

id  
EA

## **O DIREITO A EDUCAÇÃO ESPECIAL E SEU PARADOXO SOCIAL Á PARTIR DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.**

Bruno Vitor dos Santos  
Pollyanna Alice Barcelos Vieira  
Thais de Castro Paiva

### **RESUMO**

O presente Trabalho de Conclusão de Curso tem como objetivo analisar as tensões no processo educacional das pessoas com deficiência no Brasil, na perspectiva das garantias constitucionais e infraconstitucionais do direito à educação, enfatizando que condições de inclusão são imprescindíveis para a efetiva concretização do mesmo. Para a realização do trabalho, de caráter analítico, realizou-se, além da pesquisa bibliográfica que analisou questões sociais e, como a sociedade encara a inclusão dos deficientes, uma pesquisa documental, privilegiando-se as normas Constitucionais e Infraconstitucionais referente ao direito a educação pelos deficientes. O resultado da pesquisa evidenciou que há questionamentos evidentes no que tange a inclusão no âmbito social destes alunos e, em torno da concretização do direito das pessoas com deficiência ao acesso à educação, o que denota a necessidade de ações que venham a corroborar com a sua efetiva inserção nas escolas, fazendo-se cumprir as determinações legais, bem como a necessidade de uma atuação mais incisiva dos profissionais da educação face a problemática da deficiência.

Palavras-chave: Direito a educação, normas constitucionais e infraconstitucionais, inclusão dos deficientes.

## **ABSTRACT**

The aim of this study was to analyze the conflicts in the educational process of people with disabilities in Brazil from the perspective of constitutional and infra-constitutional guarantees. This study also searches to show the right of education, emphasizing that the inclusion conditions are essential for its effective implementation. A work of analytical nature has been carried out and a literature research prepared to examine social issues and how society sees the inclusion of disabled people. A documentary research was done, privileging the constitutional and infra-constitutional norms relating to the rights of education to disabled people. The research results showed that there are obvious questions regarding the inclusion process in the social context and also about the awareness to the right of access to education of people with disabilities. It indicates the necessity for actions that may support the effectiveness integration in schools making the accomplishment of the legal requirements and also the need for a stronger role of education professionals due to the problem of disability.

Keywords: education rights, constitutional and infra-constitutional norms, disabled inclusion.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho terá por enfoque o Direito a Educação Especial e seu paradoxo social. Para a realização deste busca-se analisar as possíveis discussões acerca do tema que em muitos momentos causa tensões entre os interessados diretamente (deficientes) e a sociedade em que se está inserido.

Para a escolha do tema, o principal elemento norteador foi a experiência com crianças deficientes, que estando dentro do ambiente escolar não tem a garantia de seu direito à educação, educação no sentido lato senso, onde a inclusão é feita de maneira qualitativa e não só quantitativa.

Muitas destas crianças e adultos que já vivem sob pressão tanto psicológica quanto social, continuam sendo ignoradas em suas necessidades básicas como: autonomia para ser e aprender.

Estar matriculado em uma instituição de ensino é a premissa básica dos direitos destinados aos deficientes, é garantia constitucional, contudo o simples fato de estar dentro da escola não lhe garante o primordial que é a sua devida inclusão e o ensino/aprendizado.

Se temos um ordenamento jurídico, um aparato que garante direitos iguais a todos sem distinção, o que dizer sobre as exclusões de cunho social que presenciamos a todo instante em nossa sociedade, e principalmente nas escolas.

A análise se dará de forma bibliográfica e documental, trazendo a trajetória do Direito a partir da Constituição Federal de 1988, e o que já está sendo efetivamente cumprido para com estes cidadãos.

A problemática consistirá em questionar: A contribuição das normas constitucionais e infraconstitucionais para o processo de inclusão educacional e social

O objetivo geral será analisar o tema Inclusão X Exclusão social/educacional no sentido de refletir sobre sua trajetória no cenário jurídico.

Terá por objetivos específicos:

- Refletir sobre as questões dos parâmetros sociais e educacionais das pessoas deficientes.
- Analisar as normas constitucionais e infraconstitucionais no que concerne aos direitos dos deficientes no âmbito educacional.

- Estabelecer diretrizes entre o Direito constituído e as questões sociais as quais os deficientes estão inseridos.

Justifica-se este trabalho, para além de sua relevância jurídica onde a cada dia surgem novas normas que visam sempre proporcionar melhores condições para os deficientes, como também por sua demanda social que a cada dia nos demonstra o quão despreparada se encontra nossa sociedade a ponto de não conseguir olhar para estas pessoas com um olhar que perpassa a questão da não-aceitação, o olhar aqui deve ser apenas e tão somente de igualdade, pois se uns podem vencer barreiras psicológicas os deficientes enfrentam suas barreiras físicas a todo momento, com maestria e dignidade.

Desta forma o trabalho será organizado em três seções: Na primeira seção será discutida a concepções sociais e de direito, evidenciando os aspectos sociais e como se deu a disposição destes direitos para com os deficientes no que tange a educação.

A segunda será a abordagem geral das normas constitucionais e infraconstitucionais, com enfoque para o direito à educação.

A terceira seção tratará de pontos da Educação Especial no contexto da Política educacional/social Brasileira, situando a política educacional e abordando questões de inclusão e exclusão dos deficientes no âmbito social/educacional.

## **2 DOS PARÂMETROS SOCIAIS E O DIREITO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA À EDUCAÇÃO**

Nos dias atuais percebe-se o quanto os sujeitos são educados e instruídos a todo instante a cumprir integralmente o que diz a lei, que ser socialmente íntegro garante a eficiência da norma, que sempre se pode contar com o Direito em tudo em que sentir-se ofendido. Assim não se pode ignorar que se a lei serve para proteger a todos porque ainda não se vê essa efetivação com todos que dela necessitam, dentre eles os deficientes.

Os esforços tanto da escola quanto da sociedade em geral, deve ser o empenho em eximir a exclusão destes cidadãos, mas não só no plano abstrato, e sim dando concretude, verdade e eficácia de todos os meios de que se puderem utilizar, pois o que sabemos é que por anos e anos os deficientes vivem de forma diversa de todos, por se verem em situações que suas limitações não suportam, mas que poderiam ser desempenhadas da forma que lhes é possível. É preciso que se faça justiça para que a lei maior, Constituição Federal descreva e exerça sua prerrogativa, e que seja efetivamente cumprida a igualdade para todos.

### **2.1 Da Inclusão**

Não se pode tratar de Direito dos Deficientes sem abordar a palavra mais utilizada quando tratamos de crianças com deficiência e seu problema social, Inclusão palavra exaustivamente empregada em nível social e Internacional; que em seu sentido pleno traz a seguinte denotação “plena participação de todo no processo educacional, laboral, de lazer, etc”. (Novo dicionário Aurélio, 2010) mas que mesmo trazendo tão profunda expressão está cada vez, sendo menos utilizada devido as grandes transformações que afetam as áreas social cada vez mais excludente.

Os tratamentos excludentes para os seres humanos são questões tão grave que, vêm se tornando uma das maiores causas das doenças psicológicas e também de problemas sociais. Assim, a escola precisa propor a educação voltada para a moralidade, bons costumes, legalidades e acima de tudo de valorização do ser humano, para tanto, é necessário que todos os envolvidos com a educação se envolvam com o único objetivo, “Competência, envolvimento, sentimento,

compromisso, marcam o itinerário deste profissional que luta por uma educação melhor e mais igualitária para todos, afirmando – a diariamente”. (CAVALCANTI, 2006, p. 01).

O empenho da escola e de todos os indivíduos devem estar revestidos de um sentimento de mudança para transformar a sociedade não só garantindo trabalho, saúde e educação, mas principalmente desenvolvendo o espírito humanitário, a solidariedade e o respeito às diferenças. Este processo requer um processo educativo preocupado não só com a inteligência cognitiva, mas também emocional.

A inclusão escolar articulada com movimentos sociais, teria melhores condições de exigir maior igualdade ou acesso mais justo a bens e serviços se conseguíssemos ter uma sociedade de fato democrática, pautadas nas igualdades individuais e de oportunidade, fazendo valer o princípio da oportunidade onde teremos a “inclusão que propõe a desigualdade de tratamento como forma de restituir uma igualdade que foi rompida por formas segregadoras”. (MANTOAN, PRIETO, ARANTES, 2006, p. 16).

A escola deve proporcionar meios onde a inclusão se dê de forma gradual, mas constante, pois a cada novo ano este aluno estará presente em uma nova sala de aula, tendo que se adaptar a novas instalações, novas crianças, novos professores, e por consequência tendo que lidar com novas formas de segregação. Não se pode olvidar que o maior prejudicado será com certeza o deficiente, pois uma vez que se possui o laudo será uma vida inteira de constantes mudanças, é preciso rever determinadas questões com maior interesse em proporcionar condições de convivência para este aluno.

## 2.2 Sobre igualdade-diferenças

Para Vera Lúcia Telles (1999) suscitar os direitos sociais é uma luta crucial do mundo atual, pensando na possibilidade de uma sociedade com desejos igualitários, uma análise sobre os direitos sociais podem ser vistos não só como discursos, mas práticas e valores que afetem diretamente as desigualdades e diferenças e como estas aparecem no cenário público.

Numa concepção mais atual é possível dizer que a abordagem cognitiva das políticas é uma corrente de análise “que se esforça por aprender as políticas como matrizes cognitivas e normativas, constituindo sistemas de interpretação do real, no

interior das quais os diferentes atores públicos e privados poderão inscrever sua ação”. (MULLER; SUREL, 2002, p. 45).

Sonhar sem ter um projeto final não é sonhar, praticar sem verificar os resultados será apenas uma ação sem movimento, é assim que temos visto os esforços acerca do tema da inclusão dos deficientes, muitos movimentos, normas e discursos mas nada de concreto na efetividade, garantir vagas nas escolas não é inclusão, a isto damos o nome de cumprimento de normas legais que garantem o acesso de todos nas escolas. Agora inclusão e está eu digo no sentido social da palavra, está longe de acontecer.

Desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos, da Organização das Nações Unidas (ONU), do ano de 1948, foram reconhecidos os direitos sociais, juntamente aos direitos civis e os políticos.

Neste período e ao longo dos séculos a maioria dos países foram incorporando esses direitos e já incluindo outros em suas Constituições, porém no Brasil só foram reconhecidas em 1988 na Constituição Federal que determina em seu artigo 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 [...]”. (BRASIL, CF 1988).

A concretização destes direitos na Constituição foi um marco político para nossa sociedade, homens e mulheres participaram efetivamente das discussões e não tendo só os deficientes como interessados, em tese todos buscavam melhores condições, tendo assim a esperança de novos tempos que se mostravam mais justos e igualitários.

O que se percebe é o quanto nossa política educacional/social vem sendo desfavorecida quando em confronto com as políticas econômicas mais especificamente o nosso sistema capitalista. Nesse contexto enfatiza Telles (1999,p.175)

[...] talvez seja necessário deslocar o terreno da discussão e repensar os direitos sociais, não a partir de sua fragilidade ou da realidade que deixaram de conter, mas a partir das questões que abrem e dos problemas que colocam. [...] ao invés de tomar isso como dado da história agora superado ou negado pela fase atual de reestruturação do capitalismo, trata-se de tomar os direitos sociais como cifra pela qual problematizar os tempos que correm e, a partir daí, quem sabe, formular as perguntas que correspondem às urgências que a atualidade vem colocando.

Ainda numa posição mais contemporânea vejamos o que destaca Sasaki (2005, p.22) sobre os direitos sociais dos deficientes:

[...] O mérito da proposta da integração está no seu forte apelo contra a exclusão e a segregação de pessoas com deficiência. Todo um esforço é envolvido no sentido de promover a aproximação entre a pessoa deficiente e a escola comum, entre a pessoa deficiente e a empresa comum e, assim por diante. Mas sempre com a tônica da responsabilidade colocada sobre as pessoas com deficiência, no sentido de se prepararem para serem integradas à sociedade (às escolas comuns, às empresas etc.). Neste caso, a sociedade é chamada a deixar de lado seus preconceitos e aceitar as pessoas com deficiência que realmente estejam preparadas para conviver nos sistemas sociais comuns [...]

Se analisar de forma efetiva, a situação econômica de um país traz sim consequências trágicas para uma sociedade, o período atual denota claramente está vertente, porém aclamar que todos os problemas sociais de uma sociedade advêm apenas da instabilidade financeira de um país é efetivamente “dar preço” a imaturidade de uma população. Não se pode pensar que tudo corre em torno de valores econômicos, pois desde muito pequenos ouvimos de nossos genitores os valores morais aos quais deve-se seguir ao longo da vida e um deles é o respeito ao nosso semelhante. E pior que pensar somente na perspectiva econômica é impor ao deficiente a responsabilidade de estar em sociedade, no sentido que, se ele não está pronto para ser inserido na sociedade, que não culpe os outros pela sua falta de preparo.

### 2.3 Educação e Políticas Sociais

Com relação a educação uma questão pertinente é de como tem sido a efetividade dos direitos educacionais/sociais dos deficientes e sua aplicabilidade dentro do que determina nosso ordenamento jurídico.

É imperioso pensar em como essas crianças, adolescentes, adultos vem sendo inseridos dentro do contexto educacional. Já se sabe e está contemplado em várias leis os direitos pertinentes a esses cidadãos, mas será garantida essa educação igualitária como determina a Constituição, terão estes alunos as mesmas

experiências pedagógicas, psicomotoras, emocionais como todos os outros cidadãos ditos normais.

Não são estas as respostas que nossa sociedade vem promovendo, assim enseja também Rojas o instrumento legal sozinho, não dá conta de impor o novo nessa relação, mas“ [...] é estabelecido pelo movimento social, pelas reivindicações dos trabalhadores, pela presença das classes subalternas na luta por verem reconhecidos seus interesses sociais”. (ROJAS, 2004, p. 56).

Nessa direção, Vieira (2004, p. 29) determina que “não é um bom caminho fazer a separação entre direitos, vida dos direitos e a realização deles. De fato não há direito sem sua realização [...]”. Assim entende-se que não basta apenas a disposição de normativas no papel. Para que tenhamos potencial transformador na vida desses cidadãos, é necessário a realização dos direitos, através de políticas sociais voltadas a esse segmento. Na educação, é urgente a implementação de políticas destinadas aos estudantes com deficiência, contribuindo para a efetivação das normas que dispõem sobre a acessibilidade, elemento fundamental para a inclusão desses estudantes nas escolas.

Toda criança tem o direito fundamental à educação conforme institui art.205 da Constituição federal de 1988. Toda criança possui características, interesses, habilidades e necessidades de aprendizagem que são únicas. Aquelas com necessidades educacionais especiais precisam ter acesso à escola regular, que deveria acomodá-las dentro de uma pedagogia capaz de satisfazer essas necessidades. Isso é raro no Brasil. As escolas estão muito distantes da inclusão escolar. Há falta de vagas para as crianças em vários Estados da Federação. As habilidades requeridas para responder às necessidades educacionais especiais são levadas em consideração durante a avaliação dos estudos e da graduação de professores, porém de forma inadequada e insuficiente.

Por mais que as políticas públicas busque meios alternativos de se maquiar a possível inclusão a todo momento problemas pertinentes as crianças com deficiência e sua inclusão em escolas regulares saltam aos olhos da sociedade. Ainda que tentemos admitir avanços na legislação, muito do que se aplica está nas escolas regulares, que em prol da legislação tentam se adequar aos casos ditos “especiais”; o que implicam numa inserção parcial ou melhor a integração de alunos a salas de aulas de escolas comuns, mas na condição de estarem preparados e aptos a frequentá-las.

A falta de preparo e de interesse na resolução é tamanha que se tem visto questões que se arrastam há anos. Não se pode olvidar que o sistema tradicional é a todo tempo retirado dos currículos, mas, ao mesmo tempo, é o modo tradicional que vigora nas salas de aulas, romper com este sistema é uma das maiores dificuldades juntamente com a falta de preparo dos profissionais, e o não menos importante processo de inclusão da sociedade num todo no processo de aceitação das diversidades.

Para isto é importante estar atento pois dizer a igualdade /diferença dentro do processo educacional é andar no fio da navalha uma vez que ainda vemos a desvalorização e inferiorização pelas suas diferenças, tanto em escolas comuns como nas especiais.

O que não podemos permitir é que esses espaços sejam palco de discriminação, acreditando-se no esquecimento que é o final para quem segue a proposta do fim da ambivalência com que as desigualdades afrontam nossa sociedade.

### **3 DO DIREITO INDISPONIVEL DAS PESSOAS COM DEFICIENCIA A EDUCAÇÃO ESCOLAR**

A legislação Brasileira traz em sua jurisprudência várias normativas acerca dos direitos dos deficientes em setores diversos, tanto pessoal como profissional, estudantil, etc.

Desta monta o respectivo capítulo tem como premissa delimitar algumas normas jurídicas que trata de forma específica sobre o direito do deficiente em suas várias especificidades, abordando questionamentos acerca do que está estabelecido e como é sua funcionalidade no dia-a-dia destes cidadãos.

Partindo da Constituição Federal de 1988 iniciamos nossa análise discorrendo sobre o que a lei maior traz sobre o direito do deficiente no que concerne à educação [...] Art. 208. O dever do estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino.

O que se percebe é que a preocupação do legislador acerca da lei é, estabelecer meios para que o deficiente se sinta parte integrante e legítimo de uma sociedade, que se esperava ser igualitária, respeitosa e digna.

Numa análise inicial percebe-se que algumas normas, seguem padrões internacionais, ou seja, de primeiro mundo, esperançosos que o cidadão se sinta de certa forma desafiado com a normativa e comece a agir diferente com essas pessoas.

#### **3.1 Do Direito à Educação**

Passemos a analisar algumas normas jurídicas no que diz respeito aos direitos dos deficientes “O Decreto nº 38.641 de 17 de Maio de 1994 : Institui o Programa de Atendimento ao Deficiente Visual em idade escolar Artigo 1º - Fica instituído, no âmbito da Secretaria da Educação, o Programa de Atendimento ao Deficiente Visual em idade escolar [...]”.

O Decreto Lei acima exposto traz em seu bojo as garantias ao aluno cego. Apesar de já há muito tempo ter sido instituído normas que regulam o atendimento a

criança com cegueira, muito ainda se tem que se aprimorar, para o atendimento a criança cega, pois necessário se faz o Braille como instrumento de alfabetização e de comunicação deste aluno, uma vez que apesar da verbalização, dentro do ambiente escolar ainda não se pode abrir mão da parte escrita, desta forma o único meio de se expor seus conhecimentos escritos é a utilização do Braille. Contudo o que se constata são profissionais totalmente despreparados para lidar com as deficiências, não sabendo nem onde e nem como procurar auxílio.

Não estamos dizendo que não exista formação e equipes de assessoramento para estes profissionais, o que se analisa é que na maioria dos Estados tem-se formação em Libras e Braile, alguns oferecidos de forma gratuita outros onerados, mas o que se ouve são que os professores não estão interessados na educação e muito menos em se responsabilizar por ajudar está criança, sempre nas desculpas que não se ganha o suficiente para isto.

Bem, pensando-se na legislação pertinente aos deveres dos profissionais da educação e as leis que resguardam o direito da criança sobre sua educação, diante da negativa destes profissionais não deveria vigor uma norma que viesse de certa forma obrigar este profissional a cumprir com o que estatui sua profissão, ou garantir meios para que se realizasse.

Como expressa Sanfelice 2006 apud Bosco; Nei , 2013, p.48.

“Não queremos cair na utopia de que a sociedade capitalista um dia será justa, democrática e igual em oportunidades. Nessa perspectiva, é preciso identificar e tornar visível o processo pelo qual o discurso neoliberal produz e cria uma realidade que acaba por tornar impossível pensar e nominar outra realidade, fixando formas de como podemos pensar a sociedade e nesse processo termina por fixar nós próprios como sujeitos sociais”

As políticas sociais não conseguem reparar o que já se perdeu e não mudam também as relações sociais já estabelecidas que dão início à miséria humana, mas garantem uma sobrevivência imediata, este é o pensamento imediato do profissional da educação, ficarei com este aluno só este ano, não vou me desgastar com formação não, ele aprendera por outros meios.

Este pensamento justifica os meios que este professor encontrou de não buscar uma melhor formação, além é claro das desculpas de não se ganhar bem para isto, ou que meu tempo é precioso demais para perdê-lo com formações, agora

analisemos acerca do aluno, novamente será jogado a mercê da miséria humana no sentido de falta de compaixão pelo próximo, tendo que sozinho buscar meios para participar do processo ensino/aprendizado, podemos considerar que mais uma vez jogamos nosso papel de formadores no “lixo” pois este pensamento não forma nem a nós mesmos como pensadores sociais.

Ainda explorando a legislação analisemos acerca da Lei Federal 7853/89 Institui que:

Art. 1.

I - na área da educação:

a) a inclusão, no sistema educacional, da Educação Especial como modalidade educativa que abranja a educação precoce, a pré-escolar, as de 1º e 2º graus, a supletiva, a habilitação e reabilitação profissionais, com currículos, etapas e exigências de diplomação próprios;

c) a oferta, obrigatória e gratuita, da Educação Especial em estabelecimento público de ensino;

e) o acesso de alunos portadores de deficiência aos benefícios conferidos aos demais educandos, inclusive material escolar, merenda escolar e bolsas de estudo;

Art. 8. Constitui crime punível com reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa:

I - recusar, suspender, procrastinar, cancelar ou fazer cessar, sem justa causa, a inscrição de aluno em estabelecimento de ensino de qualquer curso ou grau, público ou privado, por motivos derivados da deficiência que porta;

Mais uma vez a lei vêm nos remeter as responsabilidades para com o deficiente, em suas necessidades básicas, enfatizando que este cidadão é totalmente apto por se fazer valer politicamente, determinado os rumos de nossa política, fala-se tanto em garantir, assegurar até mesmo aplicando formas restritivas de liberdade do cidadão que não cumprir com o papel que lhe foi destinado, mas no dia-a-dia o que se vê, foge ao que determina a regra, exemplo (o diretor que não matricula a criança com deficiência poderá ter sua liberdade restringida em acordo com o [...] artigo 8º, I da Lei 7853/89 de 1 (um) a 3 (três) anos) [...],mas onde está a efetividade desta lei, se o que mais se evidencia são mães em busca do judiciário para conseguir a prestação do serviço educacional.

“Para pensarmos criticamente é necessário sermos perspicazes, enxergamos além das superfícies, questionarmos onde não há perguntas já formuladas e ver prismas que os outros não vêem”. (CARRAHER,2002 APUD BOSCO E NEI, 2013, p.51).

Para se compreender o que realmente a lei estabelece, primordial se faz pensar em que circunstâncias esta norma foi criada, em que momento da história nós estávamos, quais os principais conflitos existentes na sociedade que levou o legislador a repensar formas de se fazer cumprir a lei. Pois em todas as normas as garantias são evidentemente as mesmas, igualdade entre as partes, efetividade no tratamento do deficiente, etc.

### 3.2 direitos individuais do deficiente

No atual cenário jurídico temos o Estatuto do Deficiente - Lei 13146/15 Art. 1 [...] (Estatuto da Pessoa com Deficiência), destinada a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania”

Não se pode olvidar a trajetória histórica que os deficientes percorreram em busca de seus direitos, já dito que a cada momento da história de nosso país o nosso ordenamento jurídico foi se adaptando, garantindo mais e mais os direitos e garantias destes.

Apesar de muitas negativas diante da vida que levam, os deficientes conseguiram a máxima do princípio da Igualdade “aos desiguais na medida de suas desigualdades”.

Pois mesmo sendo negligenciados de toda forma no que tange os seus direitos eles se colocaram de forma evidente em nosso ordenamento jurídico, garantindo desde o direito à vida até o direito a se fazer visto como ser social. Mas será esta a forma de se concretizar seus direitos, não bastava que a sociedade tivesse olhos de ver além das aparências físicas. Ao que nos parece as leis em referência ao deficiente segue o mesmo dilema de outros institutos jurídicos (apesar de haver não se faz valer), são as normas que garantem a inserção do deficientes em qualquer órgão Estatal, mas não é a lei que altera a aceitação dos cidadãos.

“Talvez nenhuma palavra tenha expressado tão bem a ideia de formação humana como a palavra grega Paidéia. Paidéia exprimia ideal de desenvolver no homem aquilo que era considerado específico da natureza humana: o espírito e a vida política. Mas, por isso mesmo, essa formação era privilegio apenas de alguns poucos, os cidadãos. Além disso, excluía todo tipo de atividades-as que lidavam com a transformação da natureza que não fossem

condizentes com essa natureza propriamente humana". (Tonet, 2006, p. 10).

Inclusão educacional/social vai muito além de normas estabelecidas, de coações e ameaças, parte-se da educação de vida e para a vida, muitos são os preconceitos, muitos são os estatutos garantidores da efetividade jurídica, e pouco é a visão humanitária das pessoas acerca das diferenças. Leis efetivam, ações modificam.

Chegará o tempo da história da humanidade que teremos norma até mesmo para abrir os olhos, na tentativa de se garantir que o cidadão só abrirá os olhos para enxergar apenas e tão somente aquilo que está sendo estabelecido. Bancadas fundamentalistas tratarão de dispor da vida dos seres humanos da forma como entendem ser o certo, neste momento será que nós cidadãos teremos acordado para a realidade que nos circunda, na qual somos (marionetes) nas mãos dos ditos pensadores sociais, que a cada dia incutem mais e mais ideias preconceituosas na mente da população de modo geral.

A questão não é ir contra as leis, estas são mesmo necessárias a fim de estabelecer parâmetros comparativos do que é, e do que não é aceitável em sociedade, mas o que se almeja é que os legisladores se detenham a este papel, de garantir uma melhor qualidade de vida, pois já ficou claro que norma jurídica só apresenta seu efeito garantidor se for estabelecida de forma coativa.

Porque não se pensar então em uma educação judicial, levando a população a pensar acerca das normas jurídicas em sua essência, trazendo-as novamente para o plano preventivo suscitando assim além da percepção realista do que vem a ser o sistema judiciário, como também voltar a dar créditos ao que todos chamam de Direito. Projetos como estes são a solução para os problemas sociais, é certo que não, contudo trariam novos ânimos tanto aos legisladores quanto aos operadores do direito, que já se vêm desclassificados no que tange a busca pela garantia dos direitos das pessoas de direito privado.

O Estatuto do deficiente votado no ano de 2015, traz questões muito pertinentes e de certa forma ainda negligenciadas pela sociedade de um modo geral, não se pode abster de verificar o quanto o poder legislativo está empenhado em pontos da legislação que de certa forma traz-lhes benefícios certamente, mas

que de tão encobertos de falsas teorias mostra somente o que pode ser sim útil ao deficiente.

É claro que é dever da sociedade, da família e demais zelar pela educação de qualidade e preservando-o de toda forma de negligencia e desrespeito e não podemos ter está atitude somente com os deficientes uma vez que, em sociedade o pensamento deve ser social, mas ainda no que concerne ao deficiente o que se evidencia no dia-a-dia são programas lindos de inclusão, crianças nas escolas estudando com as crianças ditas normais.

Mas será isto garantia de efetiva inclusão, será que realmente a sociedade acredita que matriculando estas crianças em escolas regulares, garantindo todas as formas e meios de inclusão fará com que está criança deficiente se sinta inserida neste contexto, são perguntas quase sempre sem repostas. Não se pode garantir nada quando ainda não se conhece o verdadeiro sentido da palavra incluir, este termo para a grande massa da população é uma palavra bonita que deve estar dando certo por se verem crianças deficientes nas escolas.

Se fosse realizada uma pesquisa junto a somente os pais de uma determinada escola saberíamos que é este o pensamento deles, e mais, este deve ser o pensamento de alguns legisladores também, uma vez que, se institui programas de inclusão da criança deficiente, proporcionando aulas especializadas em horários contra turno escolar, onde a criança será atendida individualmente, por um tempo estabelecido com o fim de reforçar o ensino apresentado pelo professor em sala de aula regular, torna evidente que este legislador não sabe o que é inclusão.

As desculpas são ainda piores pois o que se quer destes programas é que a criança tenha um reforço escolar pois não se pode garantir que ela tenha aprendido da mesma forma que as outras crianças.

É notório a falta de conhecimento do poder público quando tratamos de educação, é deverás penoso o trabalho dos profissionais da educação que têm que prestar contas de um currículo de absurdos que a cada novo ano é instituído dentro do planejamento escolar. Por obvio que a criança deficiente precisa de um acompanhamento individual, e indo além, não só ela como quase todas as outras crianças precisam de acompanhamento individual, o ensino hoje vem a cada dia demonstrando sua fragilidade frente a tantas mudanças de pensamento governamental.

Então um governante institui uma forma de se desenvolver o planejamento, alterando o currículo da forma como a sua campanha bem entender, entra outro que por ser totalmente oponível, lança novo slogan que faz com que o planejamento daquele referido ano sofra algumas outras modificações, e o plano pedagógico, o de ensinar e aprender com o lúdico, de forma a respeitar as individualidades, a maturidade, a formação social do aluno, fica lá, em algum lugar deste currículo que devido ao tempo não será trabalhado por questões ditas mais importantes para o momento.

De onde advém tanta criatividade para se alterar os programas, deveria vir também bom senso, ética e respeito para com todos os envolvidos na educação de uma modo geral, pois a educação especial deveria ser destinada a todos os estudantes e não só aos deficientes vez que todos eles buscam o mesmo, apenas o direito de aprender.

“Em resumo, se uma educação cidadã, participativa, crítica, incluindo aí a formação para a capacidade de pensar, de ter autonomia moral, a formação para o trabalho, a formação física e cultural, a formação para a defesa do meio ambiente, do desenvolvimento sustentável é a mais elevada contribuição que a educação pode dar para a construção de uma autêntica comunidade humana” [...]. (Tonet, 2006, p. 18).

Ainda sobre a legislação pertinente aos direitos dos deficientes analisemos que nos traz o Decreto Lei 186/2008:

- a) Ressaltando a importância de trazer questões relativas à deficiência ao centro das preocupações da sociedade como parte integrante das estratégias relevantes de desenvolvimento sustentável,
- h) Reconhecendo também que a discriminação contra qualquer pessoa, por motivo de deficiência, configura violação da dignidade e do valor inerentes ao ser humano,
- k) Preocupados com o fato de que, não obstante esses diversos instrumentos e compromissos, as pessoas com deficiência continuam a enfrentar barreiras contra sua participação como membros iguais da sociedade e violações de seus direitos humanos em todas as partes do mundo.

No sistema jurídico a cada nova análise sobre as questões pertinentes ao deficiente e sua inserção a sociedade remete-nos ao mesmo pensamento, fazer com que as pessoas entendam e respeitem os direitos dos deficientes, que possam

aceita-los no seio da sociedade, avaliando sua grande contribuição para a nossa sociedade. Pensando acerca do assunto vemos o quanto é interessante os dizeres sociais que colocam que (só saberá o que estou passando quando passarem pelo mesmo problema), só nesta linha de pensamento observamos duas vertentes muito fortes ainda presente nos pensamentos dos cidadãos ,a primeira é a questão do não conseguirei ver o meu próximo bem a não ser que ele passe pelos mesmos sofrimentos que eu passei, o segundo nos remete a questão ainda mais imponente que é a que o meu sofrimento é maior do que de todos os outros.

Não é de se duvidar que a cada pessoa cabe o entendimento da dor que guarda em si, o que nos faz pensar aqui não é a questão individual mais sim global que nós cidadãos temos acerca da dor alheia, e a partir das duas vertentes citadas acima vemos o quanto ainda somos pequenos digo na questão de cidadania, para conseguirmos ver o sofrimento de forma geral.

Não é o fato de ter um filho deficiente que faz a pessoa ser o mais sofredor deste mundo, é o modo como olhamos para a situação é que a torna grande, e é assim que hoje grande parte da população não consegue aceitar, inserir, incluir o outro da forma como mereciam, as dores estão sufocantes demais dentro de cada individualidade fazendo com que não se consigam mesmo ver a real intenção daquela dor.

Não é intenção trazer temas que fogem ao propósito, mas para vermos o básico devemos analisar porquê das questões sociais serem tão debatidas, pois nossa sociedade está doente, não são só os deficientes precisam ser inseridos em programas de valorização de suas capacidades, e sim a grande maioria dos cidadãos estão precisando de um olhar de compaixão.

