unama.br/mestrado/mestrado/mestradoAdministracao/dissertacoes/PDF/2006/Irlando_probreza%20e%20infanto_juvenil.pdf)> Acesso em: 19.jun.2011.

HUMENHUK, H. **A teoria dos direitos fundamentais**. Disponível em: <[http://jusvi.com/files/document/pdf\\_file/0000/0690/pdf\\_file\\_texts\\_690.pdf](http://jusvi.com/files/document/pdf_file/0000/0690/pdf_file_texts_690.pdf)> Acesso em: 30.abril.2012.

KUENZER, A. Z. **Ensino de 2º grau:** o trabalho como princípio educativo.4.ed.São Paulo: Cortez, 2001.

MALISKA, M. A. O direito à educação e a constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.

MARQUES, M. M. **Inclusão do menor no mercado de trabalho**. Disponível em: <<http://www.unibrasil.com.br/arquivos/direito/20092/marcia-moreira-marques.pdf>> Acesso em: 21.abril.2011.

MIRAGLIA, L. M. M. O direito do trabalho como instrumento de efetivação da dignidade social da pessoa humana no capitalismo. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho**. 3ª Reg., Belo Horizonte, v.49, n.79, p.149-162, jan./jun.2009.

RAMOS, M. N. **O "novo" ensino médio à luz de antigos princípios:** trabalho, ciência e cultura. Disponível em: < <http://www.senac.br/BTS/292/boltec292c.htm>> Acesso em: 25.maio.2012.

\_\_\_\_\_. Sindicato das Entidades Mantenedoras de Estabelecimentos de Ensino Superior no Estado de São Paulo. **Qual é o grau de cobertura dos jovens no ensino superior?** Disponível em: <<http://semesp.org.br/portal//site/artigo%20economico/artigo%20economico.pdf>> Acesso em: 18.março.2011

SILVA, J. A. da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, F. C. L. da. **O trabalho infanto-juvenil na sociedade capitalista**. Educação em Revista. Curitiba, n.15, p. 83-99. ago.1999. Disponível em: <[http://www.educaremrevista.ufpr.br/arquivos\\_15lopes\\_da\\_silva.pdf](http://www.educaremrevista.ufpr.br/arquivos_15lopes_da_silva.pdf)>. Acesso em: 25.abril.2011.

SILVA, M. R. Trama doce-amarga: exploração do trabalho infantil e cultura lúdica. São Paulo: HUCITEC, 2003.

## GUARDA COMPARTILHADA E ALIENAÇÃO PARENTAL

*Ricardo Giacomini* 1

*Mauro Alves de Araujo* 2

### RESUMO

O presente trabalho tem como principal objetivo, dar um panorama geral sobre modalidades de guarda, e principalmente fazer uma comparação das modalidades mais utilizadas, que são a Guarda Unilateral e a Guarda Compartilhada, traçando uma comparação entre elas, para analisar qual seria a melhor a ser adotada na dissolução conjugal. Demonstrar os prejuízos emocionais e psicológicos causados às crianças, quando a dissolução da família é mal resolvida e praticada a Alienação Parental, e como o Poder Judiciário está analisando essas questões para dar sua decisão nos processos de separação.

**PALAVRAS-CHAVE:** Guarda Unilateral, Guarda Compartilhada, Alienação Parental

### INTRODUÇÃO

O tema a ser apresentado neste trabalho, visa descrever como se dá a aplicabilidade da Guarda Compartilhada, as vantagens, desvantagens e o entendimento doutrinário e jurisprudencial.

Com o passar dos anos, torna-se cada vez mais comum a separação dos casais, e a guarda dos filhos mais disputada, o que sempre foi mais comum ver os filhos ficando sob a guarda da mãe (guarda unilateral), e o pai apenas como provedor financeiro.

Diante da evolução da sociedade, e da luta das mulheres pela igualdade de direitos em relação aos homens, principalmente na área profissional, isso acaba também refletindo na

---

[1] Ricardo Giacomini, bacharel em Direito. Monografia aprovada, 2013, UNIANCHIETA, Jundiaí.

[2] Mauro Alves de Araujo – Mestre em Processo Civil pela PUC/SP; Doutor em Direito Civil pela PUC/SP; Professor de Direito Civil e Processo Civil na Unianchieta; Professor Orientador do trabalho de conclusão de curso de graduação.

questão familiar, surgindo assim uma batalha por parte dos pais, em poder fazer parte da vida de seus filhos, na questão da educação, atenção e acompanhamento em todos os sentidos da vida de seus filhos.

Para buscar uma regulamentação a amenizar os problemas, surge então a Lei 11.698 de 13 de junho de 2008, sobre a Guarda Compartilhada, que estabelece requisitos quanto à questão da guarda, quando a vida conjugal é desfeita.

A guarda compartilhada modifica o que era estabelecido anteriormente, onde o genitor que não tinha a guarda, ficava restrito apenas aos dias de visitas pré-estabelecidos, e não participava da educação e outras situações relacionadas à vida de seus filhos. Com o advento desta lei, ambos os genitores participam igualmente de todos os assuntos relacionados à vida de seus filhos, decidindo juntos questões importantes.

Demonstra-se assim, a evolução da legislação acompanhando as constantes mudanças de nossa sociedade, e a preocupação dos legisladores em atender da melhor forma os interesses das crianças, para que tenham um convívio com seus genitores, a fim de proporcionar aos pequeninos seu bem estar psicológico, emocional, garantindo a eles um crescimento mais saudável possível, mesmo com a separação de seus pais.

A nova lei também manifesta o interesse em que se estabeleça a igualdade entre homens e mulheres nos quesitos de direitos e obrigações em relação aos filhos, preocupando-se com o desenvolvimento da criança.

Veremos como se aplica a guarda Compartilhada, em que momento é estabelecida pelo juiz, faremos uma breve análise em face da Guarda Unilateral e da Guarda Alternada.

Importante também estudar as atitudes dos separados, em relação aos filhos em comum, que muitas vezes são atitudes alienantes, com a intenção de separar a criança do outro genitor, tanto física como afetivamente.

## **1 - CONCEITO DE GUARDA**

Guarda deve ser entendida como proteção, atenção, afeto, educação, cuidado, provimento do sustento, que desde sempre é função dos pais, é uma condição natural dos genitores, para não dizer um dever, a lei apenas a regula para que não haja excessos e abusos, que possam prejudicar as crianças.

A medida que a sociedade evolui, há a necessidade de que a legislação evolua junto, e com a guarda não é diferente em relação a outras áreas.

Os conceitos de guarda a seguir, esclarecem e demonstram bem esse caminhar da lei junto com a sociedade.

Podemos ver que a separação do casal, a condição de não estarem vivendo mais no mesmo lar, não pode alterar os direitos e deveres dos genitores.

A guarda dos filhos deve sempre preservar os laços afetivos entre seus pais, pois independentemente de ter ocorrido a separação, os filhos tem o direito de conviver com ambos, para que o vínculo não se desfaça.

Importante verificar que independentemente de quem seja o guardião do menor, este deve ter todas as condições para exercer esse encargo.

### **1.1 – ASPECTOS PSICOLÓGICOS**

O artigo 1.584, § 3º, do Código Civil, com nova redação, conforme lei 11.698 de 16.06.2008, estabelece as regras para uma decisão judicial sobre os direitos e obrigações dos pais quanto aos filhos, valendo-se de pareceres de profissionais técnicos.

Como é sabido, a separação do casal, na maioria das vezes, é acompanhada de agressões verbais, quando não surgem também as agressões físicas, impossibilitando muitas vezes que os genitores tenham uma convivência pacífica após a separação, inviabilizando o exercício da guarda compartilhada.

Por esse motivo, faz-se importante uma avaliação pelos profissionais indicados na própria legislação, para que o Juiz possa se basear e verificar a aplicabilidade da guarda compartilhada em cada caso concreto, ainda que contrário às manifestações dos pais.

A convivência saudável com os genitores é o maior objetivo da Guarda Compartilhada, conforme Patrícia Pimentel (CHAMBERS RAMOS, 2005. p.85).

A preocupação é realmente o bem estar do menor, em todos os aspectos de sua vida, minimizando os traumas dessa ruptura conjugal, possibilita a criança crescer sofrendo menos com a situação da separação de seus genitores.

É uma questão de puro bom-senso dos pais, quanto a estarem presentes na vida de seus filhos, no mínimo, com uma relação de respeito com o ex-consorte.

Se os pais conseguissem separar os problemas que tiveram um com o outro, e pensassem realmente em seus filhos, e com o amor que têm pelos pequenos, agiriam de forma adulta, inteligente e responsável. Isso seria um bom começo, para que as crianças fossem afetadas o mínimo possível em sua formação psicológica.

Isso não depende de cultura, nem condição social, mas, de bom-senso para visualizar que o maior prejudicado é o filho, e atitudes impensadas podem trazer graves prejuízos psicológicos aos menores, surgindo a Alienação Parental e desencadeando a Síndrome da Alienação Parental no menor, que falaremos em momento oportuno.

## **2.7 – GUARDA ALTERNADA**

A guarda alternada, muitas vezes é confundida com a guarda compartilhada. Na alternada a criança passa determinado tempo com cada um dos genitores, por exemplo, um mês na casa de cada um, e nesse período, aquele que está com a criança é quem detém a guarda e toma as decisões sem participação do outro.

A guarda alternada, claramente é a forma que mais afeta negativamente a vida das crianças, pois são tratadas como um objeto que hora é de um e hora é de outro, prejudicando a formação dos filhos. Como veremos a seguir, os tribunais são contra esse tipo de modalidade.

Para a Dra. Fernanda R. L. Levy, há o sentimento de posse dos filhos na guarda alternada (LEVY, 2008. p.60).

Como indica Grisard Filho, a guarda alternada é a mais prejudicial (GRISARD FILHO, 2002. p.190).

A guarda alternada torna-se prejudicial à criança, uma vez que ela perde a referência de residência, podendo ficar desorientada, ao passo que cada residência tem costumes diferentes.

O poder parental, no caso da guarda alternada, fica dividido, de forma que cada genitor exerça esse poder individualmente, quando o menor está sob sua guarda. Não significando que o outro genitor, que não esteja exercendo a guarda naquele período, não possa fiscalizar o que acontece, mas torna-se algo difícil de ser colocado em prática.

A guarda alternada também acarreta problemas quanto aos alimentos. E quem paga para quem é o que gera muita polêmica nesta modalidade.

## **2.8 – GUARDA UNILATERAL**

Na guarda unilateral ou monoparental, é aquela que um dos genitores a detém, e o outro que não a tem, faz uso do direito de visitas em dias pré-estabelecidos judicialmente e tem o dever de prestar alimentos, é o que se constata objetivamente descrito no parágrafo 1º do artigo 1583 do Código Civil.

Neste modelo, apenas um dos genitores fica com toda responsabilidade de decidir sobre a vida do menor, decisões sobre alimentação, educação, saúde, entre outras.

O outro genitor tem apenas o direito de buscar e devolver a criança, nos dias e horários estabelecidos judicialmente, denominados como visita.

O modelo da guarda unilateral, de certa forma, afasta ou até mesmo pode excluir o genitor não detentor da guarda, de partilhar da formação de seu filho, de poder realmente cumprir seu papel. Ele se torna um simples visitante e provedor.

Tal ausência na vida da criança pode, com o passar do tempo, até chegar a enfraquecer os laços afetivos gradativamente, e em certo período, o genitor visitante, começa a deixar de buscar seu filho em alguns dias de visita, até que acaba por sair definitivamente da vida do menor. O que não é tão incomum de acontecer nesse modelo de guarda.

Se houvesse o compartilhamento das decisões após a separação, isso acontecia pelo desejo do genitor que não tinha a guarda em participar da vida de seu filho e também pelo bom relacionamento dos pais após a separação.

A guarda unilateral é a que apenas um dos pais ou outra pessoa que os esteja substituindo tem a guarda do menor, e cabe a regulamentação de visitas e a prestação de alimentos.

## **2.9 – GUARDA COMPARTILHADA**

A guarda compartilhada significa que os pais que optarem por ela, devem decidir de forma igualitária onde o filho vai estudar, que cursos extras ele fará, quem o buscará na escola, etc...

Deve haver um entrosamento entre os genitores separados para que possa ser possível esse tipo de relacionamento, em que ambos participarão ativamente da vida dos filhos menores.

O tempo em que a criança ficará com cada um dos genitores, acabará, no final das contas, sendo praticamente igual.

A guarda compartilhada é a que menos trás prejuízos emocionais aos filhos.

Se os pais tiverem um bom relacionamento após a ruptura do casamento ou de outra forma de união, a guarda compartilhada é a que melhor atende as necessidades dos menores.

O Código Civil define em seu artigo 1.583 a guarda compartilhada, e a guarda unilateral está no artigo 1.584.

Após o surgimento da Lei 11.698/2008, que disciplina a instituição da Guarda Compartilhada, como o modelo a ser priorizado após a separação do casal, possibilitasse uma maior participação de ambos os genitores na vida e formação do menor. Com isso, a criança é preservada ao máximo, e não sente tanto as consequências da separação de seus pais.

Daí a importância da guarda compartilhada, onde há sua fixação de residência, o seu local determinado, onde ela possa ter como referência.

Isso não indica que na casa do outro genitor, o menor não possa ter seu quarto, com suas coisas, um local seu também. Isso é importante para que a criança veja que tem seu lugar no coração de ambos os pais.

Vemos então que há um aumento no número de guarda compartilhada sendo exercida pelos pais, mas esse crescimento ainda é um pouco lento.

### **3 – A RELEVÂNCIA DA GUARDA COMPARTILHADA**

Com o advento da Lei 11.698, fácil perceber que um dos objetivos é estabelecer uma paternidade responsável, não deixando apenas a guarda com um dos genitores e atribuindo a este toda a responsabilidade quanto às obrigações, e o outro ficando isento de tais atribuições, pagando apenas alimentos. Na guarda compartilhada, por outro lado, permite uma participação ativa de ambos os pais. Isso é muito positivo, tanto para os pais quanto para os filhos, como diz Casabona (CASABONA. 2006. p.220).

A cooperação dos genitores é de extrema importância para o melhor desenvolvimento dos filhos. Mais uma vez, neste diapasão, o professor Grisard Filho esclarece (GRISARD FILHO. 2002. p.168/171).

A guarda compartilhada demonstra sua importância uma vez que, bem exercida pelos pais, diminui muito a possibilidade dos filhos crescerem com algum problema psicológico.

Evita que os filhos sejam excluídos do convívio social, por serem indivíduos com desvio de comportamento, causados pela separação dos pais, que não souberam cuidar dessas crianças, que não tiveram culpa nenhuma pela separação.

Os pais devem sempre levar em consideração que a separação é apenas quanto ao relacionamento deles que não deu certo, mas não é a separação dos filhos. O marido pode deixar de ser marido um dia, a esposa deixar de ser esposa, mas filhos nunca deixarão de ser filhos. Essa consciência de ambos já é um bom início para aceitarem e exercerem plenamente a guarda compartilhada.

#### **4 - DIREITOS E DEVERES DOS GENITORES NA GUARDA COMPARTILHADA**

Para o pai, que após o rompimento conjugal ficou privado do convívio diuturno de seus filhos, onde iniciou-se uma escassez de convivência, a guarda compartilhada é de extrema importância.

Normalmente é o pai o afastado de seus filhos após a separação, tirando-lhe assim o poder familiar, perdendo o contato diário com a criança, e nesse sentido ensina Grisard Filho (GRISARD FILHO. 2002. p.191).

A Guarda Compartilhada cria um benefício para os pais, que poderão continuar se sentindo pais de verdade, e não prejudicados por um modelo que impede que exerçam o poder parental verdadeiro, e benefício também para os filhos, que poderão sentir seus pais perto e participantes, como era na constância da sociedade conjugal.

##### **4.1 – VIGILÂNCIA, FISCALIZAÇÃO E DECISÕES**

A possibilidade dos pais que realmente têm interesse em participar da vigilância, fiscalizar e tomar decisões na vida de seus filhos, foi fortalecida com a promulgação da lei.

Se faz necessário o compartilhamento das decisões importantes em relação à vida dos filhos.

A participação de forma contínua na vida da criança é essencial para que ela não perca os parâmetros da autoridade parental.

Não significa que um dos genitores deva ficar em situação de conforto, aguardando que seja informado pelo outro, de tudo o que se passa na vida da criança. Aguardando um relatório mensal das coisas importantes, apenas para dar sua opinião.

Ambos têm que se deslocar, no sentido de buscar tais informações, ligando para o outro, conversando civilizadamente sobre as questões importantes que dizem respeito à vida dos filhos. Deve haver interesse de ambos para tanto.

Não se pode perder o foco, de que o principal interesse a ser defendido é o da criança.

Muitos podem se utilizar de tal prerrogativa, a fim de atender seus interesses pessoais, satisfação do seu próprio ego, esquecendo que há uma vida em plena formação, que é a do filho.

#### **4.2 – ALIMENTOS NA GUARDA COMPARTILHADA**

No que diz respeito à questão de Alimentos, há uma grande dificuldade de se entender como ficaria essa questão, para esclarecer o assunto, Leite Garcia ensina em sua publicação (GARCIA. 2011. p.78).

Na guarda compartilhada, quando levada a efeito, deveria haver um estudo quanto aos gastos da criança, e uma divisão mais equânime desses gastos, levando em consideração a possibilidade de cada um dos pais, mas há que admitir que se torna complicado e inviável.

Os gastos do dia a dia com a criança, se o tempo de permanência com cada um deles for praticamente igual, deveriam ser suportados por cada um dos genitores, mas os gastos com escola, cursos, etc..., um deles deve ser o responsável financeiro.

Mas, como a guarda compartilhada indica compartilhamento de decisões, fiscalização, direitos e deveres, a questão dos alimentos pode continuar sendo devida.

Para que isso se mantenha de forma equilibrada, os alimentos são necessários.

O que pode ocorrer é que devido ao compartilhamento da guarda, os genitores que conseguem conversar sobre as necessidades dos filhos de forma civilizada, se tornam mais flexíveis, conforme pontua Perissine da Silva (SILVA. 2009. p.21).

Difícil seria ambos os genitores dividirem proporcionalmente aos ganhos de cada um, todas as contas e gastos com o filho. Isso sim poderia gerar conflitos entre os genitores e prejudicar o exercício da guarda compartilhada.

#### **5 - O PODER JUDICIÁRIO E A LEI DA GUARDA COMPARTILHADA**

A guarda compartilhada, mesmo antes do advento da Lei 11.698/08, de certa forma já era aceita pelos tribunais, conforme diversas jurisprudências, que facilmente podemos ver em

breve pesquisa nos tribunais, uma vez que os pais já chegavam com essa intenção. A lei surgiu como previsão legal para que fosse decretada.

A lei diz que não havendo acordo entre os pais, sempre que possível a guarda compartilhada deve ser decretada. Como os juízes estão se comportando diante disso?

Devido a dificuldade de obter acórdãos do Tribunal do Estado de São Paulo, relacionados a direito de família, foi promovida uma pesquisa junto aos juízes das varas de família da cidade de Jundiaí, a fim de obter tais informações que não são possíveis através do site do Tribunal de Justiça.

Esses juízes não impõem a guarda compartilhada, apenas a homologam, quando há acordo entre os pais. O motivo para ser assim é que se os pais estão em litígio para obter a guarda do filhos menores, e não tem condições de conversar civilizadamente, não há como colocar em prática a guarda compartilhada.

Há a necessidade dos juízes avaliarem se o casal tem condições de adotar esse sistema, senão, algo que foi feito para melhorar o relacionamento entre pais e filhos, pode acabar piorando.

Se os genitores não têm condições mínimas de diálogo e convivência, os conflitos podem acabar causando prejuízos muito sérios para a criança.

Outra informação muito importante é que as ações com pedido de guarda compartilhada não são tão frequentes, e ocorrem quando os próprios genitores já conversaram e decidiram pedir dessa forma. Somente assim decreta-se a guarda compartilhada na prática. Se não for dessa forma, faz-se necessária a avaliação de equipe técnica, formada por psicólogos e assistentes sociais, a fim de auxiliar o Poder Judiciário.

Os laudos elaborados pelos peritos judiciais auxiliam o Juiz em sua decisão, em cada caso concreto, quanto à questão da guarda, quando apenas um dos pais a requer, na forma do artigo 1.584, § 2º, do Código Civil.

Para que se estabeleça a guarda compartilhada, os pais tem que ter um bom relacionamento, para que o Poder Judiciário possa decretá-la. Se há litígio entre eles, mesmo que decretada a guarda compartilhada, não será levada a efeito, não alcançará o objetivo esperado.

A mudança na educação da sociedade é primordial para que o Poder Judiciário possa dar decisões que acompanhem a orientação da lei para que a guarda seja compartilhada.

## 5.2 - HIPÓTESES DE GUARDA COMPARTILHADA DECRETADA

Em um primeiro momento, devemos imaginar que se houve a ruptura de um relacionamento, na maioria dos casos, deu-se por conta de que eles não estavam conseguindo mais dialogar, não havia mais nenhum tipo de possibilidade de lidar com os problemas do cotidiano.

Logo após a separação, quando os ânimos estão exaltados, muito provavelmente os genitores não têm a possibilidade de se utilizar do instituto da guarda compartilhada.

Passado algum tempo da separação, quando ambos conseguiram se resolver emocionalmente, havendo um amadurecimento relacionado à ruptura do casamento ou da união estável, pode se tornar possível o compartilhamento das decisões do filho em comum.

Difícil imaginar como seria a efetivação da decretação da guarda compartilhada quando os genitores não tem nenhum tipo de diálogo.

Deve-se entender que a guarda compartilhada pode contribuir para que nenhum dos genitores tenha a sensação de posse e domínio sobre o filho menor.

Há a possibilidade de haver mais conflitos entre pais que já não se entendem normalmente, quando da decretação da guarda compartilhada. Pode haver um aumento do volume de brigas e desavenças, um desacordo muito grande quanto às decisões a serem tomadas pelos genitores. Um querer que sua decisão seja acatada pelo outro.

Diante disso, as informações obtidas com os magistrados citados, somente decreta-se a guarda compartilhada quando os genitores chegam com proposta de acordo requerendo que assim desejam regulamentar. Nos fala sobre o assunto Renata Rivelli Santos, em matéria da internet (<http://www.conjur.com.br/2013-mai-01/guarda-compartilhada-nao-imposta-judicialmente-solucao>).

A Guarda Compartilhada não é um direito dos pais, e sim um direito dos filhos, de terem um convívio sadio com ambos.

Com o compartilhamento da guarda, onde os pais conseguem ter um relacionamento saudável, a possibilidade de surgirem atitudes de alienação parental é quase nula, pois se agirem dessa forma, destroem qualquer possibilidade de continuar com o compartilhamento das decisões.

O estabelecimento da guarda compartilhada pode contribuir para minimizar as

atitudes de alienação parental, uma vez que os genitores se vêem obrigados a conversar para decidir questões do filho.

Enfim, guarda compartilhada só combina com harmonia e desprendimento dos genitores e prioridade aos filhos.

## 6 - CONCEITO DE ALIENAÇÃO PARENTAL

A Síndrome da Alienação Parental (SAP) é diferente da Alienação Parental, como explica a Dra. Priscila Maria Pereira Correa da Fonseca, em matéria pesquisada na internet ([http://www.observatoriodainfancia.com.br/article.php3?id\\_article=447](http://www.observatoriodainfancia.com.br/article.php3?id_article=447)).

A primeira é a consequência e a segunda é a causa, então, os atos de alienação desenvolvem na criança a Síndrome da Alienação Parental.

A Alienação Parental sempre existiu, mas sua definição é recente, e os atos que caracterizam a alienação estão sendo divulgados.

O trabalho de informar a população é lento e delicado, esclarecer quais são essas atitudes e como detectá-las para poder saber o momento de procurar o Poder Judiciário para se socorrer.

Caracterizado pela própria Lei 12.318/2010, as atitudes de alienação parental são exemplificadas. Verificando as inúmeras atitudes de alienação definidas na lei, pode-se fazer a analogia a outras atitudes que podem ser definidas como alienação.

Perissini da Silva descreve algumas atitudes comuns do genitor alienador (SILVA, 2009. p.55), como por exemplo; *Recusar-se a passar as chamadas telefônicas aos filhos; Organizar várias atividades com os filhos durante o período em que o outro genitor deve normalmente exercer o direito de visitas; Apresentar o novo cônjuge ou companheiro aos filhos como “a sua nova mãe” ou “o seu novo pai”*.

A alienação parental é um conjunto de atitudes que parte dos genitores ou outras pessoas próximas às crianças, com a intenção de prejudicar a imagem do outro genitor.

Tais atitudes podem surgir dos pais, avós, ou por outras pessoas que tenham a criança sob sua autoridade, como a própria Lei 12.318/10 diz em seu artigo 2º.

Essa questão da alienação parental é algo muito sério e perigoso, que precisa ser cuidadosamente avaliado. A responsabilidade dos genitores alienadores deve ser tratada com muita rigidez pelo Poder Judiciário, pois, o prejuízo para o relacionamento da criança com o

genitor alienado pode ser irreparável.

A alienação parental pode surgir por ações ou omissões.

As ações podem ser, por exemplo, o incentivo de um dos genitores para que a criança não respeite o outro, ou ainda denegrindo a imagem do outro genitor, para que a criança crie uma imagem ruim.

Por omissão, a alienação parental pode surgir de forma muito sutil, como por exemplo, saindo com a criança no dia de visita, impedindo o outro de buscá-la, ou criando situações para que o menor prefira não ir, por exemplo, arrumando passeios ou festas com amigos.

Toda forma de alienação parental é reprovável, sejam elas por ação ou omissão, e que tem como objetivo romper os laços afetivos com o outro genitor.

A prática da alienação nunca trará benefícios para a criança, apenas conseqüências desastrosas, como veremos a seguir.

## **6.1 - CONSEQÜÊNCIAS DA ALIENAÇÃO PARENTAL PARA OS FILHOS**

Infelizmente a prática da alienação parental é muito comum, tanto que, para tratar desse assunto, criou-se uma lei específica, a Lei 12.318/2010.

É certo que com a separação do casal, o rompimento da coabitação não é uma situação fácil, e em quase a totalidade das vezes, esse rompimento vem cercado de muitas discussões, gerando um sentimento de querer que o outro sinta o peso da separação, e acabam por denegrir a imagem do outro genitor para os filhos, a fim de que se distanciem e sintam esse distanciamento e o sentimento ruim que criaram no filho, como uma punição.

Houve a separação de fato do casal, mas eles não conseguiram se separar emocionalmente, aí surgem as atitudes de alienação parental.

A falta de consciência do alienador colabora para as atitudes alienantes.

O Poder Judiciário deve ser procurado para agir e tomar as medidas cabíveis para impedir que continuem ocorrendo os atos alienantes.

Importante pesar que a inversão da guarda como atitude para punir o genitor alienador, é uma medida que pode afetar muito a criança, pois se ela tem um vínculo muito forte com esse genitor, mesmo que praticando a alienação parental, essa ruptura pode trazer conseqüências desastrosas para o emocional desse menor, mas as vezes a gravidade da alienação exige que assim seja.

Alguns reflexos da Alienação Parental são pontuados na publicação “ALIENAÇÃO PARENTAL” (<http://www.alienacaoparental.com.br/o-que-e>).

Diante de todos esses males que a Alienação Parental pode trazer aos menores, necessário se faz uma intervenção do Poder Judiciário para impedir sua continuidade.

## **6.2 - MEDIDAS LEGAIS E JUDICIAIS PARA OBSTAR A ALIENAÇÃO PARENTAL**

Como já foi dito anteriormente, o Poder Judiciário deve ser procurado para decidir o melhor remédio para cessar a alienação, e os juízes se valem da perícia multidisciplinar, como nos mostra Phillips Freitas (FREITAS, 2012. p.51), e também a Lei 12.318/10.

Para os juízes não é algo fácil de fazer, pois deve ocorrer a ruptura da relação com o genitor alienador, retirando-se o filho do convívio com esse genitor. Essa separação pode trazer um sofrimento muito grande para a criança ser separada de seu pai ou de sua mãe, ou ainda de outros parentes que possam estar praticando a alienação.

Phillips Freitas nos fala sobre a hierarquia da Lei 12.318/10 e sobre o conjunto probatório do processo, e a relação com a perícia multidisciplinar (FREITAS, 2012. p.72).

O trabalho inicia-se com um diálogo com os genitores, para que eles entendam que a ruptura da relação conjugal não pode de forma alguma afetar a criança, e mostrar os malefícios que isso pode causar aos menores.

Caso não haja mudança de comportamento do genitor alienador, as medidas a serem tomadas são drásticas, rompendo a relação com o filho.

O início das atitudes de Alienação Parental, por qualquer dos genitores, dá-se por um desequilíbrio psicológico/emocional do mesmo, que na maioria das vezes tenta embutir na criança a responsabilidade do outro para tanto.

Casos que realmente ocorrem, e por esses e muitos outros motivos, essa questão é muito delicada e deve ser tratada com muito cuidado pelo Poder Judiciário.

## **CONCLUSÃO**

Podemos concluir com este trabalho que a questão da Guarda é uma situação muito delicada, pois se trabalha com o destino da vida de uma criança, e por isso deve ser tratada sem ânimos exaltados.

Com o passar dos tempos, o assunto vem sendo estudado com profundidade por operadores do direito, que tem a função de sempre resguardar o bem estar físico e mental dos menores.

Ainda há pontos controvertidos na doutrina para definir qual a melhor forma de guarda, para minimizar o sofrimento da criança, com a ruptura da família. Mas como se observa nas poucas linhas traçadas neste trabalho, a guarda compartilhada mostra-se a melhor, por permitir a ambos a tomada de decisões sobre o menor, como era antes da separação.

Importante também o trabalho de divulgação e conscientização dos pais, para que deixem de lado as diferenças e mágoas, que motivaram a separação, e se voltem para o bem-estar de seus filhos, que não tem culpa pela desunião.

Cada caso que chega ao Judiciário, com suas particularidades, deve ser muito bem analisado pelo magistrado, a fim de dar a melhor solução para resguardar a saúde psicológica dos menores envolvidos.

A imposição do regime da Guarda Compartilhada pode não ser a melhor solução, dependendo do caso, por causa do aumento de animosidade entre os genitores.

Muito importante a atuação da perícia multidisciplinar, que tem como principal função, verificar possíveis atos de alienação parental por parte de algum dos genitores, ou outra atitude que possa comprometer o desenvolvimento da criança, e informar consistentemente o Poder Judiciário.

Assim conclui-se que o melhor seria a não separação do casal, mantendo-se um convívio harmonioso entre ambos e a prole, mas quando isso não for possível, dada as particularidades das uniões modernas, importante que o trato dos assuntos que envolvem os filhos seja feito sem o espírito de “guerra” existente entre o casal.

E a Guarda Compartilhada é a que se mostra mais adequada, como mencionado anteriormente, desde que acordado e não imposta, como permite a lei.

Mais importante ainda, independente da espécie de guarda, é a forma como os genitores se tratam, especialmente em frente a prole, para que não caracterize uma alienação parental, muito mais maléfica que um regime de guarda errado.

**REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA**

ALIENAÇÃO PARENTAL. O que é SAP? Disponível em: <<http://www.alienacaoparental.com.br/o-que-e>> Acesso em 21 dez. 2013.

BARRETO, Lucas Hayne Dantas. Considerações sobre a guarda compartilhada. Disponível: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4352>>. Acesso em: 20 out. 2013.

BELLO, Roberta Alves. Guarda alternada versus guarda compartilhada: vantagens e desvantagens nos processos judicializados de continuidade dos laços familiares. Disponível em [http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11387](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11387) Acessado em 04/04/2013.

BONFIM, Paulo Andreatto. Guarda compartilhada x guarda alternada: delineamentos teóricos e práticos. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 815, 26 set. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7335/guarda-compartilhada-x-guarda-alternada>>. Acesso em: 26 fev. 2012.

CASABONA, Marcial Barreto. Guarda Compartilhada. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

CHAMBERS RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira. O Poder familiar e a Guarda Compartilhada sob o enfoque dos novos paradigmas do Direito de Família. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005.

CORREIO FORENSE. Juiza nega Guarda Compartilhada. Disponível em <<http://correioforense.jusbrasil.com.br/noticias/166495/juiza-nega-guarda-compartilhada>> acessado em 16 out. 2013.

CUENCA, José Manuel Aguiar. Síndrome de alienação parental: o uso das crianças no processo de separação. Lex Nova, 2005. Disponível em : <http://www.apase.org.br/94012-josemanuel.htm>, Acesso em: 02 nov. 2013.

Declaração Universal dos Direitos da Criança. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/dc-declaracao-dc.html>> acesso em: 10/12/2013

DIAS, Maria Berenice. Guarda Compartilhada. Revista jurídica consulex. Brasília, DF: Consulex, v.12, n.275, 30 jun 2008.

ECA. Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei 8.069, de julho de 1990. In: Vade Mecum. Saraiva. 14ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FONSECA, Priscila Maria Pereira Corrêa da. Síndrome da Alienação Parental. Disponível em <[http://www.observatoriodainfancia.com.br/article.php3?id\\_article=447](http://www.observatoriodainfancia.com.br/article.php3?id_article=447)> acesso em: 10 dez. 2013.

FREITAS, Douglas Phillips. Alienação Parental. 2ª Ed. Rio de Janeiro. Forense. 2012.

GALDINO, Aniângela Sampaio. Guarda Unilateral e Síndrome da Alienação Parental. Disponível em: <<http://jus.com.br/peticoes/24254/guarda-unilateral-e-sindrome-da-alienacao-parental/2>> acesso em 08 ago. 2013.

GARCIA, José Diogo Leite. Guarda Compartilhada. 1ª ed. Bauru/SP. Edipro. 2011.

GRISARD FILHO, Waldyr. Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002.

HERNANDEZ, Érika Fernanda Tangerino. Da Guarda Compartilhada. Disponível em <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11311](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11311)> acesso em: 21/10/2013.

IBDFAM. Instituto Brasileiro de Direito de Família. Entrevista: guarda compartilhada e obrigação alimentar. Disponível em <<https://www.ibdfam.org.br/noticias/5103/Entrevista%3A+guarda+compartilhada+e+obriga%C3%A7%C3%A3o+alimentar#.UrbckvRDtrM>> acesso em 22 dez. 2013.

LEI 12.318/10. Fonte: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm). Acesso em: 21/12/2013

LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. Guarda de filhos: os conflitos no exercício do poder familiar. São Paulo: Atlas, 2008.