Ao se pensar em formas de punição devido a não aceitação do deficiente na sociedade, não se consegue vislumbrar nenhuma, uma vez que se olharmos com os olhos de ver, saberemos que nossa sociedade precisa de carinho e atenção como o próprio deficiente.

### 3.3 Do Direito Social

Assim voltemos nosso olhar para o que a escola se mostra condizente com o seu papel na cidadania. O papel da escola na formação do cidadão. Mas o que é cidadania? Para Dimenstein “é uma palavra usada todos os dias e tem vários

sentidos. Mas hoje significa, em essência, o direito de viver decentemente”. (Dimenstein, 1993, p. 17,20). Para se ter um cidadão que exerce seu direito de cidadania tem que se ter uma educação voltada para tal objetivo. Cidadania é o direito de ter uma ideia e poder expressá-la”

Ainda assim o que se vê nas instituições de ensino nada tem a ver com o pensamento de notável pensador acerca da educação. Nossa formação a cada dia que passa está mais voltada para o que o mercado de trabalho precisa, do que necessariamente acredito ser a função da escola.

Por isso Curry (2003, p.142) afirma que:

“Há muitas escolas que só se preocupam em preparar os alunos para entrar nas melhores faculdades. Elas erram por se focarem apenas neste objetivo. Mesmo que entrem nas melhores escolas, quando saírem, esses alunos poderão ter enormes dificuldades para dar solução a seus desafios profissionais e pessoais”

Curry evidencia a necessidade de se preparar os alunos não apenas para o futuro, mas sim para a vida. Portanto as escolas devem ser espaços educativos de construção de personalidades humanas autônomas, nos quais os alunos aprendam a ser pessoas de bem. Nesses ambientes, os alunos deveriam ser ensinados a valorizar e respeitar as diferenças, pela convivência com os que estão ao seu redor, pelo exemplo dos professores, pela maneira de se ensinar em sala de aula e pelo clima das relações estabelecidas em toda a comunidade escolar.

Se o professor considerar que um dos objetivos da educação é contribuir para a formação de cidadãos participativos e críticos, então o centro da educação não deve ser a acumulação de fatos de toda monta. “A formação para a cidadania é o ponto mais importante e supõe, evidentemente, uma formação pessoal”. (Werneck, 1995 p. 13), para tanto deve-se educar o aluno para que ele adquira a capacidade de usar o conhecimento em várias atividades e diversos contextos de trabalho e não somente isso, também tem que se dar o desenvolvimento da solidariedade, da tolerância, da segurança, da capacidade de gerenciar pensamentos em momentos de tensão, da habilidade de trabalharem grupos e também com perdas e frustrações, enfim, formar pessoas capazes de saber como lidar com a vida, e não apenas isso mas também cidadãos conscientes de seus direitos e deveres.

Para Libâneo (2007, p.7)

É preciso que a escola contribua para uma nova postura ético-valorativa de recolocar valores humanos fundamentais como a justiça, a solidariedade, a honestidade, o reconhecimento da diversidade e da diferença, o respeito à vida e aos direitos humanos básicos, como suportes de convicções democráticas.

Turra (1998, p.86) diz que:

“É axiomático afirmar que a educação visa à formação da personalidade, logo, do ser humano como um todo, cabendo ao professor abrir perspectivas para o autoconhecimento e a autoformação. O sentido da vida só pode ser aprendido pela própria pessoa, mas as atitudes podem ser ensinadas. Mesmo que o professor não considere as atitudes como objetivos destacados dentro de seu ensino, não pode ignorar que elas afetam a interpretação de tudo o que se percebe. As atitudes se modificam por meio de aprendizagens”

Com este último pensamento percebe-se o coração cheio de verdades, mas ainda pesarosos por se ter a cabeça tão cheia de paradigmas. A escola em sua essência primária é sim a detentora do poder transformador das realidades. É a partir da formação acadêmica que as crianças e os jovens começam a construir suas verdades internas, a projetar funções futuras, a sonhar por dias melhores. Mas ainda sim a escola não tem o poder de mudar as concepções individuais acerca das diferenças, estabelecer planos para os deficientes é de muita relevância e valia, mas partindo de uma premissa muito particular não se faz educação partindo do geral para o individual, é preciso olhar o indivíduo para fazer com que ele reflita sobre o geral. Assim também será com os deficientes quando fizermos com que as dores individuais sejam menores, muitos olhos se abrirão para as dores da coletividade, assim conseguindo com mais serenidade a inclusão destes que já estão inserido no nosso ordenamento.

## **4 PONTOS E CONTRAPONTO AO DIREITO À EDUCAÇÃO PARA O DEFICIENTE**

“No silêncio dos legisladores, na apatia dos sujeitados, no rompante dos desafetos ou nos desejos dos aflitos, as políticas sociais nublam um movimento real que conserva as condições objetivas de vida (Saúde, educação, segurança, etc.) como sempre foram: fatídicas para os miseráveis e alimento para os bens possuídos”. (Lima, 2010, p.2)

É preciso analisar o que se entende por Educação para Todos, no que se refere ao acesso à educação e a promoção da equidade, tendo como eixo central a discussão da política social .

### **4.1 Inclusão Justa /Direitos**

A inclusão escolar está longe de ser um ponto meramente educacional como abordam alguns pensadores, a questão está articulada diretamente com questões sociais, políticas e de direito.

Fazer acontecer o direito a educação para todos não se prende só a questão de haver ou não vaga e professores capacitados para trabalhar com estas crianças e adultos, ou só cumprir o que está na lei de forma integral, o tema exige conhecimento profundo sobre justiça.

A escola desejável e justa para com os deficientes, não se estabelece no fato de homens serem ditos como “iguais” e nascerem com algumas pequenas diferenças mas sim, nas questões de igualdade.

Até aqueles que defendem o igualitarismo como Rousseau (1754) em seu Discurso sobre a origem da desigualdade entre os homens, estabeleceu diferenças entre as desigualdades, uma delas se refere às desigualdades naturais e as demais

são desigualdades sociais produzidas pela relação de domínio econômico, espiritual e político, sendo necessário eliminar a segunda e não a primeira pois estas são benéficas ou moralmente indiferentes.

A inclusão desta forma, como demais movimentos que tinham como motivação mudanças no âmbito social provocadas por grupos que historicamente foram excluídos da escola e da cidadania.

É preciso entender que não é a universalidade da espécie que define o homem, mas sim suas particularidades como sua etnia, origem, crença, dentre outros, aos diferentes na medida de suas diferenças assim como no princípio da proporcionalidade, é assim que devemos pensar as desigualdades e diferenças.

O dilema assim estará em mostrar ou esconder as diferenças. Assim, como resolver essa questão se as escolas primam pela homogeneização dos alunos e usam das desigualdades sociais como argumento em favor da exclusão.

Nos dias atuais as políticas educacionais vêm confirmar os projetos igualitários da modernidade. Numa perspectiva geral as leis participam do esforço da modernidade para superar o que se chamou de estado vegetativo ou da natureza com fins de padronizar os que se diferem do padrão socialmente aceito. Como incluir as diferenças com base em um plano racional de atuação que as extinguem ou as põe de lado como refugio que escapa à definição? (BAUMAM, 2011, p.15).

Esse discurso da modernidade como forma ambivalente e um esforço racional de pôr ordem no mundo, nos seres humanos e na vida, estendeu suas precauções contra o imprevisível, repetindo que todos são iguais, todos são livres mas um todo padronizado de acordo com seus padrões e pressupostos disciplinadores.

Em Uma Teoria da Justiça, Rawls opõe-se às declarações de direito do mundo moderno, que igualaram os homens em seu instante de nascimento e estabeleceram o mérito e o esforço de cada um como medida de acesso e uso de bens, recursos disponíveis e mobilidade social, (Rawls, 1997, p. 108). Este filósofo político propôs uma política da diferença, estabelecendo a identificação das diferenças como uma nova medida da igualdade. Ele sugere uma igualdade democrática, que combina o princípio da igualdade de oportunidade com o princípio da diferença. (ibidem, 1997, p. 79)

Já Sass traz a abordagem trazida por Jean- Paul Sartre quando ele fala que o ser humano também é capaz de agir negativamente em relação a si mesmo. (SASS, 2011, p. 47).

Tudo isto no que trata do ato de negação quando o homem não é capaz de suportar alguma possibilidade que o leva a identificar na realidade humana os momentos nos quais a experiência é vivida, se assim não o for para Sartre a consciência dirá “ser para o qual, em seu próprio ser, acha-se a consciência do nada de seu ser”, ou seja homem negando a própria essência do homem. ( ibidem, 2001, p.47)

Partindo desta premissa é importante avaliar o quanto nós humanos ditos normais, negamos nossos defeitos e personalidades, e quanto aos deficientes, seriam eles já capazes de transcender este pensamento. Acredito seriamente que não.

A questão da inclusão perpassa por todos esses caminhos, pois para se incluir ou estar incluído ou incluso é preciso muito mais que estar presente ou fazer valer o seu direito, isto quanto aos deficientes. Pois estar na escola é direito inclusivo de todos e o é garantido também em lei, mas para os deficientes a lei soa diferente por ser uma pessoa dita “anormal”. Aceitar, compreender e valorizar as diferenças não ser contra elas, mas a negação frente aos deficientes é muito evidente, não só por eles mas pelas famílias ou tutores destes também.

Para estar incluído em algum lugar, é preciso muito mais que meia dúzia de textos transformados em lei para que está criança, jovem e velho, tenham seus direitos como deficientes atendidos, ou seja a tão falada inclusão. Essas vivências contudo não apontam diretamente para o que alguns pensadores desejava descrever, pois encerram uma mesma condição sem demarcar o que realmente deve estar em questão, ou melhor, representa para o homem a possibilidade de negar a si uma condição determinada sem, contudo radicalizar tal atitude.

A proteção a dignidade humana, vem sendo preservada e tratada já há muito tempo pelos direitos humanos, na obra de Roberto Bolonhini Júnior no item intitulado: As principais prerrogativas dos portadores de necessidades especiais e legislação brasileira, nos amplia ainda mais a concepção do ser e não do ter, pois após várias guerras mundiais valorou-se muito mais a existência do que o patrimônio. (JÚNIOR 2011, P. 40-41).

Assim analisando todos os pontos acima citados, vejo que tratar de temas que se dedicam a fazer valer seus direitos, perpassa todo o caminho da aceitação pessoal e social, vai muito além de simples concepções pessoais acerca do tema, pois a dignidade humana é sim uma questão pessoal. Desta forma acreditar que é

certo ou errado a forma como são tratados não muda em nada o entendimento dos próprios deficientes quanto a sua condição e de certa forma sua inclusão, não serão leis, tratados ou convenções que elevarão o nível educacional, profissional ou de saúde, eles trarão a norma, mas para se fazer valer restará a busca destes e sua efetiva participação como cidadãos que lhe determinarão parâmetros diferentes dos que vivem até os dias atuais.

Não olvidamos observar as significativas mudanças no ordenamento Brasileiro sobre os direitos aos deficientes em suas diversas esferas. Mais ainda as mudanças também no âmbito educacionais e mudanças sociais. Teremos que aguardar ainda quanto tempo para que se efetivem todas as ações que determinam mudanças urgentes.

#### 4.2 O contexto Político e Social

Tendo cada país sua história, sua cultura e tradição educacional próprias que levam a mudanças no sistema educacional, fazendo com que ao mesmo tempo haja modos diferentes de compreender o significado de educação e das soluções diante dos problemas, faz-se possível falar de ideologias em educação quando tratamos das crenças e valores que sustentam uma determinada visão sobre as funções da educação e sua relação com a sociedade.

Na educação podemos identificar três ideologias principais (Marchesi; Coll e Palacios, 2004,p. 43) Liberal, Pluralista e Igualitarista. Na ideologia liberal as escolas tendem a acentuar a concorrência fazendo com que os resultados dos alunos seja o indicador de qualidade, assim alunos bons serão selecionados, pois os ruins levam a índices negativos para a escola, assim prestígios e recursos não virão da forma como desejado. Com este pensamento as dificuldades em se pensar em projetos inclusivos são evidentes. Em contrapartida temos as ideologias pluralista e igualitarista que enfatizam o rendimento mas também dão importância a socialização, procurando sempre ofertar uma boa educação nos múltiplos contextos, assim políticas de inclusão serão visto como estímulos à integração dos alunos de um modo geral.

Mas não podemos nunca descartar os valores e atitudes dos cidadãos diante das estratégias inclusivas, a prioridade deveria ser na concorrência entre a

solidariedade, ao desenvolvimento social e de personalidade de alunos com maiores dificuldades em suma dos deficientes.

Enfim é preciso considerar as iniciativas legais implementadas em cada país, pois detectar precocemente as necessidades educativas, pensar no atendimento inicial, reintegrar o modelo de avaliação psicopedagógico, o sistema de provisão de recursos, mudanças no currículo, formação de professores e pais no processo educacional da criança, são orientações gerais que têm uma influência enorme no que entendemos por inclusão.

#### 4.3 Aspectos Constitucionais e Principiológicos

Ao nos remetermos a Constituição Federal de 88 que é o ordenamento jurídico pátrio dos quais devemos ter em mente no que concerne aos direitos humanos, podemos observar que em seu artigo 1º, da Constituição Federal traduz com exatidão a dignidade da pessoa humana como fundamentos que iluminam a sociedade brasileira.

Assim nos ensina Morais:

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente a pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, construindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. (MORAIS, 1997, p. 52).

Não se pode falar em respeito ao tratar o princípio da dignidade da pessoa humana quando o que se vê é o não acesso efetivo as instituições de ensino, tanto públicas quanto privadas, sendo está a imperiosa máxima quanto ao direito dos deficientes. No que tangem o princípio da Igualdade também previsto na Constituição Federal em seus artigos: 5º, 205º e 206º que traz as condições para acesso à educação onde está deve ser ofertada pelos mais diversos meios para que a superação das dificuldades dos deficientes, sem qualquer tipo de diferenciação (social, financeira dentre outras) estendendo também aos outros alunos sem deficiência.

A interpretação das normas principiológicas devem ser levadas a sério tais como a análise da normatização constitucional e infraconstitucional, garantindo assim a educação inclusiva tanto pelo Estado quanto pela sociedade sob pena de ofensa aos princípios fundamentos de nossa Constituição.

Celso Antônio Bandeira de Melo enfatiza:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório mas a todo sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade. Conforme o escalão do princípio atingindo, pode representar insurgência contra o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isso porque, com ofendê-lo, abatem as vigas que os sustentam, e alui-se toda estrutura nelas esforçadas. (MELO,1993, p. 409).

#### 4.4 A educação Inclusiva e os Direitos Fundamentais

A discussão sobre o modelo de educação inclusiva adotado no Brasil deve partir de princípios e regras contidos na Constituição Federal e no Estatuto da Criança do Adolescente.

Assim tem que se ter em mente que todas as ações voltadas neste âmbito, sejam em regra cumpridas deve-se orientar de acordo com os objetivos fundamentais previstos no artigo 3º, da Constituição Federal. Pensadores positivistas destacam a importância do pensamento positivista quanto a força dos princípios, não podemos olvidar que os princípios dão novas orientações acerca de várias vertentes dos direitos, não diferente no que se destaca o direito dos deficientes, desta forma os direitos fundamentais não poderiam deixar de perpassar este caminho, onde os princípios indicam caminhos para se interpretar a lei de forma a garantir com exatidão o que se propõem.

Necessário se faz observar que o artigo 227, além de consagrar o direito fundamental à educação das crianças e adolescentes, também estabelece o direito a convivência humanitária e social de forma isonômica.

Neste contexto, não há de se duvidar que a escola é o espaço de principal convivência social, tornando também inconstitucional a decisão dos pais em educar

seus filhos em casa, perdendo assim a oportunidade de se construir escolas inclusivas e sociedades mais abertas as deficiências.

Desta forma conclui-se que não será qualquer forma de educação voltada a pessoa com deficiência que será considerada constitucional, mas somente aquela que reunir características de amplo convívio comunitário, de respeito à condição das crianças e que estimule não só o aprender pedagógico mas sim a solidariedade e respeito e a superação de qualquer forma de discriminação.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Considerando a análise no presente trabalho, ao nos determos detidamente aos princípios e normas constitucionais e infraconstitucionais que norteiam o acesso de alunos com deficiência nas instituições de ensino públicas e privadas, em qualquer modalidade de ensino, incorreríamos no equívoco de achar que a educação inclusiva está sendo de forma plena aplicada.

Mas está não é, definitivamente, a realidade vivenciada em nosso país. O que se desponha, com muito pesar, é que as pessoas com deficiência experimentam diuturnamente as dificuldades que de forma espontânea lhe foram impostas, e também todo o preconceito da sociedade, que como já dito é o maior incentivador deste angustiante episódio que vivenciamos em nosso dia a dia.

Está fatídica realidade podemos constatar analisando o perfil daqueles que ascendem às universidades públicas, onde as vagas são ocupadas por estudantes de uma camada mais privilegiada da população, poucos são os deficientes que se assentam em uma cadeira no ensino superior, mesmo existindo os incentivos estatais tais como o Enem, ainda assim a barreira para este jovem é muito maior que o simples exame de bolsas.

Para que uma escola seja chamada de inclusiva será necessário que se esteja pronta para aprender com este aluno o que necessita ser eliminado, modificado, substituído ou acrescentado no sistema escolar. Isto permite que cada aluno possa aprender sem ser-lhe imposto uma metodologia única de ensino,

podendo desta forma utilizar-se de todas as suas potencialidades e inteligências para vir a adquirir o aprendizado.

Assim a escola inclusiva poderá perceber o aluno como um ser único e ajudá-lo a aprender como uma pessoa por inteiro. Para tanto, o ponto de partida consiste em saber o que é que se almeja com a educação inclusiva, pois a mesma deve ser entendida como a Reforma educativa, onde pais, professores, sociedade e Estado cumpram cada um com seu papel, a escola não podendo se negar ao atendimento, os pais não se eximindo da responsabilidade de dar educação a seus filhos, o

Estado em ofertar uma educação de qualidade e os professores em se capacitar e sair da zona de conforto para transmitir um ensino/aprendizado de qualidade e excelência para esta criança.

Está modificação vem no sentido de desenvolver valores educacionais e metodologias de ensino que permitam a alunos com diferentes capacidades aprender junto, sem nenhuma discriminação por sexo, classe social, deficiência, etc.

Sob o prisma jurídico, o Brasil subscreveu o primeiro documento internacional que trata dos direitos dos deficientes em 1996 que foi a Convenção contra a discriminação na Educação, antes disso já tínhamos a Constituição Federal de 1988 que já contemplava o direito a educação nas diversas modalidades de ensino, e desde então a cada novo ano temos uma nova determinação seja ela no âmbito geral ou específico no que concerne as diferentes deficiências.

Como já dito, não é por falta de normas Constitucionais e Infraconstitucionais que os deficientes ficarão fora do sistema educacional, isto significa sem dúvidas, uma mudança de paradigma constatada inicialmente no âmbito jurídico.

O que esperamos ansiosos é a contemplação destes valores sendo expandidos em nossa sociedade, como um todo, nos serviços de transportes, nas áreas de lazer e esportes, nos hospitais e claro nas instituições de ensino como um todo.

O objetivo da inclusão é de socialização e educação efetiva de todos os alunos. Em outras palavras significa extensão de oportunidades iguais para todos, permitindo que todos possam fazer amizades, mudando o pensamento estereotipado sobre as incapacidades, fortalecendo em todos as habilidades de socialização; significa também auxiliar o aluno a dominar habilidades e conhecimentos necessários para a vida futura, tanto dentro quanto fora da escola. A

inclusão visa então oportunizar a aprendizagem social e o desempenho acadêmico bem-sucedido de todos os alunos.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL, Constituição Federal (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília – DF.

\_\_\_\_\_, Decreto 38641 de 17 de maio 1994. Institui o programa de atendimento ao deficiente visual em idade escolar. São Paulo – SP.

\_\_\_\_\_, Decreto Legislativo nº 186 de 2008. Aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007. Brasília – DF.

\_\_\_\_\_, Lei 7853, de 24 de Outubro de 1989. Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências. Brasília – DF.

\_\_\_\_\_, Lei 14.146, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência) Brasília – DF.

\_\_\_\_\_, **Declaração Mundial sobre Educação para Todos: plano de ação para satisfazer as necessidades básicas de aprendizagem**. UNESCO, Jomtiem/Tailândia, 1990.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 4 ed. São Paulo: Malheiros. 1993.

BAUMAN, Zigmunt, MAY, Tim. **Aprendendo a pensar com a Sociologia** - Editora Zahar-Rio de Janeiro – 2011.

BOLONHINI, Roberto Júnior. **As principais prerrogativas dos portadores de necessidades especiais e legislação brasileira**. Editora Atlas, 2011.

BOSCO, Antônio de Lima; NEI, Dirce Teixeira de Freitas. **Políticas Sociais e Educacionais** : cenários e gestão. Uberlândia : EDUFU

CAVALCANTI, Albérico Cony. **Planejamento Escolar Em Educação Especial**. Ajes Faculdade do Vale do Rio Juruena. Especialização Lato Sensu, Juína-Mt, 2006  
CURY, Augusto. Pais Brilhantes, Professores Fascinantes. São Paulo, SP: Ed. Sextante, 2003.

DIMENSTEIN, Gilberto. **O Cidadão de Papel. A infância, a adolescência e os direitos humanos no Brasil**. 3º ed. São Paulo, SP: Ed. Ática, 1993.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário da língua portuguesa**. 5. ed. Curitiba: Positivo, 2010.

.

LIBANEO, José Carlos. **Adeus professor, adeus professora?** 6º ed. São Paulo, SP. Cortez, 2002.

LIMA, A.B. **A natureza das políticas sociais**. Uberlândia: s/e , 2010, mimeo.

MANTOAN, Maria Teresa Égler; PRIETO, Rosângela Gavioli; ARANTES, Valéria Amorim, **Inclusão Escolar : Pontos e Contrapontos** - São Paulo: Summus,2006.

MULLER, Pierre, SUREL, Ives. **Análise das políticas públicas**. Pelotas, EDUCAT, 2002.

MORAIS, Alexandre de. **Direito Constitucional**.16. ed São Paulo: Atlas,2004.  
RAWS, Jhon. Uma Teoria da Justiça: tradução Elmiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves- São Paulo: Martins Fontes, 1997.

ROJAS, B. **O direito social e a assistência social na sociedade Brasileira: uma equação possível?** São Paulo, Cortez, 2004.

SASSAKI, Romeu Kazumi. Inclusão: **O paradigma do século 21**.  
Inclusão – Revista da Educação Especial, n.1, p. 19-23, out. 2005. Disponível em:<<http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/revistainclusao1.pdf>>. Acesso em 01 mar 2016.

SASS, Simeão Donizeti. **O problema da totalidade na ontologia de Jean-Paul Sartre**. Uberlândia, EDUFU, 2011.

TELLES, V. S. **Direitos sociais: afinal do que se trata?** Belo Horizonte. Ed. UFMG.1999.

TONET, Ivo. **Educação e Formação Humana**. Revista do Centro de Educação e letras da Unioeste, Paraná, v.8, n.9, p.9 – 21 ,jul/set 2006.

TURRA, Clodia Maria Godoy et al. **Planejamento de Ensino e Avaliação**. Porto Alegre, RS. Sagra Luzzato, 1998.

VIEIRA, E. **As políticas sociais e os direitos sociais no Brasil: avanços e retrocessos**. In: Revista. Serviço & Sociedade, n. 53, mar. 1997.

\_\_\_\_\_. **Os direitos sociais e a política social**. São Paulo: Cortez, 2004.

WERNECK, Hamilton. **Prova, provão. Camisa de força da educação**. Petrópolis, RJ. Vozes, 1995.

**POSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO SEMÂNTICA DO FRACIONAMENTO DA  
MULTA RESCISÓRIA SOBRE O FUNDO DE GARANTIA DO TEMPO DE SERVIÇO  
PARA A MICROEMPRESA CONFORME DISPOSTO A LEI DO DOMÉSTICO.**

Fernando Martins da Silva  
Priscylla Rayanne de Lima Carvalho

**RESUMO**

A Lei Complementar 123/2006 instituiu tratamento diferenciado para a Microempresa, e Empresa de Pequeno Porte, sendo validada também para a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada, e para o Microempreendedor Individual. Analisando o artigo 22, da nova Lei das Domésticas, que dispõe que o empregador doméstico depositará de forma fracionada e mensal a multa rescisória sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, com a finalidade do pagamento da indenização compensatória da perda do emprego. Com a aplicação do mencionado artigo para os empregados das microempresas, todas as partes envolvidas serão beneficiadas.

Palavras Chave: indenização; fracionamento; multa.

## **ABSTRATC**

Complementary Law 123/2006 established differential treatment for Microenterprise and Small business, also being validated for the Individual Company Limited Liability, and the Microentrepreneur Individual. Analyzing Article 22 of the new Law on Domestic, which provides that the employer shall deposit domestic fractional and monthly basis the termination fine on the Service Time Guarantee Fund, for the purpose of payment of compensatory damages of job loss. With the application of that Article to employees of micro, all parties involved will benefit.

Keywords: compensation; fractionation; traffic ticket.

## 1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 determina tratamento jurídico diferenciado para os microempresários, com a finalidade de incentivar através da desburocratização de seus deveres nos campos, administrativo, tributário, previdenciário e de crédito, ou até pela eliminação desses deveres por meio de lei.

A Lei Complementar 123/2006 foi a que instituiu tratamento diferenciado para a Microempresa – ME e Empresa de Pequeno Porte - EPP, sendo validada também para a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI e para o Microempreendedor Individual - MEI. A lei trouxe inúmeras vantagens para o pequeno empreendedor.

O artigo 22 da Lei Complementar 150/2015 descreve que o empregador doméstico depositará mensalmente a multa rescisória sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS, com a finalidade do pagamento da indenização compensatória da perda do emprego, sem justa causa ou por culpa do empregador. Sendo essa dispensa por justa causa, a pedido do empregado ou se tratando de caso de aposentadoria, o valor retornara ao empregador.

A aplicação do artigo supramencionado que traz a previsão do depósito mensal para o caso de pagamento da multa rescisória, trará benefícios para todas as partes envolvidas, pois o Estado terá mais recursos à disposição para operações nas áreas de habitação, saneamento e infraestrutura; ao empregado maior transparência e certeza do recebimento e ao empregador maior previsibilidade e gerenciamento sobre seu pequeno negócio.

O problema consiste na legislação atual, devido ao previsto no artigo 18, § 1º, da Lei nº 8.036 de 1990, que descreve a contribuição devida no caso de rescisão de contrato de trabalho, que é de 40% (quarenta por cento) sobre todos os depósitos realizados na conta vinculada durante o contrato de trabalho no caso de dispensa sem justa causa.

O pagamento em parcela única, ou seja, o não fracionamento da multa de 40% (quarenta por cento) provoca uma reflexão se há ou não uma lacuna ontológica, pois artigo 18, § 1º, da Lei nº 8.036 de 1990 não reflete mais a realidade do microempresário. Já o artigo 22 da Lei Complementar 150/2015 prevê o pagamento mensal da multa rescisória sobre o Fundo de Garantia do Tempo de

Serviço – FGTS na conta do empregado, como forma de indenização para o caso de futura rescisão. Então de acordo com o artigo 179 da Constituição Federal de 1988, que determina que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios adotem tratamento jurídico diferenciado, incentivando a pequena empresa, o novo artigo 22 da Lei Complementar 150/2015 está em consonância com a Lei Maior.

O presente trabalho será dividido em três capítulos, sendo que no primeiro capítulo será apresentado o conceito de Microempresa - ME, Empresa de Pequeno Porte - EPP, Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI e Microempreendedor Individual – MEI e o contexto histórico da Lei Complementar 123/2006. No segundo capítulo será feito um breve comentário da nova Lei das Domésticas com foco no fracionamento da multa de 40% (quarenta por cento) da multa rescisória sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS. E o terceiro capítulo, será analisado a possibilidade da aplicação semântica do artigo 22 da Lei Complementar 150/2015, que trata do depósito mensal da multa rescisória sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS, para os microempresários instituídos pela Lei Complementar 123/2006, que são a Microempresa - ME, Empresa de Pequeno Porte - EPP, Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI e Microempreendedor Individual – MEI.

A pesquisa será bibliográfica analisando autores que exploram o tema, e a pesquisa documental trazendo a normativa jurídica e seus liames.

## **2 CONCEITOS DE MICROEMPRESA, EMPRESA DE PEQUENO PORTE, EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA E MICROEMPREENDEDOR INDIVIDUAL**

A *Microempresa – ME* é considerada a sociedade empresária, a sociedade simples, empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário (artigo 966, CC, 2002), com receita bruta anual igual ou inferior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) (BARTINE, 2012).

Consideram-se *Empresa de Pequeno Porte - EPP*, a sociedade empresária, a sociedade simples, empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário (artigo 966, CC, 2002), com receita bruta anual superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 3.600.000,00 (três milhões e seis mil reais) (REQUIÃO, 2014).

Conforme o artigo 179, da Constituição Federal de 1988, a Lei Complementar 123/2006 disciplina tratamento excepcional, simplificado e favorecido a Microempresa – ME e a Empresa de Pequeno Porte – EPP, diferenciando-as com base na receita bruta anual. Compreendem-se receita bruta, toda receita da empresa, seja ela derivada das operações habituais ou eventuais (FAZZIO JÚNIOR, 2009).

Referente à *Empresa Individual De Responsabilidade Limitada – EIRELI*, antigamente o indivíduo que pretendesse desenvolver atividade empresarial pessoalmente, sem ser por meio de sociedade empresária, o seu patrimônio pessoal respondia pelas dívidas decorrentes de seu negócio. Isto porque não era permitido a criação de uma pessoa jurídica por um único indivíduo. Com o advento da Lei nº 12.441 de 2011, o indivíduo pode desenvolver sua atividade empresarial individualmente e separar parte do seu patrimônio para responder pelas dívidas as sociedades (BERTOLDI, RIBEIRO, 2014).

Conforme o artigo 980-A, CC, Lei nº 12.441 de 2011:

Art. 980-A. A empresa individual de responsabilidade limitada será constituída por uma única pessoa titular da totalidade do capital social, devidamente integralizado, que não será inferior a 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo vigente no País. (BRASIL. CÓDIGO CIVIL, ART. 980-A).

Segundo os autores Bertoldi e Ribeiro, o artigo informou que a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI pode ser constituída por uma única pessoa, porém não fez qualquer distinção entre pessoa física e pessoa jurídica. Em decorrência desta lacuna, o Departamento Nacional de Registros de Comércio - DNRC, por meio de Instrução Normativa sob nº 117, de 22 de novembro de 2011, aprovou o Manual de Atos de Registro de Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI, que entendeu que a pessoa jurídica não pode ser titular de EIRELI, bem como a pessoa natural impedida por norma constitucional ou por lei especial (BERTOLDI, RIBEIRO, 2014).

A Empresa Individual De Responsabilidade Limitada – EIRELI é pessoa jurídica de Direito Privado. Tendo como requisito capital mínimo de 100 (cem) salários mínimos, somente uma por pessoa física e que seja desenvolvida atividade empresarial. Na falta de integralização de todo capital, será descaracterizada o tipo societário e a pessoa natural respondera com seus bens pessoais. E na omissão da sigla “EIRELI” a pessoa natural que constituiu respondera ilimitadamente pelas obrigações decorrentes da atividade empresarial (BERTOLDI, RIBEIRO, 2014).

O *Microempreendedor Individual – MEI* é a pessoa que trabalha por conta própria e que se legaliza como pequeno empresário, com receita bruta anual igual ou inferior a R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais), e não ter participação em outra empresa como sócio ou titular.

## **2.1 Contexto histórico e o constante avanço da Lei Complementar 123/2006**

A Constituição Federal de 1988 no seu artigo 179 prevê o tratamento, favorecido, simplificado e diferenciado a Microempresa – ME e da Empresa de Pequeno Porte - EPP, assim definidas em lei. Para cumprir a Constituição Federal, foi criado o Estatuto Nacional da Microempresa – ME e da Empresa de Pequeno Porte - EPP, por Lei Complementar 123/2006. Seu objetivo basilar é o de fomentar o desenvolvimento e a competitividade dos pequenos negócios, como estratégia de geração de emprego, distribuição de renda, inclusão social, redução da informalidade e fortalecimento da economia (SEBRAE, 2007. LEI GERAL DAS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS).