MADEIRO, Carlos. IBGE: Guarda compartilhada de filhos dobra em 2011, mas ainda representa só 5,4% do total. Disponível em <<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2012/12/17/ibge-guarda-compartilhada-de-filhos-dobra-em-2011-mas-ainda-representa-so-54-do-total.htm>> acesso em: 22/12/2013.

MOREIRA, Luciana Maria Reis. Aspectos Gerais da Guarda Compartilhada. Disponível em <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8523](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8523)> acesso em: 09 jul. 2013.

NUNES, Carla Alonso Barreiro. Guarda Compartilhada: um caminho para inibir a alienação parental. Disponível em <<http://danielabertolieroventrice.wordpress.com/2013/06/08/guarda-compartilhada-um-caminho-para-inibir-a-alienacao-parental/>> acesso em 22/12/2013.

OST, Stelamaris. Guarda Compartilhada: Luzes e Sombras. Disponível em <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/4895/Guarda-compartilhada-luzes-e-sombras>>; acesso em 22/12/2013.

RABELO, Sofia Miranda. Guarda Compartilhada: Aspectos Psicológicos e Jurídicos. Disponível em: <<http://www.apase.org.br/81003-definicao.htm>> Acesso em 22 dez. 2013.

SANTOS, Renata Rivelli Martins dos. Guarda Compartilhada não pode ser imposta judicialmente. Disponível em < <http://www.conjur.com.br/2013-mai-01/guarda-compartilhada-nao-imposta-judicialmente-solucao>> acesso em 19/10/2013.

SILVA, Denise Maria Perissini da. Guarda Compartilhada e Síndrome da Alienação Parental: o que é isso?. Campinas/SP. Armazém do Ipê. 2009.

SOTTOMAYOR, Maria Clara. Exercício do Poder Parental Relativamente à Pessoa do Filho após o Divórcio ou a Separação Judicial de Pessoas e Bens. Porto: Universidade Católica Portuguesa – Editora, 1995.

STRENGER, Guilherme Gonçalves. Guarda de filhos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

VIANNA, Selma de Moura Galdino. O que se entende por guarda unilateral e guarda compartilhada? Disponível em <<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/949608/o-que-se-entende-por-guarda-unilateral-e-guarda-compartilhada-selma-de-moura-galdino-vianna>> Acesso 22 dez 2013.

VILELA, Sandra. O que é Guarda Compartilhada?. Disponível em <<http://www.pailegal.net/guarda-compartilhada>> acessado em 04 abr. 2013.

## REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA NO DIREITO DE FAMÍLIA ASPECTOS BIOLÓGICOS, ÉTICOS, PSICOLÓGICOS E JURÍDICOS

*Sarita Moreira de Almeida Giolo<sup>1</sup>*

*Fernanda Pessanha do Amaral Gurgel<sup>2</sup>*

### RESUMO

A proposta deste trabalho é elucidar as técnicas de reprodução humana artificial existentes na atualidade, seus procedimentos, mormente a discussão sobre a origem e concepção da vida obtida por métodos não naturais, destacando os conceitos de Bioética e Biodireito para refletir até que ponto os progressos científicos devem ceder aos limites éticos e legais impostos e; notadamente, explanar a respeito dos efeitos psicológicos acarretados por tais técnicas ao casal estéril ou com dificuldades de fertilização. Mediante a perspectiva do ordenamento civil-constitucional evidenciar quais são as implicações jurídicas nos direitos da personalidade, no estado de filiação e nos direitos sucessórios frente à fecundação *in vitro*, o destino de embriões excedentes, e o direito à intimidade do doador do sêmen ou óvulo; sobretudo, comentando essencialmente as lacunas existentes no Direito Pátrio que regulamentem a responsabilidade administrativa, penal, e civil dos indivíduos relacionados a estes tipos de procedimento.

**PALAVRAS-CHAVE:** direito, família, técnicas de reprodução humana assistida, bioética, filiação.

### INTRODUÇÃO

O presente trabalho discutirá os aspectos éticos, jurídicos, biológicos e psicológicos das técnicas de reprodução humana assistida que cirandam o estado de filiação no Direito de Família e no Direito das Sucessões.

Primeiramente, é notável o avanço na área médica concernente as técnicas reprodutivas, que saltaram numa velocidade maior, no último século, afetando o modelo de

---

<sup>1</sup>Autora: Dra. **Sarita Moreira de Almeida Giolo**, Advogada e bacharela em Direito – Centro Universitário Padre Anchieta. Monografia aprovada em 2012, UNIANCHIETA, Jundiaí/SP.

<sup>2</sup>Orientadora: Prof<sup>ª</sup> Ms. Dra. **Fernanda Pessanha do Amaral Gurgel**, Advogada; Professora Titular de Direito Civil da Universidade Presbiteriana Mackenzie; Professora Titular de Direito Civil do Centro Universitário Padre Anchieta de Jundiaí/SP; Professora nos cursos de pós graduação da Fundação Armando Álvares Penteado - FAAP e da Faculdade Damásio de Jesus; e

instituição familiar à qual a sociedade adotou e vinculou-se derivada do arcaico sistema familiar patriarcal, proveniente exclusivamente da instituição do casamento, cujo objetivo era a legitimação da família e da filiação.

Tal desenvolvimento gerou perplexidade e indagação social na medida em que os conceitos de instituição familiar, procriação, filiação, parentesco, vida, morte e afetividade saem dos parâmetros “naturais” e tangenciam novas situações aferidas com o surgimento da vida reproduzida artificialmente em que o homem passa a ter domínio sobre sua própria existência rompendo o liame natural das relações humanas.

É imperioso evidenciar que a Constituição Federal do Brasil de 1988 alterou tais conceitos no Direito de Família, delineando ideais pluralistas de família e o planejamento familiar, amparados totalmente pela proteção do Estado.<sup>3</sup>

Quanto às reflexões bioéticas, psicológicas e jurídicas, essas circundam, mormente, aos valores invólucros na divergência da verdade biológica e da relação socioafetiva, na manipulação genética da gravidez de sub-rogação, na fecundação *in vitro* homóloga ou heteróloga (incluindo o anonimato ou não dos doadores), na reprodução assistida *post mortem* e ao destino de embriões excedentes. Tais discussões contemplam o início da personalidade jurídica do ser humano pelas teorias concepcionista e natalista do Direito Civil pátrio e estrangeiro (Direito Comparado).

Cabe ressaltar, que as polêmicas advêm da ausência de legislação pertinente ao tema, em que não são traçados os limites que permeiam tais técnicas reprodutivas, estabelecendo uma lacuna, principalmente, no campo jurídico.

## 1. TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

---

<sup>3</sup> Fernanda Pessanha do Amaral Gurgel entende que a célula familiar extrapola a sua função de instituição e necessita de amparo visto que desempenha “um organismo social relevante para a formação do Estado”. Ressalta-se que a família galga, nesse contexto, a importância de ser ferramenta condutora que salvaguarda a dignidade, a personalidade, o feto e a educação dentre outros direitos para seus membros. In “*Direito de família e o princípio da boa-fé objetiva*”. Curitiba: Juruá, 2009, p. 43.

Cumprindo observar, preliminarmente, que a fertilidade sempre se fez presente no decurso da história da humanidade, em que se tinha a noção de perpetuação das famílias e a mulher era considerada símbolo da procriação e da fecundidade.

Ademais, na antiguidade o casamento era a personificação da descendência, da continuidade da linhagem do núcleo familiar e em casos de esterilidade feminina havia discriminação e banimento da convivência social e familiar, sendo que para algumas religiões, era considerada como castigo, maldição ou deformidade e com isso, muitos casamentos contratados eram anulados ou a mulher era substituída depois de certo período; já nos casos de infertilidade masculina, o homem era trocado por um de seus irmãos ou por um parente, e a mulher era obrigada a se manter casada para todo o sempre ou em alguns casos ocorria o divórcio, que embora existisse amor entre o casal, o sacrifício à religião com poder dominante tinha maior importância, proliferava que a célula familiar jamais poderia deixar de existir e que o matrimônio tinha fins reprodutivos.

No decorrer da história da Medicina, estudos descobriram os hormônios, o conceito de infertilidade, suas origens, desencadeamentos e somente a partir da década de 1970 é que foram reveladas evidências essenciais a respeito da fertilização artificial; já na década de 1980 os procedimentos assistidos começaram a ser efetivados com regularidade, embora tal avanço na área médica ainda gerasse indagações sociais por tangenciarem modernos conceitos de vida artificial, filiação, procriação e parentesco.<sup>4</sup>

Com efeito, para assistir casais com problemas de fertilização e esterilidade, foram desenvolvidas técnicas de reprodução humana artificial, destacando as principais entre inseminação artificial; fertilização *in vitro* (*FIV*); transferência de gametas para as trompas (*GIFT*); transferência de zigoto para as trompas (*ZIFT*).

No que tange à inseminação artificial, é o método através do qual, espermatozoides são predispostos e transportados para a cavidade uterina com objetivo de gestação, porém, tal procedimento não garante que haverá a fecundação do óvulo, sendo chamada por muitos especialistas como fecundação *in vivo*; além disso, a inseminação artificial poderá ser

---

<sup>4</sup> Maria Helena Diniz indaga se através de tais técnicas haveria uma melhora qualitativa na vida das pessoas envolvidas, se tal comportamento frente às biotecnologias não ameaçaria a dignidade humana das vindouras descendências diante de tantos experimentos ou infringências ao patrimônio genético; e questiona se “tais avanços biotecnológicos não nos levariam a um perigoso e arriscado caminho sem retorno”. In “*O estado atual do biodireito*”. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 449.

*homóloga* (em que o espermatozóide é do cônjuge ou companheiro) ou *heteróloga* (o espermatozóide é colhido no banco de sêmen por ocasião de doadores).

Quanto à fertilização *in vitro* (*FIV*), esta ocorre nos casos em que é “simulado” o procedimento referente à fecundação do óvulo e do ciclo menstrual da mulher por intervenção de medicamentos com hormônios que despertam a produção de óvulos que são removidos da mulher e isolados numa estufa; posteriormente espermatozóides serão expostos junto aos óvulos e os superiores permanecerão. Ademais, ambos ficarão num tubo e serão conservados na estufa para que ocorra a fecundação e o surgimento do zigoto pelo procedimento de cultura laboratorial, o próximo passo será a transferência para a cavidade uterina por meio de uma cânula e vela-se a ratificação da gestação e o seu ulterior desenvolvimento; convém ressaltar que a fecundação *in vitro* poderá ser *homóloga* em que os materiais genéticos são do casal em tratamento; *heteróloga* com a busca no banco de sêmen de espermatozóides de um doador; e a *mista* que poderá conter óvulos da mulher com diversos espermatozóides inclusive o do cônjuge ou companheiro ou nos casos em que são mesclados muitos óvulos de mulheres diferentes incluindo a da paciente que almeja a gestação, com perspectiva de alteração genética.

No que concerne à transferência de gametas para as trompas (*GIFT – Gametha Intra Fallopian Transfer*), este é o procedimento em que são coletados espermatozóides e óvulos (através de laparoscopia - exame do abdômen sem a possibilidade de cortes), sendo deslocados instantaneamente para as trompas na expectativa de fecundação; o processo é uma vertente da fecundação *in vitro*, como uma possibilidade para os casais que não querem se submeter a este tratamento por questões religiosas, morais e éticas, no sentido para eles a fecundação deve ocorrer no organismo feminino e não em estufa laboratorial.

Convém notar, outrossim, a transferência de zigoto para as trompas (*ZIFT – Zibot Intra Fallopian Transfer*), tal processo ocorre de igual modo da *GIFT*, entretanto, a fecundação é laboratorial e a célula associada detém dois núcleos. A seguir, o zigoto é deslocado para a trompa da paciente. Quanto às indicações, são as mesmas da *GIFT*.

A respeito da *clonagem reprodutiva*, esta é proibida no Brasil, e dentre as legislações que elucidam o impedimento estão a Lei Federal 8.974/95 que foi revogada pela Lei 11.105/05, Lei de Biossegurança Nacional, em seu artigo 6º, inciso IV proíbe a clonagem humana e na Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos da 29ª

Sessão da Conferência Geral da UNESCO de 1997, que no artigo 11, não permite atos contrários à dignidade humana (clonagem reprodutiva).

## 2. IMPLICAÇÕES ÉTICAS

A estipulação de técnicas de reprodução humana assistida corresponde ao propósito da constituição do núcleo familiar, entretanto, a infertilidade é tratada como desventura pela sociedade, e por tal impedimento surge por parte da medicina reprodutiva uma série de revoluções biotecnológicas; com isso, surgem dilemas bioéticos que são enfrentados por médicos e pela própria Medicina, mesmo quando as técnicas utilizadas são consentidas por uma autonomia particular.

No que tange à Bioética, esta tem por significação a ética da vida e surgiu por um neologismo feito pelo biólogo e oncologista Van Rensselaer Potter da Universidade de Wisconsin, Madison que em 1971 publicou a sua obra *Bioethics*.

Além disso, a Bioética é aquela que fomenta a contestação quanto à eticidade dos procedimentos de reprodução humana artificial e a convergência ou divergência de opiniões das mais dessemelhantes áreas como a medicina, farmácia, a ética, o direito penal e direito civil nos contornos familiares, sucessórios, proteção do patrimônio genético humano, os direitos da personalidade, direito e princípio à integridade física, à igualdade, à vida e sua indisponibilidade e inviolabilidade, à saúde e a liberdade de expressão científica e à dignidade da pessoa humana.

Não se pode perder de vistas, que apesar da marginalização e banalização dos conceitos éticos elementares é somente através destas que as cooperações da Bioética promovem as discussões jurídicas para regulamentação das descobertas humanas refletindo a realidade social e concebendo o Biodireito; tendo este por *objeto* de estudo a vida e como *fontes* a bioética, e debates deontológicos que colidem com o princípio da dignidade da pessoa humana, principalmente no que tange a legislação brasileira penal ou civil, visto que, estas não embaraçam nenhuma espécie de reprodução artificial humana, havendo necessidade de consentimento autônomo ou casais exigindo o consentimento recíproco.

Deste modo, a análise da *evolução concepcionista* do início da vida humana ocorre biologicamente com a formação do zigoto objetivando uma vida humana entendendo a ética

que a pessoa será todo ser humano geneticamente, mesmo nas situações que ainda é um ser unicelular, pois moralmente corresponde a um novo membro da humanidade, entretanto, acredita-se que a *visão evolucionista* do surgimento da origem humana ocorre durante as fases do processo gestacional e mesmo após o nascimento do bebê, nas suas fases de desenvolvimento extra-uterina; existe também a *visão relacional* da origem e início da vida humana, que abrange não só a o aspecto biológico, mas sim, do vínculo socioafetivo que une a mãe com o feto.

Em epítome, após apresentação das diversas visões referentes ao surgimento da vida humana, é preciso ressaltar que independente disso, o que deve ser observado é que a utilização das biotecnologias deve ser considerada legítima porque resulta de uma manifestação de vontade responsável, livre, e em alguns casos autônoma, porém sempre perante um discernimento informado com cautela, observando os contornos da biossegurança e subordinação aos ditames da moral e dos direitos e garantias fundamentais no que concerne aos sujeitos compreendidos em tal processo artificial.

Cabe evidenciar que nos casos de infertilidade masculina passou a recorrer-se aos bancos de espermatozoides anônimos, que mais tarde com a possibilidade de se congelar espermatozoides admitiu-se a fecundação *post mortem* e o congelamento de ovócitos proporcionou a gestação de um feto em útero diverso da mãe genética chamada “*barriga de aluguel*” e oportuno se torna dizer que esta tem por expressões sinônimas e por conceito, “mãe de aluguel”, maternidade subrogada, hospedeira, mães portadoras, útero de aluguel, gestação de substituição, “surrogate mother”, empréstimo de útero, “*mère porteuse*”, mães por conta de terceiros, em que a mãe normalmente com seu cônjuge ou companheiro desejam ter um filho, e que por infertilidade de um ou de ambos, má formação feminina, incapacidade uterina, ou por questões econômicas ou para evadir das indisposições da gestação, da estética, dos riscos, podem fornecer ou não material genético a uma terceira pessoa, mulher, que aceita em conceder seu útero para gestar o embrião durante todas as suas fases de desenvolvimento até o parto, sendo o bebê entregue ao casal, companheiros ou pessoa autônoma que se utilizou de doação de espermatozoides ou óvulos; entretanto, os problemas decorrem nas situações em que a mulher que se cede seu útero não deseja e resiste à entrega do nascituro ao casal que cedeu o material genético e inclusive, os conflitos são delineados ao registro público do bebê e quanto aos direitos de família e sucessórios.

Deve ser observado que a maternidade de substituição decorre de uma obrigação de meio, no sentido de que ela concede o seu útero durante os nove meses de gestação e a todos os cuidados, diligências e dedicação pertinentes, todavia, caso o bebê nasça com alguma anomalia, natimorto, ou deformidade física, esta será isenta de responsabilidade, pois a obrigação foi realizada e é independente do resultado produzido.