De acordo com o Serviço Brasileiro de Apoio a Micro e Pequenas Empresas - SEBRAE, o interesse substancial pela melhoria das pequenas empresas no Brasil

se inicia nos anos 80 (oitenta) com mais de trinta anos de atraso em relação aos países desenvolvidos. Tendo com início a Constituição Federal de 1988, com o artigo 179, que trouxe:

Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei. (BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL 1988, ART. 179).

O artigo supramencionado precisava de regulamentação, então o Governo Federal, cria a Lei nº 9.317 em 1996, chamada de Simples Nacional, instituiu sistema simplificado para o recebimento de tributos federais, podendo ser replicado aos Estados e Municípios através de convênio para incorporar também seus tributos. Os Estados e Municípios não aceitaram e criaram regimes próprios, não configurando em vários casos qualquer melhoria para as pequenas empresas. Com o mesmo intuito cria a Lei nº 9.841 em 1999, nominando de Estatuto da Microempresa – ME e Empresa de Pequeno Porte - EPP, incrementou várias melhorias, mas como foi instituído através de lei ordinária, ficou sem autoridade sobre os Municípios e os Estados limitando suas melhorias ao plano federal (SEBRAE, 2007. LEI GERAL DAS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS).

Com a promulgação da Emenda Constitucional nº 42 em 2003, houve a mudança no regime tributário nacional, e no seu artigo 146, estabeleceu que a Lei Complementar estabelecesse regimes para arrecadação de impostos e contribuições devidas pelas pequenas empresas. Valendo para União, Distrito Federal, Estados e Municípios (SEBRAE, 2007. LEI GERAL DAS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS).

No ano de 2006, depois de forte mobilização do Sebrae em conjunto com a sociedade empresária e civil, no qual teve passeata, panfletagem, abaixo-assinado e marcha em Brasília, foi assinada a Lei Geral, Lei Complementar nº 123, tratando de pontos como, sistema diferenciado de tributação; exportação; redução da burocracia; acesso à justiça; aumento do acesso ao crédito; formalização entre outros. Logo em seguida no início de 2007, dois avanços, aprovação do decreto-lei nº 6.038, em 2007, que normatizou o Comitê Gestor do Simples Nacional. No mês seguinte, março, com

participação de 280 deputados federais e 22 senadores fundou-se a Frente Parlamentar das Microempresas – ME e da Empresa de pequeno Porte – EPP. Partindo para o final do mesmo ano aconteceu à aprovação da Lei Complementar nº 127, com mais avanços na Lei Geral, com a possibilidade de pequenas empresas do setor de serviços, o poder de optar pelo Simples. Logo após, veio o Decreto nº 6.204 tratando do favorecimento, simplificado e diferenciado para o microempresário contratar com a administração pública federal. Ainda, no final de 2007, aprovada da Rede Nacional para Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios, criando diretrizes e procedimentos para integração e facilitação do registro e da legalização, pela Lei nº 11.598 (SEBRAE, 2007. LEI GERAL DAS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS).

A Microempresa - ME a Empresa de Pequeno Porte – EPP tem tratamento diferenciado em casos de fiscalização para orientação do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, Ministério do Trabalho Emprego – TEM e do Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia – INMETRO. A Lei Complementar 128/2008, criou o Microempresário Individual - MEI, passando a vigorar em 2009, retirando milhares de empreendedores da clandestinidade. Com a Lei Complementar nº 133, em 2009, expandiu a quantidade de atividades empresárias que podem optar pelo Simples Nacional (SEBRAE, 2007. LEI GERAL DAS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS).

Em 2011 foi sancionada a Lei nº 12.441, permitindo a criação de Empresa Individual de Responsabilidade Limitada - EIRELI, com capital não inferior a cem salários-mínimos. O critério definidor sobre qual empresa se enquadra no Simples Nacional, se dá através do seu faturamento anual e no final de 2011, houve reajuste da tabela em cinquenta por cento, propiciando que mais empresas se enquadrem através da Lei Complementar nº 139. A Lei Complementar nº 147, em 2014 que alterou a Lei Geral nos seguintes pontos, desoneração das atividades da saúde, blindagem do Microempreendedor Individual – MEI e o disciplinamento da aplicação do regime de substituição tributária aos pequenos negócios (SEBRAE, 2007. LEI GERAL DAS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS).

### **3 LEI COMPLEMENTAR 150/2015 E A INOVAÇÃO DO ART. 22º**

A Lei Complementar 150/2015 foi sancionada pela presidente Dilma Rousseff na data de 01/06/2015. Esta lei alterou a legislação trabalhista e, devido os impactos de várias alterações, as discussões sobre a matéria são essenciais não só para nós operadores do Direito, mas também para a sociedade em geral.

Para o autor Leite:

Com relação à eficácia da nova Lei Complementar 150/2015 é um problema que diz respeito a aptidão ou não para produzir todos os seus efeitos. Noutro falar, o problema da eficácia da lei complementar em tela tem por objetivo revelar se ela será ou não efetivamente cumprida pelos seus destinatários e, caso não seja cumprida, quais os meios utilizados pelo ordenamento jurídico para que ela o seja. Trata-se, aqui, de uma investigação que assume caráter histórico-sociológico e pode ser identificada como um problema fenomenológico. (LEITE, 2015, p. 26).

Primeiramente a referida lei trouxe o conceito de empregado doméstico, sendo que este é toda pessoa física com idade mínima de 18 (dezoito) anos, que presta serviços de forma contínua, onerosa, subordinada, pessoal e que não tenha finalidade lucrativa à família ou determinada pessoa no âmbito residencial. Importante ressaltar que para ser considerado um empregado doméstico, o indivíduo, além de preencher os requisitos expostos, deve exercer suas atividades por 3 (três) dias ou mais por semana; e enquadra-se também como empregado doméstico aquele que exerce funções internamente, na residência do empregador, como cozinheiro, governanta, babá, lavadeira, faxineiro, vigia, motorista particular, jardineiro, caseiro, acompanhante de idosos, dentre outros (LEITE, 2015).

Referente a fixação de jornada de trabalho do empregado doméstico, a referida lei trouxe a opção de que não será possível exceder 8 (oito) horas diárias e 44 (quarenta e quatro) horas semanais, respeitando-se o limite de 220 (duzentas e vinte) horas mensais; uma segunda opção, a possibilidade de o empregado doméstico exercer suas atividades em regime de tempo parcial, permitindo a este o labor semanal que não exceda 25 (vinte e cinco) horas semanais; e uma terceira opção, de o empregado doméstico exercer a jornada em escalas de 12 (doze) horas

seguidas de trabalho por 36 (trinta e seis) horas ininterruptas de descanso, sendo está estabelecida mediante mero acordo escrito entre as partes. Quando o empregado doméstico precisar viajar acompanhado de seu empregador, serão consideradas apenas as horas efetivamente laboradas, devendo o valor de sua hora ser acrescida de no mínimo 25% (vinte e cinco por cento) sobre o valor normal, lembrando que deverá haver acordo escrito entre as partes (Leite, 2015). Conforme o artigo 12 da Lei Complementar 150/2015, estabeleceu-se também a obrigatoriedade de controle de jornada, que deverá ser efetuado por meio de mecanismo manual, mecânico ou eletrônico.

A Lei Complementar 150/2015 prevê a possibilidade de horas extraordinárias, desde que com o acréscimo de um percentual mínimo de 50% sobre a hora normal, sendo que as primeiras 40 (quarenta) horas extras deverão ser pagas com o respectivo adicional; a lei prevê também a possibilidade de compensação com o respectivo repouso, mediante acordo escrito e desde que as horas extras sejam compensadas em um outro dia, e caso as referidas horas não sejam compensadas, deverão ser remuneradas como horas extras (LEITE, 2015).

A Lei Complementar 150/2015 prevê também, a possibilidade de realização de horas extras ao empregado que exerça o trabalho em regime de tempo parcial, porém este somente poderá laborar em jornada extraordinária até o limite de 1 (uma) hora diária, desde que haja acordo escrito entre as partes, e no caso de labor extraordinário que exceda 6 (seis) horas diárias será descaracterizado o trabalho em regime de tempo parcial, aplicando-se a jornada normal de um trabalhador doméstico.

Os empregados domésticos têm direito de gozar do intervalo intrajornada, ou seja, aquele destinado para a alimentação e repouso de, no mínimo 1 (uma) hora e no máximo 2 (duas) horas diárias, podendo ser reduzido para 30 (trinta) minutos caso ocorra prévio acordo escrito entre as partes. Para aqueles empregados domésticos que residem em seu local de trabalho, a lei trouxe a possibilidade de duas pausas para o gozo do intervalo intrajornada, sendo que cada uma deverá ser de, no mínimo 1 (uma) hora e no máximo de 4 (quatro) horas diárias (LEITE, 2015).

Os empregados domésticos também têm direito ao recebimento de, no mínimo 20% do adicional noturno entre as 22h00min e 05h00min, bem como direito à hora noturna reduzida que deverá ter duração de 52 minutos e 30 segundos (LEITE, 2015).

Com relação às férias, a Lei Complementar 150/2015 manteve as regras gerais previstas na Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, que após cada período aquisitivo de 12 (doze) meses, o empregado terá direito a 30 (trinta) dias de férias, que serão liberadas durante o período concessivo a critério do empregador, podendo ser convertido em pecúnia apenas 1/3 das férias, a critério do empregado. Mas a grande novidade é com relação às férias do empregado que exerce seu trabalho em regime de tempo parcial, a referida lei, no artigo 3, § 3º determinou a quantidade de dias de férias com base na quantidade de horas laboradas por semana (Leite, 2015), na seguinte proporção:

- I - 18 (dezoito) dias, para a duração do trabalho semanal superior a 22 (vinte e duas) horas, até 25 (vinte e cinco) horas;
- II - 16 (dezesseis) dias, para a duração do trabalho semanal superior a 20 (vinte) horas, até 22 (vinte e duas) horas;
- III - 14 (quatorze) dias, para a duração do trabalho semanal superior a 15 (quinze) horas, até 20 (vinte) horas;
- IV - 12 (doze) dias, para a duração do trabalho semanal superior a 10 (dez) horas, até 15 (quinze) horas;
- V - 10 (dez) dias, para a duração do trabalho semanal superior a 5 (cinco) horas, até 10 (dez) horas;
- VI - 8 (oito) dias, para a duração do trabalho semanal igual ou inferior a 5 (cinco) horas. (BRASIL. LEI COMPLEMENTAR 150/2015, ART. 3, § 3º).

Além do exposto, o empregado doméstico terá direito ao auxílio pré-escola; ao salário família, que é uma cota em relação a cada filho menor de 14 (quatorze) anos ou inválido; ao seguro contra acidentes de trabalho; seguro-desemprego, sendo que para este é necessário que o empregador tenha recolhido o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS durante no mínimo 15 (quinze) meses; e estabilidade à empregada gestante, que começa a partir da confirmação da gravidez e se estende até 5 (cinco) meses após o parto; entre vários outros benefícios.

O empregador doméstico terá um encargo mensal de no mínimo 20%. Desta forma, para facilitar o pagamento desses tributos, a Lei Complementar 150/2015 instituiu o chamado "Simples Doméstico", que é o regime unificado de pagamento de todas as contribuições e encargos do trabalhador doméstico. Assim, o pagamento do simples doméstico abrangerá os seguintes impostos: a) de 8% a 11% a título de contribuição previdenciária, b) 8% de contribuição patronal previdenciária, c) 0.8% de contribuição social, com o objetivo de financiar o seguro contra acidentes de trabalho, d) 8% a título de Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS, e) 3,2%

a título de multa rescisória, que será revertida a favor do empregador em caso de pedido de demissão ou dispensa por justa causa, e f) outros impostos que incidirem sobre a relação de trabalho.

O empregado doméstico também tem direito à multa de 40% sobre os depósitos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, porém para os empregados domésticos, a multa rescisória de 40% será recolhida mensalmente ao longo da vigência de todo o contrato de trabalho, diferentemente do que ocorre nas demais relações de emprego, onde a referida multa é recolhida apenas quando há a rescisão contratual, porém esse valor voltará para o empregador em caso de demissão por justa causa, morte, licença ou aposentadoria do empregado. Sendo assim, o empregador além de recolher os 8% referentes ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, os empregadores domésticos terão que recolher mais 3,2% a título de multa indenizatória (Santos, 2015), conforme dispõe:

Art. 22. O empregador doméstico depositará a importância de 3,2% (três inteiros e dois décimos por cento) sobre a remuneração devida, no mês anterior, a cada empregado, destinada ao pagamento da indenização compensatória da perda do emprego, sem justa causa ou por culpa do empregador, não se aplicando ao empregado doméstico o disposto nos §§ 1º a 3º do art. 18 da Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990. (BRASIL. LEI COMPLEMENTAR 150/2015, ART. 22).

De acordo com Leite, a natureza jurídica do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS possui natureza tríplice: a) direito fundamental social individual do trabalhador, pois é uma indenização do tempo de serviço prestado; b) dever fundamental do empregador, de caráter compulsório, pois o empregador tem a obrigação de efetuar o pagamento, sob pena de cobrança pelo Estado; e c) direito fundamental difuso, pois os recursos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS também são destinados a sociedade (LEITE, 2015).

### **3.1 Verbas Rescisórias**

A dispensa sem justa causa ocorre quando o empregador, usando seu poder sobre a empresa dispensa imotivadamente o empregado. As verbas rescisórias neste caso são, o saldo de salário, o aviso prévio trabalhado ou indenizado, 13º salário proporcional, férias vencidas, se houver, e proporcionais acrescidas de 1/3

constitucional, e multa de 40% sobre o saldo do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS. O empregador tem o prazo de 10 (dez) dias para pagar as verbas rescisórias em caso de aviso prévio indenizado e 1 (um) após o término do contrato de trabalho no caso de aviso prévio trabalhado; e caso estes prazos não sejam respeitados, será multado em favor do empregado, no valor equivalente ao salário do empregado, conforme artigo 477, §§ 6º e 8º, da Consolidação das Leis de Trabalho – CLT.

O Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS foi criado pela Lei nº 5.107 de 1966, e segundo Martins “é um depósito bancário destinado a formar uma poupança para o trabalhador, que poderá ser sacado nas hipóteses previstas em lei, principalmente quando é dispensado sem justa causa.” (MARTINS, 2013, p. 505).

Quando ocorre a dispensa sem justa causa, extinção do estabelecimento, e ainda no caso de rescisão indireta, surge-se aqui um acréscimo rescisório de 40% (quarenta por cento) sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS (DELGADO, 2014).

### **3.2 Lacuna Ontológica**

A lacuna é uma inadequação, é um conceito genérico; o gênero nada mais é do que ausência de uma norma. Neste sentido temos que a lacuna deontológica, que subdivide em ideológica e teleológica e a lacuna ontológica, que subdivide em crítica e diacrítica (DINIZ, 2009).

Segundo Mendes, “A lacuna às vezes ocorre porque o constituinte não chegou a atinar com a necessidade de dispor sobre o período de adaptação necessário, no plano da realidade, para que a norma que a estatuiu possa produzir efeito.” (MENDES, 2015, p. 89).

Na lacuna ontológica a lei existe, porém não corresponde à realidade social. A norma está desatualizada, não apresentando mais coerência com os fatos sociais e com o desenvolvimento técnico.

Para Diniz:

As lacunas ontológicas representam inadequações da ordem normativa quanto ao “ser” (Sein), aquilo que é, abrangendo as

lacunas críticas e diacríticas. Há lacunas críticas quando for impossível uma avaliação deontológica de um comportamento de acordo com a norma, devido a incompletude da ordem jurídica. As lacunas críticas se subdividem em objetivas e subjetivas. A lacuna crítica objetiva subsiste na hipótese de não-qualificação deontológica de condutas, isto é, nos casos em que um comportamento não tem status deontológico, pelo fato de nenhuma prescrição normativa qualificar, deonticamente, sua omissão ou comissão, isto é, quando, pelo menos, um comportamento (omissão ou comissão) não é nem permitido nem proibido, havendo aí três hipóteses de lacuna: a comissão de um comportamento que não é permitida nem proibida; a omissão de uma conduta que não é nem permitida, nem proibida; a comissão e a omissão de, pelo menos, um comportamento não são nem permitidas nem proibidas. A lacuna crítica subjetiva deriva da impossibilidade de reconhecer de uma norma é válida ou da impossibilidade de a conhecer. A impossibilidade de reconhecer essa norma pode derivar de sua antinomia com uma outra norma, hipótese em que está presente uma lacuna lógica. A lacuna lógica pode, por sua vez, ser distinguida em duas espécies: lacunas lógicas consistentes na antinomia de normas, em que um comportamento (comissão ou omissão) é permitido por uma norma e proibido por outra, e lacunas lógicas consistentes na antinomia de normas sobre normas e na consequente impossibilidade de se saber qual entre as normas incompatíveis é válida. A impossibilidade de conhecê-la pode advir da indeterminação semântica de sua expressão. As lacunas diacríticas derivam da impossibilidade de uma decisão ou de uma resolução para o caso concreto controvertido. As lacunas ontológicas e as deontológicas ideológicas são lacunas do direito, ao passo que as lacunas deontológicas teleológicas são lacunas no direito. (DINIZ, 2009, p. 89/90).

Para Diniz as lacunas ontológicas abrangem as lacunas críticas que se subdividem em objetiva e subjetiva, e as lacunas subcríticas (DINIZ, 2009).

### 3.3 Limita a livre iniciativa

A Constituição Federal de 1988 no seu art. 1º, inciso IV traz a livre iniciativa como fundamento da república e no caput do art. 170 torna a trazê-la como princípio da ordem econômica.

Silva, traz o conceito de livre iniciativa na ordem econômica:

*A liberdade de iniciativa envolve a liberdade de indústria e comércio ou liberdade de empresa e a liberdade de contrato. Consta do artigo 170 [da Constituição Federal], como um dos esteios da ordem econômica, assim como de seu parágrafo único, que assegura a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo casos previstos em lei. (SILVA, 2014, p. 805).*

O contrato de trabalho individual nasce do acordo tácito ou expreso, referente a relação de emprego. Conforme artigo 442 da Consolidação das Leis de Trabalho - CLT, desse acordo surge direito e deveres para ambas as partes, empregados e empregadores, entre os quais podemos mencionar o dever de subordinação e o direito de descanso intrajornada e interjornada por parte do empregado; e o dever, obrigação pagar e o direito diretivo por parte do empregador.

A liberdade da livre iniciativa dá a opção de arriscar-se na atividade empresarial sem encontrar entraves ou restrições do Estado. Este princípio da ordem econômica traz a possibilidade de escolher o trabalho, que, é um dos fundamentos essencial da liberdade humana. Conclui-se que a livre iniciativa engloba a liberdade de empresarial e a liberdade de livre concorrência.

O inciso IX, do artigo 170, da CF traz a previsão de tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País, o que reforça a necessidade de alterações que sejam benéficas para a Microempresa - Me, Empresa de Pequeno Porte - EPP, Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI e Microempreendedor Individual – MEI. Sendo que a multa de 40% (quarenta por cento) em única parcela paga ao empregado, após sua dispensa, prejudica a efetividade do princípio da livre iniciativa, referente ao micro e pequeno empresário.

A livre iniciativa dá ao empregador da relação contratual o poder de organizar, fiscalizar as atividades da empresa e do empregado.

Segundo Delgado, a livre poder diretivo seria o conjunto de prerrogativas dirigidas ao empregador com a finalidade de organizar a estrutura, o espaço interno com especificações e orientações cotidianas no que tange ao labor do empregado (DELGADO, 2012).

Martins reafirma que “Poder de direção é a forma como o empregador define como serão desenvolvidas as atividades do empregado decorrente do contrato de trabalho.” (MARTINS, 2014, p. 232).

Com o mesmo entendimento Nascimento, “Poder de direção é a faculdade atribuída ao empregador de determinar o modo como a atividade do empregado, em decorrência do contrato de trabalho, deve ser exercida.” (NASCIMENTO, 2014, p. 717).

Podemos descrever o contexto do poder diretivo em virtude do contrato de trabalho e da legislação prevista na Consolidação das Leis Trabalhistas - CLT, ao descrever, empregador, no artigo 2, menciona como sendo uma de suas competências dirigirem as atividades do empregado.

Segundo Delgado:

Entre essas normas que, indiretamente, reportam-se ao poder empregatício destaca-se, na CLT, o preceito contido no art. 2º celetista que menciona a prerrogativa deferida ao empregador no tocante a direção da prestação dos serviços. Destacam-se também, na mesma linha, certos preceitos celetistas que reconhecem, em alguma proporção, o chamando *jus variandi* do empregador no contexto do contrato (ilustrativamente, o art. 469, CLT, que trata de transferência de local de trabalho; o parágrafo único do art. 468, CLT, que trata da prerrogativa da reversão ao cargo efetivo do empregado ocupante de cargo de confiança). A que se destacar, ainda, o art. 474 da CLT que reconhece e fixa limites temporais a suspensão disciplinar no âmbito empregatício. (DELGADO, 2012, p. 674).

Fica nítido na doutrina e nos dispositivos legais demonstrados acima que o empregador no direito diretivo tem o poder de organização, poder de controle e o poder disciplinar.

Dentre os poderes do empregador está a faculdade de dispensar sem justa causa de forma motivada o empregado rescindindo o contrato de trabalho, para melhor organizar, controlar ou fiscalizar as atividades empresárias, entretanto o empregador microempresário, muitas vezes não consegue exercer esse direito diretivo sobre seu negócio, pois a multa de 40% (quarenta por cento) sobre o valor do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS em uma única parcela, inviabiliza a dispensa, evitando a organização empresarial, prejudicando o desenvolvimento da empresa e de outros empregados no futuro próximo.

Uma microempresa em crise não consegue, por exemplo, implantar um Programa de Demissão Voluntária - PDV, sendo que esse é um meio utilizado tanto pelas empresas particulares de grande porte quanto pelas estatais como forma de redução do quadro de funcionários, buscando reduzir os custos e racionalização na gestão de pessoas, tratando-se de uma forma menos traumática para o desligamento necessário de funcionários, movido pela reestruturação produtiva, privatização ou até mesmo em virtude de eventuais crises financeiras que atingem o país.

Por meio do Programa de Demissão Voluntária – PDV as empresas conseguem se adequar a realidade do mercado. Sendo a adesão ato bilateral, pelo qual os envolvidos, por concessões e ônus recíprocos, extinguem obrigações, sendo que o empregado recebe, além das verbas rescisórias, uma série de vantagens que não lhe seriam devidas caso tivesse sido dispensado imotivadamente.

O pagamento fracionado da multa de 40% (quarenta por cento), conforme previsto no artigo 22 da Lei Complementar 150/2015, entre outros aspectos seria um facilitador para a administração da microempresa, evitando em muitos casos sua falência, pois devido a um revés no cenário econômico devido a motivos internos ou externos, haveria a possibilidade de estruturar sua empresa enxugando o quadro de pessoal, mantendo a atividade econômica e outros empregos.

### **3.4 O fracionamento da multa de 40% não retira direitos trabalhistas**

Nos tempos atuais a diminuição de direitos trabalhistas, vem recebendo o nome de flexibilização dos direitos trabalhistas, mas, na verdade, pode significar simplesmente mudança, nesse sentido, Martins, expõe que:

A flexibilização das condições de trabalho é um conjunto de regras que tem por objetivo instituir mecanismos tendentes a compatibilizar as mudanças de ordem econômica, tecnológica ou sociais existentes na relação entre o capital e o trabalho. (MARTINS, 2014, p. 576).

Flexibilizar é aumentar as negociações entre as partes, empregadores, empregados e sindicatos mantendo a intervenção estatal, e as leis trabalhistas como parâmetro regulador na proteção do trabalhador frente as mudanças econômicas, de maneira que mantenha viável a empresa e o emprego dos trabalhadores (CASSAR, 2011).

Por outro viés o que seria totalmente prejudicial ao empregado seria a desregulamentação que é a retirada de direitos trabalhistas para manutenção dos postos de trabalho. A desregulamentação busca a concentração ainda maior de capital, retirando do trabalhador e desviando ao empregador. Diante da verificação se há mudança ou não de capitais podemos diferenciar flexibilização de desregulamentação, quando se faz alteração em norma trabalhista sem a mudança do fluxo de capital temos a flexibilização, entretanto se temos a mudança do fluxo de

dinheiro saída através retirada de um direito que gera maior ganho ao empregador fica caracterizado a desregulamentação (MARTINS, 2014).

Como exemplo, Martins, demonstra:

Visa a flexibilização assegurar um conjunto de regras mínimas ao trabalhador e, em contrapartida, a sobrevivência da empresa, por meio da modificação de comandos legais, procurando garantir aos trabalhadores certos direitos mínimos e ao empregador a possibilidade de adaptação do seu negócio, mormente em épocas de crise econômicas. Para fiscalizar essa flexibilização, com essa maleabilidade, é que o sindicato passa a deter o papel principal, ou seja, na participação das negociações coletivas que conduzirão ao acordo ou a convenção coletiva de trabalho, de modo a permitir também a continuidade do emprego do trabalhador e a sobrevivência da empresa, assegurando um grau de lucro razoável à última e certa garantias mínimas ao trabalhador. É uma forma de adaptação das normas vigentes às conveniências de trabalhador e empresas. (MARTINS, 2014, p. 577).

Nesse sentido podemos destacar de forma simplificada a Medida Provisória 680, que reduz a jornada de trabalho de funcionários de empresas com dificuldades financeiras temporárias. O Programa de Proteção ao Emprego propõe diminuir em até 30% (trinta por cento) as horas de trabalho, com redução proporcional do salário pago pelo empregador e o estado arca através do Fundo de Ampara do Trabalhador com 50% (cinquenta por cento) das perdas do trabalhador até certo limite.

Há doutrinadores que vão mais além, destacando que os direitos do empregado tomaram tal dimensão que torna inevitável as demissões. Colocam como solução a troca do sistema estatal baseado na lei pelo sistema negocial, onde o aplicável seria o negociado entre empregador, trabalhadores e sindicatos. Dentre os pensadores podemos citar, Amauri Mascaro Nascimento, José Pastore, Luiz Carlos Amorim Robortella.

Pastore relata que, o país devido ao alto número de imposto e contribuições faz com que os empregados sejam pouco remunerado pelo seu labor e custem muito caro para os empregadores (PASTORE, 1995).

Para Robortella ainda que não haja os resultados esperados com a flexibilização, não podemos esquecer o aspecto positivo da valorização da liberdade individual de se negociar (ROBORTELLA, 1994).

Conforme demonstrado a forma diferenciada de recolhimento da multa de 40% (quarenta por cento) sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS,

de forma mensal para possível caso de demissão sem justa causa para o Micro Empresário Individual - MEI, a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI e para a Microempresa – ME e a Empresa de Pequeno Porte – EPP não configura desregulamentação, mas configura flexibilização, pois não há desvio no fluxo do capital, não gerando acúmulo de renda nas mãos dos empresários, propiciando sim maior confiança do empregador em admitir novos trabalhadores, sabendo que se houver um contratempo econômico será mais fácil escapar dele, pois não terá a barreira da multa de 40% (quarenta por cento) sobre o valor do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS.

### **3.5 Custos e Benefícios do fracionamento**

Notamos que um ponto desfavorável com a aplicação da semântica do fracionamento da multa rescisória sobre o valor do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS, é a possível facilitação da rescisão do contrato de forma bilateral, o chamado acordo informal entre as partes, caso o empregado resolva devolver o valor já depositado da multa rescisória em troca de sua demissão.

A rescisão do contrato de trabalho pode se operar de dois modos: a) unilateral ou b) bilateral, sendo bilateral quando as partes ajustam o fim do contrato. Este ato de pôr fim ao contrato de comum acordo entre as partes contratantes chama-se distrato (CASSAR, 2011).

Do ponto de vista abstrato, sua existência seria juridicamente possível, uma vez que repugna a ordem jurídica a ideia de que sujeitos de direito não possam, por vontade consensual, dar fim a certo relacionamento. Já do ponto de vista técnico-jurídico, é praticamente inviável a realização do distrato trabalhista, pois de acordo com os princípios basilares do Direito do Trabalho, não é possível que o empregado faça transação supressiva de parcelas juslaborativas, muito menos renúncia no contexto da extinção do pacto empregatício. Deste modo, para ocorrer o rompimento do contrato de trabalho todas as verbas rescisórias próprias a dispensa sem justa causa mantêm-se, em princípio, devidas ao trabalhador, cumprindo-se a rescisão bilateral como se fosse, na realidade, mera despedida injusta. Sob a ótica econômica, essa circunstância jurídica torna o distrato, evidentemente, desinteressante para o empregador (DELGADO, 2012).

A solução para essa situação seria o Projeto de Lei 5483/01, que regulamentaria o distrato bilateral, ou seja, o acordo coletivo de trabalho ou convenção coletiva de trabalho prevaleceria sobre o legislado.

Um caso de distrato que já vem ocorrendo e é legal, pois não retira direitos do trabalhador, é o Plano de Demissão Voluntária - PDV. Em regra, com sua adesão ao plano de demissão voluntária, o trabalhador recebe as parcelas inerentes a dispensa injusta, acrescidas de um montante pecuniário significativo, de natureza indenizatória, reparando o prejuízo com a perda do emprego (DELGADO, 2012).

Na prática, o distrato vem sendo utilizado com esta nomenclatura pelas partes por falta de regulamentação legal. Tais medidas vêm sendo adotadas pelas empresas que pretendem reduzir seus quadros de funcionários, minimizando assim os custos operacionais com a folha de pagamento e, em contrapartida oferecem atrativas indenizações em troca do pedido de demissão voluntário por parte do empregado. Conclui-se aqui que quem toma a iniciativa de oferecer vantagens é o empregador, mas quem de fato aceita a troca do emprego pelo prêmio é o empregado (CASSAR, 2011).

Nota-se que, com a aplicação do artigo 22, da Lei Complementar nº 150/2015 na Microempresa - ME, Empresa de Pequeno Porte - EPP, Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI e Microempresário Individual - ME, todas as partes envolvidas serão beneficiadas, sendo elas o Estado, o empregado e o empregador.

O Estado terá mais recursos à disposição para a implementação de políticas e programas governamentais nos setores de habitação popular, saneamento ambiental e infraestrutura, gerando ainda mais benefícios para a população brasileira, conforme o artigo 9º, § 2º, da Lei nº 8.036 de 11 de maio de 1990.

O empregado demitido sem justa causa, terá maior transparência e certeza do recebimento; visto que, temos vários casos em que o empregado tem que acionar o Poder Judiciário pelo não pagamento da multa dos 40% no Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS por parte do empregador, conforme demonstra recurso ordinário, no qual o empregado teve que recorrer a justiça para satisfazer seu direito.

RECURSO ORDINÁRIO. INDENIZAÇÃO DE 40% (QUARENTA POR CENTO) DOS DEPÓSITOS DO FGTS. VERBA INCONTROVERSA.

NÃO PAGAMENTO AO EMPREGADO. MULTA DO ARTIGO 467 DA CLT DEVIDA.

1) A indenização compensatória de 40% (quarenta por cento) incidente sobre os depósitos do FGTS tem natureza jurídica de verba resilitória e não sendo quitada no termo de rescisão contratual torna-se incontroversa, legitimando o pagamento da multa prevista no artigo 467 da CLT.

2) Recurso ordinário da autora ao qual se concede parcial provimento.

(RIO DE JANEIRO, JUSTIÇA DO TRABALHO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 1ª REGIÃO 9ª TURMA. PROCESSO Nº 0011403-95.2014.5.01.0462, RELATOR DESEMBARGADOR JOSÉ DA FONSECA MARTINS JÚNIOR).

Os Desembargadores que compõem a 9ª Turma do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, por unanimidade, reconheceram o recurso ordinário interposto pela autora e, no mérito, por maioria, conceder-lhe parcial provimento para deferir o pagamento da multa prevista no artigo 467, da Consolidação das Leis de Trabalho - CLT, a incidir sobre o valor devido a título de indenização compensatória de 40% (quarenta por cento) do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS, por se tratar de parcela incontroversamente devida à recorrente no momento do destrato. Mantidos os valores já fixados à condenação e às custas processuais. Neste caso restou vencido somente um desembargador que negou provimento ao recurso.

Já o empregador terá maior previsibilidade e gerenciamento sobre seu pequeno negócio, pois, ao aplicarmos o artigo 22, da Lei Complementar nº 150/2015, o mesmo depositara mensalmente a importância de 3,2% (três inteiros e dois décimos por cento) sobre a remuneração do empregado, destinada ao pagamento da indenização compensatória da perda, sem justa causa ou por culpa do empregador, do emprego do trabalhador; caso o rompimento da relação de emprego se efetivar por outros motivos, como demissão ou despedida por justa causa, será devolvido ao empregador os valores depositados a esse título, já na hipótese de extinção contratual por culpa recíproca, a multa será devida pela metade. Detalhe, esse valor será depositado na conta vinculada do trabalhador, em variação distinta daquela em que se encontrarem os valores do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS, ou seja os 8% (oito por cento).

#### **4 CENÁRIOS PARA POSSÍVEL APLICAÇÃO DA SEMÂNTICA DO ART. 22º DA LEI COMPLEMENTAR 150/2015 PARA O MICROEMPRESÁRIO**

Uma das possibilidades para a aplicação do artigo 22 da Lei Complementar 150/2015 para o microempresário seria através do acordo coletivo de trabalho ou convenção coletiva de trabalho.

Segundo Barros, a convenção coletiva de trabalho é um ajuste entre entidades sindicais que visa novas condições de trabalho, tendo eficácia *erga omnes* (BARROS, 2011).

Já o acordo coletivo de trabalho pode ser celebrado entre sindicato profissional e empresas por empregados que resolvam celebrar acordo com os seus respectivos empregadores, tendo eficácia *inter partes* (BARROS, 2011).

Conforme o artigo 611 da Consolidação das Leis de Trabalho – CLT:

Art. 611. Convenção Coletiva de Trabalho é o acordo de caráter normativo, pelo qual dois ou mais Sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas representações, às relações individuais de trabalho.

§ 1º É facultado aos Sindicatos representativos de categorias profissionais celebrar Acordos Coletivos com uma ou mais empresas da correspondente categoria econômica, que estipulem condições de trabalho, aplicáveis no âmbito da empresa ou das acordantes respectivas relações de trabalho. (BRASIL. CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DE TRABALHO, ART. 611).

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 7º, XXVI, veio consagrar a eficácia de acordo coletivo de trabalho e de convenção coletiva de trabalho para trabalhadores urbanos e rurais. Admitindo até o trato para redução salarial, conforme o artigo 7º, VI, da Constituição Federal, que prevê como garantia do trabalhador a

irredutibilidade do salário, salvo disposto em acordo coletivo de trabalho e convenção coletiva de trabalho. TST - 2ª T. - Ac. n.688/96- rel. Min. Vantuil Abdala-DJ 19.4.96- pág. 12433.

Conforme Barros, a Constituição Federal de 1988 permitiu a alteração da redução salarial por meio de acordo coletivo de trabalho ou convenção coletiva de trabalho, que é direito maior do trabalhador e que devem ser sempre respeitados (BARROS, 2011).

Hoje não seria possível sua aplicação através de acordo coletivo de trabalho ou convenção coletiva de trabalho por falta de regulamentação infraconstitucional, exceto se o Projeto de Lei 5.483/01 que pretende a alteração do artigo 618 Consolidação das Leis de Trabalho – CLT, que estabelecerá condições de trabalho ajustadas mediante convenção coletiva de trabalho ou acordo coletivo de trabalho devendo prevalecer sobre o disposto em lei, desde que não contrariem a Constituição Federal e as normas de segurança e saúde do trabalho (Brasil, Câmara dos Deputados). Ressaltando que, a alteração proposta não fere normas de segurança e saúde do trabalho.

Uma segunda possibilidade se dá através da ação judicial, na qual uma das empresas caracterizada nesse artigo demandaria uma ação requerendo a sistemática do artigo 22 da Lei Complementar 150/2015.

Como exemplo podemos citar a ação movida pela Ordem dos Advogados do Brasil – OAB contra a União (órgão Receita Federal do Brasil – RFB) de processo número 14844-13.2016.4.01.3400, pelo motivo de que em 12/01/2016 entrou em vigor a Lei nº 13.247, que prevê em seu artigo 15, que os advogados podem reunir-se em sociedade simples de prestação de serviços de advocacia ou constituir sociedade unipessoal de advocacia, na forma disciplinada nesta Lei e no regulamento geral. Mas a Receita Federal do Brasil – RFB entendeu que essa sociedade unipessoal não se enquadrava no artigo 3º, da Lei nº 123/2006, por falta de previsão legal com relação à sociedade individual de advogado, e não podendo se enquadrar no Supersimples.

A ação liminar foi ajuizada na 5ª Vara do Distrito Federal, sendo deferida em favor da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, na qual foi reconhecido o direito da Sociedade Unipessoal de Advogados optarem pelo Supersimples, conforme o Provimento nº 170, de 24 de fevereiro de 2016. A liminar vale para todo o território nacional.

A terceira possibilidade se dá através da função legislativa, que é a edição de atos normativos, que instituem direitos e criam obrigações, sendo função típica do Poder Legislativo (MENDES, 2015, p. 904).

A Lei Complementar (artigo 59, II, CF) é uma espécie normativa utilizada nas matérias expressamente previstas na Constituição Federal. O processo legislativo de constituição da Lei Complementar é constituído basicamente por 3 (três) fases distintas: a) fase de iniciativa, que se deflagra o processo legislativo, b) fase constitutiva, ocorre a deliberação parlamentar, ou seja, a discussão e votação, e a deliberação executiva, que é a manifestação do Chefe Executivo pela sanção ou veto, e c) fase complementar, onde ocorre a promulgação e publicação (LENZA, 2011).

Existem duas diferenças entre a lei complementar e a lei ordinária, uma é do ponto de vista material e a outra do ponto de vista formal. No ponto de vista material as hipóteses de regulamentação da Constituição por meio de lei complementar foram taxativamente previstas na Constituição Federal, ou seja, são predeterminadas; já as leis ordinárias é a espécie normativa utilizada nas matérias em que não cabe lei complementar, ou seja, é residual. No ponto de vista formal a diferença está no quórum de aprovação do respectivo projeto de lei, a lei complementar é aprovada pelo quórum de maioria absoluta dos votos (artigo 69, CF), que é o número subsequente à metade de todos os membros integrantes da Casa; já a lei ordinária é aprovada pelo quórum de apenas maioria simples dos votos (artigo 47, CF), que a maioria dos votos serão dos presentes à reunião ou sessão que naquele dia de votação comparecerão (LENZA, 2011).

O Supremo Tribunal Federal – STF, consagrou a tese da inexistência de hierarquia entre lei complementar e lei ordinária. Caso uma lei ordinária tratar de matéria reservada a lei complementar, haverá uma inconstitucionalidade formal, por violar a própria Constituição Federal de 1988. Porém, se uma lei complementar tratar de matéria reservada a lei ordinária não haverá invalidade, sendo apenas considerada como lei ordinária (LENZA, 2011).

Em regra, Lei Complementar vigente somente poderá ser alterada ou revogada por outra lei complementar que expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regular inteiramente a matéria de que tratava a lei complementar anterior, conforme o disposto na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Decreto-Lei nº 4.657 de 4 de setembro de 1942, artigo 2º, § 1º.

## **5- CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Em vista dos argumentos apresentados e da notória importância da microempresa como geradora de riquezas, emprego e renda para a econômica nacional e em consonância com o previsto com a Constituição Federal sobre tratamento jurídico diferenciado, com a finalidade de incentivar através da desburocratização.

Tendo em vista os aspectos da sistemática proposta na Lei do Domestico, com fracionamento mensal do depósito da multa de 40% (quarenta por cento) sobre o valor do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS para fins rescisórios, uma ótima oportunidade de melhorar as condições para a microempresa, com a aplicação dessa sistemática para eles. Mas também com vantagens para o empregado e para o Estado.

As possibilidades de aplicação do fracionamento para o microempresário seriam através do legislativo com a alteração da lei complementar, do acordo coletivo de trabalho ou convenção coletiva de trabalho e com propositura de ação judicial, mas tendo esse artigo como premissa fomentar a discussão sobre o assunto.

Entendendo-se que a aplicação do artigo mencionado ao microempresário, estará se cumprindo a Constituição Federal por incentivar o microempresário, sendo um benefício importantíssimo que trará mais confiança para contratações e melhor gerenciamento da pequena empresa.

## REFERÊNCIAS

BARTINE, Caio. **Direito Tributário**. 1ª ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2012.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho** / Alice Monteiro de Barros. – 7. Ed. – São Paulo : LTr, 2011.

BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. **Curso Avançado de Direito Comercial**. 8 Ed. Revista dos Tribunais: 2014.

BRASIL. Decreto-lei nº 4.657 de 04 de setembro de 1942. Disponível em: <<http://zip.net/bptjCG>> Acesso em: 17 mai. 2016.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990. Disponível em: <<http://zip.net/bytjrp>> Acesso em 17 mai. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996. Disponível em: <<http://zip.net/bgthNc>> Acesso em 17 mai. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.841, de 05 de outubro de 1999. Disponível em: <<http://zip.net/bstjcN>> Acesso em 17 mai. 2016.

\_\_\_\_\_. Projeto de Lei 5.483 de 2001.

\_\_\_\_\_. Emenda Constitucional nº 42, de 19 de dezembro de 2003. Disponível em: <<http://zip.net/bkth0C>> Acesso em 17 mai. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. Disponível em: <<http://zip.net/bfthSL>> Acesso em 17 mai. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei Complementar nº 127, de 14 de agosto de 2007. Disponível em: <<http://zip.net/bkth0G>> Acesso em 17 mai. 2016.

\_\_\_\_\_. Decreto-lei nº 6.204, de 05 de setembro de 2007. Disponível em:  
<<http://zip.net/bqtjWF>> Acesso em 17 mai. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei nº 11.598, de 03 de dezembro de 2007. Disponível em:  
<<http://zip.net/bgthNh>> Acesso em 17 mai. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei Complementar nº 128, de 19 de dezembro de 2008. Disponível em:  
<<http://zip.net/blthnj>> Acesso em 17 mai. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei Complementar nº 133, de 28 de dezembro de 2009. Disponível em:  
<<http://zip.net/bvsPhq>> Acesso em 17 mai. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.441, de 11 de julho de 2011. Disponível em:  
<<http://zip.net/bjthWF>> Acesso em 17 mai. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei Complementar nº 139, de 10 de novembro de 2011. Disponível em:  
<<http://zip.net/bjthWG>> Acesso em 17 mai. 2016.

\_\_\_\_\_. Instrução Normativa sob nº 117, de 22 de novembro de 2011. Disponível em:  
<<http://zip.net/bjthWJ>> Acesso em 17 mai. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei Complementar nº 147, de agosto de 2014. Disponível em:  
<<http://zip.net/bcth1n>> Acesso em 17 mai. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei Complementar nº 150, de 01 de junho de 2015. Disponível em:  
<<http://zip.net/bptjCZ>> 06 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.247 de 12 de janeiro de 2016. Disponível em:  
<<http://zip.net/blthny>> Acesso em 17 mai. 2016.

\_\_\_\_\_. Provimento nº 170, de 24 de fevereiro de 2016. Conselho Federal da OAB. Câmara dos Deputados. Projetos de Leis e Outras Proposições. Disponível em  
<<http://zip.net/bbthCT>> Acesso em 09 mai. 2016.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho** / Vólia Bomfim Cassar. – 5. ed. - Niterói : Impetus, 2011.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho** / Maurício Godinho Delgado. - 11. ed. - São Paulo : LTr, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **As lacunas no direito** / Maria Helena Diniz. – 9. Ed. ver. e aum. – São Paulo : Saraiva, 2009.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Manual de Direito Comercial** / Waldo Fazzio Júnior. – 10. Ed. – São Paulo : Atlas, 2009.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **A nova Lei do Trabalho Doméstico : comentários à Lei Complementar n. 150/2015** / Carlos Henrique Bezerra Leite, Laís Durval Leite, Letícia Durval Leite. São Paulo : Saraiva, 2015.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado** / Pedro Lenza – 15. Ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Saraiva, 2011.

MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro** : empresa e atual empresarial, volume 1 / Gladston Mamede. 4. Ed. – São Paulo : Atlas, 2010.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**/ Sérgio Pinto Martins. – 30.Ed. - São Paulo : Atlas, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional** / Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco. - 10. ed. Rev. e atual. - São Paulo : Saraiva, 2015.

MORAES, Alexandre de / **Direito Constitucional** / Alexandre de Moraes. – 27. Ed. – São Paulo : Atlas, 2011.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**, 34. Ed. São Paulo: LTr, 2009.

\_\_\_\_\_, Amauri Mascaro / Nascimento, Sônia Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho** : historia e teoria geral do direito do trabalho : relações individuais e coletivas do trabalho / Amauri Mascaro Nascimento. - São Paulo: Saraiva, 2014.

PASTORE, José. **Flexibilização dos Mercados de Trabalho e Contratação Coletiva**, São Paulo, LTr, 1995.

REQUIÃO, Rubens Edmundo. **Curso de Direito Comercial**. 33 Ed. Saraiva: 2014.

ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim, **O Moderno Direito do Trabalho**, São Paulo, LTr, 1994.

SANTOS, Ana Cláudia Schwenk dos. **Empregados domésticos : o que mudou?** / Ana Cláudia Schwenk dos Santos. – 2ª. Ed. – São Paulo : Rideel, 2015.

SEBRAE. Serviço Brasileiro de Apoio a Micro e Pequenas Empresas, 2007. **Lei Geral da Micro e Pequenas Empresas**. Disponível em <http://zip.net/bxtjGs> Acesso em 19 abr. 2016.

RIO DE JANEIRO, **JUSTIÇA DO TRABALHO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 1ª REGIÃO 9ª Turma**. Processo nº 0011403-95.2014.5.01.0462, Relator DESEMBARGADOR JOSÉ DA FONSECA MARTINS JUNIOR.

SILVA, José Afonso, **Curso de Direito Constitucional Positivo**, Malheiros Editores, 37º ed., rev. e atual. São Paulo-SP, 2014.

# **PRISÃO PREVENTIVA E O PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO**

Guilherme Henrique Vieira Carrero  
Maíra Sá Araújo

## **RESUMO**

O presente trabalho de conclusão de curso da graduação de Direito da Faculdade Esamc Uberlândia tem como escopo principal a prisão preventiva, dando-se um enfoque na problemática do prazo em que um investigado que tem sua prisão preventiva decretada poderá responder em cárcere. A maior inspiração para fazê-lo nasceu do contato diário com o direito na prática, seja dentro de um escritório de advocacia, seja em um órgão do judiciário. No decorrer deste trabalho, serão abordadas questões de relevância ao ordenamento jurídico, levando-se em consideração que hoje se discute a liberdade de um investigado em que toda uma sociedade aponta como culpado, mas amanhã poderá ser qualquer um de nós a colidir com uma situação semelhante. Para tanto, buscou-se embasamento em jurisprudências, doutrinas de vários autores especialistas no tema e só assim conseguiu-se alcançar a solução desta problemática.

**Palavras-chave:** Prisão preventiva; Prazo; Excesso de prazo; Constrangimento ilegal; Razoabilidade.

## RESUMEN

El presente trabajo de conclusión de curso de graduación en Derecho de la Facultad Esamec Uberlândia, tiene como alcance principal la prisión preventiva, con enfoque en la problemática del plazo en que un investigado que tiene su detención preventiva decretada podrá responder en cárcel. La mayor inspiración para hacerlo surgió a partir del contacto diario con el derecho en la práctica, sea dentro de un escritorio de abogacía, sea en un órgano judicial. A lo largo de este trabajo, serán tratados puntos relevantes al ordenamiento jurídico, tomando en cuenta que hoy se discute la libertad de un investigado en que toda una sociedad señala como culpable, pero mañana podrá ser cualquier de nosotros a encontrarse en una situación similar. Para esto, se buscó fundamento en jurisprudencias, doctrinas de diversos autores expertos en el tema y únicamente de esta manera se logró alcanzar la solución de esta problemática.

**Palabras-clave:** Detención Preventiva; Plazo; Exceso En El Plazo; Confinamiento Ilegal; Carácter Razonable.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>6</b>
<b>2 PRISÃO PREVENTIVA.....</b>	<b>7</b>
2.1 Decretação .....	7
<b>3 PRESSUPOSTOS .....</b>	<b>10</b>
3.1 Da Garantia da Ordem Pública e Econômica .....	10
3.2 Da Conveniência da Instrução Criminal.....	11
3.3 Da Garantia da Aplicação da Lei Penal.....	11
<b>4 DA LEGITIMIDADE .....</b>	<b>13</b>
4.1 Princípio da Presunção de Inocência .....	13
4.2 Princípio da Razoável Duração do Processo .....	14
<b>5 DO PRAZO .....</b>	<b>17</b>
5.1 Da Contagem do Prazo Global ou Isolada.....	20
<b>6 DO SURGIMENTO DA LEI 12.403/11.....</b>	<b>23</b>
6.1 Das Medidas Cautelares Alternativas.....	25
<b>7 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>30</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>32</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Com o fito de trazer à tona um tema pouco abordado em trabalhos científicos, mas de grande relevância, foi necessária a imersão em estudos doutrinários e posições jurisprudenciais de nossos Tribunais, incluindo também minuciosa observação à Constituição Federativa do Brasil, bem como um olhar humanitário ao indivíduo que tem sua liberdade ceifada, antes mesmo de uma condenação penal transitada em julgado.

O trabalho tem como escopo principal abordar como e quando poderá a prisão preventiva ser decretada, apresentar seus fundamentos e requisitos, e salientar o tempo que o investigado em um inquérito policial, ou o réu de uma ação penal, poderá permanecer em cárcere.

Busca-se nivelar teoria e prática, baseando-se no cotidiano dos profissionais do âmbito criminal. Destarte, não se projeta um trabalho de conclusão de curso de caráter fatigante, visto que possui conteúdo eminentemente prático.

No decorrer do trabalho serão analisadas situações que irão descortinar o constrangimento ilegal vivido pelo acusado, a ausência de obediência à Constituição e a morosidade do judiciário brasileiro.

Para tanto, serão explicados, de forma detalhada e ao mesmo tempo sucinta, os requisitos, princípios e pressupostos necessários para a aplicação da prisão preventiva, de forma a evitar a negligência que se percebe em relação a estes, no momento da medida cautelar, que se apresenta bastante agressiva e deveria ser utilizada como última forma de repressão. Ademais, apresenta-se solução para o problema da delonga excessiva na duração das prisões preventivas, que muitas vezes se confirma injusta ao final do processo.

## 2 PRISÃO PREVENTIVA

A prisão preventiva é uma modalidade de medida cautelar, que é imposta para assegurar que o investigado em uma ação penal não atrapalhe a devida instrução processual, tentando esquivar-se de responder o devido processo legal, ou inviabilizar a produção de provas para o processo, impedindo assim que a formação da culpa seja concluída.

Nas palavras de Ana Flávia Messa: “em *sentido amplo*, prisão preventiva é toda privação de liberdade efetuada antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória; é o gênero das prisões anteriores à sentença definitiva” (MESSA, 2013, p. 207).

É uma medida cautelar processual, que consiste na privação da liberdade do indivíduo, antes da sentença penal condenatória transitada em julgado, sendo medida processual pessoal e intransferível, que pode ser decretada a pedido do Ministério Público, da autoridade judicial competente e *ex officio*, durante a investigação policial (inquérito) ou da instrução criminal. Na fase pré-processual, não há necessidade de haver inquérito policial para a decretação da mesma. Já na processual, pode ser decretada a qualquer momento.

A prisão preventiva é medida *ultimo ratio*, ou seja, é utilizada em último caso, quando se percebe que qualquer outra medida cautelar diversa da prisão seria ineficaz. Ainda, é medida excepcional, não sendo a regra do processo. É uma medida facultativa, no sentido de que o judiciário pode ou não decretá-la, devendo a decisão ser devidamente fundamentada, obedecendo a requisitos legais, sendo assim, uma medida judicial. Acima de tudo, devemos ressaltar que é uma medida agressiva, pois fere o direito fundamental de liberdade da pessoa, previsto em nossa Constituição Federal de 1988.

### 2.1 Decretação

Para que seja decretada a prisão preventiva, devem-se observar alguns pressupostos e requisitos legais, essenciais e específicos. No que tange aos pressupostos, para que possa aplicar tal medida, deve-se observar a real existência do crime, por meio da prova da materialidade deste e indícios de autoria, que serão provadas mediante exame de corpo de delito ou, na falta deste, por prova testemunhal. Não podendo, assim, restar dúvidas quanto aos fatos.

Os indícios devem ser suficientes e sólidos. A convicção deve ser firmada com clareza de que o indivíduo cometeu o crime, não podendo basear-se em meras suposições e/ou

convicção. É, ainda nas palavras de MESSA: “a probabilidade de ser o acusado ou indiciado o autor do crime” (MESSA, 2013, p. 208).

A fundamentação da decretação da prisão preventiva pelo magistrado deve ser baseada nos requisitos específicos, não bastando, apenas, fundar-se na gravidade do crime cometido, devendo extrair dos autos fatos que demonstrem a real necessidade de tal medida agressiva e excepcional, com o fim de assegurar a aplicação da lei penal.

Devemos observar ainda, que para a decretação da medida cautelar, deve ser observado a pena mínima em abstrato imposta ao crime, não devendo ultrapassar a prisão cautelar o prazo superior a esta. Como menciona Eugênio Pacelli, “nenhuma providência cautelar pode ser superior ao resultado final do processo a que se destina tutelar” (PACELLI, 2012, p. 500). Ressalta-se ainda, que não se aplica prisão preventiva em casos de crimes culposos, os quais o investigado ou indiciado não possuía a intenção de cometer.

Desta forma, aplica-se tal medida excepcional apenas em casos de crimes dolosos, os quais o autor da infração teve a intenção de cometer e pode, desta forma, vir a atrapalhar a construção de provas para o crime que lhe é imputado, como por exemplo, intimidação de testemunhas, vítimas, peritos ou qualquer pessoa envolvida no processo, ou alterando as provas e vestígios.

Como esmiúça Eugênio Pacelli:

9. nenhuma medida cautelar (prisão ou outra qualquer) poderá ser imposta quando não for cominada à infração, objeto de investigação ou de processo, pena privativa da liberdade, cumulativa ou isoladamente (art. 283, § 1º, CPP); do mesmo modo, não se admitirá a imposição de cautelares e, menos ainda, da prisão preventiva, aos crimes para os quais seja cabível a **transação penal**, bem como nos casos em que seja proposta e aceita a suspensão **condicional do processo**, conforme previsto na Lei nº 9.099/95, que cuida dos Juizados Especiais Criminais e das infrações de menor potencial ofensivo. Em se tratando de crimes **culposos**, a imposição de medida cautelar, em princípio, não será admitida, em face do postulado na **proporcionalidade**; contudo, quando – e somente quando – se puder antever a possibilidade concreta de imposição de pena privativa da liberdade ao final do processo, diante das condições pessoais do agente, serão cabíveis, excepcionalmente para os crimes culposos, as cautelares dos arts. 319 e 320, segundo a respectiva necessidade e fundamentação; [grifos do autor] (PACELLI, 2012, p. 490).

Para que seja decretada a prisão preventiva, também devemos analisar os requisitos essenciais e específicos, aos quais nos referimos há pouco. Como requisitos essenciais, temos o *Periculum libertatis* e o *Fumus Comissi Delicti*.

O *Periculum libertatis*, ou seja, “perigo na liberdade” do acusado ou indiciado, trata dos riscos que o próprio representa para assegurar a aplicação da lei penal. Se, em liberdade, o investigado resolve praticar atos que prejudicarão na produção de provas da instrução processual, apresentando, de forma inequívoca, probabilidade de provocar prejuízos probatórios, executórios e/ou no meio social, este representa um risco para o processo, devendo ser privado de sua liberdade.

Quanto ao *Fumus Comissi Delicti*, ou seja, a “fumaça do cometimento do delito”, segundo Thiago Minagé, “a demonstração efetiva, de que um crime ocorreu deve estar presente em uma aceitação de probabilidade, ou seja, inadmitindo meros juízos de admissibilidade, dispensando assim o achismo que perturba os personagens jurídicos” (MINAGÉ, 2015, p. 74).

Entende-se então, que ao obedecer tal requisito, devemos analisar e tratar com certeza, ou quase, a probabilidade de tal investigado ou indiciado ter praticado o crime, não podendo tratar-se de meras suposições, mas sim de um conjunto probatório em construção que nos leva a ter plena convicção da materialidade e autoria dos fatos.

Ambos os requisitos essenciais devem ser obedecidos no sentido de que devemos assegurar a construção probatória dos fatos, que nos levam a crer na materialidade e autoria do crime, privando a liberdade do acusado que ameaçar atrapalhar o devido andamento da investigação ou processo.

### 3 PRESSUPOSTOS

Não só os requisitos essenciais devem ser observados, como os requisitos específicos, quais sejam: a garantia da ordem pública e econômica, a conveniência da instrução criminal e a garantia da aplicação da lei penal. Os quais iremos tratar a seguir em tópicos separados.

#### 3.1 Da Garantia da Ordem Pública e Econômica

O escopo principal deste requisito indispensável para decretação da prisão preventiva é a prevenção do cometimento de novas infrações penais pelo indiciado, que na permanência da sua liberdade poderá provocar vários eventos danosos à sociedade. Conforme afirma José Frederico Marques “o periculum in mora deriva dos prováveis danos que a liberdade do réu possa causar – com a dilatação do desfecho do processo – na vida social e em relação aos bens jurídicos que o Direito Penal tutela” (MARQUES, 1997, p. 63).

Diante disso, a decretação da prisão preventiva ao imputado não é só um meio de restaurar a credibilidade do judiciário, mas também garantir a paz e a tranquilidade no meio social. Segundo Fernando da Costa Tourinho Filho, “ordem pública (...) é a paz, a tranquilidade no meio social” (FILHO, 1997, p. 478).

Porém, a garantia da ordem pública não é caracterizada apenas e tão somente pela comoção social, a periculosidade do réu e de seus comparsas, a gravidade do crime e o *modus operandi* identificados nos autos são elementos suficientes para justificar tal requisito, que visa também cessar a reiteração criminosa. Nas palavras de Guilherme Souza Nucci, “a garantia da ordem pública, como fundamento para a prisão preventiva, deve ser visualizada pelo trinômio gravidade da infração + repercussão social + periculosidade do agente.” (NUCCI, 2008, p. 605).

Nesse tocante, cabe ressaltar que identificado os pressupostos e condições elencados no artigo 312, do Código Processual Penal, o agente mesmo ostentando bons antecedentes e sendo réu primário não será empecilho para decretação da prisão preventiva.

A par disso, também compõe fundamento para decretação da prisão preventiva, a garantia da ordem econômica, que visa frustrar o encadeamento da prática dos crimes para normalizar a economia, e que o imputado volte a cometer novos delitos econômicos, gerando assim profundo dano social, além de afetar a livre concorrência.

### 3.2 Da Conveniência da Instrução Criminal

Sendo este um requisito para decretação da prisão preventiva, cercear a liberdade do acusado durante o inquérito policial e até mesmo na ação penal, pode ser um mecanismo importante a ser utilizado pelo magistrado com objetivo de impedir que o investigado atrapalhe o andamento processual, destruindo provas do crime, apagando vestígios e ameaçando testemunhas, peritos ou qualquer parte envolvida no processo, e impedindo assim que a busca pela verdade real não seja de forma alguma colocada em risco.

O *periculum libertatis*, é um fundamento caracterizado em excelência pelo requisito em questão, ele consiste em um termo jurídico que indica que a liberdade do acusado oferece perigo, uma vez que a decretação da prisão preventiva tem por escopo principal proteger a produção probatória, proporcionando ao juiz as devidas condições para ao final emitir um julgamento imparcial e justo.

Resta devidamente fundamentada a decisão do E. Tribunal *a quo* que determinou que:

[...] o restabelecimento da prisão cautelar, com a expressa menção à situação concreta que se caracteriza pela conveniência da instrução criminal, tendo em vista a notícia dos autos de que se as testemunhas, que poderão ser ouvidas na sessão de julgamento pelo Tribunal do Júri, estariam se sentindo intimidadas diante de certas condutas praticadas pelos recorrentes (TJRN, Recurso Especial nº 909021/RN, 2007).

Vale dizer que, deve-se discernir o fato de que o alegado ser citado e não se apresentar para satisfazer os questionamentos existentes no processo, mesmo após a devida citação pessoal, ou então, se sequer o imputado é encontrado para citação, não autoriza a decretação da prisão preventiva.

Destarte, embora o termo seja mencionado como “conveniência”, esta medida não surgiu para o bem-querer do magistrado, e sim para a proteção do devido processo legal, quando se mostrar necessário e imprescindível tal aplicação.

### 3.3 Da Garantia da Aplicação da Lei Penal

No que tange à garantia da aplicação da lei penal, medida estritamente cautelar, estamos tratando dos casos em que há fundados indícios de que o acusado ou indiciado pretende fugir, para se eximir de suas responsabilidades e burlar a aplicação da condenação a qual poderá ser submetido. Deve-se sempre ter em mente que os indícios do risco de fuga

devem ser claros e determinados, para, assim, justificar o receio de que o acusado ou indiciado irá fugir.

Em casos em que o investigado ou denunciado foge no momento da prisão em flagrante delito, por exemplo, pode este ser um indício de que, ao ser encontrado, irá ser rebelde quanto ao cumprimento de sua possível condenação, justificando, assim, sua prisão preventiva.

Outros indícios, também, são o fato de o investigado ou indiciado não possuir residência fixa, emprego fixo, apresentar mal antecedentes e não possuir vínculo com o local em que praticou o crime. Tais fatos levam à crença de que o mesmo irá fugir para abster-se de cumprir a pena a que possivelmente será acometido, tendo em vista que não há o que o prenda no local da culpa.

A fuga do acusado ou indiciado resultaria na não aplicação da lei penal, exatamente o que tal princípio busca resguardar. Porém, conforme explica Henrique Saibro, (2015, s/n), “a mera presunção de fuga não é o suficiente para o enclausuramento preventivo, pois necessária a colheita de dados fáticos veementes a ponto de motivar a potencialidade de o indivíduo evadir-se durante a *persecutio criminis*”.

Ainda, temos que, conforme Roberto Delmanto Junior (2001, p. 177), a decretação da prisão preventiva não pode fundar-se apenas na garantia da aplicação da lei penal, o que resultaria em sua inconsistência.

A decretação da prisão preventiva deve basear-se, portanto, em pelo menos um destes fundamentos aqui mencionados, para, assim, justificar a aplicação de tal medida excepcional.

## **4 DA LEGITIMIDADE**

Antes de mencionarmos os princípios que compõem o processo penal, devemos entender o que chamamos por “princípios”.

Trata-se de regras básicas, que não devem ser questionadas ou contestadas, sendo tratadas como normas. São direitos e garantias que devem ser analisados antes da elaboração e aplicação de qualquer lei ou mandamento, não podendo ser negligenciados ou negados a uma pessoa.

Neste sentido temos que, princípios do processo penal são as normas que estão na base do ordenamento jurídico, guiando a interpretação e aplicação das leis, para garantia dos direitos fundamentais do acusado. Acabam, por si só, na ausência de regra ou lei, resolvendo certos conflitos.

Ainda, devemos ressaltar que, a análise dos princípios processuais penais deve ter ligação íntima com o direito constitucional, visto que aludem a direitos fundamentais presentes neste.

São vários os princípios processuais penais, porém, no presente artigo, trataremos apenas de dois principais, os quais são de maior relevância para o tema. São eles: princípio da presunção de inocência e princípio da razoável duração do processo, que abrangem, em sua essência, alguns outros princípios.