Indubitável é que os aspectos éticos e jurídicos devem ser sempre observados por aqueles que cirandam as técnicas de reprodução assistida, ou seja, o Estado intencionado por políticas públicas referentes à saúde e suas inovações tecnológicas e principalmente quanto aos meios de controle de técnicas e procedimentos experimentais deve se atentar para que a ciência através de pesquisa quanto às técnicas de reprodução assistida não banalize a afronta ao racismo e ao gênero.<sup>5</sup>

Além disso, o ente estatal deve fiscalizar se os profissionais da área médica resguardam seus pacientes embasados pelos *princípios bioéticos da beneficência* em que o profissional da saúde deve sempre colocar em primeiro plano seus pacientes saudáveis e proceder corretamente para esquivar-se de danos desnecessários ou tratamentos ineficazes; *princípio da autonomia* em que o paciente tem a manifestação de vontade livre e responsável por suas crenças, valores morais, éticos, e que devem ser respeitados principalmente quanto a sua intimidade; e o *princípio da justiça* que fomenta a equidade nas técnicas, tratamento e resultados oferecidos por médicos e experimentos científicos.

No Brasil, quanto à legislação temos a Resolução nº 1.358/92, do Conselho Federal de Medicina, esta foi revogada pela Resolução nº 1.957/10, do Conselho Federal de Medicina, referente à reprodução assistida que elucida a respeito da infertilidade como uma questão de saúde pública com demandas médicas e psicológicas.

---

<sup>5</sup> Fátima Oliveira reflete que as Novas Tecnologias Reprodutivas Conceptivas (NTRc) possibilitam “a materialização de desejos sexistas, racistas, eugênicos e potencializam a exploração de classe, basta que se possa pagar por eles. O recorte de classe é o sustentáculo de tais desejos, cujas decorrências nefastas são: a exploração de classe (mulheres/casais ricos custeiam o “tratamento” dos pobres e assim se livram de parte de super-hormonização e obtêm óvulos); o tráfico e a comercialização de embriões, sêmen, óvulos (há vários sites que comercializam óvulos); a industrialização e a venda de óvulos obtidos do tecido ovárico de mulheres ainda vivas, de cadáveres de mulheres e de fetos abortados”. In “As novas tecnologias reprodutivas conceptivas a serviço da materialização de desejos sexistas, racistas e eugênicos?”. *Bioética*, São Paulo, v.9, n.2, p.102-103, 2001.

Também, o Anexo Único da Resolução nº 1.957/10 conduz as normas éticas para a aplicação das técnicas de reprodução assistida e os procedimentos a serem adotados pelos centros, clínicas ou serviços.

Além disso, temos o Regulamento de Bancos de Células e Tecidos Germinativos nº 33/06 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) que amolda e regulamenta os padrões de qualidade e técnicos para o processo de emprego dos tecidos germinativos com finalidade terapêutica reprodutiva.

Cabe ressaltar a Lei Federal nº 8.974/95 que foi revogada pela Lei nº 11.105/05 que explana normas de segurança, manipulação armazenamento e de fiscalização de atividades de engenharia genética (quanto a organismos geneticamente modificados).

Registre-se, ainda, a Lei Federal nº 8.069/90, Estatuto da Criança e do Adolescente, que diante dos conflitos éticos derivados das diversas formas de parentesco e filiação, assegura o direito das crianças e adolescentes que nasceram em decorrência das técnicas de reprodução assistida, a proteção integral e os direitos e garantias fundamentais à pessoa humana.

Cumpramos, neste passo a Resolução nº 1.246/88, Código de Ética Médica, do Conselho Federal de Medicina, sendo esta revogada pela Resolução nº 1.931/09 do Conselho Federal de Medicina, em que enumera os princípios fundamentais, os direitos dos médicos, direitos humanos e principalmente a responsabilidade profissional.

É inegável que a solidificação no Brasil da Bioética e do Biodireito atua como instrumento para a reflexão e alternativas para as divergências morais, entretanto, a falta da Bioética nos elementos críticos referentes à saúde reprodutiva e sexual de homens e mulheres transfigurados em projetos de lei, não tem a devida atenção e veiculação ampla no que tange a responsabilidade ética e pessoal na sociedade brasileira, em contradição ao nosso contexto democrático.

Inadequado seria esquecer, também de explanar os aspectos psicológicos da reprodução humana assistida, pois a infertilidade, hodiernamente, é considerada um fator que angustia e estressa casais, companheiros ou pessoa independente que deseja ter filhos, pois tal abordagem abala o psicológico do indivíduo interpessoalmente quanto a sua auto-estima e produz sentimentos depreciativos da família e da sociedade.

Em decorrência desta situação, muitos casais procuram clínicas de fertilização humana, na busca incessante para a procriação, todavia, tais intervenções revelam as frustrações, sentimentos intensos de inferioridade, de culpa, angústia, raiva, medo, preconceitos pelas vicissitudes encontradas, pois para a mulher ter que enfrentar que desde os primórdios tem dentre os seus papéis na sociedade o de procriadora, essa incapacidade ou falha provoca desequilíbrios emocionais e ciclos de crises em sua vida.

No que tange as clínicas de reprodução humana, estas devem fornecer o processo de acompanhamento psicológico que deve ser seguido durante todo o tratamento de reprodução artificial, uma vez que o papel de suporte do psicólogo, de expor sobre a gestação, a vontade de ter um filho é muito importante, sendo todo o processo tratado com dinamismo diante das dúvidas e inseguranças durante todas as fases dos procedimentos para que as angústias não se apoderem dos questionamentos do casal e influenciem estes a abandonar ou renunciar o tratamento.

### **3. IMPLICAÇÕES JURÍDICAS**

Cumprindo observar, preliminarmente, a necessidade de abordar brevemente a origem e desenvolvimento da estrutura familiar na história da humanidade.

Oportuno se torna a dizer quanto ao direito romano, em que a religião era elemento preponderante na composição da família antiga, sendo esta uma associação não natural, mas sim religiosa e quanto à autoridade marital, esta não era considerada princípio fundamental da família, mas sim efeito originado e estabelecido pela religião, pois o que entrelaçava os componentes da família não era o nascimento, o sentimento ou a força física, mas sim, um poder emanado da religião do lar.

No que tange ao casamento, inicialmente, a instituição dele era pela religião doméstica, esta não admitia a poligamia e unia o casal por laços dos mesmos cultos e convicções e com isso, cada família tinha obrigações e orações próprias aos seus deuses, sendo que o casamento tinha uma interferência da religião, e a mulher ao se casar abandonava o lar paterno, e passava a não ter nenhuma afinidade com a religião doméstica dos pais; só se sacrificaria daquele momento em diante, aos deuses do marido.

No que tange a anulação do casamento em caso de esterilidade, esta era considerada mais do que um direito, uma obrigação, pois a religião proclamava que a família não deveria se extinguir.

No tocante ao direito de sucessão, a filha casada não herdava do pai, pois a regra determinava que o culto fosse transmitido de varão para varão, portanto a filha não poderia dar continuidade ao culto até porque esta na cerimônia de seu casamento abdicava o culto de seu pai e aderira ao culto do esposo; e se a filha fosse solteira, quando se casasse aderiria ao culto do marido e tudo o que herdava era transmitido ao culto de seu marido.

Indubitável dizer quanto às evoluções que ocorreram no mundo ocidental referentes às transformações sociais, políticas, econômicas, culturais e éticas, pela Revolução Industrial e Tecnológica, que refletiram na configuração familiar, que antes havia o autoritarismo pelo pátrio poder, e agora o casal exerce poderes conjuntamente e de forma igualitária no planejamento de proveitos convergentes, somados as modificações no relacionamento entre pais e filhos e o aparecimento da moderna estrutura familiar que passa a ser um Estado organizado, uma sociedade auto-suficiente.

Posta assim a questão, transcorre que diante da esterilidade ou da infertilidade, é complacente a procura de soluções e recursos no desejo de ter um filho, como no restabelecimento social, sentimental, pessoal e psicológico da mulher ou do casal.

Todavia, o que gera indagações, é se a infertilidade ou a esterilidade, a fertilidade, o desenvolvimento do núcleo familiar, o direito de procriar, a filiação, as técnicas reprodutivas humanas assistidas, os direitos de família e os direitos sucessórios circundam uma tutela jurisdicional.

Cabe ponderar que a Declaração Universal dos Direitos do Homem promulgada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 1948 respeita o princípio à dignidade da pessoa humana, à liberdade, os direitos inalienáveis, os direitos humanos fundamentais e “o valor da pessoa humana”.

É de ser relevado, que a Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica de 1969, ratificada pelo Brasil em 1992, estabelece no artigo 17 quanto à importância, proteção, e defesa da família.

Oportuno se torna dizer quanto ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966 da Organização das Nações Unidas, que em seu artigo 23 designa a entidade familiar como núcleo fundamental e que deve receber proteção do Estado e da sociedade.

Além disso, temos os princípios constitucionais referentes ao Direito de Família em que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 esclarece em seu artigo 1º como fundamento, à dignidade da pessoa humana, sendo esta a base da realidade do Estado.

Quanto “a inviolabilidade do direito à vida”, à igualdade e à liberdade, há explanação no artigo 5º, *caput*; assegura também a liberdade de crença e de consciência no mesmo artigo, inciso VI; a expressão livre científica, também mesmo artigo, inciso IX; e no artigo 218 estabelece a promoção e o incentivo científico, à pesquisa e as habilitações tecnológicas.

Registre-se ainda que a Carta Magna, no artigo 226, *caput*, aduz quanto à proteção perante o Estado da família; no parágrafo 4º explica como é constituída a entidade familiar; no parágrafo 7º elenca o planejamento familiar, sendo independente a vontade do casal e atribuição do Estado permitir recursos para tal exercício; no parágrafo 8º, a garantia assistencial do Estado às famílias; e no artigo 229, a incumbência dos pais na educação e criação dos filhos menores, já quanto aos filhos maiores, estes têm o encargo de auxiliar na enfermidade, carência e velhice dos pais.

Quanto ao planejamento familiar, existe a Lei nº 9.263/96, que ilustra ser este um direito de qualquer cidadão, regulamentando ações de precaução e educação referentes à fecundidade, as prerrogativas da mulher, do homem ou do casal no que concerne a constituição, restrição, acréscimo de filhos e a esterilização cirúrgica.

Neste sentido deve-se dizer que o núcleo familiar é reflexo das transformações sociais, comportamentais, econômicas, políticas, jurídicas e ideológicas, demarcando um determinado período histórico e evidenciando a função do Estado em assistir as diversas famílias.<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup>José Sebastião de Oliveira explana que o progresso do núcleo familiar frente às manipulações do Estado fez com que o Direito Privado acolhesse uma recente perspectiva “cabendo à legislação infraconstitucional aspectos secundários, sempre em harmonia com novos os valores posicionados pelo poder constituinte encarregado de elaborar a atual Constituição”. In “*Fundamentos Constitucionais do Direito de Família*”. 1. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2002, p. 224-226.

Cumpra assinalar ainda, quanto ao planejamento familiar, a respeito da constituição de famílias monoparentais e também as formadas por casais homoafetivos diante das técnicas de reprodução humana assistida.

É certo que a família monoparental, nos dizeres da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, artigo 226, parágrafo quarto, é aquela “formada por qualquer dos pais e seus descendentes”.

Todavia, as famílias monoparentais são criticadas pelo fato de que a Carta Magna não se posicionou a respeito do direito dos cidadãos terem filhos, mas sim regulamentou “à inviolabilidade do direito à vida” em seu artigo 5º, *caput*, e no artigo 227, *caput*, o encargo familiar e do Estado de garantir à convivência familiar, fato que não ocorrerá diante de mães solteiras ou casais homoafetivos que utilizam das técnicas de reprodução humana assistida, em virtude de que se trata de um objetivo parental e não impessoal.

Salienta-se também que a psiquiatria atenta para a questão de que a criança necessita se desenvolver num círculo familiar sadio, segundo regulamentos sociais da conduta familiar, somado ao fato de que criança precisa identificar a figura paterna e materna e conviver com seus pais para o seu normal crescimento, inclusive, há um entendimento de que homens e mulheres podem até recorrer às técnicas artificiais para a formação de famílias monoparentais, mas em primeiro lugar seria importante que a legislação reconhecesse o direito da criança ter uma mãe e um pai, para que possa ter o seu crescimento e desenvolvimento de forma plena, prescindindo uma posição ética quanto ao anonimato dos doadores, e quanto à consciência de que gerar um filho provindo de técnica assistida, sendo não apenas fruto de desejo do genitor, mas sim uma função de ser pai e de ser mãe.

Além disso, tal comportamento poderia condicionar uma divergência quanto aos direitos e garantias fundamentais da criança proveniente da união de casais heterossexuais e aquelas originárias de famílias monoparentais, por isso, há uma crítica em que se defende a limitação das reproduções assistidas para somente os casos médicos recomendados decorrentes de problemas de saúde; todavia, essa crítica é contraditória, pois, não significa que uma criança originária de um núcleo familiar monoparental por técnicas artificiais, tenha mais ou menos dignidade, carinho, afeto, dificuldades ou problemas do que aquelas crianças advindas de entidades familiares heterossexuais, em que ambas as crianças farão parte da sociedade contemporânea complicada, complexa e conflituosa.

Quanto aos casais homoafetivos e o emprego de técnicas de reprodução humana artificial, percebe-se que a família na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 obteve um contexto amplo baseado no princípio da dignidade da pessoa humana, no pluralismo familiar, da não discriminação, da igualdade e nos interesses particulares de seus componentes, por essa razão, as famílias homoafetivas merecem a devida salvaguarda do Estado e a intitulação como entidade familiar porque fundamentam-se no afeto, mesmo que a Carta Magna não tenha reconhecido como entidade familiar as relações homoafetivas.

A matéria não é pacífica e a legislação ainda é omissa ou deficiente quanto ao assunto em diversos pontos de vista, como jurídico, religioso, social, psicológico etc.

Neste momento, por outro enfoque, no que tange as principais características das inovadas famílias, estas são consideradas como méritos simbólicos para que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 elucide as direções contemporâneas e posteriormente a das próximas gerações.

Dentre tais características temos o *núcleo* como entidade familiar, em que o agrupamento é composto por apenas o casal e seus filhos, cada vez mais reduzidos ou planejados em decorrência da perspectiva econômica para proporcionar circunstâncias dignas de vida, e não mais pela aglutinação dos ascendentes dos genitores na composição familiar.

Ademais, temos a característica quanto à *afetividade* no vínculo familiar, em que há salvaguarda contra interferências alheias, e ao mesmo tempo, um sadio “campo” para o diálogo, o bom senso, a responsabilidade, o respeito e o crescimento pessoal e afetivo de cada componente da família e sua contínua manutenção do enlace familiar.

Outra característica é referente ao *aspecto patrimonial*, que adentra um plano secundário e a nova personalização familiar, em que há restauração de valores afetivos, morais, éticos na entidade familiar e sua constante manutenção em descompasso com o conceito de família repleto de particularidades patrimoniais estabelecidas e amparadas pela Lei nº 10.406/02, Código Civil Brasileiro.

Vale ressaltar a última característica, quanto ao *status de igualdade* entre os entes da família, que independente de quaisquer espécies, percebe-se que encargos e direitos são conferidos a todos os integrantes e não somente ao casal em decorrência do matrimônio, muito diferente do modelo autoritário e patriarcal até então conhecido e codificado.

Cabe disciplinar, neste momento, uma breve análise dos aspectos referentes à filiação, poder familiar, paternidade e o reflexo destes nas técnicas de reprodução humana assistida.

Inicialmente, a filiação é um vínculo jurídico decorrente da procriação pela união sexual ou pelo emprego de técnicas de fertilização assistida, da relação entre os filhos e seus pais ou dos descendentes com seus ascendentes, seja em linha reta por um parentesco por consangüinidade (natural) ou por um parentesco civil em casos de adoção.

Ademais, existe uma classificação quanto à filiação, podendo ser esta *matrimonial*, com regulamentação nos artigos 1.597 e 1.598, ambos do Código Civil Brasileiro de 2002 que resulta do casamento mesmo nos casos em que pode ser este nulo ou anulado, do vínculo conjugal, da união livre, permanente e exclusiva, do *affectio maritalis* ou nas situações em que primeiro há o nascimento do filho e posteriormente o vínculo jurídico pelo casamento; ou *não matrimonial* que deriva quando há impedimento para o casamento, ou o homem ou a mulher não desejam contrair núpcias, sendo considerados os filhos advindos como espúrios (adulterinos) ou naturais.

Tal classificação harmoniza-se com o artigo 227, parágrafo sexto, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, não havendo mais distinções concernentes aos filhos resultantes de relações matrimoniais ou extrapatrimoniais, como ocorria pelo Código Civil Brasileiro de 1916; entretanto pelo Código Civil Brasileiro de 2002, o artigo 1.596 também veda quaisquer discriminações quanto à forma de filiação, todavia, a classificação entre matrimonial e extrapatrimonial de filiação continua a mesma no que tange a possibilidade de haver ou não a presunção quanto à paternidade.

Cabe ressaltar quanto ao poder familiar, que este independentemente de como deriva a filiação, seja por uma procriação natural, seja por meio das técnicas de reprodução humana assistida, deve ser exercido conjuntamente pela titularidade dos genitores ou pais, e na falta de qualquer deles, o outro o exercerá com exclusividade, não comporta transação ou renúncia, é um múnus público, é inalienável, irrenunciável, e imprescritível.

Vale lembrar que o Código Civil Brasileiro de 2002, ilustra em seu artigo 1634, as funções decorrentes do poder familiar, destacando-se que os pais são responsáveis por seus filhos e devem criá-los e educá-los com a finalidade de serem aproveitáveis para a sociedade; prestar representação até os dezesseis anos de idade no que concerne os atos da vida civil e posteriormente assisti-los, provendo consentimento.

Interessante se faz quanto ao instituto da paternidade, que designa o relacionamento ou as relações de parentesco vinculante entre os filhos e seu pai e percebe-se pelo contexto histórico que a paternidade não se manifestava por relações de afeto, mas sim, pelo respeito e temor, diante das regras religiosas e legais.

Ademais, sempre foi relacionado à filiação por seu aspecto biológico, consangüíneo, em derivação da constância do casamento e pelo princípio de que *mater semper certa est*, o *pater familias* era considerado o genitor de seus filhos, também era considerado o pai jurídico, pois seu nome constava no registro de nascimento do filho, outrossim, porque a paternidade não poderia ser veiculada a uma terceira pessoa para não houvesse a desonra familiar.

Quanto à presunção de paternidade e as técnicas de reprodução humana artificial, a legislação civil brasileira, Código Civil de 2002, inovou no que concerne aos filhos concebidos durante o matrimônio ao estabelecer no artigo 1.597, que dentre outras regras, há a possibilidade de que a prole tenha nascido por meio da fecundação artificial homóloga com gametas do casal e permissão expressa de ambos, mesmo nas situações em que o genitor é falecido; nos casos de embriões excedentes, a presunção também é mantida se a concepção resultar de técnica artificial homóloga, isto é, de decorrer de material genético dos pais constituídos em matrimônio ou em união estável; e nas condições de inseminação artificial heteróloga, com autorização previamente estabelecida pelo marido, ou seja, o material genético é de um doador e não do marido.

A situação de *inseminação artificial heteróloga*, com autorização prévia do marido, tem como finalidade coibir o marido de alegar o desconhecimento da paternidade mesmo tendo autorizado tal procedimento, sendo este declarado o pai socioafetivo e legal do filho e não poderá elencar que sua mulher era infiel como apontam os artigos 1.600 e 1.602 do Código Civil Brasileiro de 2002, e se o marido quiser, só poderá revogar sua vontade até o início do procedimento artificial, e que depois de realizado, não terá a oportunidade de alegar desconhecimento da paternidade.

Entretanto, se o marido portador de problema físico, após o tratamento voltar a ser fértil, poderá contestar a paternidade pelo que elucida o artigo 1.599 do Código Civil Brasileiro de 2002, pois não possuía a impotência *generandi* no momento da concepção, e se a mulher utilizou de técnicas artificiais e não teve o consentimento prévio do marido, não se presume a sua paternidade.

Cumpramos examinar, neste passo, a respeito da inseminação artificial *post mortem* ou fecundação *post mortem*, que pelo avanço na área médica, houve a perspectiva de congelamento e depósito do material genético pela técnica da criopreservação, que se tornou possível à gestação de sujeitos mesmo após a morte de seus pais ou apenas um deles, que condiciona a inúmeros questionamentos éticos e jurídicos a uma conduta que para muitos ofende ao princípio da dignidade da pessoa humana, de valor essencial, segundo a Carta Magna em seus artigos 1º, inciso III e 227, *caput* por ser encargo da entidade familiar garantir à convivência familiar a criança e ao adolescente, e outros princípios decorrentes da violação pela seleção natural como, à integridade física e à identidade genética do embrião e futuro filho.

Os casos de maior percentual são quando os pais são falecidos, entretanto, existe a possibilidade de congelamento de óvulos por parte de mãe biológica antes de seu falecimento e a técnica também poderá ser utilizada, isto é, no caso de pai falecido, em seguida da técnica da fertilização *in vitro* dos gametas, o resultado embrião será transportado para o útero da mulher; já nas situações em que somente a mãe é falecida, o material genético dos pais passará pela fecundação *in vitro* e será deslocado para o útero substituto de alguma mulher; todavia, se ocorrer de ambos os pais serem falecidos, e houver material genético criopreservado, o embrião *post mortem* poderá ser transferido utilizando-se da técnica da maternidade de substituição.

Segundo a Resolução nº 1.358 de 1992 do Conselho Federal de Medicina, não há orientação sobre a permissão ou interdição da fecundação *post mortem*, porém, pelo princípio da autonomia de vontade, o material genético pode ser conseguido mesmo com o falecimento ou materiais criopreservados poderão ser empregados com a autorização assinada e consentida em vida ou mesmo na ausência desta; em que união será definida pelo aspecto biológico e pelo aspecto moral.

Portanto, a fecundação *post mortem*, para muitos deveria ser proibida, pois o resultado de tal procedimento, o filho, não teria um meio familiar sadio e apropriado e seria considerado como efeito de um propósito individual em muitos casos, entretanto, se for ratificada, devem ser observadas as suas conseqüências quanto à responsabilidade civil e a incumbência de indenizar e se haverá a necessidade ou não de opor imperativos limites ou

salvaguarda ao Direito de Família, ao Direito Sucessório e no que concerne o instituto da filiação.

No que tange a paternidade afetiva, o princípio da *pater is est* se configura em segundo plano pela consangüinidade, pois o liame biológico não é o essencial na função da paternidade já que o genitor não é somente aquele que cede o seu material genético, mas sim, a socioafetividade; entretanto, no decorrer da história da humanidade, esta não apresentava um mérito jurídico.

Além disso, a paternidade passou a ser indispensável ao filho que adquiriu uma titularidade de direitos, uma identidade social em que os pais deveriam desempenhar funções recíprocas e possibilitar todos os meios para sua formação e desenvolvimento integral, e uma obrigação por parte do Estado na fiscalização dos encargos incumbidos ao núcleo familiar.

Portanto, a legislação pátria diante das modificações sociais em que a paternidade deixou de ser apenas biológica, e sim, uma função, deve reconstruir os ditames jurídicos para adequar-se a realidade social atual numa superação do sistema tradicional de paternidade e numa inclusão da socioafetividade, na proteção integral, no pleno desenvolvimento e no melhor proveito do filho, situações que não poderão mais ser ignoradas.

Convém notar, outrossim, quanto aos danos e a responsabilidade civil dos pais decorrente das técnicas de reprodução humana assistida, em que se questiona quanto ao embrião, se este poderá sofrer lesões pelo uso de técnicas assistidas, sendo comparado ao àquele que nasceu com vida, pois o embrião possui direitos da personalidade, situação a qual poderá sofrer lesões praticada por seus genitores, mesmo quando ainda não tenha sido implantado no útero materno.

Resta claro, que o tema permeia questionamentos éticos, morais e jurídicos, em relação ao embrião, principalmente quanto ao uso da técnica de fertilização *in vitro* heteróloga, em decorrência da criogenia ou o descarte de embriões que ferem a dignidade da pessoa humana.

Entende-se que diante da situação apresentada terá a possibilidade de responsabilização médica nos casos de reprodução artificial, todavia, os pais também poderão ser responsabilizados pela comprovação em suas condutas de dolo ou culpa, pois sabiam dos perigos expostos ao embrião, e futuramente a seu filho.

Cabe salientar que tanto o embrião (aquele que se apura por oito semanas em proveta, posteriormente no útero ou ainda nos casos intra-uterino ou de acordo com a Resolução 1.358 de 1992 do Conselho Federal de Medicina que designa que “a partir de 14 dias, tem-se propriamente o embrião, ou vida humana”) quanto o nascituro, pelo Código Civil Brasileiro de 2002, artigo 2º tem os seus direitos preservados desde a concepção em virtude de que pelas técnicas *in vitro* apresenta uma personalidade jurídica formal e caso nasça com vida adquire a personalidade jurídica material.

Quanto ao que foi dito acima para o nascituro, este apresenta na legislação brasileira, Código Civil de 2002, uma contradição nas doutrinas das escolas concepcionista ou natalista no que tange os direitos do nascituro.

A respeito da *escola concepcionista*, esta o intitula como pessoa em decorrência de sua personalidade, que é originária desde a concepção, isto é, considera-o pessoa porque ele que tem personalidade jurídica, é titular de direitos e deveres. Já a *escola natalista*, pondera que o nascituro tem mera expectativa de direito, de pessoa, é parte da vida intra-uterina de sua mãe e é estimado como tal para as situações jurídicas que lhe são benéficas, segundo os brocardos jurídicos *nasciturus pro iam nato habetur* ou *infantus conceptus pro iam nato habetur quoties de ejus commodis agitur*; portanto, conclui-se que as duas escolas devem ser interpretadas sistematicamente, sob pena de não ter vigência o artigo 2º da Lei nº 10.406/02, visto que, as duas se repulsam e se anulam.

É preciso insistir também no fato de que a legislação civil pátria, apresenta uma lacuna jurídica sobre inúmeros apontamentos sobre a reprodução humana artificial, essencialmente quanto ao direito sucessório em que o legislador admitiu a incumbência propriamente a uma lei específica e as indagações diante dessa ausência serão discutidas perante a doutrina e a hermenêutica.

No que tange a capacidade sucessória do embrião, este é incluído na definição de nascituro, pois engloba tanto aquele que está no ventre materno, mas também, aquele que está sob a técnica da criopreservação, isto é, o embrião concebido *in vitro*, até porque este permeia um dos estágios de evolução que resulta no nascituro.

Aduz o Código Civil Brasileiro de 2002, no artigo 1.798, que são legítimos a suceder as pessoas já nascidas e também para aquelas concebidas no instante da abertura sucessória, e por isso há o entendimento que o embrião poderá sim herdar em diferentes casos, de modo

legítimo se for empregada à técnica da fecundação *in vitro* homóloga, ou pelo testamento, nos moldes do artigo 1.799 do mesmo diploma legal, pela aplicação da fecundação *in vitro* heteróloga, todavia, a compreensão do tema não é pacífica e apresenta infinitas contestações.

Inadequado seria esquecer, também, de cirandar ao bem jurídico penal e os aspectos penais nas técnicas de reprodução humana assistida em que o direito penal defronte de novas condutas criminosas perante os avanços científicos deve preservar os bens jurídicos penais perante o princípio da dignidade da pessoa humana, à identidade genética e pelos direitos da personalidade.

Tenha-se presente que a engenharia genética não terapêutica é a que pode ocasionar atos criminosos através das técnicas assistidas por médicos irresponsáveis que tem o devido conhecimento da matéria e que a aplicam ilicitamente pela eugenia; ademais, cabe ressaltar as suas espécies, sendo a primeira a *engenharia genética positiva* referente à eugenia que é aquela que escolhe certos caracteres do ser humano, sem a finalidade terapêutica e que alteram o seu patrimônio genético e a segunda a *engenharia teratológica* quanto às aberrações humanas esta é conceituada como uma especialidade médica que emprega conhecimento no empenho das anomalias do embrião que o desordena no decorrer de seu estágio de desenvolvimento.

Do exposto, percebe-se a necessidade que a identidade e o material genético humano sejam tutelados para não serem engendrados de forma artificial ou assistida, exceto quando se tratar de finalidade terapêutica.

Impende observar quanto às legislações sobre a temática penal, que esta desponta a indispensabilidade de regramento para que a sociedade possa desfrutar das biotecnologias, impedindo excessos e atos criminosos, sempre na preservação do benefício coletivo, e instituir sanções punitivas aos atos ilícitos.

Há muitas indagações referentes à técnica de fertilização *in vitro*, no que tange aos embriões excedentes, principalmente quanto ao que deve ser feito com o material genético, se este deve ser destruído, descartado e não se pode estimar a hipótese de homicídio, porque o embrião não foi implantado e não gerou o nascimento com vida e, além disso, não poderia ser avaliado como aborto, pois não houve gestação; porém existem penalistas que ponderam que o resultado da concepção, o embrião implantado ou na cavidade uterina, é considerado um ser humano com vida, e que a sua destruição poderia ser suscetível de sanção ou penalidade.

A Lei nº 10.406 de 2002, Código Civil Brasileiro, explana no artigo 2º, que “os direitos do nascituro” devem ser salvaguardados desde a concepção, cabe a interpretação de que a destruição de embriões excedentes infringiria regra civilista e representaria um ato criminoso passível de sanção.

O Decreto-Lei nº 2.848 de 1940, Código Penal Brasileiro, não estabelece na Parte Especial do Título I “Dos Crimes Contra a Pessoa”, Capítulo I “Dos Crimes Contra a Vida, especificamente nos artigos 124 a 128 quanto à conceituação do aborto, em que a legislação não o define, somente elucidando que a morte do feto decorre da interrupção da gestação, competindo à doutrina e a jurisprudência fornecer o esclarecimento da expressão, todavia, o Código Penal Brasileiro, também protege a vida desde o momento em que ela se origina com a *nidação* considerada como termo inicial para a tutela penal, isto é, depois de ocorrer à fecundação do óvulo com o espermatozóide, ocorre à fase de *nidação* em que o embrião é transferido ou implantado no útero materno, e qualquer ato atentatório a interrupção da gestação é considerado aborto, ou na modalidade tentada ou na modalidade consumada.

Em suma, o Código Penal Brasileiro, deve ser modernizado (porque pouco progrediu quanto à engenharia genética), no sentido de que, sua influência desempenhe uma regulamentação e limitação aos atos científicos e uma conceituação aos procedimentos de reprodução humana assistida, deficiente na legislação contemporânea, estipulando sanções mediante sua violação para a tutela da vida humana e dos possíveis danos advindos de tais experimentos, somados ao amparo do Estado que deve intervir para a preservação do bem comum e do interesse coletivo.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A fertilidade sempre foi considerada como símbolo da continuidade da linhagem familiar e como um papel incumbido à mulher no decorrer de toda a história da humanidade.

Os avanços e progressos na área da Medicina, principalmente, quanto às técnicas de reprodução humana assistida, possibilitaram a formação de núcleos familiares que até então não poderiam ocorrer em virtude de problemas de saúde dos cônjuges, companheiros desventurados que tiveram a perspectiva de gestar um filho por meio do uso de técnicas artificiais.

Ademais, tais procedimentos proporcionaram a instituição de novos modelos de entidade familiar noticiando ao Direito de Família nova configuração familiar, em que os casais tinham um propósito de vida convergente e igualitário, em que o poder familiar, seja derivado de uma procriação natural ou por técnicas artificiais de reprodução, passou a solidificar o relacionamento entre pais e filhos por laços de afeto, carinho e respeito e não apenas por laços biológicos, em que a paternidade socioafetiva se destacou frente à paternidade jurídica ou biológica numa repersonificação do núcleo familiar e com isso, houve a necessidade de tutela jurisdicional perante os questionamentos éticos, jurídicos e morais quanto à filiação, o direito de procriar, os direitos de família, a paternidade socioafetiva, os direitos sucessórios e a responsabilidade civil referente aos danos que poderiam ser causados pelo uso indiscriminado das técnicas de reprodução artificial.

Cabe ressaltar que existem lacunas jurídicas na legislação e em decorrência disso, surgiram questionamentos quanto ao direito civil, ao direito penal e ao direito constitucional, já que, não são empregadas como instrumentos reflexivos e alternativos diante das divergências, não apresentam cunho punitivo e sobrepesam de modo problemático a deliberação dos conflitos e a marginalização de conceitos éticos, expondo a carência, o déficit e a necessidade de regulamentação nas legislações pátrias.

Em suma, o acolhimento das técnicas de reprodução humana assistida não é pacificado, na legislação pátria e no Direito Comparado, e será necessária a continuação de debates para estimular a consciência da sociedade para que haja a devida regulamentação sobre os pilares da ética, da responsabilidade, da moralidade, da justiça e da legalidade para acomodá-la na realidade social, positivando regramentos para preservação e respeito à vida, a dignidade e a humanidade.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALARCÓN, Lora; JESUS, Pietro de. **Patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Método, 2004.

ALMEIDA, Aline Mignon de. **Bioética e biodireito**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000, p. 48.

ALVIM, Arruda; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira; ROSAS, Roberto. (Org.). *Aspectos controversos do novo código civil: escritos em homenagem ao ministro José Carlos Moreira Alves*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Disponível em: <[http://www.morimotoejalil.adv.br/lermais\\_materiais.php?cd\\_materuas=26](http://www.morimotoejalil.adv.br/lermais_materiais.php?cd_materuas=26)>. Acesso em: 13 set. 2010.

ASSUMPTÃO, Luiz Roberto de. **Aspectos da Paternidade no Novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 51.

BARBOZA, Heloisa Helena. **A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização “in vitro”**. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de; PESSINI, Leo (Orgs.). **Fundamentos da Bioética**. São Paulo: Paulus, 1996, p. 201, *apud* CAMARGO, Juliana Frozel de. **Reprodução humana: ética e direito**. São Paulo: Edicamp, 2003, p. 16.

\_\_\_\_\_. Bioética e Procriação Humana. Discensos e consensos no movimento social da Bioética na América Latina. *O mundo da Saúde*, São Paulo, v.21, n.1, p.25, 1997.

BARRETTO, Vicente de Paulo. *Reprodução medicamente assistida: questões éticas*. In: MELLO, Celso D. de Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Arquivos de direitos humanos*. São Paulo: Renovar, v. 2, 2000.

BISCAIA, Jorge. Problemas éticos da reprodução assistida. *Bioética*, São Paulo, v.11, n.2, p.83-85, 2003.

BITTAR, Eduardo C. B. **Curso de ética jurídica: ética geral e profissional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRANCO, Bernardo Castelo. **Dano moral no direito de família**. São Paulo: Método, 2006.