### **4.1 Princípio da Presunção de Inocência**

Ao tratarmos do princípio da presunção da inocência, não podemos deixar de citar o art. 5º, LVII, da Constituição Federal, o qual afirma que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988). Tal princípio visa tutelar a liberdade pessoal do acusado.

Em análise deste, percebe-se que, em sua essência, não presume inocência, tratando o investigado como “inocente”, mas sim, presume a não culpabilidade, garantindo ao mesmo que não será considerado culpado, e não que será considerado inocente, até que haja prova dos fatos e trânsito em julgado do processo. (BONFIM, 2014, p. 89).

Com a garantia fundamental da não culpabilidade do acusado, a parte acusatória fica com o ônus de provar a materialidade do delito e o envolvimento deste com o crime, visando provar sua culpabilidade. Caso reste infrutífero, o juiz, na dúvida da autoria, não pode julgá-lo

culpado, devendo absolvê-lo. Tratamos aqui, portanto, da influência do princípio *in dubio pro reo* (na dúvida, a favor do réu) no estado de presunção da não culpabilidade.

Desta forma, temos que o princípio da não culpabilidade não é um princípio absoluto, mas sim transitório, visto que, caso a parte acusatória consiga provar o envolvimento do acusado com o crime e seja proferida sentença penal condenatória, este sai do “status” de não culpado para o “status” de culpado, no processo.

Respaldamos ainda sua extrema importância, com o art. 11, § 1º, da Declaração de direitos humanos, que diz: “Toda a pessoa acusada de um acto delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas”. (BRASIL, 1948)

Demonstramos assim, a necessidade deste princípio ser adotado de forma basilar no processo penal, devendo sempre ser observado no decorrer das ações.

Conforme versa Renata Silva e Souza:

Durante as investigações e o processo, o réu não deve ser punido antecipadamente, e nem mesmo tratado como culpado, aplicando só as medidas necessárias, e restringindo o mínimo de direitos possíveis, uma vez que ainda não se sabe se o acusado é inocente ou culpado. (SILVA E SOUZA, 2011, p. [s.n])

Assim, com o auxílio deste princípio, reforçamos que a aplicação banalizada e mal fundamentada da prisão preventiva desrespeita mais uma garantia fundamental, acobertada pela Carta Magna de nosso País e pela Declaração de Direitos Humanos. Não se deve aplicar medida cautelar restritiva de liberdade àquele o qual não foi provado seu envolvimento ou autoria do crime, tendo em vista que lhe é garantida a presunção de “não culpabilidade”.

#### **4.2 Princípio da Razoável Duração do Processo**

Não é novidade que o tempo da duração de um processo é um dos pontos mais discutidos dentro do direito e da atividade jurídica, principalmente se discutindo quanto à liberdade de um indivíduo. Por essa razão, com intuito de promover a celeridade processual, resguardando a efetividade da tutela jurisdicional, foi inserido na Constituição Federativa da República no inciso LXXVIII, do art. 5º, por meio da Emenda Constitucional nº 45/2004 (BRASIL, 1988), um princípio de grande importância para o processo penal, denominado de princípio da razoável duração do processo.

Entretanto, determinar o tempo da duração de um processo se torna uma tarefa extremamente difícil para o Poder Judiciário, pois qual o tempo razoável para uma lide? É nítido que a demora em demasiado coloca em risco a efetividade do processo, já que em muitos casos quando o conflito é por fim solucionado não há mais problema.

Conforme José Rogério Cruz e Tucci:

[...] é evidente que a excessiva demora na prestação da tutela jurisdicional, em muitos casos, vulnera a efetividade do processo, lesando o princípio do devido processo legal processual. A intempestividade da tutela jurisdicional, em termos globais, aumenta a incerteza e compromete a segurança jurídica (CRUZ E TUCCI, 1998, p.12).

E também Sergio Demoro Hamilton:

(...) se o processo penal goza de razoável duração, como deseja a norma programática inserida pela Emenda Constitucional n° 45, o mesmo não pode ser dito em relação aos inquéritos policiais, que se arrastam por meses e anos sem solução e são fadados ao arquivamento ou extinção de punibilidade (HAMILTON, 2009, p. 284).

O tema em questão é de grande relevância e merece espaço discussão. Observado isso, ganhou destaque em tratados internacionais sobre direitos humanos, no artigo 8º, 1, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), por exemplo, assevera que:

Artigo 8º - Garantias judiciais:

1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza (CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1969).

Já o art. 6º da Convenção Europeia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, firmada em 4 de novembro de 1950, em Roma, dispõe que:

Artigo 6º - Direito a um processo equitativo:

1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer

acusação em matéria penal dirigida contra ela (CONVENÇÃO EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS, 1950).

Impossível abordar este princípio sem logo mencionar outro princípio de relevância e também consagrado na Declaração Universal dos Direitos Humanos, denominado como princípio do devido processo legal. O mesmo tem a finalidade de garantir a eficácia dos direitos garantidos ao cidadão pela nossa Constituição Federal e também possibilita o mais amplo controle dos atos jurídicos, para manutenção do Estado Democrático de Direito e efetivação do princípio da igualdade.

Por isso, conforme Paulo Henrique dos Santos Lucon:

A cláusula genérica do devido processo legal tutela os direitos e as garantias típicas ou atípicas que emergem da ordem jurídica, desde que fundadas nas colunas democráticas eleitas pela nação e com o fim último de oferecer oportunidades efetivas e equilibradas no processo. Aliás, essa salutar atipicidade vem também corroborada pelo art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, que estabelece que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (LUCON, 1999, p. [s.n]).

Ademais, diz também que:

Por não estar sujeito a conceituações apriorísticas, o devido processo legal revela-se na sua aplicação casuística, de acordo com o método de “inclusão” e “exclusão” característico do *case system* norte-americano, cuja projeção já se vê na experiência jurisprudencial pátria. Significa verificar in concreto se determinado ato normativo ou decisão administrativa ou judicial está em consonância com o devido processo legal (LUCON, 1999, p. [s.n]).

Sendo assim, o devido processo legal tem por escopo e representatividade simbolizar a obediência às normas processuais propostas em lei, resguardando as partes de atos arbitrários das autoridades jurisdicionais e executivas.

## 5 DO PRAZO

Primeiramente, para falar sobre o que se entende como um prazo razoável para a aplicação da prisão preventiva, deve-se explicar o que se depreende como prazo.

Prazo é o período de tempo compreendido entre o início de uma investigação ou processo e o próximo ato processual que será praticado. Havendo um prazo especificado em lei, este deve ser entendido como o *tempo disposto à realização de determinado ato* (grifo nosso).

Como explica Vinicius Lang dos Santos, que utilizou os ensinamentos de José Carlos Teixeira Giorgis, os prazos devem ser constituídos em atendimento a dois fatores distintos: “o interesse público que exige ordem em juízo para pronta decisão e, de outro lado, o interesse particular, dando-se às partes lapso suficiente para assegurarem seus direitos” (SANTOS, 2008, p. 74). Sendo assim, prazo é o espaço de tempo entre dois momentos, de iguais direitos para as partes envolvidas no processo, nos quais os atos processuais devem ser praticados.

O prazo razoável, portanto, deve ser mensurado de forma a não prejudicar nenhuma das partes do processo, devendo assegurar o direito de defesa do acusado, assim como obedecer ao princípio da celeridade do processo, a fim de satisfazer a ordem pública e se fazer valer a justiça o mais rápido possível.

A Lei nº 9.034/95, dispunha em seu artigo 8º, que: “o prazo para encerramento da instrução criminal, nos processos por crime de que trata esta Lei, será de 81 (oitenta e um) dias, quando o réu estiver preso, e de 120 (cento e vinte) dias, quando solto” (BRASIL, 1995). A referida lei tratava dos crimes praticados por organizações criminosas, porém, passou a fazer-se uma analogia em relação aos prazos por ela estipulados, aplicando estes também aos crimes comuns.

Neste sentido, por analogia, passou-se a entender que o prazo razoável para duração da prisão preventiva seria o prazo estipulado por esta lei para o encerramento da instrução criminal, de 81 dias (que foi definido de acordo com a soma dos prazos estipulados pelo Código de Processo Penal, a cada ato da instrução processual), podendo ser prolongado para até 120 dias, como permitia a lei para instrução criminal de crimes investigados com réus soltos.

Diante desta análise, manter um investigado ou acusado preso por mais de 81 dias já caracterizaria excesso de prazo, porém, poderia ser prolongado para 120 dias. Qualquer manutenção de prisão provisória que ultrapassasse 120 dias, independente da complexidade do

caso e de suas circunstâncias (a não ser que a demora se dê por culpa exclusiva da defesa), caracterizaria excesso de prazo, configurando constrangimento ilegal.

Conforme se pode averiguar na ementa do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a analogia foi de fato aplicada para caracterizar constrangimento ilegal:

EMENTA: PRISÃO PROVISÓRIA. PRAZO PARA O ENCERRAMENTO DO PROCESSO. PREVISÃO EM LEI ESPECIAL QUE DEVE SER APLICADA A TODOS OS CASOS. O art. 8º da Lei 9.034/95, ao estabelecer o prazo de cento e vinte dias para o encerramento dos processos, fixou o tempo máximo de prisão provisória para todas as hipóteses (art. 648, II, CPP). Ou seja, o prazo de oitenta e um dias continua sendo um marco, para se avaliar eventual constrangimento ilegal. E o cento e vinte dias passam a ser o limite máximo, quando não mais se admitirá qualquer excesso, ficando o Juiz impedido de justificar o atraso, ainda que em razão de situações especiais. A situação em julgamento se enquadra na hipótese, uma vez que o paciente está detido a mais de oito meses, ultrapassando, inclusive, o prazo mais dilatado admitido, ou seja, de cento e oitenta dias. Ademais, o atraso na conclusão do procedimento com relação ao paciente se deve à erronia do juizado. DECISÃO: Habeas-corpus concedido. Unânime. (TJRS, Habeas Corpus nº 70015566607, 2006).

Porém, com a reforma do Código de Processo Penal, ocorrida em agosto de 2008, foram modificados os prazos para cada ato processual, o que modificou a soma de todos os prazos, provocando a “queda da doutrina de 81 dias”, como denominam Viviane de Freitas Pereira e Ana Carolina Mezzalira (2010, p. s/n).

Com a referida reforma, novamente o legislador se absteve de estipular prazo de duração para a prisão preventiva, voltando à **“estaca zero”**, em que o prazo para configurar constrangimento ilegal seria novamente ditado de acordo com a opinião pessoal do magistrado (grifo nosso). Eis que, diante disso, o Supremo Tribunal Federal passou a utilizar o **princípio da razoabilidade** como princípio base, norteador, para a duração da prisão preventiva, no qual seriam analisados três requisitos: “complexidade do caso, conduta do acusado e defesa ao longo do feito e a conduta das autoridades judiciárias”, conforme explicam Viviane Pereira e Ana Carolina Mezzalira (2010, p. s/n). [grifo nosso]

É unânime o entendimento do STF quanto à necessidade de analisar tais requisitos para manifestar-se em relação ao excesso de prazo relativo à manutenção da prisão preventiva, baseando-se sempre no princípio supramencionado.

Quanto à complexidade do caso, há de se analisar a forma como o crime foi praticado, assim como a quantidade de investigados e testemunhas, o que, havendo muitos envolvidos, pode retardar o andamento do processo.

Em relação à conduta do acusado e defesa, há de se analisar se, propositalmente, não estão provocando a lentidão do tramitar do processo por meio de torpeza, para se beneficiar com o suposto excesso de prazo.

E, por fim, ao analisar a conduta das autoridades judiciárias, o objetivo é verificar se não está ocorrendo um descaso por parte destas, motivo pelo qual estaria a delongar o andamento do processo.

Diante da averiguação desses três requisitos, é que se deve mensurar o prazo ideal e justo para a manutenção da prisão preventiva, buscando-se obedecer ao princípio da razoabilidade, para que não se configure um prazo abusivo para o investigado, assim como não permitir que o mesmo se aproveite de algumas situações para manter-se em liberdade e, em determinados casos, prejudique a produção de provas.

Porém, depara-se diariamente com a negligência das autoridades em relação ao princípio da razoabilidade aqui exposto, visto que mantem-se presos preventivamente investigados de crimes de simples dissolução por prazos exorbitantes, de acordo com suas opiniões pessoais ou, na maioria das vezes, por descaso. Um total desrespeito à dignidade humana e, principalmente, aos princípios norteadores da aplicação de tal medida repressiva que, *a priori*, deveria ser utilizada em último caso, e não apenas para manter o investigado em cárcere de acordo com a vontade e entendimento próprio de cada autoridade, como ocorre atualmente.

Como ressalta Delmanto, sobre as palavras de Fernando Fabião, *in verbis*:

A fixação de apertados prazos de duração da prisão preventiva é um processo que, embora não remedeie completamente, pelo menos, *muito atenua*, na medida em que reduz a sua duração, *a injustiça da prisão de um indivíduo* que, ulteriormente, se averigua estar inocente, ou mesmo culpado mas não condenado em prisão efectiva, ou condenado nesta última, quando de menor duração que a prisão preventiva sofrida. [grifos do autor] (DELMANTO, 2001, p. 237).

Além disso, Delmanto também esclarece com a opinião de Luigi Lucchini, que, a prisão preventiva, na condição de última solução coercitiva, utilizada apenas em casos excepcionais, deve possuir “limites inexcedíveis de duração”, para que não favoreça a “inércia e comodidade dos juízes”. (DELMANTO, 2011, p. 237).

Em continuidade deste pensamento, Delmanto ainda menciona Alberto Silva Franco, que defende:

A duração temporal do processo tem que ser *devidamente demarcada*, não só em respeito aos princípios constitucionais já enunciados, mas também em consideração ao princípio da presunção de inocência, que não suporta que um acusado fique preso, a título provisório, no aguardo sem limitação temporal, do encerramento do processo penal. [grifo do autor] (DELMANTO, 2001, p. 237/238).

Sabe-se que a prisão preventiva não tem o mesmo título jurídico que a pena, não podendo ser ambas consideradas iguais ou semelhantes, porém, na prática que vivenciamos, percebemos que ambas apresentam praticamente as mesmas características, tendo em vista que as duas afetam negativamente a liberdade do investigado ou condenado.

Em relação à falta de determinação expressa do prazo ideal para a prisão preventiva, que fica a critério do magistrado ser estipulado, concorda-se com as palavras de Delmanto, que afirma que “em matéria de prisão cautelar, não há falar-se em *prazos judiciais* (fixados pelo juiz), mas somente em *prazos legais* (fixados pela lei)”. [grifos do autor] (DELMANTO, 2001, p. 241).

Desta forma, está-se diante de um modo de determinação de prazo arbitrário, que fica a critério do julgador, tendo em vista que não há, previsto em lei, um prazo determinado a ser obedecido para a duração da prisão preventiva.

### **5.1 Da Contagem do Prazo Global ou Isolada**

Com relação aos excessos de prazo, que ocorrem recorrentemente em nosso País, ao julgarem pedidos de revogação da prisão preventiva, relaxamento de prisão e ordens de *habeas corpus*, os Tribunais se depararam com a seguinte questão: devem ser considerados excedidos os prazos que não forem cumpridos isoladamente em cada fase do processo (como quando se extrapola o prazo para a formulação do inquérito, ou para o oferecimento da denúncia, etc.)? Ou deve-se somar os prazos, não importando que se extrapole alguns, desde que seja compensado na celeridade de outros, não ultrapassando a somatória de todos os prazos?

Existem duas correntes quanto à contagem do prazo para configurar seu excesso na prisão provisória. São elas: contagem global e contagem isolada.

Aqueles que são a favor da corrente que defende a contagem isolada dos prazos, alegam que este deve ser considerado excedido, resultando em coação ilegal, quando ultrapassado qualquer um dos prazos estipulados no nosso Código de Processo Penal, devendo ser o acusado colocado em liberdade imediatamente após a extrapolação de algum dos prazos determinados em lei.

Roberto Delmanto Junior cita Edgard Magalhães Noronha, que defende tal contagem, dizendo:

Em se tratando de liberdade da pessoa, a lei sempre tem o cuidado de fixar prazos, como se verifica dos arts. 46 (para oferecimento da denúncia), 401 (para audiência de testemunha) etc. Consequentemente, no caso do art. 304, § 1º, as diligências policiais deverão estar findas naqueles dez dias, devendo o acusado ser solto se tal não ocorrer (JUNIOR, 2001, p. 245).

Já na contagem global, corrente que alega que o prazo deve ser contabilizado como um todo, devendo configurar coação ilegal apenas após exceder o prazo total da somatória de cada prazo isolado, podendo-se extrapolar alguns, desde que compense na economia de outros, não ultrapassando a somatória de todos, temos a manifestação positiva de Bento de Faria, também citado por Delmanto Junior, que diz:

[...] como admitir-se que se dê a liberdade a um réu confesso, que cometeu um homicídio hediondo, sem nenhuma dirimente ou justificativa, só porque foram excedidos os prazos da formação da culpa! É bem de ver-se que solto por via de *habeas corpus* um réu em tais condições, a primeira coisa que fará será foragir-se em lugar incerto e não sabido (JUNIOR, 2001, p. 246).

Até a reforma do Código de Processo Penal, em agosto de 2008, a jurisprudência acordava com a contagem global dos prazos, na qual eram somados os prazos estipulados em lei e este deveria ser o prazo ideal para a manutenção da prisão preventiva.

Entretanto, após a referida reforma, quebrou-se a teoria dos “81 dias” (soma dos prazos para cada ato processual, à época), tornando-se a ficar, novamente, a determinação do prazo ideal para manutenção da prisão preventiva, a critério dos julgadores, visto que, mais uma vez, o legislador não definiu prazo em lei, deixando outra vez esta questão diante de uma grande lacuna.

Acaba ficando a critério dos juízes a decisão quanto ao excesso, ou não, da manutenção do cárcere preventivo. Assim, continua-se a se deparar, recorrentemente, com prazos arbitrários, determinados de acordo com o bem entender dos juízes de cada caso, desrespeitando a dignidade do preso. O que resta crer que, a única solução para este problema

em nosso País, seria aprimorar a eficiência da produção da culpa, agilizando o encerramento da instrução do processo. Ou, caso não seja uma medida viável ao nosso País, que está abalroado de processos e inquéritos por fazer, deveria o legislador estipular, em lei, o prazo máximo para a manutenção do cárcere preventivo, de acordo com a gravidade do crime.

## 6 DO SURGIMENTO DA LEI 12.403/11

A fim de maior valorização dos princípios já mencionados neste artigo, assim como para mais respeitar a dignidade humana daqueles envolvidos em investigações penais, principalmente os presos em flagrante e preventivamente, foi aprovada, no dia 04 de maio de 2011, a Lei nº 12.403, que trouxe diversas alterações em relação às prisões cautelares, fornecendo-nos novas medidas cautelares, de caráter pessoal, a serem aplicadas em benefício do acusado ou investigado.

As medidas cautelares de caráter pessoal, chamadas também por medidas cautelares subjetivas, instituídas pela Lei 12.403/11, modificaram o art. 319, do CPP, estando elencadas em seus incs. I a IX. São medidas de caráter pessoal por analisarem subjetivamente o investigado, sua vida pregressa, suas condições únicas e pessoais de sobrevivência, como trabalho fixo, residência fixa, além da pena aplicada ao crime cometido, etc.

A partir da análise subjetiva do investigado, determina-se a aplicação de determinada medida cautelar, a fim de evitar a decretação da prisão preventiva, que é medida excepcional, *ultima ratio*, conforme já explicamos.

Ao serem determinadas medidas cautelares diversas da prisão, devemos entender que estas são, assim como a prisão em flagrante ou preventiva, provisórias. Conforme explica Pacelli, “o que é *provisório* é sempre a prisão, assim como todas as demais medidas cautelares, que sempre implicarão restrições a direitos subjetivos. A *liberdade* é a regra” [grifos do autor] (PACELLI, 2012, p. 488). Vale ressaltar o fato de o autor comparar as medidas cautelares com a prisão preventiva ou provisória, no sentido de que **tais medidas também se enquadram como restrições a direitos subjetivos**, (grifo nosso), não devendo, portanto, serem mantidas *ad eternum*, ou, claramente falando, perpétuas, independentemente do resultado do processo.

Mencionado o caráter provisório das medidas cautelares, devemos também mencionar outras características das mesmas, que são: revogabilidade; substitutividade; e excepcionalidade.

Ainda em relação à provisoriedade, mencionada anteriormente, para que melhor fique o entendimento, será explicado aqui, conforme os ensinamentos de Mougnot, o porquê de tal característica.

As medidas cautelares visam assegurar determinada providência, necessária para o êxito da investigação criminal, ou do andamento do processo. A partir do momento em que não se vê mais riscos a tal procedimento, ou que já obteve êxito na produção das provas, não

há mais necessidade de manter a medida cautelar imposta a este quesito, devendo ser revogada. Tal possibilidade de revogação demonstra a provisoriedade das medidas cautelares.

Em relação à revogabilidade, conforme já foi adiantado no parágrafo anterior, característica diretamente atrelada à característica provisória da medida cautelar, temos que, de acordo com Mougenot, o fato de a medida ser revogável é associado à cláusula *rebus sic stantibus* (enquanto as coisas permanecerem como estão). Se não mais se faz necessária determinada medida, conforme exemplificado acima, devido ao fato de as circunstâncias que provocaram a determinação desta serem totalmente mutáveis, não “permanecendo como estão”, é perfeitamente revogável sua aplicação (BONFIM, 2014).

Este preceito está previsto no art. 282, § 5º, 1ª parte, do CPP, que versa que “o juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem” (BRASIL, 1941).

Acrescentamos ainda que, conforme versado no artigo supra, caso venha o juiz a determinar a revogação de certa medida e, posteriormente, esta venha a ser novamente necessária, este pode decretá-la novamente, assim como decretar qualquer outra necessária no decorrer do processo, evitando, assim, a prisão preventiva do investigado.

Quanto à substitutividade, de acordo com o art. 282, §§ 5º e 6º, do CPP (BRASIL, 1941), é perfeitamente possível que o juiz venha a substituir determinada medida cautelar aplicada, caso não enxergue motivos para não fazê-lo, em benefício do investigado, podendo atuar *ex officio*, ou a requerimento das partes.

Ainda como evidência da substitutividade das medidas cautelares, temos o que é estabelecido em lei, que prega que a prisão preventiva apenas deve ser aplicada *ultima ratio*, como medida excepcional, se não for possível a sua substituição por qualquer medida cautelar, visando sempre a menor onerosidade para o investigado.

Por fim, ainda ressaltando o caráter excepcional das medidas cautelares, temos o art. 5º, inc. LVII, da Constituição Federal/88, que preceitua o princípio da não culpabilidade do investigado, que também já foi tratado, afirmando que toda medida cautelar, seja de prisão, seja alternativa desta, deve ser aplicada excepcionalmente, pois, conforme nos explica Edilson Mougenot Bonfim, “se a imposição da medida vier a caracterizar efetiva antecipação da pena, inverter-se-ia o referido princípio, passando a ter o acusado como presumidamente culpado enquanto não definitiva a decisão sobre o processo no qual figure como réu” (BONFIM, 2012, p. 23).

Ainda conforme o mesmo autor, e para concluir-se a questão das características mencionadas, finalizar-se-á com seu ensinamento:

Se, no caso concreto, o acusado não oferecer qualquer risco ao escoreito tramitar da ação penal, não oferecer qualquer indício de que irá tumultuar o curso do processo, tampouco atrapalhar a instrução criminal, bem como não demonstrar ser propenso à reiteração criminosa, **nenhuma das medidas deverá ser aplicada ao caso**. Fala, aqui, pois, o primado da dignidade humana, do qual decorre o também constitucional princípio do estado de inocência ou da não culpabilidade, albergado pela Lei maior e reiterado, como escopo, pelo legislador infraconstitucional [grifo nosso] (BONFIM, 2012, p. 25).

### 6.1 Das Medidas Cautelares Alternativas

Será explicado aqui, de modo sucinto, as nove medidas cautelares alternativas da prisão. Diz-se de modo sucinto, pois, como há de se perceber no decorrer da explicação, estas são muito bem definidas, tornando-se autoexplicativas. Porém, não impede de clarear um pouco mais suas intenções.

O art. 319, do Código de Processo Penal, versa: “São medidas cautelares diversas da prisão: I – comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;” (BRASIL, 1941).

Como bem compara Pacelli (2012, p. 502), tal providência já existe em nossa jurisdição processual penal, conhecida como *suspensão condicional do processo*, medida que é utilizada quando a pena mínima cominada ao crime cometido é igual ou inferior a um ano, prevista pelo art. 89, da lei nº 9.099/95. Porém, a suspensão condicional do processo só será aplicada caso seja proposta ao acusado, aceita por este e decretada pelo juiz. Uma vez aplicada a suspensão, o acusado não está mais sujeito às outras medidas cautelares previstas por este artigo.

Como conceitua Mougenot “A suspensão condicional do processo pode ser definida como a interrupção do curso processual, com a imposição de uma série de condições ao beneficiado, durante um período de prova, que poderá levar à extinção da punibilidade” (BONFIM, 2007, p. 521),

Conforme preceitua o art. 282, inc. II, do CPP, cabe ao juiz definir a devida proporção de periodicidade do comparecimento do acusado, de acordo com a gravidade do crime e suas condições particulares (BRASIL, 1941).

Conforme bem explicita Pacelli, o Estado não pode punir mais ou menos o investigado que possui ou não labor definitivo, não obtendo o acusado a obrigação de possuí-lo, mas sim, o dever de justificar os recursos que obtém para sobreviver (PACELLI, 2012, p. 503).

Em continuidade, o inc. II, do art. 319, do CPP, versa a segunda medida cautelar diversa da prisão, o qual dispõe que: “II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;” (BRASIL, 1941).

Apesar de autoexplicativa e aparentemente de fácil aplicação, não há, atualmente, um modo eficiente e de fácil acesso para monitorar a presença ou não do investigado em lugares que lhe forem proibidos, que não seja a monitoração eletrônica. Entretanto, no Brasil, tal monitoramento ainda é de difícil acesso, devido a falta de tecnologia.

Mesmo sendo eficiente a medida imposta no inc. II do art. 319 do CPP, torna-se de difícil aplicabilidade e eficácia, dependendo, neste caso, da eficiência da polícia repressiva e da colaboração de cidadãos que possuem conhecimento do fato, o que não é comum.

Previsto no inc. III, do art 319, do CPP, temos “III – proibição de manter contato com pessoa determinada, quando, por circunstância relacionada ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;” (BRASIL, 1941).

Mais uma medida de difícil aplicabilidade, tendo em vista que novamente depende sua eficácia da colaboração de cidadãos que tenham conhecimento do fato. O que facilita a aplicação da norma, é que envolve diretamente vítimas e seus familiares, os quais, com certeza, no ímpeto de não serem prejudicados, ou mesmo por medo, avisarão as autoridades caso o investigado venha a descumprir a medida.

Ainda, nos deparamos com a dificuldade de evitar todo e qualquer lugar que vítima e investigado possam se “esbarrar” na sociedade. Portanto, é majoritário o entendimento de que o que a medida pretende impedir é que o investigado procure a vítima, tente manter contato, tente se aproximar ou comunicar com a mesma. Tem que haver o dolo, a vontade de fazer, o propósito.

Mais uma medida cautelar arrolada pelo art. 319, do CPP, é “IV – proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;” (BRASIL, 1941).

Tal medida visa assegurar a garantia da aplicação penal, tendo em vista justificado receio de que, ao ausentar-se da Comarca, o investigado pode vir a não retornar, prejudicando o andamento do processo, produção de provas e etc.

Mesmo diante da garantia de não autoincriminação, o investigado ainda está sujeito a não atrapalhar a produção de provas, principalmente quando se tratar de reconhecimento pessoal, pelo o qual, neste caso, é o acusado obrigado a comparecer quando intimado.

Conforme bem explica Pacelli:

[...] a garantia contra a não autoincriminação não constitui qualquer direito subjetivo a não produzir prova contra si mesmo. O que existe, como regra, é a proibição de a pessoa ser *compelida, contra a sua vontade*, a realizar os exames previstos em lei. De fato, não se pode forçar ninguém a *soprar* o bafômetro, e, tampouco, a *escrever de próprio punho* para comparações grafotécnicas. [...] Já para o reconhecimento de pessoa, no caso em que a prova do crime necessite do depoimento de testemunhas oculares do fato, não há como recusar a validade da medida, podendo o juiz, inclusive, determinar a condução coercitiva do acusado *para esse fim* (art. 260, parte final, CPP). [grifos do autor] (PACELLI, 2012, p. 504/505).

Ainda como opção de medida cautelar aplicável, temos o inc. V, do art. 319, do CPP, que diz “V – recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;” (BRASIL, 1941).

Em primeira mão, nos vem à cabeça que tal medida se trata de uma *prisão domiciliar*. Porém, apesar de parecer, não podemos confundi-la. De fato, trata-se de uma medida cautelar restritiva de direitos, assemelhando-se à prisão, enquadrando-se como uma substitutiva da prisão preventiva.

Para ser decretada tal medida, devido à sua gravidade e caráter restritivo, deve-se observar algumas peculiaridades do investigado, que nos são expostas no art. 318, do CPP, devendo o juiz se atentar a tais condições para decretá-la.

Mais uma alternativa das medidas cautelares previstas no art. 319, do CPP, temos o inciso VI, que diz: “VI – suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;” (BRASIL, 1941).

Como explicado no fim do texto desta medida, aplica-se a cautelar de suspensão do exercício de função pública ou de atividade econômica ou financeira, caso o juiz perceba que, diante de tais circunstâncias, o investigado possa ter acesso à destruição de provas úteis à investigação, assim com ao impedimento de colhimento destas.

Ademais, adverte quanto à relevância que tem a posição ocupada pelo investigado, seja em cargo público ou em instituição econômica ou financeira, o que pode conferir-lhe uma facilitação para a prática de novo crime ou destruição de provas.

Como explica Pacelli, entende-se por *função pública*, “toda a sorte de atividade desenvolvida na prestação de serviços pelo servidor público, o que incluiria também o *emprego público* sob o regime trabalhista.” [grifos do autor] (PACELLI, 2012, p. 508).

Ainda de acordo com o mesmo autor, “atividades econômico-financeiras” abrangem um grande leque de possibilidades, devendo ser observado o crime cometido pelo investigado e a relação que este possui com o desenvolvimento de seu serviço.

Outra medida cautelar diversa da prisão, é a prevista no inc. VII, do art. 319, do CPP, que leciona “VII – internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26. do Código Penal) e houver risco de reiteração;” (BRASIL, 1941).

Esta medida deve ser aplicada apenas mediante apresentação de incidente de insanidade mental do acusado, especificado no art. 149, do CPP e tratado nos artigos subsequentes (arts. 150 a 154, do CPP).

Há de ser comprovado, mediante perícia, o verdadeiro risco de reiteração do crime por parte do acusado, devido a debilidade mental, permanente ou não, no momento do crime.

Mais uma alternativa proposta pelo art. 319, está em seu inc. VIII, que versa “VIII – fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;” (BRASIL, 1941).

Tal medida alternativa, de caráter patrimonial, apresenta a possibilidade de o investigado deixar como fiança dinheiro ou bens de valor, a fim de assegurar que este obedeça às obrigações presentes nos arts. 327 e 328, do CPP.

O termo “em caso de resistência injustificada à ordem judicial”, se refere ao caso de o investigado não obedecer alguma obrigação ou ordem delegada a ele, como as presentes no Termo de Fiança, mencionadas nos artigos supramencionados, ocasião em que será considerada quebrada a fiança e desrespeitada a medida cautelar.

Como última, mas não menos importante, medida cautelar, o art. 319, do CPP nos traz seu inc. IX, que apresenta “IX – monitoração eletrônica.” (BRASIL, 1941).

Método ainda pouco utilizado no Brasil, tal monitoramento permite a locomoção do investigado a determinados locais, recebendo, os responsáveis à monitoração, um aviso, caso este venha a comparecer em local que lhe foi proibido ou a se ausentar de local ao qual esteja obrigado a permanecer.

Devido ao custo dispendido a tal tecnologia, e mesmo à dificuldade de acesso à própria, ainda temos poucas referências ao uso no Brasil.