BRASIL. *Código Civil*. Brasília, DF: Senado Federal, 2002.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

CAMARGO, Juliana Frozel de. **Reprodução humana: ética e direito**. São Paulo: Edicamp, 2003.

CARVALHO NETO, Inácio de. **Responsabilidade civil no direito de família**. Curitiba: Juruá, 2002.

CORREIA, Marilena Cordeiro Dias Villela. Ética e Reprodução Assistida: a medicalização do desejo de filhos. *Bioética*, São Paulo, v.9, n.2, p.75-76, 2001.

COSTA, Demian Diniz da. **Famílias monoparentais: reconhecimento jurídico**. Rio de Janeiro: AIDE, 2002.

COSTA, Maria Isabel Pereira da. A responsabilidade civil dos pais pela omissão do afeto na formação da personalidade dos filhos. *Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária*, São Paulo, n.368, p. 45-69, 2008.

CUNHA, Alexandre dos Santos. *Dignidade da pessoa humana: conceito fundamental do direito civil*. In: COSTA, Judith Martins (Org.). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, volume 5: direito de família. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 480-481.

\_\_\_\_\_. **O estado atual do biodireito**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 449.

FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. **Reprodução humana assistida e suas conseqüências nas relações de família: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

FERRAZ, Sérgio. **Manipulações biológicas e princípios constitucionais: uma instrução**. 1.ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabbris, 1991, p. 55-56 *apud* ALMEIDA, Aline Mignon de. **Bioética e biodireito**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000, p. 45-46.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A reprodução assistida heteróloga sob a ótica do novo código**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.817, 2003.

GUILHEM, Dirce; PRADO, Mauro Machado do. Bioética, legislação e tecnologias reprodutivas. *Bioética*, São Paulo, v.9, n.2, p.119, 2001.

GOMES, Orlando, **Direito de Família**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 412 *apud* QUEIROGA, Antônio Elias de. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 319.

GOZZO, Débora. Dignidade humana, inseminação artificial heteróloga e contestação de paternidade. In: FERRAZ, Anna Cândida da Cunha (Org.). **Direitos humanos fundamentais: posituação e concretização**. São Paulo: Edifilo, 2006.

GUILHEM, Dirce; PRADO, Mauro Machado do. Bioética, legislação e tecnologias reprodutivas. *Bioética*, São Paulo, v.9, n.2, p.119, 2001.

GURGEL, Fernanda Pessanha do Amaral. **Direito de família e o princípio da boa-fé objetiva**. Curitiba: Juruá, 2009.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. As inovações Biotecnológicas e o Direito das Sucessões. In: CARRAZZA, Roque Antônio; DONNINI, Rogério Ferraz (Org.). Academia Paulista de Direito: Temas atuais de Direito. São Paulo: Malheiros, 2008.

ISHIDA, Valter Kenji. **Estatuto da criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

JOAZEIRO, Virginia Araujo. *O Biodireito no Novo Código Civil e as relações de Parentesco*. In: COUTO, Sérgio; MADALENO, Rolf; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro (Org.). Sapucaia do Sul: Notadez, 2007.

KOTTOW, Miguel. Bioética Del comienzo de la vida ¿Cuántas veces comienza la vida humana? *Bioética*, São Paulo, v.9, n.2, p.25-36, 2001.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o Direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

LIMA NETO, Francisco Vieira. A maternidade de substituição e o contrato de gestação por outrem. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (Org.). *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p.134-135, 2001.

LUCAS, Ramón Lucas. **Explicame la bioética: guia explicativa de los temas más controvertidos sobre la vida humana**. 2. ed. Madrid: Ediciones Palabra, 2008.

MALUF, Vera; VASCONCELLOS, Esdras. Aspectos psicológicos na reprodução assistida. In: ABDELMASSIH, Roger (Coord.). *Avanços em Reprodução Humana Assistida*. 1. ed. São Paulo: Atheneu, 2007, p. 34.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

OLIVEIRA, Fátima. As novas tecnologias reprodutivas conceptivas a serviço da materialização de desejos sexistas, racistas e eugênicos? *Bioética*, São Paulo, v.9, n.2, p.102-109, 2001.

OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos Constitucionais do Direito de Família**. 1. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2002, p. 224-233.

OLIVEIRA, Maria Rita de Holanda. Reflexos da constitucionalização nas relações de família. In: LOTUFO, Renan (Org.). *Direito Civil Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito de família**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 318 *apud* GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 291.

QUEIROZ, Juliane Fernandes. *Paternidade: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial: doutrina e jurisprudência*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

REVISTA PESQUISA FAPESP. SÃO PAULO, n. 73, mar. 2002. 2 p. Suplemento *apud* CAMARGO, Juliana Frozel de. *Reprodução humana: ética e direito*. São Paulo: Edicamp, 2003, p. 34.

ROCHA, Marco Túlio de Carvalho. **A igualdade dos cônjuges no direito brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

RODRIGUES, Daniela Rosário. **Direito Civil: família e sucessões**. 4. ed. São Paulo: Rideel, 2009, p. 114.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SCARPARO, Monica Sartori. **Fertilização assistida: questão aberta: aspectos científicos e legais**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 10 *apud* CAMARGO, Juliana Frozel de. **Reprodução humana: ética e direito**. São Paulo: Edicamp, 2003, p. 28.

SCHAMM, Fermin Roland; SEGRE, Marco. Quem tem medo das (bio)tecnologias de Reprodução Assistida?. *Bioética*, São Paulo, v. 9, n. 2, p. 43-45, 2001.

SEMIÃO, Sérgio Abdalla. **Os direitos do nascituro: aspectos cíveis, criminais e do biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

SEREJO, Lourival. **Direito constitucional da família**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SOUZA, Paulo Vinícius Sporldender de. **Bem jurídico penal e engenharia genética humana: contributo para compreensão dos bens jurídicos supra-individuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 217.

## ABORTO DE ANENCEFALO

*Vânia de Lima<sup>1</sup>*

*Juliana Caramigo Gennarini<sup>2</sup>*

### RESUMO

A Constituição Federal defende o direito a vida e o direito penal pune com severas penas quem não respeita este bem tutelado. A vida é um bem inviolável protegido e dele se origina todos os outros direitos, sendo que nenhum direito é absoluto, e é perfeitamente admissível o aborto em circunstâncias excepcionais, quais sejam, gravidez resultado de estupro e em caso de risco de morte da gestante. A escolha do tema “Aborto de Anencefalo” deu-se pela discussão travada no Supremo Tribunal Federal, por meio da ADPF n.º 54-8/DF, bem como no estudo do sofrimento da mulher – mãe - que deve ser amenizado, não dificultando a vida ou a dignidade desta que, se resolver por abortar, por entender que estaria sofrendo menos ou dignificando sua figura, e o próprio ser que ali carrega, possa fazê-lo sem ter que aguardar pela resposta de um juiz que não a conhece. Deveria ser acolhido nas normas penais como um fato atípico, ou ser incluído no artigo 128 do Código Penal e igualado aos dois casos em que o aborto é permitido.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito à vida. Dignidade. Aborto. Anencefalia

### I- VIDA - DIREITO PROTEGIDO

#### 1.1) INICIO DA VIDA

Apesar da evolução científica na área biotecnológica ter nos ajudado na cura de diversas doenças não se chegou a um consenso quanto ao início da vida, portanto, para

---

<sup>1</sup> Autora: Vania de Lima. Bacharel em Direito. Monografia apresentada em 2013. Jundiaí. SP

<sup>2</sup> Orientadora: Prof.ª Ms. Juliana Caramigo Gennarini – Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie; Especialista em Direito e Processo Penal pela Universidade Presbiteriana Mackenzie; Advogada; Professora de Direito e Processo Penal na Unianchieta; Professora orientadora do trabalho de conclusão de curso

melhor entendimento devemos fazer uma análise quanto às teorias do início da vida, de acordo com estudo realizado por Ângela Mara Piekarski RIBAS<sup>3</sup>.

São 4 teorias do inicio da vida:

- a) Teoria da Fecundação – a vida inicia no momento em que o óvulo é fecundado pelo espermatozoide, sendo o feto um ser com individualidades desde este momento.
- b) Teoria da nidação – a vida começa no momento em que o embrião se fixa na parede do útero e aí pode ser considerado um ser humano.
- c) Teoria neurológica ou encefálica - o início da vida ocorre a partir dos primeiros sinais de atividade cerebral.
- d) Teoria do nascimento – o inicio da vida ocorre com o nascimento com vida do embrião.

Segundo José Renato NALINI<sup>4</sup>, “A Constituição consagra a inviolabilidade da vida humana contra todas as ameaças concretas ou virtuais. E a vida é um processo que tem inicio com a concepção. Esse é o momento específico cientificamente comprovado, da formação da pessoa”.

## 1.2) DIREITO À VIDA

O direito à vida é protegido pela Constituição Federal no art 5º, caput “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.....”<sup>5</sup>, pelo Código Penal, bem como pelo

---

<sup>3</sup>RIBAS, Ângela Mara Piekarski. **O Direito à Vida sob uma ótica contemporânea**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, 54, 30/06/2008 [Internet]. - Disponível em:

[www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos...](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos...) Acesso em 15/09/2011.

<sup>4</sup>NALINI, José Renato. *Ética Geral e Profissional*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.p. 194.

<sup>5</sup>BRASIL. *Código Penal, Código de Processo Penal, Legislação Penal e Processual Penal, Constituição Federal/Brasil.*; Luiz Flavio Gomes, organizador. – 12.ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. – (RT MiniCódigos)

código Civil, podemos ver no 2º artigo “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida, mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.”<sup>6</sup>

No entanto a lei não determina o exato momento do início da vida.

Na visão de Rogerio GRECCO<sup>7</sup>, a vida tem início a partir da concepção ou fecundação, isto é, desde o momento em que o óvulo feminino é fecundado pelo espermatozoide masculino. Contudo, para fins de proteção por intermédio da lei penal, a vida só terá relevância após a nidação, que diz respeito à implantação do óvulo já fecundado no útero materno, o que ocorre 14 dias após a fecundação.

### **1.3) QUAL O MOMENTO DA MORTE**

Para a medicina existem dois momentos diversos que evidenciam a morte: a morte cerebral e a morte clínica. A morte cerebral é a parada total e irreversível das funções encefálicas, mesmo que o tronco cerebral esteja temporariamente funcionando. A morte clínica (ou biológica) é a parada irreversível das funções cardiorrespiratórias, com parada cardíaca e conseqüente morte cerebral, por falta de irrigação sanguínea, levando a posterior necrose celular.

Segundo o CFM, em sua Resolução Nº 1.752/04, os anencéfalos são natimortos cerebrais. Sendo o anencéfalo o resultado de um processo irreversível, de causa conhecida e sem qualquer possibilidade de sobrevivida, por não possuir a parte vital do cérebro, é considerado desde o útero um feto morto cerebral.

### **1.4) PRINCIPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

A Constituição Federal de 1988, vigente, deixa claro no seu artigo 1º os seus princípios fundamentais, sendo que no inciso III fala sobre a dignidade da pessoa humana. No entanto, há dificuldades em conceituar tal princípio.

---

<sup>6</sup>BRASIL. *Código Civil, Código de Processo Civil, Código Comercial, Constituição Federal, Legislação Civil, Processual Civil e Empresarial* / organização Yussef Said Cahali; obra coletiva de autoria da Editora Revista dos Tribunais – 15. ed. rev. , ampl. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. – (RT MiniCódigos)

<sup>7</sup>GRECO, Rogerio. *Código Penal Comentado*.edImpetusLtda, Niteroi, RJ, 2008. p. 411,412

Segundo José Joaquim Gomes CANOTILHO<sup>8</sup>, o significado da dignidade da pessoa humana deve levar em consideração a ideia do indivíduo formador de si próprio e de sua vida segundo seu projeto espiritual. Esta autonomia pode ser considerada como a capacidade potencial do ser humano de autodeterminar sua conduta.

## **2 ABORTO**

### **2.1) O QUE É ABORTO**

A palavra aborto significa “ab-ortus”, “ab” significa privação, “ortus” nascimento, traduz a ideia de privar do nascimento, perecer, morrer.

Segundo MIRABETE<sup>9</sup>, “aborto é a interrupção da gravidez com a morte do produto da concepção, que pode ser o ovo, o embrião ou o feto, conforme a fase de sua evolução. Pode ser espontâneo, natural ou provocado, sendo neste último caso criminoso, exceto se praticado em uma das formas do artigo 128”.

### **2.2) O ABORTO NO BRASIL**

O Brasil é um país que tem suas raízes religiosas no cristianismo. É um país que tem uma igreja forte e atuante entre seus fiéis, tem uma moral rígida em relação ao aborto.

A doutrina classifica o aborto em:

a) Natural – quando a interrupção da gravidez é espontânea, um fenômeno do próprio organismo da mulher grávida.

b) Acidental – ocorrem em consequência de alguma causa externa não provocada pela vontade de provocar o aborto, exemplo: quedas e acidentes em geral.

c) Criminoso – causado pela vontade humana com intenção e interromper a gravidez.

d) Legal ou permitido – previsto no Código Penal no artigo 128.

---

<sup>8</sup>CANOTILHO, José Joaquim Gomes. apud SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e Direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 44-45.

<sup>9</sup>MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código Penal Interpretado*, 5ª Ed. São Paulo: Atlas, 2005. p.968

**Brasil:** <sup>10</sup> **um milhão de abortos clandestinos por ano**

Pesquisas indicam que todos os anos ocorrem no Brasil entre 750 mil a 1 milhão de abortos clandestinos, cujas complicações constituem a quarta causa de morte materna no país. Segundo dados oficiais, cerca de 250 mil mulheres são internadas por ano em hospitais da rede pública de saúde para fazerem raspagem do útero após aborto inseguro, a maioria é jovem e pobre.

Código Penal do Brasil, de 1940, considera o aborto como crime, exceto em duas situações: “a) quando não há outro meio de salvar a vida da gestante (art. 128, I), que é uma modalidade especial de estado de necessidade; b) se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, se for incapaz, de seu representante legal (art. 128, II) que representa uma forma especial de exercício regular de direito.”<sup>11</sup>

### 2.3) ABORTO – CRIME

O crime de aborto está tipificado nos artigos 124, 125, 126 e 127, do Código Penal.<sup>12</sup>

O artigo 124 trata do aborto provocado pela própria gestante (1ª figura) ou consentir que terceira pessoa lhe provoque (2ª figura).

O artigo 125 prevê o aborto sem o consentimento da gestante, contra sua vontade.

Já o artigo 126 tipifica o aborto com o consentimento da gestante, teoricamente.

O artigo 127 nos apresenta o aborto qualificado – aplicável apenas ao terceiro que provoca o aborto com ou sem o consentimento da gestante (artigo 125 e 126) neste caso é previsto duas causas de aumento da pena: a) se a gestante sofre lesão de natureza grave; b) ou ocorrer morte da gestante.

Vemos que estes artigos têm o objetivo de proteger a vida intrauterina. Neste sentido GRECO<sup>13</sup>, “O bem juridicamente protegido, de forma precípua, por meio de três tipos penais

<sup>10</sup> Mundo: Lei do Aborto em outros países, disponível em <http://www.portugaldiario.iol.pt/noticia.php?id=768147&div-id=291> acessado em 03/07/2012.

<sup>11</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal: parte geral: parte especial*- 8ª ed.rev., atual. E ampl.- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.p 661.

<sup>12</sup>*Vade Mecum*/obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Marcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Cespedes- 9. ed.atual. e ampl. – São Paulo

<sup>13</sup> GRECO, Rogerio. *Código Penal Comentado*.edImpetusLtda, Niteroi, RJ, 2008. p. 411,412

incriminadores, é a vida humana em desenvolvimento”. Luiz Regis Prado alerta que, de modo geral, no aborto provocado por terceiros (com ou sem consentimento da gestante) tutelam-se também – ao lado da vida humana dependente (do embrião ou do feto) – a vida e a incolumidade física e psíquica da mulher grávida. Todavia, apenas é possível vislumbrar a liberdade ou a integridade pessoal como bens jurídicos secundariamente protegidos em se tratando de aborto não consentido (art 125, CP) ou qualificado pelo resultado (art 127, CP).

O legislador ao proteger o direito à vida intrauterina quis garantir ao nascituro o direito de viver plenamente e com segurança a vida extrauterina. No entanto esse direito não lhe é protegido e garantido de forma absoluta, tendo em vista que no artigo 128 do Código Penal estão elencados os casos em que o aborto é permitido.

#### **2.4) ABORTO LEGAL**

No artigo 128 do CP, relata os casos de aborto permitidos no Brasil, quais sejam:

Art 128. Não se pune aborto praticado por médico:

I - Se não há outro meio de salvar a vida da gestante

II – se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

Há duas espécies de aborto legal, ambas são causas especiais de excludente de ilicitude.

##### **1º) Aborto necessário, possui dois requisitos:**

a) Deve ser praticado por médico.

b) Não haver outro meio de salvar a vida da gestante.

##### **2º) Aborto sentimental ou humanitário, possui três requisitos:**

a) Que seja realizado por médico.

b) Que haja consentimento da gestante ou de seu representante legal, caso ela seja incapaz.

c) Que a gravidez seja resultante de crime de estupro.

---

De acordo com os dizeres de Nucci<sup>14</sup> “Nenhum direito é absoluto, nem mesmo o direito à vida. Por isso, é perfeitamente admissível o aborto em circunstâncias excepcionais, para preservar a vida da mãe”.