Porém, acreditamos na eficiência de tal medida, podendo ser cumulada com outras medidas supracitadas, como a de proibição de ausentar-se da Comarca e a de recolhimento domiciliar.

Ao fim das nove medidas cautelares alternativas da prisão arroladas no art. 319, do CPP, contamos ainda com uma décima medida alternativa, acrescida pela Lei 12.403/11, tipificada no art. 320, do CPP, a qual se trata da proibição de ausentar-se do País.

Temos que “Art. 320. A proibição de ausentar-se do País será comunicada pelo juiz às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, intimando-se o indiciado ou acusado para entregar o passaporte, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas.” (BRASIL, 1941).

Nas ocasiões em que, por motivos laborais, ou quaisquer que sejam, o investigado tem o costume de se ausentar do País, poderá ser decretada essa medida, devendo o mesmo entregar seu passaporte às autoridades federais das fronteiras. Porém, o que complica a aplicabilidade desta norma, conforme explica Pacelli (2012, p. 510), é o fato de que, para nem todos os Países (como Mercosul, ou em caso de transporte viário), é necessária a utilização de passaporte, conseguindo o investigado, em determinado momento, desvencilhar-se das autoridades.

## 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em um estado democrático de direito, a liberdade é um dos valores supremos de um indivíduo, direito fundamental assegurado pelo artigo 5º da Constituição Federativa da República, inciso XV, onde estabelece que, toda e qualquer pessoa é dotada do direito à liberdade de locomoção, e a única forma que admite privação deste direito é com a decretação da prisão, ato atribuído exclusivamente aos magistrados, devendo ser usado como *ultima ratio*, ou seja, o último recurso a ser usado.

Atualmente no Brasil, existem mais de 700 mil detentos (CNJ, 2014) número este que contraria vários princípios constitucionais, e coloca em jogo a real efetividade do sistema e a credibilidade do judiciário do País. Em 1987, a banda Legião Urbana lançou a música, “Que País é esse?”, em um dos seus trechos o vocalista já falecido, Renato Russo dizia: “ninguém respeita a Constituição, mas todos acreditam no futuro da nação, que País é esse?”.

No País que vivemos, o judiciário é precário, moroso e farto de vaidades, onde o juiz por muitas vezes simplesmente ignora o que há em lei e segue sentenciando baseado exclusivamente em suas convicções, refletindo assim, não só nos números acima mencionados, mas também, no aumento de decisões errôneas que arruinam a vida de um cidadão de bem. É sabido o perigo que representa o encarceramento de pessoas não reconhecidamente culpadas junto aos réus condenados.

Dispõe o Código de Processo Penal, em seu artigo 300, que, sempre que possível, indivíduos presos preventivamente ficarão separados dos que já estiverem definitivamente cumprindo suas penas após uma condenação (1941). Entretanto, não é novidade que na prática quase nunca é possível esta separação.

Destarte, a prisão preventiva, quando decretada sem a observância dos requisitos legais, causa sérios danos a quem é submetido ao sistema carcerário, posto que em nossos aglomerados presídios, aquele que lá permanece de forma indevida, tem sua dignidade pessoal ferida, pois sendo inocente, terá sua honra abatida por uma imputação que não lhe cabe.

De igual modo, a prisão preventiva fere o preceito constitucional da presunção de não culpabilidade ou presunção de inocência.

Por conseguinte, a prisão preventiva somente poderá ser decretada quando há evidente prova da materialidade e indícios suficientes de autoria, o que autoriza asseverar que o decreto prisional antes da sentença penal condenatória deverá observar criterioso juízo de sua admissibilidade, ainda, que seja em sede de análise perfunctória.

Nos termos discorridos alhures, acredita-se que esta deverá ser a postura adotada pelo magistrado ao proferir sua decisão.

O presente trabalho não pretende o esgotamento do tema, não se trata de fazer ler, mas, sim, fazer pensar ou promover a discussão, no entanto, reflete o pensamento destes discentes.

Diante de tais fatos apresentados, pode-se assim chegar a uma única conclusão: a resolução desta problemática está especialmente na obediência à Constituição Federal de 1988 em que estamos subordinados. Não é defendido aqui a abolição das medidas cautelares existentes em nosso ordenamento jurídico, porém que elas sejam usadas com moderação, em consonância com o disposto em nossa Carta Magna.

## REFERÊNCIAS

- BRASIL. Lei nº 9034, de 03 de maio de 1995. Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF. Revogada pela Lei nº 12.850, de 05 de agosto de 2013. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9034.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9034.htm)>. Acesso em: 23 maio 2016.
- BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de processo penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- \_\_\_\_\_. **Reforma do código de processo penal : Comentários à Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011 : prisão preventiva, medidas cautelares, liberdade provisória e fiança**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- \_\_\_\_\_. **Curso de processo penal**. 9. ed. São Paulo : Saraiva, 2014.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de processo**. 19. ed. São Paulo : Saraiva, 2012.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Tempo e processo**. São Paulo: RT, 1998.
- Convenção Europeia dos Direitos do Homem**. 1950. Disponível em: <[http://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_POR.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf)>. Acesso em: 23 mai 2016.
- DELMANTO, Roberto Junior. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. 2. ed. Rio de Janeiro : Renovar, 2001.
- FRAGA, Alberto. **Medidas Cautelares e Decretação de Prisão Preventiva na legislação vigente**. 2012. Disponível em < <http://goo.gl/LfKLYi> >. Acesso em 07 mar 2016.
- GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 14. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.
- HAMILTON, Sergio Demoro. A razoável duração do processo e seus reflexos no processo penal. In: LIMA, Marcellus Polastri; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna Santiago (coord.). Renovação processual penal após a Constituição de 1988: estudos em homenagem ao Professor José Barcelos de Souza. Rio de janeiro: Lumen Juris, 2009.
- JÚNIOR, Aury Lopes. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional: volume I**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- LOPES JR, Aury. **Fundamento, requisito e princípios gerais das prisões cautelares**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, I, n. 0, fev 2000. Disponível em: <<http://goo.gl/NrwcsD>>. Acesso em 23 maio 2016.
- LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **“Garantia do tratamento paritário das partes”, in Garantias constitucionais do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. Campinas: Bookseller, 1997.
- MESSA, Ana Flavia. **Prisão e liberdade**. 2. Ed. – São Paulo : Saraiva, 2013.

MINAGÉ, Thiago. **Prisões e medidas cautelares à luz da constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MOSSIN, **Heráclito Antônio**. **Curso de processo penal: Vol. 2**. São Paulo: Atlas, 1998.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <<http://goo.gl/4gma4M>>. Acesso em 16 mar 2016.

PEREIRA, Viviane de Freitas; MEZZALIRA, Ana Carolina. **O Supremo Tribunal Federal e o prazo razoável da prisão preventiva**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 78, jul 2010. Disponível em: <<http://goo.gl/TczJjf>>. Acesso em 24 mai 2016.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 13. ed. Lumen Juris. São Paulo. 2007.

SAIBRO, Henrique. **A prisão preventiva para garantir a aplicação da lei penal**. 2015. Disponível em < <http://goo.gl/tLGMYu> >. Acesso em 06 mar 2016.

SOUZA, Renata Silva e. **O Princípio da Presunção de Inocência e sua aplicabilidade conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal**. 2011. Disponível em < <http://goo.gl/wzzQO0>>. Acesso em 16 mar 2016.

RT, Equipe. **Vade Mecum**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal: Vol. 3**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

\_\_\_\_\_. **Processo penal, 3º volume**. 25. ed. São Paulo : Saraiva, 2003.

RIO GRANDE DO NORTE, Tribunal de Justiça do Estado de. **Recurso Especial nº 909021 RN 2006/0267517-9**, Relator: Ministro Felix Fischer, Data de Julgamento: 18/12/2007, Quinta Turma Recursal, Data de Publicação: 17/03/2008. Disponível em: <<http://goo.gl/qitJFz>>. Acesso em 23 mai 2016.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça de Estado de. **Habeas Corpus nº 70015566607**, Relator: Sylvio Baptista Neto, Data de Julgamento: 29/06/2006, Sétima Câmara Criminal, Data de Publicação: 12/07/2006. Disponível em: <<http://goo.gl/bKQlsU> >. Acesso em 23 mai 2016.

# **RESPONSABILIDADE JURÍDICA DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE À LUZ DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL**

Angeline Xavier e Nunes<sup>1</sup>  
Cecília de Moura Ferreira<sup>2</sup>  
Mariana Ferreira Barbosa<sup>3</sup>

## **RESUMO**

O presente trabalho aborda a responsabilização do menor infrator diante do Princípio da Proteção Integral, e analisa o surgimento e evolução dos direitos da criança e do adolescente no ordenamento jurídico brasileiro, bem como os princípios norteadores do tema, frente à Constituição Federal de 1988 e, posteriormente, com a Lei 8.069/90. Explora brevemente as funções da pena e a sua ligação com as medidas socioeducativas implantadas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como a importância da diferenciação no tratamento dado às crianças e adolescentes, no que se refere à prática de infrações, visto que se trata de sujeitos de direitos, mas incapazes de refletir sobre o ato cometido, por serem pessoas em condição de desenvolvimento. Analisa também a prática do ato infracional, e por fim as medidas socioeducativas em espécie, sua aplicação de acordo com a legislação vigente e sua finalidade de proteção do menor. O trabalho utiliza o método dedutivo, e como complementação faz uso de pesquisas bibliográficas baseadas em doutrinas, artigos e jurisprudências relacionados com o tema.

Palavras-chave: Proteção integral. Criança e adolescente. Ato infracional. Medidas socioeducativas.

---

1 Acadêmica do 9º período do curso de Direito da Faculdade ESAMC

2 Acadêmica do 9º período do curso de Direito da Faculdade ESAMC

3 Acadêmica do 9º período do curso de Direito da Faculdade ESAMC

## ABSTRACT

This coursework broaches the accountability of the juvenile offender on the Integral Protection Principle, and analyzes the emergence and the evolution of child's and adolescent's rights in the Brazilian legal system, as well as the guiding principles of the subject, against the Federal Constitution of 1988 and later with the Law 8.069 / 90. It briefly explores the functions of the custodial sentence and its connection with the social and educational measures implemented by the Brazilian *Child and Adolescent's Statute*, and the importance of differentiation in children's and adolescents' treatment, as regards to the commission of offenses, given that they are individuals with rights, but unable to reflect on the act committed, for being people in developing condition. It also analyzes the practice of an offense, and finally, the social-educational measures, their application according to the current legislation and its purpose of underage protection. The report uses the deductive method, and as a complement makes use of bibliographic research based on doctrines, articles and case laws related to the topic.

Keywords: Integral protection. Child and adolescent. Infraction. Socio-educational measures.

## SUMÁRIO

<b>1.INTRODUÇÃO</b> .....	7
<b>2.A EVOLUÇÃO JURÍDICA DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE</b> ....	9
<b>2.1. A Criança e o Adolescente</b> .....	10
<b>2.2. A teoria da proteção integral no estatuto da criança e do adolescente</b> .....	12
<b>2.3. Responsabilidade Por Suas Ações Criminosas de Forma Diferenciada</b> .....	14
<b>3.RESPONSABILIDADE JURÍDICA E SANÇÃO ADEQUADA</b> .....	18
<b>3.1. Do Crime e da Sanção na Esfera Legal</b> .....	18
<b>3.2. Princípios Norteadores da Responsabilidade Infanto-Juvenil</b> .....	20
<b>3.3. Da Pena e sua Função</b> .....	23
<b>3.4. Das Medidas Protetivas e Socioeducativas</b> .....	24
<b>4.A PRÁTICA DO ATO INFRAACIONAL E A APLICAÇÃO DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS</b> .....	28
<b>4.1. O Ato Infraacional Praticado Pela Criança e Adolescente</b> .....	28
<b>4.2. Das Espécies de Medidas Socioeducativas</b> .....	30
<b>4.2.1. Da advertência</b> .....	31
<b>4.2.2. Da prestação de serviços à comunidade</b> .....	32
<b>4.2.3. Da Reparação do Dano</b> .....	34
<b>4.2.4. Da Liberdade Assistida</b> .....	34
<b>5.CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	40
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	41

## 1. INTRODUÇÃO

O trabalho tem como tema a responsabilização da criança e do adolescente diante da prática de um ato infracional, considerado pela lei, crime ou contravenção penal, e a aplicação das medidas socioeducativas.

O principal objetivo é entender a responsabilidade jurídica atribuída aos menores infratores, diante da implementação de medidas de responsabilização específicas pela Lei 8.069/90, o Estatuto da Criança e do Adolescente, face o Princípio da Proteção Integral e a importância da diferenciação do tratamento de menores de 18 (dezoito) anos e adultos diante da prática de condutas delituosas e o efetivo cumprimento desse princípio.

Para atingir a finalidade da pesquisa proposta, foram utilizados os seguintes métodos de pesquisa: o hipotético-dedutivo, partindo-se de uma análise do geral para o particular, bem como, uma busca histórica que compreendeu o estudo da evolução legislativa dos direitos da criança e do adolescente. Por fim, o comparativo também foi utilizado especificamente no que tange ao estudo das divergências doutrinárias e legislativas referentes ao tema.

Para melhor compreensão do tema, a presente pesquisa estrutura-se em três capítulos. O primeiro capítulo, *A Evolução Jurídica dos Direitos da Criança e do Adolescente*, consiste em considerações acerca do surgimento e evolução das normas sobre responsabilização do menor ao praticar um ilícito penal, bem como da Teoria da Proteção Integral adotada pelo atual Estatuto da Criança e do Adolescente. Além disso, analisa-se os conceitos adotados pelo revogado Código de Menores, a definição da inimputabilidade dos menores de 18 anos trazida pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, como também, a criação do Estatuto da Criança e do Adolescente em 1990 que trouxe além de direitos e amparo, a responsabilização dos menores infratores e o porquê do tratamento especializado.

Posteriormente, o segundo capítulo, *Responsabilidade Jurídica e Sanção Adequada*, aborda o conceito de crime, a distinção de sanção penal e pena, e ainda a inimputabilidade dos menores de 18 anos frente o ordenamento jurídico brasileiro. É abordado também, os princípios norteadores da responsabilidade infanto-juvenil, visto a importância que os princípios representam na elaboração e aplicação das normas. Dentre esses princípios são apresentados, o Princípio da Condição Peculiar da Pessoa em Desenvolvimento, Princípio da Brevidade e Excepcionalidade, Princípio da Convivência Familiar e o Princípio da Reeducação e

Reintegração do Menor. Ainda neste capítulo, busca-se analisar as funções da pena, das medidas de proteção e das medidas socioeducativas trazidas pelo ECA.

Por fim, no terceiro capítulo, *A Prática do Ato Infracional e a Aplicação das Medidas Socioeducativas*, busca-se compreender as medidas socioeducativas aplicáveis ao adolescente infrator. Esta análise possui o intuito de entender qual a natureza jurídica destas, enfatizando-se para tanto, a importância de reconhecer o menor como sujeito de direitos em condição especial de desenvolvimento e que, portanto, carece de cuidados e proteção.

## 2. A EVOLUÇÃO JURÍDICA DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

O tratamento específico dado às crianças e adolescentes infratores no Brasil iniciou-se com o Direito Penal do menor, no qual não havia diferenciação entre adultos e crianças no tocante ao ato infracional e a aplicação da pena. Ulteriormente, no início do século XX foi criado o Código de Menores, devido à preocupação com a criminalidade juvenil, constituindo uma proteção aos interesses do menor de idade, mas que, tratava deste como abandonado ou desamparado e não como delinquente. Liberatti diz que “o Código revogado não passava de um Código Penal do Menor disfarçado em sistema tutelar; suas medidas não passavam de verdadeiras sanções, ou seja, penas, disfarçadas em medidas de proteção”. (LIBERATTI, 2003, p.15).

O artigo 2º do Código de Menores considerava o menor em situação irregular em seis hipóteses:

Art. 2º Para os efeitos deste Código considera-se em situação irregular o menor:

- I - privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de:
  - a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsável;
  - b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las;
- II - vítima de maus tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável;
- III - em perigo moral, devido a:
  - a) encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes;
  - b) exploração em atividade contrária aos bons costumes;
- IV - privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável;
- V - Com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária;
- VI - autor de infração penal. (BRASIL. Lei 6697 de 10 de outubro de 1979).

Com o Código de Menores e o poder de intervenção do Estado sobre a família, surgiram os internatos-prisão, possibilitando ao Estado recolher crianças e adolescentes considerados em situação irregular colocando-os nessas espécies de internato até atingirem a maioridade.

O Código de Menores, no entanto, tornou-se insatisfatório e ineficaz frente à realidade e desamparo à infância e adolescência no Brasil. Em razão da legislação nacional ter que se ajustar às regras trazidas pela Convenção das Nações Unidas dos Direitos da Criança e com a promulgação da Carta Magna, a Constituição Federal de 1988, que em seu artigo 227 dispõe

sobre os deveres da família, da sociedade e do Estado de assegurar os direitos das crianças, adolescentes e jovens, o qual combinado ao artigo 228 que define a inimputabilidade penal dos menores de 18 anos influencia a criação do Estatuto da Criança e do Adolescente em 1990.

O objetivo de tal estatuto é a proteção integral dos menores de 18 anos, visto que, através de sua promulgação, os jovens passaram a ser reconhecidos como sujeitos de direitos e deveres. Sendo dever de todos zelar pelos direitos do menor, e caso haja suspeita ou confirmação de violação a tais direitos, será obrigatoriamente comunicado ao Conselho Tutelar, que é o órgão responsável por garantir o cumprimento dos direitos da criança e do adolescente concebidos pelo ECA. Por fim, os crimes realizados por menores de 18 anos receberam o nome de atos infracionais, passíveis de aplicação de medidas socioeducativas estabelecidas pela Lei 8069/90.

## **2.1. A Criança e o Adolescente**

De acordo com o art. 2º da Lei 8.069/90: “Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até 12 (doze) anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre 12 (doze) e 18 (dezoito) anos de idade”(BRASIL, 1990). O artigo supracitado estabelece uma competência em razão da pessoa, sendo estes considerados os menores de 18 anos, incluindo-se para tanto, as crianças e os adolescentes. A inclusão de tal definição está de acordo com a Constituição Federal em seu artigo 228, que determina a inimputabilidade penal aos menores de 18 anos, instituído no artigo 104 do ECA.

Excepcionalmente, quando disposto em lei, o Estatuto da Criança e do Adolescente é aplicável às pessoas com idade entre 18 (dezoito) e 21 (vinte e um) anos, por exemplo, no caso de prorrogação da medida de internação até os 21 anos. A Constituição Federal de 1988 foi a primeira a reconhecer as crianças e adolescentes como sujeitos de direito, representando substancial avanço na legislação brasileira, no sentido da ratificação da doutrina da proteção integral.

No que concerne aos direitos da criança e do adolescente previstos no ECA, Saraiva salienta que:

O Estatuto da Criança e do Adolescente se assenta no princípio de que todas as crianças e adolescentes, sem distinção, desfrutam dos mesmos direitos e sujeitam-se a obrigações compatíveis com a peculiar condição de desenvolvimento que desfrutam, rompendo, definitivamente, com a idéia até então vigente de que os Juizados de Menores seriam uma justiça para os pobres,

na medida em que na doutrina da situação irregular se constatava que para os bens nascidos, a legislação baseada naquele primado lhes era absolutamente indiferente. (SARAIVA, 2009 p. 85)

Notável foi o avanço com a criação da Lei 8069/90, pois, em seu art. 3º, informa que “crianças e adolescentes gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, reconhecendo-os, portanto, como sujeitos de direitos.”

Viegas e Rabelo acerca do tema, dissertam que:

O ECA estabelece direitos à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade, à convivência familiar e comunitária para meninos e meninas, e também aborda questões de políticas de atendimento, medidas protetivas ou medidas socioeducativas, entre outras providências. Trata-se de direitos diretamente relacionados à Constituição da República de 1988. (VIEGAS, RABELO, 2011, p. desconhecida).

A Lei 8.069/90, salvaguarda direitos fundamentais como o direito à vida e à saúde, conforme seu artigo 7º que estabelece:

A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência. (BRASIL, 1990).

Também assegura direito à liberdade, ao respeito e à dignidade, compreendendo o direito de ir e vir e de estar em lugares públicos, de opinião e expressão, de crença, de brincar, praticar esportes e divertir-se, de participar da vida familiar e comunitária e da vida política e de buscar refúgio, auxílio e orientação. Da inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral do menor, preservando a imagem, identidade, proteção dos valores, ideias, espaços e objetos pessoais. Estabelecendo o dever de colocar crianças e adolescentes a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor. (BRASIL, 1990).

A instituição familiar é a base da sociedade conforme Constituição Federal da República, sendo garantido o Direito à Convivência Familiar e Comunitária também no ECA. Se não houver proteção à criança e ao adolescente pela família natural, sendo os pais ou qualquer deles e seus descendentes, o menor tem direito à criação em família substituta, sob guarda, tutela ou adoção.

Estabelece também o Direito à Educação, à Cultura, ao Esporte e ao Lazer, sendo dever do Estado assegurar ensino fundamental, obrigatório e gratuito, atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, atendimento em creche e pré-escola às crianças de

zero a seis anos de idade, oferta de ensino noturno regular, atendimento no ensino fundamental, entre outros. (BRASIL, 1990).

O Estatuto da Criança e do Adolescente, no artigo 15, reconhece, ainda, que crianças e adolescentes são pessoas em desenvolvimento. Deriva desta premissa a possibilidade de haver diferenciação da responsabilidade do adulto ao praticar infrações penais. Por serem sujeitos em desenvolvimento, a criança e o adolescente devem ser prioridade absoluta no que tange à efetivação dos direitos garantidos pelo ECA, sendo que a responsabilidade de garantir tais direitos é imputada ao poder público, e caso este não o faça, fica a cargo do Ministério Público, promover e fiscalizar a garantia dessa prioridade. As crianças e os adolescentes devem então ser protegidos quando estiverem em risco. A proteção deve ser feita sem qualquer distinção ou discriminação de modo geral.

Art. 98. As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados:

- I - por ação ou omissão da sociedade ou do Estado;
- II - por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável;
- III - em razão de sua conduta. (BRASIL, 1990).

O Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe especificamente quando as medidas de proteção serão aplicadas.

## **2.2.A teoria da proteção integral no estatuto da criança e do adolescente**

O Estatuto da Criança e do adolescente deve ser interpretado de maneira a proteger integralmente os interesses do menor, interesses estes que estão acima de qualquer outro bem tutelado, visto que as crianças e adolescentes encontram-se em condições peculiares de desenvolvimento, e por não disporem do discernimento necessário para desenvolverem-se físico e mentalmente, é imprescindível que desfrutem de amparo legal.

Devido a essa imaturidade, é fundamental haver a aplicação da legislação de forma a atender ao melhor interesse desses menores, devendo ser este sobreposto aos direitos dos seus pais, curadores ou guardiões. E é nesse contexto de proteção ao melhor interesse que surge a teoria da proteção integral das crianças e adolescentes. Necessário se faz especificar essa imaturidade, que se refere ao fato de não terem conhecimento dos seus direitos e por isso não saberem como resguardá-los e nem mesmo como suprir as suas necessidades básicas.

A proteção da criança e do adolescente é dever da família, da sociedade e do Estado (FULLER, DEZEM, JÚNIOR, 2012. p. 30). O artigo 6º da Lei 8.069 de 13 de julho de 1990 traz de forma sucinta, porém bastante completa a maneira a qual deve ser interpretado o referido estatuto, objetivando tutelar os direitos da infância e juventude. Ele dispõe que:

Art 6º - Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento. (BRASIL, 1990).

No entanto, o Estatuto da Criança e do adolescente deve ser aplicado compreendendo a realidade de cada criança e adolescente que carece do seu amparo, atingindo assim a finalidade para qual foi criada, respaldando tanto o indivíduo o qual ela tutela, bem como toda a coletividade, pois como as demais legislações, o Estatuto da Criança e do Adolescente também deve ser interpretado e orientado pelo artigo 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, o qual dispõe que “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”. (BRASIL, LINDB,1942). Sobre o Princípio da Proteção Integral, Saraiva explica que:

A Doutrina da Proteção Integral, que tem por norte a Convenção das Nações Unidas para o Direito das Crianças, estabelece que estes direitos se constituem em direitos especiais e específicos, pela condição que ostentam de pessoas em desenvolvimento. Desta forma, as leis internas e o sistema jurídico dos países que a adotam devem garantir a satisfação de todas as necessidades das pessoas até dezoito anos, não incluindo apenas o aspecto penal do ato praticado pela ou contra a criança, mas o seu direito à vida, à saúde, à educação, à convivência familiar e comunitária, ao lazer, à profissionalização, à liberdade, entre outros. (SARAIVA, 1999, p 14).

Depreende-se, portanto, que o Princípio da Proteção Integral do menor diz respeito à preservação dos direitos e interesses dos menores, pelo fato de estarem em processo de amadurecimento e formação da sua personalidade, tendo então o amparo dado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente para chegar à vida adulta com todos os seus direitos respeitados, sem sofrer qualquer forma de abuso cometido por aqueles que exerçam custódia sobre ele, dada sua hipossuficiência nesta relação. “Essa característica é inerente à sua condição de seres humanos ainda em processo de formação, sob todos os aspectos, v.g., físico (nas suas facetas constitutivas,

motora, endócrina, da própria saúde, como situação dinâmica), psíquico, intelectual (cognitivo), moral, social etc.” (MACHADO, 2003, p. 109).

### **2.3.Responsabilidade Por Suas Ações Criminosas de Forma Diferenciada**

Hoje, o Código Penal em vigência no Brasil é o Decreto-Lei n° 2.848, de 07 de dezembro de 1940, segundo o qual a imputabilidade penal se dá aos 18 anos de idade, critério utilizado apenas com a expectativa social de que a maturidade é atingida aos 18 (dezoito) anos de idade. Ou seja, a efetivação da idade biológica prevista, idade reconhecida por vias documentais, registros de conhecimento público (RG,CPF,CNH...), quando atingida, torna automaticamente alguém capaz de responder penalmente por seus atos praticados doravante. Sobre a maioridade, Greco preconiza que:

A inimputabilidade por imaturidade natural ocorre em virtude de uma presunção legal, na qual, por questões de política criminal, entendeu o legislador brasileiro que os menores de 18 anos não gozam de plena capacidade de entendimento que lhes permita imputar a prática de um fato típico e ilícito. Adotou-se, portanto, o critério puramente biológico. (GRECO, 2009, p.399).

Já Delmanto em seu notório saber jurídico, aduz que:

Ela se justifica, pois o menor de 18 anos em geral não tem personalidade já formada, ainda não alcançou a maturidade de caráter. Por isso, o CP presume sua incapacidade para compreender a ilicitude do comportamento, em sua inteireza, e para receber a sanção penal. Trata-se, evidentemente, de um critério artificial mediante o qual a pessoa passa a ser, quando completa a maioridade, ‘de um dia para outro’ imputável. (DELMANTO, 2010, p.186).

Pois bem, temos então a previsão legal de quando alguém passa a ser responsável na esfera penal, originando-se então, a questão da punibilidade das crianças e adolescentes infratores, que infelizmente não se ausentam nas práticas delituosas. Atualmente, vivemos em um país com um alto índice de menores “delinquentes”, realidade esta cada vez mais comum de se presenciar, onde menores infratores, praticam crimes reiteradamente, muitas das vezes fazendo uso da violência e até mesmo portando armas brancas ou de fogo, não bastando, os casos relativos a atos infracionais equiparados a tráfico e uso próprio de drogas também não deixam de crescer. Pode-se observar os relatos em números concretos na seguinte tabela n° 05 da Secretaria de Direitos Humanos elaborada pelo IPEA/DISOC em 2015.

**Tabela 1** – Tipos de Delitos Praticados pelos Adolescentes em Cumprimentos de Medida Socioeducativa de Privação/Restrição de Liberdade

Tipo de delito	2011		2012		2013	
	Absoluto	%	Absoluto	%	Absoluto	%
Roubo	8.415	38,12	8.416	38,70	10.051	39,90
Tráfico	5.863	26,56	5.881	27,05	5.933	23,55
Homicídio	1.852	8,39	1.963	9,03	2.205	8,75
furto	1.244	5,63	923	4,24	855	3,39
Homicídio tentado	661	2,99	582	2,68	747	2,97
Busca e Apreensão ( descmp de medida)	543	2,46	177	0,81	233	0,92
Porte de arma de fogo	516	2,34	591	2,72	572	2,27
Latrocínio	430	1,95	476	2,19	485	1,93
Lesao corporal	288	1,30	178	0,82	237	0,94
Roubo tentado	269	1,22	237	1,09	421	1,67
Estupro	231	1,05	315	1,45	288	1,14
Ameaça de Morte	164	0,74	151	0,69	1.414	5,61
Recepção	105	0,48	110	0,51	125	0,50
Formação de quadrilha	78	0,35	108	0,50	107	0,42
Dano	76	0,34	48	0,22	57	0,23
Latrocínio tentado	75	0,34	69	0,32	125	0,50
Sequestro e cárcere privado	53	0,24	46	0,21	25	0,10
Atentado violento ao pudor	51	0,23	21	0,10	82	0,33
Porte de arma Branca	9	0,04	25	0,11	36	0,14
Estelionato	6	0,03	8	0,04	3	0,01
outros atos de menor potencial apreensivo	1.148	5,20	1.419	6,53	1.191	4,73
<b>total</b>	<b>22.077</b>	<b>100,00</b>	<b>21.744</b>	<b>100,00</b>	<b>25.192</b>	<b>100,00</b>
Fonte: Secretaria de Direitos Humanos						
Elaboração: IPEA/DISOC						

(IPEA, 2015,p.25)

O fato é, crianças e adolescentes cometem sim infrações previstas no Código Penal e, portanto, precisam de normas que lhes proporcionem tanto direitos/proteções quanto obrigações/punições, porém, voltadas e adequadas a eles. O Estatuto da Criança e do Adolescente tem como alvo, tanto a criança protegida e bem formada como a abandonada e infratora, como se pode deprender através do artigo 3º do ECA - Lei nº 8.069 de 13 de Julho de 1990:

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. (BRASIL, 1990).

É natural que menores sejam tratados de forma diferente dos adultos, comum em sociedade que o tratamento seja diverso, não seria diferente no direito. Os menores não deixam de ser penalizados pelas infrações que cometem, mas claro, de forma diferente e na medida adequada, observando tanto a sua idade quanto o ato infracional cometido. Nenhuma medida protetiva ou socioeducativa é imposta ao menor sem a observância dos princípios que em breve

será analisado nesse presente estudo. Nucci em poucas palavras discorre sobre qual critério o Código Penal adota para determinar a idade dos inimputáveis e o porquê da diferenciação de tratamento em relação aos adultos:

[...] trata-se da adoção, nesse contexto, do critério puramente biológico, isto é, a lei penal criou uma presunção absoluta de que o menor de 18 anos, em face do desenvolvimento mental incompleto, não tem condições de compreender o caráter ilícito do que faz ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.(NUCCI, 2012, p.297)

Na legislação brasileira, a criança com idade inferior a 12 anos de idade tem sua responsabilidade afastada de seus atos, no entanto, na ocorrência de prática infracional, é encaminhada ao Conselho Tutelar, onde se necessário for, lhe será aplicada medidas protetivas diversas, como intervenção administrativa na família do menor. De acordo com Amaral e Silva:

A criança, conforme leciona Amaral e Silva, estando abaixo desta idade, fica isenta de responsabilidade, devendo ser encaminhada ao Conselho Tutelar e podendo ser submetida a medidas protetivas com intervenção administrativa no seio da família, submetendo-se pais e responsáveis a restrições e penas impostas pela Justiça a depender do caso. (AMARAL e SILVA, 2006, p. 55).