Não há necessidade que haja risco atual para a gestante. Basta saber que se a gravidez prosseguir colocará em perigo a vida da mulher.

O aborto é autorizado quando a gravidez resulta de estupro e há o consentimento da gestante ou de seu representante legal é denominado na doutrina de aborto sentimental ou ético ou humanitário.

Neste caso é reconhecido e garantido o direito da mulher vítima de estupro que não quer prosseguir com uma gravidez indesejada.

Segundo Mirabete<sup>15</sup> “Justifica-se a norma permissiva porque a mulher não deve ficar obrigada a cuidar de um filho resultante de coito violento, não desejado, além do risco de problemas de saúde mental hereditários[sic]”.

## **2.5) ABORTO EUGENÉSICO E ABORTO SOCIAL**

Não existe em nossa legislação um dispositivo que permite o aborto, quando os exames pré-natais indicam que o bebê é possuidor de alguma anomalia grave, como Síndrome de Down, ausência de algum membro.

Atualmente, quando é constatado que o bebê apresenta anencefalia, é concedido alvará sob o fundamento que o feto não tem vida própria (atipicidade) ou por inexigibilidade de conduta diversa (excludente de culpabilidade), pois não se pode exigir que a gestante leve essa gravidez até o final, sabendo de todas as complicações desta gestação e já sabendo que o bebê não sobreviverá.

Verificamos a preocupação do legislador quanto ao aborto eugênico, por temer que acabe dando margem a abusos. NUCCI<sup>16</sup> “Mas não se pode dar margem a abusos, estendendo

---

<sup>14</sup> GRECO, Rogerio. *Código Penal Comentado*.edImpetusLtda, Niteroi, RJ, 2008. p 661

<sup>15</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini.; FABBRINI, Renato N. *Código Penal Interpretado* – 7ª Ed. – São Paulo: Atlas, 2011, p 722

<sup>16</sup>NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal: parte geral: parte especial*- 8ª ed.rev., atual. E ampl.- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.p 664.

o conceito de anomalia para abranger fetos que irão constituir seres humanos defeituosos ou até monstruosos. Afinal, nessa situação, o direito não autoriza o aborto”

Ainda segundo NUCCI corremos o risco de começar um aprimoramento de raças “A disseminarmos tal conduta, nada impede, no futuro, que a eugenia – aprimoramento da raça humana – volte a imperar em nossa sociedade, permitindo que pais escolham qual tipo físico de criança desejam, provocando o aborto daquelas que, em padrões questionáveis, sejam inviáveis”.<sup>17</sup>

O aborto social ou econômico também é ilícito, esse aborto é realizado para impedir que se aumente a situação de penúria ou miséria da gestante<sup>18</sup>.

Neste sentido também nos ensina NUCCI “o aborto econômico-social: é a cessação da gestação, causando a morte do feto ou embrião, por razões econômicas ou sociais, quando a mãe não tem condições de cuidar do seu filho, seja porque não recebe assistência do Estado, seja porque possui família numerosa, ou até por política estatal”<sup>19</sup>.

### 3 – ANENCEFALIA

#### 3.1) O QUE É ANENCEFALIA?

Dicionário Wikipédia<sup>20</sup>

[...] anencefalia consiste malformação caracterizada pela ausência total ou parcial do encéfalo e da calota craniana, proveniente de defeito de fechamento do tubo neural durante a formação embrionária. A palavra anencefalia significa ausência de cérebro. Trata-se de patologia fetal letal na maioria dos casos.

O embriologista especializado em formação do cérebro José Garcia Abreu, do Instituto de Ciências Biomédicas da UFRJ, explicou que a anencefalia envolve o cérebro e a calota craniana - região localizada acima da sobrancelha e que segue até a nuca - e está enquadrada entre as doenças derivadas de defeitos do tubo neural. Segundo Abreu, essa fase seriam os

---

<sup>17</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini.; FABBRINI, Renato N. *Código Penal Interpretado* – 7ª Ed. – São Paulo: Atlas, 2011, p.665

<sup>18</sup> Ibidem

<sup>19</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Op cit* .p.656

<sup>20</sup>Wikipedia – [http://pt.wikipedia.org/wiki/P%C3%Algina\\_principal](http://pt.wikipedia.org/wiki/P%C3%Algina_principal) acesso em 05/07/2012

primórdios do sistema nervoso central. Diferente do que ocorre com um embrião saudável, o problema está no fechamento do tubo neural, que começa na terceira semana de gestação (21º dia). O tubo vai dar origem a todo o sistema nervoso, dividido em encéfalo envolvido pelo crânio, e a medula espinhal alojada na coluna vertebral<sup>21</sup>.

Para melhor explicitar, trazemos o conceito de anencefalia de Débora DINIZ<sup>22</sup>, “A anencefalia é uma patologia congênita e dos ossos do crânio que rodeiam a cabeça. A consequência deste problema é um desenvolvimento mínimo do encéfalo, o qual com frequência apresenta uma ausência parcial ou total do cérebro (região do encéfalo responsável pelo pensamento, a vista, o ouvido, o tato e os movimentos). A parte posterior do crânio aparece sem fechar e é possível, ademais, que faltem ossos nas regiões laterais e anterior da cabeça”.

Para a doutrinadora Maria Helena DINIZ<sup>23</sup>, “o anencéfalo pode ser um embrião, feto ou recém-nascido que, por malformação(sic) congênita, não possui uma parte do sistema nervoso central, ou melhor, faltam-lhe os hemisférios cerebrais e tem uma parcela do tronco encefálico (bulbo raquidiano, ponte e pedúnculos cerebrais). Como os centros de respiração e circulação sanguínea situam-se no bulbo raquidiano, mantém suas funções vitais, logo, o anencéfalo poderá nascer com vida, vindo a falecer horas, dias ou semanas depois.

De acordo com pesquisas realizadas pode-se verificar que esta anomalia atinge mais os bebês de sexo feminino, como podemos constatar neste estudo publicado pela Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia<sup>24</sup>.

A anencefalia ocorre com maior frequência em fetos femininos, pois, parece estar ligado ao cromossomo X.

Estimativas apontam para incidência de aproximadamente 1 caso a cada 1.600 nascidos vivos. A cada ano o número de registros de crianças nascidos vivos no Brasil tem oscilado entre 2,7 e 3,0 milhões/ano. Também o número de casos comprovados de anencefalia tem aumentando

---

<sup>21</sup> Leia mais sobre esse assunto em <http://oglobo.globo.com/pais/especialista-define-que-um-embriao-com-anencefalia-4645031#ixzz1zluBKalZ> acesso em 05/07/2012

<sup>22</sup>DINIZ, Débora. *Aborto por anomalia fetal*. Brasília: Letras Livres, 2004

<sup>23</sup>DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 11 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 418-419.

<sup>24</sup> Febrasgo, Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia ; capturado em <http://www.febrasgo.org.br/anencefalia1.htm>, acessado em 13/09/2011

significativamente, exigindo práticas adequadas ao seu manuseio. O risco de incidência de anencefalia aumenta 5% a cada gravidez subsequente. Inclusive, mães diabéticas têm 6 vezes maior probabilidade de gerar filhos com este problema. Há também maior incidência de casos de anencefalia em mães muito jovens ou nas de idade avançada.

### **3.2) COMO A ANENCEFALIA É DIAGNOSTICADA.**

Segundo a FEBRASGO<sup>25</sup>, a anomalia pode ser diagnosticada, com muita precisão, a partir de 12 semanas de gestação, através de exame ultrassonográfico, quando já é possível a visualização do segmento cefálico fetal. De modo geral, os ultrassonografistas preferem repetir o exame em uma ou duas semanas para a confirmação diagnóstica. A ressonância magnética, ao lado da ultrassonografia de nível três, tem se mostrado importante meio diagnóstico na identificação desta e de outras malformações dos fetos. Ainda, constitui valioso auxiliar na identificação de outras afecções associadas, como a espinha bífida e a raquisquise, presentes em grande parte dos casos.

Uma criança portadora da anencefalia nasce sem o couro cabeludo, calota craniana, meninges, ou seja, nasce com a cabeça aberta protegida apenas por uma fina membrana. Além da situação estética deformada, que, para alguns, parece com uma rã, não há tratamento para esse problema que afeta mais meninas do que meninos segundo a medicina.

Apesar da evolução científica no campo da medicina, ainda não se sabe o que causa a anencefalia. O que se sabe é que provavelmente seja desencadeada por uma combinação de fatores genéticos e ambientais e que a ingestão de ácido fólico antes da concepção pode prevenir a sua ocorrência, nada tendo a ver com a conduta dos pais.

Ao ser comprovado o diagnóstico da anencefalia não há nada que possa ser feito em relação ao feto, já com relação à gestante, esta pode vir a sofrer danos à saúde e até risco de vida, em razão do alto índice de óbitos ocorridos dentro do útero. Nesse caso, o mais recomendável na seara médica seria a antecipação do parto que é a única medida possível e eficaz para o tratamento da gestante, já que não há solução para reverter a situação de inviabilidade do feto.

---

<sup>25</sup> Ibidem, acesso em 05/07/2012

### **3.4) AUTORIZAÇÃO PARA A INTERRUPTÃO DA GESTAÇÃO OU ANTECIPAÇÃO DO PARTO**

Por causa da demora em superar o impasse no STF em relação a ADPF 54, que autoriza o aborto em casos de anencefalia, os juízes e tribunais dos Estados têm utilizado diferentes saídas jurídicas para liberar as cirurgias.

Mesmo o aborto sendo proibido nestes casos, quando a decisão da mulher ou do casal for favorável à interrupção da gestação, deverão ser elaborados documentos para a obtenção de autorização judicial para que o procedimento seja legalmente realizado.

Os documentos necessários são: relatório médico, solicitando ao senhor Juiz da Vara a autorização judicial, explicando no relatório que a patologia é letal em 100% dos casos; exames de ultrassom morfológico com avaliação de idade gestacional e descrição da patologia; avaliação psicológica e assinatura do casal. O tempo dispendido entre o diagnóstico e a o alvará judicial pode ultrapassar 30 dias. Após a autorização judicial, a paciente deverá retornar ao hospital a fim de ser internada e o parto induzido com medicamentos.

A decisão do STF, se autorizar em definitivo a antecipação terapêutica do parto, tornará esse assunto um problema de saúde pública, que será resolvido pelos médicos e não por juízes. A solução pelos médicos, sem a interferência externa, já ocorre em casos de aborto por mulheres que foram estupradas. Para esses casos, não é necessário o registro de boletim de ocorrência.

## **3 – IGREJA**

### **4.1) A VISÃO DA IGREJA EM RELAÇÃO AO ABORTO**

As igrejas de um modo geral tentam moralizar a sociedade colocando de certa forma um limite e por isso defendem a célula da sociedade que é a família, sua união e também seus filhos e mostra que todos somos filhos de Deus e irmãos e cabe ao Criador determinar quando termina a vida de seus filhos, a não ao homem.

A opinião das igrejas quanto ao aborto são parecidas umas menos e outras mais severas, vejamos:

## **ESPIRITISMO**

O Espiritismo é contra o aborto, salvo quando for para salvar a mãe, se ela estiver em risco de vida. Nada acontece por acaso; por isso uma gravidez não deve ser interrompida em nome da beleza, da estética, da justiça dos homens ou simplesmente porque alguém o quer.<sup>26</sup>

## **IGREJA DE JESUS CRISTO DOS SANTOS DOS ÚLTIMOS DIAS – MÓRMONS**

Os métodos anticoncepcionais são amplamente usados pelos adeptos da nossa igreja. Mas o que a igreja deseja é que se tenham bastantes filhos, porque quanto mais filho, mais corpos haverá para os espíritos que estão esperando estes corpos para virem a Terra e se tornarem filhos do nosso Pai celestial. O aborto para nós é crime hediondo e que não aceitamos de forma alguma. É atentar contra a própria vida.<sup>27</sup>

## **JUDAÍSMO**

Nós somos contra o aborto porque estamos matando uma vida em potencial. Ninguém tem o direito de eliminar uma vida em potencial. Nós não somos os donos da vida, mas somente Deus.<sup>28</sup>

## **ISLAMISMO**

O Islam é igual as outras religiões, portanto, condena e ilícita o aborto e só aceita quando a gravidez é risco de vida para a mãe, e a opinião do islam sobre os métodos anticoncepcionais é a favor desde que isso seja para o bem da família e de acordo com o casal.<sup>29</sup>

## **TESTEMUNHAS DE JEOVÁ**

Seguindo a orientação bíblica, as Testemunhas de Jeová consideram a vida uma dádiva de Deus, algo sagrado. O aborto é uma prática que não se enquadra nesta descrição. Jeová mostra que considera até mesmo a vida de uma criança por nascer como preciosa e sagrada (Êxodo 21: 22-25).<sup>30</sup>

---

<sup>26</sup> Disponível no [http://www.edeus.org/?page\\_id=436](http://www.edeus.org/?page_id=436), acessado em 21/03/2013

<sup>27</sup> Ibidem

<sup>28</sup> Ibidem

<sup>29</sup> Ibidem

<sup>30</sup> Ibidem

## **CATOLICISMO**

O homem se constitui pela união da alma e do espírito, a um óvulo e a um espermatozoide, com os seus genes próprios, que o tornam um indivíduo diferente de todos os outros. A alma (elevada gratuitamente à comunhão com Deus) vivifica a matéria-prima (óvulo e espermatozoide) e com esta matéria forma um ser individual. Logo com sua personalidade inconfundível, insubstituível. A esse novo ser humano devem ser reconhecidos os seus direitos de pessoa, o embrião deverá ser defendido em sua integridade. Por isso a igreja condena o aborto do óvulo fecundado.<sup>31</sup>

## **IGREJA PRESBITERIANA**

Nós somos contra o aborto, desde que o aborto seja praticado por futilidades, exemplo, a mulher não quer ter estria, barriga flácida, etc. Agora, a mulher foi estuprada e isto não foi da sua vontade. Ela tem o direito de jogar pra fora, pois o filho é fruto de amor, pois o filho antes de ser concebido no sexo este é concebido no cérebro.<sup>32</sup>

Verificamos que todas as igrejas relatam acima que rejeitam a ideia de aborto quando realizado por motivo fútil, mas algumas aceitam quando põe em risco a vida da mãe.

## **4.2) MARCHA PELA VIDA**

Em artigo publicado em 14 de março de 2012, Dom Eduardo Benes, arcebispo de Sorocaba, informa que está programada para este ano (2012) na França a marcha pela vida.

No artigo ele declara a preocupação dos parlamentares daquele país sobre a possibilidade do aborto se estender a todos os fetos indesejáveis por qualquer questão, ou anomalia; “Atenção, leitor(a), para o horror do questionamento de um dos parlamentares franceses: “Durante as discussões, um parlamentar perguntou por que ainda sobravam 4%...” A ordem deve ser: matar todas. Será verdade que na França 96% das crianças em gestação, com síndrome de Down, são impedidas de viver? Uma coisa dessas só pode acontecer onde o outro só pode existir em função do meu “bem estar”. Só não entendo como pode “estar bem” quem descarta o outro deficiente? Essa reflexão deve se estender a todo e qualquer tipo de

---

<sup>31</sup> Ibidem

<sup>32</sup> Ibidem

deficiência constatada na fase de gestação, independente da expectativa de sobrevivência do ser humano em gestação. Em nosso país, existem aqueles(as) que defendem o aborto como um direito em quaisquer circunstâncias. Sobre as crianças com síndrome de Down, sabemos que a pessoa com t21 quando adolescente e adulta tem uma vida semi-independente. Embora possa não atingir níveis avançados de escolaridade, pode trabalhar em diversas outras funções, de acordo com seu nível intelectual. Mas não é a possibilidade de autonomia, de progresso na escola ou de exercer funções socialmente úteis que nos obriga a respeitar, com amor, a vida desde seu início até seu término natural. É, sim, a dignidade da pessoa humana, cuja vida começa com a fecundação e só se encerra neste mundo com a morte. Aborto e eutanásia são o fruto do egoísmo instalado na cultura. Não é amor impedir o nascimento de uma criança com a justificativa de que ela será infeliz ou que não sobreviverá ao parto. É medo e incapacidade de assumir a condição humana do outro como própria”.<sup>33</sup>

Para o Padre Rafael Fornazie, assessor da Comissão para a Vida e Família da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), o tema diz respeito ao direito à vida e independe da baixa expectativa de vida dos bebês nascidos com esta má formação.

“Qualquer vida merece ser vivida nem que seja por um ano só”, diz. “Uma criança pode desenvolver câncer e ter uma expectativa de vida de três anos. Por conta disso, vamos optar por matá-la para evitar o sofrimento da mãe, da família?”, indaga Fornazie. Segundo o padre, uma decisão favorável à descriminalização poderia abrir precedentes para a descriminalização de outros tipos de aborto.