Já aos adolescentes tem-se a previsão da responsabilidade penal juvenil, a partir dos 12 anos de idade completos na data do fato, a eles já se aplicam as chamadas medidas socioeducativas. A estes menores, apesar de receberem penas mais rígidas que as crianças, não se pode imputar-lhes responsabilidade diante da legislação penal comum, uma vez que, o mesmo, diferente do adulto (maior e capaz), não se encontra nas condições físicas, mentais, sociais e psicológicas de um cidadão no gozo de plenos direitos e deveres civis. Acerca do tema Nucci explana que:

Preceitua o art. 228 da Constituição Federal que “são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial”. No mesmo prisma, encontra-se o art. 27 do Código Penal. A Lei 8.069/90 regula as sanções cabíveis às pessoas menores de dezoito anos que cometam fatos criminosos (típicos e antijurídicos). Entretanto, sem a possibilidade de se fazer um juízo de censura (culpabilidade), não podem tais atos ser considerados crimes. Constituem meros atos infracionais, sujeitos às medidas socioeducativas previstas neste Estatuto. (NUCCI, 2013, p.103).

Contudo, mesmo com essa distinção entre menores infratores e adultos criminosos, as medidas socioeducativas podem ser restritivas de direitos ou privativas de liberdade, assim como

as penas criminais. O que não se aceita são penalidades tão severas e duradouras quanto às aplicadas aos adultos, justamente por suas diferenças já citadas e em obediência aos princípios que regem o tema. Isso se deve em observância a resposta que teríamos desse menor infrator, levando-se em conta o resultado que se espera quando se aplica uma medida.

Conclui-se, portanto, que não se atinge resultado positivo do menor aplicando-lhe penas destinadas aos adultos, uma vez detectada tamanha diferença entre capazes e menores. Júlio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini em sua interpretação da lei assim esclarecem:

Não se leva em conta o desenvolvimento mental do menor que, embora possa ser plenamente capaz de entender o caráter ilícito do fato e determinar-se de acordo com esse entendimento, não poderá ser responsabilizado penalmente por suas ações. (MIRABETE; FABBRINI; 2011, p. 114).

Assim sendo, o menor tem seu próprio estatuto, destinado e em atenção a sua situação de incapacidade mental, física, psicológica e social. A responsabilidade que se exige de um adulto não pode ser exigida de uma criança, pois são pessoas em estados diferentes e, portanto, com tratamentos diversos. Tal situação de amparo aos menores infratores é nitidamente disciplinada pelo princípio da condição peculiar da pessoa em desenvolvimento, princípio esse que será tratado adiante.

### 3. RESPONSABILIDADE JURÍDICA E SANÇÃO ADEQUADA

Há no ordenamento jurídico dois tipos de responsabilidade: civil e penal. A que interessa a esse trabalho, por óbvio, é definir a responsabilidade penal. Frederico Marques (1964, apud Brossard, 1964, p. 64) classifica como a "sanção abstratamente cominada", bem como Magalhães Noronha (1967, p. 121) que diz que é “aquela definida pela lei penal”. Como analisa Darlan Bittencourt (1997, p. 57), a responsabilização penal se limita às sanções peculiares do Direito Penal, que têm como finalidade: a prevenção, a retribuição do ato-fato criminoso e, em especial, a ressocialização do infrator.

#### 3.1. Do Crime e da Sanção na Esfera Legal

O conceito de crime para Masson pode ser conceituado levando-se em consideração três aspectos diferentes, o aspecto material, o legal e o formal. De acordo com o critério material ou substancial “crime é toda ação ou omissão humana que lesa ou expõe a perigo de lesão bens jurídicos penalmente tutelados” (MASSON, 2008, p. 176), no entanto, considera o mal produzido aos interesses e valores ditos pelo legislador como merecedores da tutela penal, incumbindo a ele então definir as condutas (que coloquem em risco bens jurídicos relevantes) e tipificar as infrações penais.

Já no critério legal a definição de crime é fornecida pelo legislador, que o fez no artigo 1º da lei de introdução ao Código Penal:

Art 1º Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, penas de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente. (BRASIL, 1940).

E por fim, o critério formal ou analítico, para Masson se funda nos elementos que compõe a estrutura do crime, quais sejam, o fato típico, ilícito e culpável. Assim sendo, crime é aquele previsto em uma norma penal incriminadora, e o sujeito que o pratica estará sujeito a uma sanção penal.

A sanção penal não se confunde com pena, pois segundo Masson “a sanção penal é a resposta estatal, no exercício do ius puniendi e após o devido processo legal, ao responsável pela

prática de um crime ou contravenção penal” (2008, p. 593). Então sanção penal é um gênero, e se dá por duas espécies, a medida de segurança e a pena, ambas respostas estatais aplicadas ao agente que pratica um crime ou contravenção. A medida de segurança tem como pressuposto a periculosidade e dirige-se aos imputáveis e aos inimputáveis, com intuito de submeter a tratamento o autor do fato típico e ilícito que tenha demonstrado ser portador de periculosidade, tendo então finalidade exclusivamente preventiva. E no mesmo contexto, Masson esclarece que a pena pode ser conceituada como:

[...] a espécie de sanção penal consistente na privação ou restrição de determinados bens jurídicos o condenado, aplicado pelo Estado em decorrência do consentimento de uma infração penal, com as finalidades de castigar seu responsável, readaptá-lo ao convívio em sociedade e, mediante a intimidação endereçada a sociedade, evitar a prática de novos crimes ou contravenções penais. (MASSON, 2008, p. 594).

Só se pratica crime e está sujeito a pena o sujeito imputável, ou seja, aquele maior de dezoito anos, que tenha capacidade mental de, no tempo da ação ou omissão entender o caráter ilícito do fato e de se determinar de acordo com esse entendimento. Consequentemente, a imputabilidade segundo Masson depende de dois elementos:

(1) intelectual: é a integridade biopsíquica, consiste na perfeita saúde mental que permite ao indivíduo o entendimento do caráter ilícito do fato; e (2) volitivo: é o domínio da vontade, é dizer, o agente controla e comanda seus impulsos relativos à compreensão do caráter ilícito do fato, determinando-se de acordo com esse entendimento. (MASSON, 2008, p. 492)

Dessa forma, deve se ter presente simultaneamente esses dois elementos para então o sujeito ser imputável, pois na falta de um deles, será este tratado como inimputável.

O Brasil adotou o critério cronológico, então ao atingir dezoito anos de idade já se presume a imputabilidade, sendo essa presunção relativa por se admitir prova em contrário. Masson descreve os três critérios para a identificação da inimputabilidade, são eles, o critério biológico, no qual basta a presença de algum problema mental, ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado para o sujeito ser considerado inimputável; o critério psicológico, onde pouco importa o desenvolvimento mental, será inimputável se o indivíduo mostrar incapacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, e por último o critério biopsicológico, que resulta da fusão dos anteriores, e por ele é inimputável quem

ao tempo da conduta apresenta problema mental, e em razão disso não possui capacidade para entender o caráter ilícito do fato ou determinar-se de acordo com esse entendimento. (MASSON, 2008, p. 493).

Com isso, depreende-se que a menoridade é uma das causas da inimputabilidade, sendo adotado o sistema biológico para constatá-la, independente da inteligência, perspicácia e desenvolvimento mental do menor infrator. Está prevista na Constituição Federal em seu artigo 228, e preceitua que “são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial” (BRASIL, 1988), e também no próprio Código Penal em seu artigo 27, e estabelece que “os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial” (BRASIL, 1940), ficando claro então que em hipótese nenhuma os menores de dezoito anos serão sujeitos a norma geral trazida pelo código penal, e sim sujeitam-se a norma especial, trazida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente pela lei 8069/1990.

### **3.2.Princípios Norteadores da Responsabilidade Infanto-Juvenil**

Os direitos das crianças e adolescentes, assim como a grande maioria das leis, foram/são criados e norteados com princípios em sua base. Com o Estatuto da Criança e do Adolescente, não foi diferente, em sua essência encontra-se junto à aplicação da Lei Maior, vários princípios que veem a criança e o adolescente como foco/alvo de proteção, atenção, educação e socialização, direitos obrigatórios e indisponíveis. Através desses princípios se nortearam os direitos e também com eles estipularam os deveres e a responsabilização desses jovens. Celso Antônio Bandeira de Mello, bem conceitua os princípios quando diz que eles são:

(...) mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. (MELLO, 2004, p. 451).

Como já dito, os princípios são vários, Paulo Lúcio Nogueira (NOGUEIRA, 1996, p. 15) a saber elenca 14 (quatorze), dentre outros não citados, que nortearam a elaboração do conjunto de normas, todos eles com origem situada na Declaração Universal dos Direitos das Crianças. Os princípios são extremamente importantes nesse ramo do direito, o que não poderia ser diferente

por se tratar de menores. Questiona-se, como a eles (menores de idade) responsabilizar por atos não condizentes com a sociedade, porém, de forma adequada? Os princípios trouxeram algumas respostas.

Neste momento do trabalho seria de grande valia tratar de cada princípio norteador, indo além do princípio encontrado no título de nosso projeto (Princípio da Proteção Integral), porém, por questões meramente de método, trouxemos apenas outros 04 (quatro). Os princípios escolhidos não foram selecionados por sorteio ou preferência, trouxemos os que ao leitor forneceria melhor proveito, a fim de, mais adiante expor as medidas socioeducativas e nelas demonstrar sua aplicação principiológica. Veja o que o Instituto Paulo Freire trouxe:

Aprender o conjunto de valores e princípios preconizados pelo ECA requer de nós olhar a realidade sob o foco de outras lentes; não se trata apenas de trocar os óculos, mas mudar a forma e o conteúdo do olhar. Lugar de criança e adolescente é na praça, na escola, no parque, nos centros culturais e das juventudes, na comunidade, na família e NÃO na cadeia. (INSTITUTO PAULO FREIRE, 2015, p.13).

Seguindo o roteiro, a começar pelo conceito do Princípio da Condição Peculiar da Pessoa em Desenvolvimento, encontrado expressamente no artigo 6º do ECA. Sem dúvida princípio que se encontra do início ao fim do ECA, pode-se arriscar em dizer que tal princípio é um dos pais da criação de um estatuto a parte para menores de idade, uma vez que se trata de pessoa em condição de extrema importância e em situação diferente a um adulto. O próprio nome traz em si seu conceito e alvo, tratar de forma diferente aquele em situação diferente e ainda mais, tratar de forma que respeite e contribua com seu desenvolvimento. Cabe observar o que a autora Martha de Toledo Machado diz:

[...] norteia-se pela noção de que crianças e adolescentes são seres humanos que se encontram numa situação fática peculiar, qual seja, a de pessoas em fase de desenvolvimento físico, psíquico, emocional, em processo de desenvolvimento de sua potencialidade humana adulta; e que essa peculiar condição merece respeito e para tal há de se compreender que os direitos fundamentais de crianças e adolescentes são especiais em relação ao direito dos adultos [...] (MACHADO, 2003,p.50).

O segundo princípio a ser abordado é o chamado Princípio da Brevidade e Excepcionalidade, este aduz que, pelo fato das medidas socioeducativas não trazerem com elas a característica retributiva, como a pena, a sua necessidade se faz apenas para cumprir a função de

reinsere e ressocializa o adolescente. Função essa que deve ser utilizada tão somente pelo tempo necessário de cumprimento e esperado resultado, esse tempo é submetido à avaliação e manutenção em caso de internação, como estabelece o art. 121, §2º do ECA. Sposato nesse mesmo sentido, explica sobre essa devida aplicação, breve e excepcional:

Se a medida socioeducativa representa uma resposta penal que restringe direitos, deve reduzir-se ao mínimo possível. A integração do princípio às demais garantias penais e processuais somente pode ser bem-sucedida na medida em que ambos funcionem como limitação à pretensão punitiva do Estado. Concretamente, essas limitações devem impedir a imposição de medidas abusivas e evitar os efeitos negativos decorrentes da aplicação das medidas, especialmente das privativas de liberdade. (SPOSATO, 2006, p.109)

O próximo princípio está expressamente no artigo 19 do ECA, que Maria do Rosário Leite Cintra ao usar a obra de Matha Toledo, trouxe a seguinte parte:

Entre os direitos fundamentais da criança elencamos, ao lado do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à liberdade, à proteção ao trabalho, o direito de ser criado e educado [...] no seio da família [...]. Realmente, a família é condição indispensável para que a vida se desenvolva, para que a alimentação seja assimilada pelo organismo e a saúde se manifeste. Desabrochar para o mundo inclui um movimento de dentro para fora, o que é garantido pelos impulsos vitais vinculados à hereditariedade e à energia próprias do ser vivo. Mas este movimento será potenciado ou diminuído, e até mesmo obstaculizado, pelas condições ambientais: 60%, dizem os entendidos, são garantidos pelo ambiente. (MACHADO, 2003, p.155).

Tem-se aqui o princípio da Convivência Familiar, que aborda um direito fundamental da criança e adolescente, garantido pela Constituição Federal, o convívio familiar e comunitário. Não só convívio, mas criação e educação advinda de sua família e que na ausência desta, por família substituta que o forneça de igual, ou melhor forma. Não esqueça que, o direito à família é tão importante quanto o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação e aos demais direitos.

Por último e longe se ser o menos importante, tem-se o Princípio da Reeducação e Reintegração do Menor encontrado no ECA em seu artigo 119. Tal princípio versa sobre a reeducação e reintegração do menor infrator por meio das medidas socioeducativas, fornecendo a este orientação, inserção em programa social e profissional, preservando ou recuperando sua vida escolar e ainda preparando socialmente sua família.

### 3.3. Da Pena e sua Função

A pena, espécie de sanção penal, como já definida anteriormente, segundo Masson consiste:

[...] na privação ou restrição de determinados bens jurídicos do condenado, aplicada pelo Estado em decorrência do cometimento de uma infração penal, com as finalidades de castigar seu responsável, readaptá-lo ao convívio em sociedade e, mediante a intimidação endereçada à sociedade, evitar a prática de novos crimes ou contravenções penais. (MASSON, 2008, p. 594).

As penas possuem três funções, e essas funções variam de acordo com a teoria adotada. Então Masson traz que, “para a teoria absoluta, a finalidade da pena é retributiva. Por sua vez, para a teoria relativa, os fins da pena são estritamente preventivos. E, finalmente, para a teoria mista ou unificada a pena tem dupla finalidade: retributiva e preventiva” (MASSON, 2008, p. 597).

Para a teoria absoluta a pena é a retribuição estatal justa ao mal injusto provocado pelo condenado, consistente na prática de um crime ou contravenção penal. Não há, portanto a preocupação com a readaptação social do infrator da lei penal, simplesmente é a punição como retribuição a prática do ato ilícito, sendo a pena o instrumento usado para castigar o criminoso e reestabelecer a ordem jurídica. (MASSON, 2008, p. 597).

Já para teoria relativa a pena tem como finalidade prevenir a prática de novas infrações penais, sendo irrelevante a imposição ou não de castigo ao condenado. “A pena não está destinada a realização da justiça sobre a terra, servindo apenas para a proteção da sociedade. A pena não se esgota em si mesma, despontando como meio cuja finalidade é evitar futuras ações puníveis” (MASSON, 2008, p. 598).

E por fim, a teoria mista ou unificadora preceitua que “a pena deve simultaneamente, castigar o condenado pelo mal praticado e evitar a prática de novos crimes, tanto em relação ao criminoso como no tocante à sociedade” (MASSON, 2008, p. 600). A pena, portanto recebe um tríplice aspecto, que é o de retribuição, prevenção geral que consistem em mostrar a eficiência do direito penal e a prevenção especial que preocupa com a ressocialização do condenado, para que depois de cumprir a pena possa voltar ao convívio social preparado para cumprir as normas impostas pelo Direito.

Além disso, Masson afirma que a pena possui também a sua função social, onde deve atender a sociedade no que diz respeito a tutela dos bens jurídicos indispensáveis para a manutenção e desenvolvimento do indivíduo e da coletividade, combatendo então a impunidade e recuperando os condenados para o convívio social. E na sua aplicação deve a pena passar pelo crivo da racionalidade, para impedir que o delinquente se torne instrumento de represália e castigo, só assim então o direito penal poderá cumprir a sua função socializadora com resultados produtivos para a ordem social e para o condenado (MASSON, 2008, p. 602).

### **3.4.Das Medidas Protetivas e Socioeducativas**

Como foi tratado em retro capítulo, as práticas delitivas com protagonismo ou participação de crianças na idade entre 0 a 12 anos, que sejam similares a crime ou contravenção penal, serão conduzidas ao Conselho Tutelar devido. A partir deste encaminhamento, o Conselho será outorgado para executar, se cabível e necessário, uma das medidas protetivas à criança infratora, podendo ser cumulados. As chamadas protetivas são encontradas no artigo 101, incisos I a VI do ECA. Isto é, às crianças em situação de delinquência, aplicar-se-ão medidas protetivas pelo Conselho Tutelar, a fim de tirá-las da situação de risco social ou moral, por ação ou omissão da sociedade, do Estado ou família. Acerca do tema, o artigo 101 e seus incisos do ECA disciplinam que:

Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas:

I - encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade;

II - orientação, apoio e acompanhamento temporários;

III - matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental;

IV - inclusão em serviços e programas oficiais ou comunitários de proteção, apoio e promoção da família, da criança e do adolescente;

V - requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial;

VI - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos;

VII - acolhimento institucional;

VIII - inclusão em programa de acolhimento familiar;

IX - colocação em família substituta. (BRASIL, 1990).

Cabe ainda destacar que, a criança suspeita ou pega em flagrância, em hipótese alguma deverá ser conduzida a uma Delegacia de Polícia, o mesmo se aplica aos procedimentos que são adotados quando um imputável é encontrado em flagrante delito. Procedimentos como: lavratura de auto de prisão em flagrante; interrogatório, mesmo que presente advogado no recinto; reconhecimentos de qualquer espécie ou qualquer tipo de coerção são terminantemente proibidos.

Quanto às medidas socioeducativas aplicáveis a esses menores infratores, situadas no artigo 112 do ECA, as socioeducativas são voltadas ao adolescente que comete fato típico e punível, encontrado no Código Penal. O Estatuto da Criança e do Adolescente prevê seis tipos de medida socioeducativa: advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, internação. As espécies de medidas aqui citadas serão expostas em oportuno momento no capítulo seguinte, de forma mais clara e didática. Albergaria cita que:

A aplicação da medida socioeducativa do adolescente, que levará em conta a sua capacidade de cumpri-la e as circunstâncias e gravidade da infração... Se levará em conta as necessidades pedagógicas dos adolescentes, com ênfase sobre as que visem ao fortalecimento dos laços familiares e comunitários. (ALBERGARIA, 1995, p. 13/14).

Assim como as crianças (0-12 anos) possuem suas regras, os adolescentes não ficam órfãos de direitos e punições. As medidas a eles impostas são norteadas e com firmes pilares nos princípios citados, mas principalmente, sempre, em obediência ao Princípio da Proteção Integral. Porém aqui teremos algumas diferenças, uma vez que se trata de direito voltado a pessoa com maior capacidade mental que uma criança. A primeira diferença que qualquer um pode notar ao se deparar com as medidas protetivas e as socioeducativas e a sua forma mais severa de lidar com o jovem. Delmanto acrescenta que:

Ainda que o jovem com idade inferior a 18 anos seja casado ou emancipado, ou mesmo que se trate de um superdotado com excepcional inteligência, a presunção legal persiste pelo seu caráter absoluto, que inadmita prova em contrário. Assim, mesmo que o menor pratique um fato típico e ilícito, jamais poderá ser responsabilizado na esfera penal, pois lhe falta imputabilidade, que é pressuposto da culpabilidade. Apenas ficará sujeito às providências previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente que possuem, inclusive, caráter punitivo, como no caso da internação. (DELMANTO, 2007, p.107).

Diferente do procedimento tomado com as crianças que são pegadas em cometimento de infrações, os adolescentes não serão conduzidos ao Conselho Tutelar e sim ao Juiz da Vara de Infância. O menor infrator terá um processo legal que poderá ter como desfecho aplicação de medida socioeducativa, observados sempre os princípios basilares do ECA visando a proteção e educação do menor. Temos algumas semelhanças com o que se versa às crianças, como por exemplo; o adolescente não poderá ser conduzido por viatura, como versa o artigo 178 do ECA:

Art. 178. O adolescente a quem se atribua autoria de ato infracional não poderá ser conduzido ou transportado em compartimento fechado de veículo policial, em condições atentatórias à sua dignidade, ou que impliquem risco à sua integridade física ou mental, sob pena de responsabilidade. (BRASIL, 1990).

Ao contrário do pensamento popular, as medidas socioeducativas não são penas, como aos imputáveis são aplicadas e nem mesmo possuem natureza punitiva ou retributiva, pelo contrário, sua função é recuperar o jovem. Veja o que Bentes Hamoy fala:

Nesse sentido, é importante compreender que as medidas socioeducativas têm por escopo possibilitar um conjunto de condições que possam viabilizar ao adolescente, com base no respeito à sua condição de sujeito de direitos, a construção de um projeto de vida digna, com respeito à sua comunidade, protagonizando uma cidadania de convivência coletiva baseada no respeito mútuo e na paz social. (BENTES HAMOY, 2007, p.39).

Não se pode, porém negar, a presença de leve punição nas medidas, no entanto o que se precisa enxergar é a função principal, de proteção. Ao jovem não será imposto pena, e sim, medidas adequadas que lhe propicie atenção, educação, ressocialização, convivência familiar (se for o caso), condicionamento profissionalizante (se for o caso) e o que mais o Estado entenda que a ele falte. Nesse sentido, Danielle Rinaldi Barbosa aduz:

O reconhecimento do caráter punitivo da medida socioeducativa, contudo, em nada afasta a sua finalidade precipuamente pedagógica, que deve ser perseguida a todo custo para que este alto grau de mutabilidade do adolescente seja canalizado e utilizado em prol de sua efetiva socioeducação. Ocorre que olvidar dos aspectos sancionatório-retributivos das medidas impostas pelo Estado em contrapartida à prática infracional importa grave violação aos direitos do adolescente, que merece ser escudado pelo sistema garantista do direito penal juvenil. (BARBOSA, 2009, p 67).

Com isso, deve-se entender que a pena aplicável ao menor infrator tem como intuito a preocupação do Estado em garantir medidas que lhe assegurem uma ressocialização e melhoria de vida do jovem entregue à delinquência.

#### **4. A PRÁTICA DO ATO INFRACIONAL E A APLICAÇÃO DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS**

O menor de dezoito anos, ao praticar qualquer ato condenável, considerado crime ou contravenção penal, pratica ato infracional.

No caso de ato infracional cometido por criança (até 12 anos), aplicam-se as medidas de proteção. Nesse caso, o órgão responsável pelo atendimento é o Conselho Tutelar. Já o ato infracional cometido por adolescente deve ser apurado pela Delegacia da Criança e do Adolescente a quem cabe encaminhar o caso ao Promotor de Justiça que poderá aplicar uma das medidas socioeducativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente da Criança e do Adolescente. (AQUINO, 2005, p.40)

Constata-se a partir de então, que o inimputável (menores de dezoito anos, conforme assegura o art. 104 do ECA) pode praticar crime ou contravenção, desde que observada a data do fato, conforme o art. 4º do Código Penal, no entanto, é importante destacar que, se tratando de menores infratores o termo certo a ser usado será “atos infracionais”.

Os artigos 101 e 112 do ECA, disciplinam acerca das possíveis providências a serem tomadas caso uma criança ou um adolescente venha a cometer um ato infracional. O art. 101, aponta que a criança (até 12 anos incompletos) que praticar um ato infracional será conduzida ao Conselho Tutelar onde se submeterá às medidas de proteção previstas. Já o art. 112, trata do adolescente, sendo aquele que possui entre 12 de 18 anos de idade, que ao praticar o ato infracional, se sujeitará a processo contraditório, devendo-lhe ser assegurado a ampla defesa. E, após o devido processo legal, receberá ou não uma “sanção”, que deverá ser entendida como a medida socioeducativa.

Com isso, deve-se entender que tais medidas, não possuem natureza de pena e sim de medida socioeducativa.

##### **4.1.O Ato Infracional Praticado Pela Criança e Adolescente**

O ato infracional é a conduta descrita como crime ou contravenção penal praticado por criança e adolescente, de acordo com o artigo 103 da lei 8.069 de 1990, e há essa diferenciação de terminologia por se tratar de norma especialmente voltada para a criança e adolescente, portanto, o menor de 18 (dezoito) anos não pratica crime e sim ato infracional.

O estatuto da criança e do adolescente anotado e interpretado por Murillo Diácomo e Ideara Diácomo, dispõe que a criança que pratica o ato infracional não está sujeita a aplicação das medidas socioeducativas, e sim às medidas de proteção aplicadas pelo Conselho Tutelar descritas no artigo 101, que se trata de um rol meramente exemplificativo, podendo ser aplicadas outras medidas de acordo com as necessidades pedagógicas da criança.

Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas:

- I - encaminhamentos aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade;
- II - orientação, apoio e acompanhamento temporários;
- III - matrícula e frequência obrigatória em estabelecimento oficial de ensino fundamental;
- IV - inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente;
- V - requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar e ambulatorial;
- VI - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos;
- VII - acolhimento institucional;
- VIII - inclusão em programa de acolhimento familiar;
- IX - colocação em família substituta; (BRASIL, 1990).

E ao adolescente ao qual for imputada a prática de algum ato infracional, será imposta medida socioeducativa ou protetiva, aplicadas pela autoridade judiciária competente. Dessa forma, “no momento em que ao adolescente é atribuída uma conduta humana que esteja tipificada no Código Penal Brasileiro, Lei de Contravenções Penais ou em qualquer lei extravagante, como crime ou contravenção, pode-se afirmar que a ele está sendo imputada a prática de um ato infracional [...]” (BANDEIRA, 2006, p. 31/32).

Art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas:

- I - advertência;
- II - obrigação de reparar o dano;
- III - prestação de serviços à comunidade;
- IV - liberdade assistida;
- V - inserção em regime de semiliberdade;
- VI - internação em estabelecimento educacional;
- VII - qualquer um das previstas no art. 101 I a VI. (BRASIL, 1990).

Segundo José Barroso Filho ao menor infrator é aplicada uma sanção diversa da que é aplicada a um adulto que cometa o mesmo crime, visto que são eles inimputáveis, essa sanção vem prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente como medida socioeducativa, a qual visa a regeneração deste menor, a fim de que não cometa mais nenhum outro delito (BARROSO FILHO, 2011). Então as medidas aplicadas aos adolescentes devem oferecer respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, oferecendo os meios dignos necessários à sua ressocialização.

#### **4.2.Das Espécies de Medidas Socioeducativas**

Atualmente, no ordenamento jurídico brasileiro, especificamente no ECA, encontramos as medidas protetivas e as socioeducativas, no entanto, com o escopo de repassar ao leitor a melhor análise quanto a presença do princípio da proteção integral junto com os demais princípios que lhe seguem, optamos por tratar das medidas socioeducativas de forma mais detalhada. As socioeducativas foram escolhidas pelo fato de maior semelhança com algumas sanções aplicadas aos imputáveis. Contudo, cabe ao presente trabalho demonstrar mais do que as simples diferenças entre penas e medidas, ao projeto foi incumbida a missão de demonstrar a natureza educacional e protetiva do que se aplica aos menores.

A essa altura é de suma importância a exposição das espécies das medidas, mesmo que de forma sucinta. Tem-se a presença de um rol taxativo no já mencionado Estatuto, onde tais medidas adotadas podem atingir o menor infrator de forma social e dependendo do caso, podem também atingir de forma restritiva de direitos, vez que estas últimas são vistas como mais rigorosas. No que se refere às medidas socioeducativas, é de grande valia observar o que Amin ressalva:

Crianças e adolescentes têm direito de se desenvolver como crianças e adolescentes. Parece óbvio, mas esse direito nem sempre é respeitado. Comum ouvirmos a expressão “infância perdida” e às vezes, de fato, se perde no processo de abandono precoce da infância e correlato início precoce da adolescência e vida adulta. A sociedade influenciada pela mídia parece exigir um comportamento cada vez mais adulto daqueles que ainda não o são. Crianças e jovens estão estressados com um horário a cumprir similar ao de um adulto, a ponto de não sobrar tempo para brincar, conversar, se divertir. (AMIN, 2006, p.50)

As medidas não recaem em todo e qualquer adolescente infrator de forma indiscriminada e de ofício pelo competente, são determinadas após a comprovação tanto de autoria quanto de materialidade delituosa. Restrições essas que não abraçam o menor sem que haja o contraditório e a ampla defesa, assegurados pelo direito. No tocante às providências que deverão ser tomadas, bem como aos direitos que deverão ser resguardados ao menor infrator, a lei nº 12.594 de 2012 do SINASE assim dispõe:

Art. 35. A execução das medidas socioeducativas reger-se-á pelos seguintes princípios:

I - legalidade, não podendo o adolescente receber tratamento mais gravoso do que o conferido ao adulto;

II - excepcionalidade da intervenção judicial e da imposição de medidas, favorecendo-se meios de auto composição de conflitos;

III - prioridade a práticas ou medidas que sejam restaurativas e, sempre que possível, atendam às necessidades das vítimas;

IV - proporcionalidade em relação à ofensa cometida;

V - brevidade da medida em resposta ao ato cometido, em especial o respeito ao que dispõe o art. 122 da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente);

VI - individualização, considerando-se a idade, capacidades e circunstâncias pessoais do adolescente;

VII - mínima intervenção, restrita ao necessário para a realização dos objetivos da medida;

VIII - não discriminação do adolescente, notadamente em razão de etnia, gênero, nacionalidade, classe social, orientação religiosa, política ou sexual, ou associação ou pertencimento a qualquer minoria ou status; e

IX - fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários no processo socioeducativo. (BRASIL, 2012).

Importante ressaltar que as providências voltadas a este menor infrator em situação irregular de comportamentos são aplicadas antecedidas de análise da infração, em observância as características do pequeno infrator e ainda de sua necessidade e função.

#### **4.2.1. Da advertência**

A advertência já constava tanto no Código de Menores de 1927 no artigo 175, quanto no Código de Menores de 1979 no artigo 14, inciso I. Expressa no Estatuto da Criança e do Adolescente no artigo 115: “A advertência consistirá em admoestação verbal, que será reduzida a termo e assinada”. (BRASIL, 1990)

É considerada a medida socioeducativa menos severa, e tem como propósito alertar e aconselhar o adolescente e seus responsáveis acerca dos riscos da prática do ato infracional.

Em regra, a medida de advertência é recomendada para os adolescentes que não têm antecedentes criminais ou para aqueles cometem atos infracionais considerados leves, quanto à sua natureza ou consequências. (LIBERATTI, 2003, p. 101).

No tocante à aplicação da advertência, Liberatti analisa que:

Para atingir o objetivo da medida, é necessária a presença dos pais ou responsável na audiência, para que também sejam integrados no atendimento e orientação psicossociais, se houver necessidade (art. 129). À evidência, muito será exigido do juiz e do promotor de justiça, que deverão avaliar com muito critério os casos apresentados, não ultrapassando os limites do rigor, nem tampouco, sendo por demais tolerantes, sempre tendo em vista as circunstâncias e consequências do fato, o contexto social, da personalidade do adolescente e sua maior ou menor participação no ato infracional. (LIBERATTI, 2003, p. 101).

Verifica-se que, a medida de advertência consiste em apurar se o ato infracional praticado está associado a outras necessidades do menor, podendo o juiz, ao perceber tais necessidades, aplicar qualquer das medidas elencadas no art. 129 do ECA sempre observando o Princípio da Proporcionalidade:

I – encaminhamento a programa oficial ou comunitário de proteção à família; II – inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos; III- encaminhamento a tratamento psicológico ou psiquiátrico; IV – encaminhamento a cursos ou programas de orientação; V – obrigação de matricular o filho ou pupilo e acompanhar sua frequência e aproveitamento escolar; VI – obrigação de encaminhar a criança ou adolescente a tratamento especializado; VII – advertência; VIII – perda da guarda; IX – destituição da tutela; X – suspensão ou destituição do poder familiar. (BRASIL, 1990).

#### **4.2.2. Da prestação de serviços à comunidade**

A Lei 8069/1990 inovou ao acolher a medida de prestação de serviços a comunidade semelhante a encontrada no Código Penal como alternativa à privação de liberdade. A prestação de serviços à comunidade é a imposição de realização de tarefas ao menor infrator, sem remuneração alguma, com até seis meses de duração em observância ao Princípio da Brevidade e

Excepcionalidade. Os serviços podem ser realizados em hospitais, escolas ou entidades assistenciais, como previsto no artigo 117 do ECA:

Art. 117. A prestação de serviços comunitários consiste na realização de tarefas gratuitas de interesse geral, por período não excedente a seis meses, junto a entidades assistenciais, hospitais, escolas e outros estabelecimentos congêneres, bem como em programas comunitários ou governamentais.