Em carta pública, a CNBB argumenta que os fetos anencéfalos “erroneamente, têm sido interpretados como não possuindo todo o encéfalo, situação que seria totalmente incompatível com a vida, até mesmo pela incapacidade de respirar. Tais circunstâncias, todavia, não diminuem a dignidade da vida humana em gestação.”<sup>34</sup>

## **5 ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 54**

---

<sup>33</sup> disponível em : <http://www.cnbb.org.br/site/articulistast/eduardo-benes-de-sales-rodrigues/8853-crack-aborto-e-ideologia-acessadoem06/07/2012,12:19>

<sup>34</sup> disponível em: <http://www.cartacapital.com.br/sociedade/gravidez-com-risco-de-morte-e-tortura/> acessado em 11/07/2012

Segundo consta da petição inicial da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, ajuizada perante o STF, de autoria do Professor Luís Roberto Barroso, “a anencefalia é definida na literatura médica como a má-formação fetal congênita por defeito do fechamento do tubo neural durante a gestação, de modo que o feto não apresenta os hemisférios cerebrais e o córtex, havendo apenas resíduo do tronco encefálico.”<sup>35</sup>

Partindo destes critérios, muitos autores entendem que não há que se falar em aborto, pois o aborto é a morte do feto causada pela interrupção da gravidez. Se o feto já estava morto não é lesado o interesse protegido pela lei penal. Dessa forma, é considerada atípica a conduta da interrupção da gravidez do referido feto.

Há autores que interpretam a interrupção da gravidez de anencéfalos como crime impossível, porém o elemento subjetivo dolo não existe no ato médico, quando o mesmo extrai o feto retido, sendo assim, não existe crime.

### **5.1) O STF JULGA SOBRE A ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 54**

Já estava em trâmite no Plenário do Supremo Tribunal Federal a ADPF nº 54, interposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, cuja petição inicial, contém o seguinte: “Que essa Egrégia Corte, procedendo a uma interpretação conforme a Constituição dos artigos 124,126 e 128, I e II, do Código Penal (Decreto-Lei n. 2.848/40), declare inconstitucional, com eficácia erga omnes e efeito vinculante, a interpretação de tais dispositivos como impeditivos da antecipação terapêutica do parto em casos de gravidez do feto anencéfalo, diagnosticados por médico habilitado, reconhecendo-se o direito objetivo da gestante de se submeter a tal procedimento sem a necessidade de apresentação prévia de autorização judicial ou qualquer outra forma de permissão específica do Estado.”<sup>36</sup>

---

<sup>35</sup> A petição inicial em questão, neste tópico, faz referência a Richard E. Behman, Robert M. Kiegan e Hal B. Jenson, Nelson/Tratado de Pediatria, Ed. Guanabara Koogan, 2002, p.1777. Autor disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7111>>, acessado em 10/01/2013

<sup>36</sup> Disponível: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vidaecidadania/conteudo.phtml?tl=1&id=1243712&tit=Saiba-como-cada-ministro-se-posicionou-sobre-fetos-anencefalos>> acessado em 06/07/2012

A discussão sobre a possibilidade de interrupção da gravidez de anencéfalo tomou maiores proporções, quando o Ministro do STF Marco Aurélio deferiu liminar favorável a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, sendo que a demanda requeria também a suspensão de todos os processos em que era discutida a interrupção de gestação de fetos anencéfalos, e que seriam asseguradas às gestantes o direito de interromper tal gravidez. Essa liminar foi concedida em 1/07/2004 “*ad referendum*” do *Tribunal Pleno*, sendo erroneamente cassada por maioria de votos.

Alguns meses depois, foi aprovada, por sete votos a quatro, a admissibilidade da ADPF nº 54, retornando os autos ao Ministro relator para instrução do processo. Foi afastado um dos maiores obstáculos para o reconhecimento da constitucionalidade da interrupção voluntária da gravidez do feto anencéfalo, quando o STF entendeu que se tratava apenas de interpretar a Constituição conforme ela é e não atuar como legislador positivo.

Votaram favoravelmente à admissibilidade da ADPF os Ministros Marco Aurélio (relator), Carlos Ayres Britto, Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Celso Mello, Sepúlveda Pertence e Nelson Joaquim (presidente) e pelo não conhecimento da ação os Ministros Eros Grau, Cezar Peluso, Ellen Gracie e Carlos Veloso.

Em 2008, foi realizada uma audiência pública, quando representantes do governo, especialistas em genética, entidades religiosas e da sociedade civil falaram sobre o tema.

O impasse e sofrimento foram se arrastando no STF até que no dia 12/04/2012 por 8 votos contra 2, o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que não é mais crime a conduta de interrupção de gravidez de fetos anencéfalos (com má-formação do cérebro e do córtex - o que leva o bebê à morte logo após o parto). No entanto, as demais formas de aborto continuam sendo crime, com punição prevista no Código Penal

## 5.2) VOTO DOS MINISTROS DO STF

Antes do início das votações que duraram 13 horas de debates o Ministro **Dias Toffoli** - **Impedido**, se declarou, antes do início do julgamento, impedido de votar porque quando era advogado-geral da União, manifestou-se favorável à interrupção da gravidez no caso de anencéfalos.

O procurador geral da República – Roberto Gurgel defendeu o direito da gestante em interromper a gravidez em caso de feto anencéfalo. Os votos dos desembargadores foram: ; **Marco Aurélio Mello - a favor; Rosa Weber - a favor.; Joaquim Barbosa -a favor -;** **Luiz Fux – a favor -.;Cármen Lúcia - a favor -.;Ricardo Lewandowski - contrário –;** **CarlosAyresBritto - a favor -;** **Gilmar Mendes - a favor -;** **Celso de Mello - a favor;** **Cezar Peluso.**<sup>37</sup>;

Após o final da votação, que terminou com oito decisões favoráveis e duas contrárias à descriminalização, os ministros começaram a discutir se deviam ou não recomendar que o Ministério da Saúde e o Conselho Federal de Medicina adotassem medidas para viabilizar o aborto nos casos de anencefalia para as mulheres que optassem pela interrupção da gravidez.

Segundo alguns ministros, o importante é ter certeza na identificação do problema e que o médico que fará o aborto não seja o mesmo que fez o diagnóstico.

Após o debate, Peluso proclamou o resultado do julgamento, em que a Corte decidiu que aborto de feto sem cérebro não é crime.<sup>38</sup>

A antecipação do parto de um feto anencéfalo passa a ser voluntária e, caso a gestante manifeste o interesse em não prosseguir com a gestação, poderá solicitar serviço gratuito do Sistema Único de Saúde (SUS), sem necessidade de autorização judicial. Os profissionais de saúde também não estão sujeitos a processo por executar a prática.

"Cabe à mulher, e não ao Estado, sopesar valores e sentimentos de ordem estritamente privada, para deliberar pela interrupção, ou não, da gravidez (de anencéfalos)", disse o relator do processo, ministro Marco Aurélio Mello, que votou pela descriminalização do aborto de anencéfalos.

### **5.3) MANIFESTAÇÃO DA IGREJA QUANTO A APROVAÇÃO DO ADPF Nº 54**

A igreja através da Confederação Nacional dos Bispos do Brasil, criticou severamente o STF, dizendo que este estaria querendo assumir a função de legislar que pertence ao Congresso Nacional, vejamos a manifestação publicada.

---

<sup>37</sup> disponível em:<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2012/04/supremo-decide-por-8-2-que-aborto-de-feto-sem-cerebro-nao-e-crime.html> acessado em 06/07/2012

<sup>38</sup> Ibidem

“A Conferência Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB lamenta profundamente a decisão do Supremo Tribunal Federal que descriminalizou o aborto de feto com anencefalia ao julgar favorável a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54”. Com esta decisão, a Suprema Corte parece não ter levado em conta a prerrogativa do Congresso Nacional cuja responsabilidade última é legislar.

Os princípios da “inviolabilidade do direito à vida”, da “dignidade da pessoa humana” e da promoção do bem de todos, sem qualquer forma de discriminação (cf. art. 5º, caput; 1º, III e 3º, IV, Constituição Federal), referem-se tanto à mulher quanto aos fetos anencefálicos. Quando a vida não é respeitada, todos os outros direitos são menosprezados, e rompem-se as relações mais profundas [...]

Nossa Senhora Aparecida, Padroeira do Brasil, nos ajude em nossa missão de fazer ecoar a Palavra de Deus: “Escolhe, pois, a vida” (Dt 30,19). Cardeal Raymundo Damasceno Assis, Arcebispo de Aparecida Presidente da CNBB, Leonardo Ulrich Steiner, Bispo Auxiliar de Brasília Secretário Geral da CNBB”.<sup>39</sup>

## 6 ANTEPROJETO DO NOVO CÓDIGO PENAL

### 6.1) O ARTIGO 128 DO ANTEPROJETO DO NOVO CÓDIGO PENAL.

Em uma reportagem na Folha de São Paulo foi publicada o projeto de reforma do Código Penal e em relação ao aborto vejamos como ficaria:

#### **ABORTO**

**Hoje:** proibido, a não ser em caso de estupro e risco de morte para a mãe.

**Como ficaria:** autorizado até a 12ª semana de gestação, se médico ou psicólogo atestar que a mãe não tem condições de arcar com a maternidade; assim como nos caso de feto anencéfalo.<sup>40</sup>

---

<sup>39</sup> disponível em :<http://www.sentinelacatolico.com.br/index.php/2012/04/enquanto-isso-a-cnbb/> acessado em 06/07/2012, 12: 22

<sup>40</sup> Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/1111088-confira-as-mudancas-previstas-no-projeto-de-reforma-do-codigo-penal.shtml> - acessado em 19/04/2013

Segundo o anteprojeto do novo Código Penal Brasileiro, a redação do artigo 128, que trata da exclusão do crime de aborto seria assim:

Exclusão do crime

Art. 128. Não há crime de aborto:

I – se houver risco à vida ou à saúde da gestante.

II – se a gravidez resulta de violação da dignidade sexual, ou do emprego não consentido de técnica de reprodução assistida;

III – se comprovada a anencefalia ou quando o feto padecer de graves e incuráveis anomalias que inviabilizem a vida extrauterina, em ambos os casos atestado por dois médicos.

IV – se por vontade da gestante até a 12ª semana da gestação, quando o médico ou psicólogo constatar que a mulher não apresenta condições psicológicas de arcar com a maternidade.

Parágrafo único. Nos casos dos incisos II e III, e da segunda parte do inciso I, o aborto deve ser precedido de consentimento da gestante, ou quando menor, incapaz ou impossibilitada de consentir, de seu representante legal, do cônjuge ou de seu companheiro.

Aborto prossegue como crime. A Comissão rejeitou propostas no sentido de considerar o aborto apenas como questão de saúde pública, descriminalizando-o.

Considerou que o crime de abortamento colabora para a solução do confronto entre posições jurídico-fundamentais: o direito do feto ao nascimento, de um lado, e de outro, o direito da mulher de dispor sobre o próprio corpo. Sem o crime, a prática poderia ser adotada de modo fútil ou caprichoso, como forma de controle de natalidade incompatível com a ordem constitucional defensora da vida.

Segundo o relator do anteprojeto do novo Código Penal, o procurador regional da República da 3ª Região Luiz Carlos dos Santos Gonçalves afirmou que:

“A proposta não vai deixar de considerar aborto como crime, mas vai passar a avaliar questões consideradas "extraordinárias", como, por exemplo, situações de mães viciadas em drogas que - caso queiram e o médico ateste o vício - poderão abortar até a 12ª semana de gestação.

Não é aborto permitido por motivo de futilidade. Será em casos de dependência química, em situação de desespero. O aborto vai continuar sendo crime, mas abrimos exceções para questões extraordinárias. A gente pensou na situação de dependência química, de mães que abandonam seus

filhos em terrenos baldios. Não é uma decisão superficial", afirmou o procurador.<sup>41</sup>

Pelo que percebemos vai longe, ainda a discussão sobre a aprovação do novo projeto do novo código penal, vai gerar muitas discussões e a sociedade precisa se inteirar das reformas porque irá mexer com a vida de todos, e se esse projeto for aprovado com urgência sem um estudo aprofundado pode acabar prejudicando a sociedade como um todo.

## CONCLUSÃO

Neste trabalho podemos aprender que no Brasil são permitidos dois tipos de abortos, quais sejam, em caso de estupro, em caso da gestante correr risco de morte e atualmente foi considerada atípica a interrupção de gravidez em caso de feto portador de anencefalia.

Vimos que o bebê que sofre de anencefalia tem uma má formação congênita, onde lhe falta parte ou totalmente o encéfalo e a calota craniana e, portanto não há probabilidade de vida fora do útero.

Deparamo-nos com várias correntes de pensamentos, quem é a favor, quem é contra, e quem acredita que deva ser uma escolha da gestante fazer ou não, o aborto no caso de anencefalia.

A sociedade como um todo teme que o aborto deixe de ser crime e seja realizado indiscriminadamente, onde poderíamos ter um novo holocausto, purificação das raças. Uma verdadeira ceifa onde seria separado o joio do trigo, os fetos bons e perfeitos seriam poupados enquanto os fetos portadores de qualquer deficiência seriam exterminados.

Com a aprovação do ADPF 54 a conduta de interrupção de gravidez de fetos anencéfalos não é crime, vejamos a complementação que há no artigo 128 nos incisos I e II, “O STF, na ADPF 54 (DOU e DJE 24/04/2012) julgou procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção de gravidez de feto anencéfalo conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, I e II todos do Código Penal”.

Conforme, nosso ordenamento jurídico, os abortos, fora dos casos legais, continua ferindo o principal direito fundamental garantido a todos os cidadãos - a vida.

---

<sup>41</sup> Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2012/03/anteprojeto-de-novo-codigo-penal-vai-prever-possibilidade-de-aborto.html> acessado em 09/05/2013

**Sugestão de Leitura: depoimento de duas mães cada uma em uma situação, uma quer manter a gravidez e a outra quer interromper:**

**1) Depoimento de uma mãe de bebê portador de anencefalia:**

Disponível em: [http://www.ibccrim.org.br/site/olapoc/forum\\_subTemas.php?id=50&acao=selTemas](http://www.ibccrim.org.br/site/olapoc/forum_subTemas.php?id=50&acao=selTemas). Acessado em 14/01/2013

**2) Depoimento da mãe de Giovanna Lopes Sanches**

Disponível em <http://www.anencefalos.com.br/DepoimentoMaeGiovanna.html>. Acessado em 14/01/2013.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. *Código Civil, Código de Processo Civil, Código Comercial, Constituição Federal, Legislação Civil, Processual Civil e Empresarial* / organização Yussef Said Cahali; obra coletiva de autoria da Editora Revista dos Tribunais – 15. ed. rev. , ampl. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. – (RT MiniCódigos)

BRASIL. *Código Penal, Código de Processo Penal, Legislação Penal e Processual Penal, Constituição Federal/Brasil.*; Luiz Flavio Gomes, organizador. – 12.ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. – (RT MiniCódigos)

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

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. apud SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e Direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 44-45.

DINIZ, Débora. *Aborto por anomalia fetal*. Brasília: Letras Livres, 2004

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 11 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 418-419.

GRECO, Rogerio. *Código Penal Comentado*.edImpetusLtda, Niteroi, RJ, 2008. p. 411,412

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código Penal Interpretado*, 5ª Ed. São Paulo: Atlas, 2005. p.968

NALINI, José Roberto. *Ética Geral e Profissional*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.p. 195

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal: parte geral: parte especial*- 8ª ed.rev., atual. E ampl.- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.p 656

*VadeMecun*/obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Cépedes. – 9.ed.atual. e ampl. – São Paulo

#### ENDEREÇOS DE SITES

RIBAS, Ângela Mara Piekarski. **O Direito à Vida sob uma ótica contemporânea**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 54, 30/06/2008 [Internet]. - **Disponível em:** [www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos...](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos...) Acesso em 15/09/2011.

Mundo: Lei do Aborto em outros países, disponível em:

<http://www.portugaldiario.iol.pt/noticia.php?id=768147&div-id=291> acessado em 03/07/2012.

Disponível em:Wikipedia – [http://pt.wikipedia.org/wiki/P%C3%Algina\\_principal](http://pt.wikipedia.org/wiki/P%C3%Algina_principal) acesso em 05/07/2012

Disponível em: <http://oglobo.globo.com/pais/especialista-define-que-um-embriao-com-anencefalia-4645031#ixzz1zluBKaIz> acesso em 05/07/2012

Febrasgo, Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia ; capturado em <http://www.febrasgo.org.br/anencefalia1.htm>, acessado em 13/09/2011

Disponível no [http://www.edeus.org/?page\\_id=436](http://www.edeus.org/?page_id=436), acessado em 21/03/2013

Disponível em : <http://www.cnbb.org.br/site/articulas/eduardo-benes-de-sales-rodrigues/8853-crack-aborto-e-ideologia-acessoem> 06/07/2012, 12:19

Disponível em: <http://www.cartacapital.com.br/sociedade/gravidez-com-risco-de-morte-e-tortura/> acessado em 11/07/2012

Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7111>>, acessado em 10/01/2013

Disponível:

<<http://www.gazetadopovo.com.br/vidaecidadania/conteudo.phtml?tl=1&id=1243712&tit=Saiba-como-cada-ministro-se-posicionou-sobre-fetos-anencefalos>>acessado em 06/07/2012

Disponível em: <http://g1.globo.com/brasil/noticia/2012/04/supremo-decide-por-8-2-que-aborto-de-feto-sem-cerebro-nao-e-crime.html> acessado em 06/07/201

Disponível em :<http://www.sentinelacatolico.com.br/index.php/2012/04/enquanto-isso-a-cnbb/> acessado em 06/07/2012, 12: 22

Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/1111088-confira-as-mudancas-previstas-no-projeto-de-reforma-do-codigo-penal.shtml> - acessado em 19/04/2013

Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2012/03/anteprojeto-de-novo-codigo-penal-vai-prever-possibilidade-de-aborto.html> acessado em 09/05/2013