Parágrafo único. As tarefas serão atribuídas conforme as aptidões do adolescente, devendo ser cumpridas durante jornada máxima de oito horas semanais, aos sábados, domingos e feriados ou em dias úteis, de modo a não prejudicar a frequência à escola ou à jornada normal de trabalho. (BRASIL, 1990).

O cumprimento de tarefas tem como um de seus pilares o Princípio da Cooperação, por serem de caráter coletivo, visando interesses e bens comuns. O que possibilita ao adolescente adquirir valores sociais positivos, através da vivência de relações de solidariedade, presentes na ética comunitária. (MARTINS, 2000).

Liberatti salienta que:

A medida proposta, tanto pelo Código Penal quanto pelo Estatuto, configura-se como alternativa da prisão ou da internação, permitindo que o infrator cumpra junto à família, no emprego e na comunidade, as imposições restritivas de seus direitos. No mesmo sentido, há que se entender que a medida sócio-educativa de prestação de serviços comunitários deverá ser fiscalizada pela comunidade, que, em conjunto com os educadores sociais, proporcionará ao adolescente infrator uma modalidade nova de cumprimento da medida em regime aberto. O trabalho deve ser gratuito; porém, deve ser medida que reflita ônus para o infrator, que sentirá as exigências da retribuição sem se corromper, e não uma relação de emprego. Não deve, contudo, ser imposta contra a vontade do adolescente; do contrário, corresponderia a trabalho forçado e obrigatório, o que seria proibido (art.112, § 2º). (LIBERATTI, 2003, p. 107).

Conforme o exposto, a indispensabilidade de voluntariedade do menor infrator para o cumprimento da prestação de serviços a comunidade assegura o seu caráter pedagógico da medida, visando incluir o adolescente socialmente, como versa o Princípio da Reeducação e Reintegração do Menor.

### 4.2.3. Da Reparação do Dano

A medida de reparação do dano se dará quando; o ato infracional praticado pelo adolescente acarretar prejuízos patrimoniais, com isso, o juiz poderá exigir do menor infrator a obrigação de reparação do dano, nos termos do Art. 116 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 116. Em se tratando de ato infracional com reflexos patrimoniais, a autoridade poderá determinar, se for o caso, que o adolescente restitua a coisa, promova o ressarcimento do dano, ou, por outra forma, compense o prejuízo da vítima.

Parágrafo único. Havendo manifesta impossibilidade, a medida poderá ser substituída por outra adequada. (BRASIL, 1990).

Essa obrigação de reparar não se confunde com indenização cível, onde se pode exigir dos pais o ressarcimento, nesta hipótese trazida no Estatuto da Criança e do Adolescente é fundamental que a obrigação seja cumprida pelo próprio adolescente e não por seus pais ou responsáveis. Isso se dá pelo Princípio da Condição Peculiar da Pessoa em Desenvolvimento, a medida tem clara função de construção de responsabilidade no jovem.

Ao menor é muito válido que arque com as consequências de seus atos observando sempre o parágrafo primeiro do artigo 112, que diz que “a medida aplicada ao adolescente levará em conta a sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e gravidade da infração” (Princípio da Proporcionalidade) (BRASIL, 1990). Então sendo impossível reparar esse dano será aplicada ao adolescente outra medida substituta, visto que o intuito é ele mesmo compensar a perda sofrida.

Portanto, o “Juiz da Infância e da Juventude poderá determinar, se for o caso, que o adolescente promova a reparação do dano por meio de: (a) restituição da coisa, (b) ressarcimento do dano ou, (c) por outra forma, compensação do prejuízo da vítima” (FULLER, DEZEM, JÚNIOR, 2012, p. 105). Então, “a restituição da coisa pode se dar diretamente, através da restituição da coisa, ou pela via indireta, através da entrega de coisa equivalente ou do seu valor correspondente em dinheiro”. (DIÁCOMO, DIÁCOMO, 2010, p. 161).

### 4.2.4. Da Liberdade Assistida

A liberdade assistida está prevista nos artigos 118 e 119 do Estatuto, e é considerada à medida que expressa o fundamento do sistema socioeducativo trazido pela Lei, e, “desde que

corretamente executada (Princípio da Prevalência dos Interesses, artigo 6º do ECA), é sem dúvida a que apresenta melhores condições de surtir os resultados positivos almejados, não apenas em benefício do adolescente, mas também de sua família e, acima de tudo, da sociedade” (DIÁCOMO, DIÁCOMO, 2010, p. 162).

De acordo com o artigo 118, “A liberdade assistida será adotada sempre que se Afigurar a medida mais adequada para o fim de acompanhar, auxiliar e orientar o adolescente” (BRASIL, 1990). Tal medida visa acompanhar a vida social do adolescente por meio da pessoa de um orientador, que tem a responsabilidade de conduzi-lo nos moldes no artigo 119, sendo este meramente exemplificativo. Lembrando que, ao orientador pode ser atribuída funções diversas das dispostas no artigo citado.

Segundo Murillo Diácomo e Ildeara Diácomo (2013. P. 175/176), a liberdade assistida não se trata de uma mera liberdade vigiada, na qual o adolescente estaria em período de prova, mas sim uma intervenção efetiva e positiva na vida do adolescente e, se necessário, em sua dinâmica familiar, por intermédio de uma pessoa capacitada para acompanhar a execução da medida, chamada de “orientador”, que tem a incumbência de desenvolver uma série de tarefas, expressamente previstas no art. 119, do estatuto:

Art. 119. Incumbe ao orientador, com o apoio e a supervisão da autoridade competente, a realização dos seguintes encargos, entre outros:

I - promover socialmente o adolescente e sua família, fornecendo-lhes orientação e inserindo-os, se necessário, em programa oficial ou comunitário de auxílio e assistência social;

II - supervisionar a frequência e o aproveitamento escolar do adolescente, promovendo, inclusive, sua matrícula;

III - diligenciar no sentido da profissionalização do adolescente e de sua inserção no mercado de trabalho;

IV - apresentar relatório do caso. (BRASIL, 1990).

Embora não seja previsto prazo de duração no referido artigo 118 parágrafo segundo está expresso que; será a liberdade assistida fixada pelo prazo mínimo de seis meses, não havendo prazo máximo para sua duração. O programa socioeducativo deve fixar metas a serem atingidas pelo adolescente, de modo que aquele permaneça vinculado a ela pelo menor período de tempo possível como aduz a Princípio da Brevidade, devendo ser sua família orientada e trabalhada para assumir a responsabilidade em relação ao adolescente a partir de determinado momento, onde mais uma vez percebemos o Princípio da Convivência Familiar.

#### 4.2.5. Do Regime de Semiliberdade

Segundo o ECA, os adolescentes podem permanecer em medidas socioeducativas de restrição de liberdade por até três anos consecutivos, além de ser permitido que passem três outros anos em situação de semiliberdade, tendo de comparecer todos os dias a um centro de internação. No caso da internação o menor é submetido aos Centros de Internação para Menores Infratores.

Situada no artigo 120 do Estatuto da Criança e Adolescente, a semiliberdade se trata de uma das espécies de medidas aplicadas, esta, porém, um tanto quanto mais severa, por assim dizer. Parente próximo ao modelo de semiliberdade aplicável aos imputáveis, na qual exercem atividade escolar e até mesmo profissionalizante, a depender da idade do infrator. A semiliberdade se faz em uma Colônia Agrícola, industrial ou similar, voltando à noite para dormirem o que se realizado corretamente cumpre com o Princípio da Reeducação e Reintegração do Menor.

A semiliberdade é uma alternativa ao regime de internamento que priva, parcialmente, a liberdade do adolescente, colocando-o em contato com a comunidade. O SINASE – Sistema Nacional de Atendimento socioeducativo – que define os princípios e parâmetros da ação e gestão pedagógicas das medidas socioeducativas configura a semiliberdade como uma medida restritiva de liberdade, mas que admite a coexistência do adolescente com o meio externo e institucional, estabelecendo a obrigatoriedade da escolarização e de atividades profissionalizantes, numa interação constante entre a entidade responsável pela aplicação da medida de semiliberdade e a comunidade, utilizando-se, preferencialmente, recursos da própria comunidade.(BANDEIRA, 2010,p.desconhecida).

O intuito da medida é o de devolver ou plantar o entendimento quanto a importância dos vínculos familiares e sociais na vida deste menor, sua importância e função social, seu potencial se bem instruído e sua perfeita reintegração ao meio em que pertence. Segundo Bandeira a semiliberdade tem como conceito:

Trata-se, na verdade, de um modelo similar ao regime semi-aberto destinado aos imputáveis, os quais, normalmente, exercem atividades escolares e profissionalizantes externas sob a supervisão do responsável pela colônia agrícola, industrial ou similar e retornam para o pernoite, permanecendo, também, nos domingos e feriados no estabelecimento do regime semi-aberto. (BANDEIRA, 2006,p.164).

Quanto a aplicação, a medida não poderá ultrapassar 3 (três) anos de acordo com o ECA (§ 2º do Art. 120 c/c o § 3º do Art. 121). Durante este período de execução, o menor deverá ser submetido a exames semestrais, não sendo vetado a ele o requerimento de progressão para seu cumprimento de forma aberta (visando o Princípio da Prevalência dos Interesses), que recebe o nome de liberdade assistida. O jovem que realiza todas as atividades se compromete e consegue satisfazer a função da medida, assim que constatado sua propensão adequada, recebe seu desligamento do processo. Assim como pode acontecer progressão, pode-se ter a regressão se o adolescente praticar outro ato infracional ou demonstrar total aversão as regras da semiliberdade, pelo juiz competente poderá ser determinado internamento onde por mais uma vez recai o manto do Princípio da Proporcionalidade.

#### **4.2.6. Da Internação**

Como descrito na medida anterior, a semiliberdade pode ser progredida à internação do menor, considerada como a mais severa das medias. Anterior ao advento do ECA, era permitido que qualquer adolescente em “situação irregular” fosse submetido a internação, hoje em dia é necessário a comprovação de autoria e também da materialidade do ato infracional, sempre com foco no Princípio da Proteção Integral. Em relação a isso, o Relatório da UNICEF em Comemoração dos 25 anos do Estatuto da Criança e do Adolescente, assim disciplina:

Antes do ECA, prevalecia a chamada doutrina da situação irregular, que autorizava a internação dos adolescentes, mesmo sem ter havido qualquer delito. A partir de 1990, o adolescente só pode ser submetido a uma medida socioeducativa se houver comprovação da autoria e da materialidade do ato infracional. (RELATÓRIO UNICEF, ECA 25 ANOS, 2015, p.28).

A medida restritiva de direitos é voltada aos menores com idade superior a 12 anos e praticantes de atos infracionais em que houve grave ameaça ou emprego de violência, podendo ser aplicado na ausência desses requisitos desde que entendido sua necessidade e proporcionalidade. É considerada uma medida constritiva de caráter cautelar, seu objetivo principal é afastar provisoriamente o contato ilimitado com a sociedade, observando sempre a integridade mental e física do menor à luz do ECA: “Art. 121. A internação constitui medida

privativa da liberdade, sujeita aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.” (BRASIL, 1990).

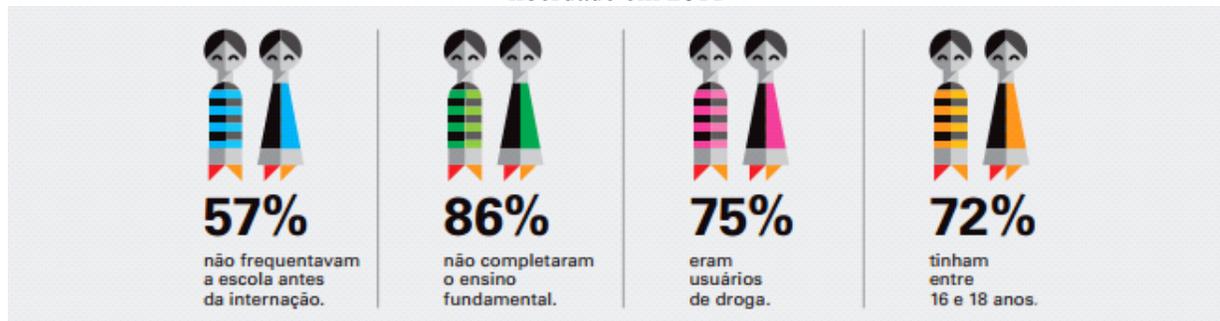
A medida de internação, por expressa definição legal contida no Estatuto da Criança e do Adolescente, é medida de privação de liberdade, aplicável pela autoridade judiciária em decisão fundamentada e assenta-se em três princípios básicos: brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.(HAMOY, 2007, p.71).

As internações atualmente são cumpridas com a inserção do adolescente em entidade de internação, sendo privado de sua liberdade por tempo indeterminado, porém, não superior a três anos, tempo este o mais breve possível para que não perca sua natureza. Lembrando que, a medida prevalece ao jovem que em cumprimento dela completa a maioridade, sendo, no entanto, compulsória sua liberação aos vinte e um anos de idade. Neste sentido Cury, afirma:

A internação é a saída encontrada pelo ECA em caso de maior periculosidade do adolescente, verificada, em caso concreto, pela grave ameaça ou violência à pessoa cometida por ele. Este ato infracional faz com que a reação estatal seja mais severa, e demande uma maior atenção do poder público para os labores de ressocialização do menor infrator. Acarretando obrigações irremediáveis ao Estado, entre outras, de uma idônea gestão dos centros de internamento e um eficaz planejamento da execução da sentença socioeducativa privativa de liberdade. (CURY, 2002, p. 375).

No que se refere à realidade do menor infrator, faz-se necessário analisar o perfil do adolescente ora levado à internação, realidade essa ilustrada através do quadro nº 18, p.30 retirado do Relatório da UNICEF em comemoração aos 25 anos do ECA :

**Figura 1** – Perfil dos adolescentes que cumpriam medidas socioeducativas com restrição da liberdade em 2011



Fonte: Conselho Nacional de Justiça – CNJ, DMF/CNJ – Panorama Nacional: A execução de medidas socioeducativas de internação – Programa Justiça ao Jovem. Conselho Nacional de Justiça, 2012.

\*Pesquisa realizada com uma amostra de adolescentes cumprindo medidas socioeducativas.

Através da análise do gráfico, é notório que os menores infratores carecem de um amparo maior do Estado e de suas famílias, pois as medidas socioeducativas e a proposta de ressocialização implantada pelo ECA devem ser observadas com maior atenção a fim de evitar que esses jovens venham a se tornar adultos delinquentes, é preciso, ainda, aperfeiçoar o sistema socioeducativo, a fim de garantir aos jovens condições que o ajudem a interromper a trajetória do crime.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através deste trabalho, foi realizado um estudo acerca da responsabilidade penal do menor infrator, com a análise cronológica das disposições legais, princípios, bem como das medidas sócioeducativas.

Visto a importância do tema, com o passar do tempo, foram criadas e aperfeiçoadas regras específicas para a proteção e responsabilização do menor, considerado o indivíduo menor de 18 anos. De acordo com o art. 227 da Constituição Federal que serviu como parâmetro para a criação do Estatuto da Criança e do Adolescente, os direitos dos menores devem ser garantidos, principalmente pela condição que os mesmos possuem como pessoas em desenvolvimento. E com base na Doutrina da Proteção Integral, possuem também absoluta prioridade.

O presente estudo mostrou que apesar dos menores de 18 anos serem considerados inimputáveis pela legislação vigente, não há que se falar em impunidade, uma vez que, o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê a responsabilização penal do adolescente que pratica ato considerado crime, qual seja, a aplicação das medidas socioeducativas, e embora haja punição, deve ser assegurado ao adolescente infrator os direitos e garantias processuais penais.

Às crianças que praticam atos infracionais devem ser aplicadas medidas de proteção, e aos adolescentes, são previstas as medidas socioeducativas, que buscam não só responsabilizar, mas também reeducar e reinserir o menor à sociedade.

Com base na pesquisa, conclui-se que as medidas socioeducativas possuem natureza punitiva, e também natureza educativa, visto que tem aspectos coercitivos, mas que possui como finalidade a educação e socialização.

Por fim, com a elaboração do trabalho, o mais importante a se concluir, é a necessidade de garantir a proteção integral às crianças e adolescentes, mesmo quando estas praticarem atos em desconformidade com o ordenamento jurídico. Não devendo essas crianças e adolescentes serem privadas de direitos e garantias iminentes da pessoa humana, e também, dos direitos decorrentes de sua condição especial de ser em desenvolvimento.

## REFERÊNCIAS

AQUINO, Leonardo Gomes de. Criança e adolescente: o ato infracional e as medidas sócio-educativas, 2012. Disponível em: <<http://goo.gl/89SgcR>>. Acesso em 27 mar. 2016.

BANDEIRA, Marcos. Atos infracionais e medidas socioeducativas: uma leitura dogmática, crítica e constitucional. Ilhéus, Editus, 2006.

BANDEIRA, Marcos. Medida socioeducativa de semiliberdade. Disponível em: <<http://goo.gl/Qomih8>>. Acesso em: 19 mar. 2016.

BRASIL. Decreto-Lei n° 2.848, de 07 de dezembro de 1940; Código Penal. Rio de Janeiro, 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <<http://goo.gl/FC1WvD>>. Acesso em 08 mar. 2016.

\_\_\_\_\_.Decreto n.º 3.914, de 9 de Setembro de 1941, Lei de Introdução ao Código Penal. Rio de Janeiro, 4 de dezembro de 1941.

\_\_\_\_\_.Decreto n.º 4.657, de 4 de Setembro de 1942, Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro, 4 de setembro de 1942. Disponível em: <<http://goo.gl/q3Qt4Z>>. Acesso em 08 mar. 2016.

\_\_\_\_\_.Lei 6697 de 10 de outubro de 1979. Institui o Código de Menores. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 10 de outubro de 1979. Disponível em: <<http://goo.gl/Z6siaO>>. Acesso em 03 mar. 2016.

\_\_\_\_\_.Lei n° 8.069. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 16 de julho de 1990. Disponível em: <<http://goo.gl/nh9tLn>>. Acesso em: 04 mar. 2016.

ALBERGARIA, Jason. Direito do menor. Rio de Janeiro: Aide, 1995.

AMARAL E SILVA, Antonio Fernando. O Estatuto da Criança e do Adolescente e Sistema de Responsabilidade Penal Juvenil ou o Mito da Inimputabilidade penal. In: ILANUD/ ABMP/ SEDH/ UNFPA (Orgs.). Justiça, Adolescente, e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização. São Paulo: ILANUD, 2006.

AMIN, Andréa Rodrigues. Doutrina da Proteção Integral. MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord). Curso de Direito da Criança e do Adolescente – Aspectos Teóricos e Práticos. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

AQUINO, Leonardo Gomes. Revista Jurídica Consulex, n° 193, 31 de Janeiro/2005). Disponível em: <<http://goo.gl/VP0WDo>>. Acesso em: 13 de abril de 2016.

BANDEIRA, Marcos Antônio Santos. Atos Infracionais e Medidas Socioeducativas : uma leitura dogmática, crítica e constitucional / Marcos Bandeira. - Ilhéus :Editus, 2006.

BARBOSA, Rinaldi Barbosa. A natureza jurídica da medida socioeducativa e as garantias do direito penal juvenil. Rev. Bras. Adolescência e Conflitualidade. São Paulo. BARBOSA,2009

BITTENCOURT, Darlan Rodrigues; MARCONDES, Ricardo Kochinski. Lineamentos da responsabilidade civil ambiental. In: Revista dos tribunais, n. 740. São Paulo: RT, jun/1997.

BROSSARD, Paulo. O impeachment. Porto Alegre: Livraria do Globo, 1964.

CINTRA, Maria do Rosário Leite. Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado, Munir Cury et al, p. 83-85 apud MACHADO, Martha de Toledo. A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos. São Paulo: Editora Manole, 2003.

CURY, Munir; SILVA, Antônio Fernando do Amaral e; MENDEZ, Emilio Garcia. "Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado". 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000

CURY, Munir. Estatuto da criança e do adolescente anotado. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Forense, 2002.

DELMANTO, Celso. Código Penal Comentado. 7. ed. São Paulo: Renovar, 2007.

DELMANTO, Celso, et al. Código Penal comentado : acompanhado de comentários, jurisprudência, súmulas em matéria penal e legislação complementar. – 8. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Saraiva, 2010.

DIÁCOMO, Murillo José; DIÁCOMO, Ildeara Amorim. Estatuto da criança e do adolescente anotado e interpretado. Ministério Público do Estado do Paraná. Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente. Curitiba, 2010.

FILHO, José Barroso. Do ato infracional. Disponível em: <<https://goo.gl/xcl0aR>>. Acesso em 08 de março de 2016.

FIRMO, Maria de Fátima Carrada. A Criança e o Adolescente no Ordenamento Jurídico Brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FREIRE, Instituto Paulo. Salvar o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) [livro eletrônico] / [organização dos originais Ana Luisa Vieira, Francisca Pini e Janaina Abreu]. São Paulo Instituto Paulo Freire, 2015.

FULLER, Paulo Henrique Aranda; DEZEM, Guilherme Madeira; JÚNIOR, Flávio Martins Alves Nunes; Estatuto da Criança e do Adolescente, São Paulo, SP: Editora Revista dos Tribunais Ltda, 2012.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal Parte Geral. 11ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

HAMOY, Ana Celina Bente. Direitos humanos e medidas socioeducativas: uma abordagem jurídico-social / Organizadora Ana Celina Bentes Hamoy – Belém: Movimento República de Emaús; Centro de Defesa da Criança e do Adolescente (CEDECA-EMAÚS), 2007.

LIBERATTI, Wilson Donizeti. Comentários ao estatuto da criança e do adolescente. São Paulo: Malheiros, 2003.

MACHADO, Martha de Toledo. A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos. Barueri, SP: Manole, 2003.

MARTINS, Maria Aparecida Pereira. Medida socioeducativa de prestação à comunidade. Goiânia, GO, Março de 2000. Disponível em: < <http://goo.gl/hjeSfJ> >. Acesso em 27 mar. 2016.

MASSON, Cleber Rogério. Direito Penal Esquemático - Parte Geral. Rio de Janeiro. Forense. São Paulo. Método. 2008,

MESSIAS, Gilson Santiago. Manual de Abordagem à Criança e ao Adolescente. CEDECA-BA

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MINAS GERAIS, Governo do Estado. Secretaria de Estado de Defesa Social. Subsecretaria de Atendimento às Medidas Socioeducativas. Medidas Socioeducativas: contribuições para a prática. Organizado por: Carolina Proietti Imura e Elaine Rocha Maciel. Belo Horizonte: Editora FAPI. 2012.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. Código Penal Interpretado. 7ª Ed. Atlas; São Paulo. 2011.

NETO, Wanderlino Nogueira. Por um sistema de promoção e proteção dos direitos humanos de criança e adolescentes. Serviço Social & Sociedade nº 83, Ano XXVI. São Paulo: Cortez, 2005.

NORONHA, E. Magalhães. Direito penal, vol. 1. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 1967

.NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal comentado. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. Leis processuais e penais comentadas. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SARAIVA, João Batista da Costa. Adolescente e ato infracional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

SARAIVA, João Batista Costa. "Desconstruindo o Mito da Impunidade: um Ensaio de Direito (Penal) Juvenil", Brasília, 2002

SILVA, Enid Rocha Andrade da; OLIVEIRA, Raissa Menezes de; O Adolescente em Conflito com a Lei e o Debate sobre a Redução da Maioridade Penal: esclarecimentos necessários; Nota Técnica nº 20; IPEA; Brasília, junho de 2015. Disponível em: <<http://goo.gl/dRIS2g>>. Acesso em: 08 de mar.

SPOSATO, Karyna Batista. O Direito Penal Juvenil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SPOSATO, Karyna Batista. Elementos para uma teoria da responsabilidade penal de adolescentes/ por Karyna Batista Sposato. – 2011.

TRIGUEIROS NETO, Arthur da Motta. Direito Penal Parte Geral. São Paulo. Saraiva. 2012  
TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Código de Processo Penal comentado. Vol. I. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

UNICEF, ECA 25 anos Estatuto da Criança e do Adolescente: Avanços e Desafios para a infância e a adolescência no Brasil, julho de 2015. Disponível em: <<http://goo.gl/RBj66w>>. Acesso em: 06 mar 2016.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; RABELO, Cesar Leandro de Almeida. Principais considerações sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 94, nov 2011. Disponível em: <<http://goo.gl/dbqo7q>>. Acesso em: 30 de mar 2016.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Reciprocidade e o jovem infrator. São Paulo: Ilanud, 1998.

## **DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS TRANSEXUAIS: DIREITO PERSONALÍSSIMO AO NOME E AO GÊNERO**

Isadora Moraes de Ataiades

### **RESUMO**

O presente trabalho discorre sobre mudança do prenome e do gênero no registro civil dos transexuais, que não optam pela cirurgia de transgenitalização. A mudança do prenome e do gênero possui consonância direta com o respeito à dignidade da pessoa humana. A cirurgia, nesta visão, trata-se de uma opção pessoal que não pode em qualquer hipótese retirar do ser humano, homem ou mulher, o direito de ser respeitado. Adota-se a pesquisa teórico-bibliográfica, desenvolvida com respaldo na doutrina jurídica, bem como, a pesquisa documental. Neste sentido, a metodologia funda-se na análise interpretativa e histórica sobre transexualismo e utiliza-se dos métodos indutivo e da teoria da argumentação.

**Palavras-chave:** Transexualismo. Direitos Fundamentais. Direitos da Personalidade.

## **ABSTRACT**

The present study is about the change of forename and gender in the transsexuals civil registry who don't opt for reassignment surgery. The change of forename and gender has a direct line to respect and dignity of human person. The surgery, in this view, is a personal choice that should not be, in any case, removed from human, man or woman, the right to be respected. It is adopted a theoretical and bibliographic research, conducted in legal support, and desk research. In that sense, the methodology is based on interpretative and historical analysis about transsexualism, inductive method and theory of argumentation.

**Keywords:** Transsexualism. Fundamental Rights. Personality Rights.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>6</b>
<b>2 CONSIDERAÇÕES PROPEDÊUTICAS SOBRE TRANSEXUALISMO .....</b>	<b>8</b>
2.1 O transexualismo sob a perspectiva histórica: De mito à doença .....	8
2.2 O transexualismo sob a perspectiva antropológica: As mudanças sociais a partir das posturas humanas.....	11
2.3 O transexualismo sob a perspectiva médica: A repercussão sentimental dos transexuais e a visão médica como doença .....	12
2.4 A cirurgia de transgenitalização .....	13
<b>3 DIREITOS DA PERSONALIDADE ACERCA DO NOME E DO GÊNERO.....</b>	<b>16</b>
3.1 Constitucionalização do Direito Civil .....	16
3.2 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....	17
3.3 Direitos da Personalidade: Origem, Conceito e Características .....	18
3.4 Direito de Privacidade .....	22
3.5 Natureza jurídica do nome e do gênero .....	23
<b>4 ALTERAÇÃO DO NOME E DO GÊNERO NO REGISTRO DO TRANSEXUAL ..</b>	<b>27</b>
4.1 Possibilidade de mudança do prenome na Lei de Registros Públicos nº 6.015/73.....	27
4.2 Alteração do prenome e do gênero do transexual sem cirurgia de transgenitalização .....	29
4.3 Apelação Cível nº 7004177664-2.....	31
4.4 Recurso Extraordinário nº 670422/RS .....	33
4.5 Projeto de Lei n.º 5.002/13 .....	34
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>36</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>37</b>
<b>ANEXO.....</b>	<b>40</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho versará sobre a possibilidade de mudança do prenome e do gênero no registro civil dos transexuais, que não optam pela cirurgia de transgenitalização. Este tema revela-se bastante polêmico, visto que a regulamentação dos direitos fundamentais desta minoria não está consolidada. A Lei nº 6.015/73 (Lei de Registros Públicos) prescreve, em seus arts. 56 a 58, a possibilidade de mudança do prenome, a fim de se evitar constrangimento. O nome e o gênero no registro civil do indivíduo possui relação direta com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, tendo em vista que individualiza e identifica o ser humano.

Destarte, esta pesquisa possui como objetivo geral a verificação da relação jurídica entre transexualismo e registro civil do nome e do gênero. Ademais, pretende-se, de modo específico, compreender as noções de transexual e transexualismo, sob a óptica de análises histórica, antropológica, psicológica e médica, bem como, busca-se analisar a legalidade da alteração do prenome e do gênero no registro civil dos transexuais. Faz-se necessário ressaltar que há relevância jurídica no assunto, sobretudo, em razão das discussões trazidas a baila, sobremaneira, pelo egrégio Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento do Recurso Extraordinário nº 670422 e pelo colendo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS) na Apelação Cível nº 7004177664-2.

Neste sentido, adota-se a pesquisa teórico-bibliográfica, desenvolvida com respaldo na doutrina do Direito Constitucional, Direito Civil e Direito Registral (documentos secundários), bem como, a pesquisa documental, materializada na Constituição Federal de 1988, na Lei n.º 10.406/2002 (Código Civil brasileiro), na Lei n.º 6.015/73 (Lei de Registro Público), em julgados do TJRS, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), do Superior Tribunal de Justiça (STJ), do STF e no Projeto de Lei federal n.º 5.002/13 (todos considerados pela Metodologia da Pesquisa como documentos primários). Neste diapasão, a metodologia funda-se na análise interpretativa e histórica sobre transexualismo e direitos dos transexuais e utiliza-se dos métodos indutivo e da teoria da argumentação.

No item 2 do presente trabalho explicar-se-á o transexualismo sob a perspectiva histórica, antropológica, psicológica e médica. Ademais, abordar-se-á os procedimentos da cirurgia de transgenitalização e seus riscos à vida.

No item 3, discorrer-se-á sobre o movimento do constitucionalismo do direito civil com resultado do neopositivismo jurídico, bem como, analisar-se-á o princípio da dignidade

da pessoa humana como postulado fundante do Estado brasileiro e a origem e as características dos direitos da personalidade e a natureza jurídica, elementos e atributos do nome e do gênero. Esta parte da pesquisa permite um acoplamento entre transexualismo e mudança do nome e do gênero.

No derradeiro tópico, explicar-se-á as possibilidades de alteração do prenome com base na Lei de Registro Público, bem como, discorrer-se-á sobre a alteração no registro civil do prenome e do gênero do transexual sem cirurgia, com fulcro na Apelação Cível nº 7004177664-2 (TJRS), no Recurso Extraordinário nº 670422 (STF) e no Projeto de Lei Federal n.º 5.002/13 (que tramita no Congresso Nacional), em razão da nova perspectiva para os seres humanos transexuais.

## 2 CONSIDERAÇÕES PROPEDÊUTICAS SOBRE TRANSEXUALISMO

No item 2 do presente trabalho o transexualismo será explicado sob a perspectiva histórica (origens, movimentos sociais e repercussão na mídia), antropológica (mudanças sociais a partir das posturas humanas), psicológica (repercussão sentimental nos transexuais em relação a sua condição) e médica (definição do transexualismo como doença). Ademais, discorrer-se-á sobre os riscos da cirurgia de transgenitalização.

### 2.1 O transexualismo sob a perspectiva histórica: De mito à doença

A luta dos transexuais no âmbito jurídico não se trata de fato hodierno e revela-se de grande importância para a sociedade, visto que, diuturnamente, eles solicitam ao Poder Judiciário uma mudança de atitude frente a vários temas, tendo como um dos principais a mudança do prenome e do gênero (masculino ou feminino) no registro civil<sup>1</sup>.

As situações de ambiguidade sexuais não são novas para o Direito. Igualmente, não são novas nem desconhecidas as injustiças decorrentes das classificações relacionadas ao sexo, à orientação sexual e às diversas expressões da sexualidade, já que, ao classificar, a lei passou também a discriminar (VENTURA, 2007, p. 243).

Ademais, Maria Berenice Dias diz que:

As questões que dizem com a sexualidade sempre são cercadas de mitos e tabus, e os chamados desvios sexuais, tidos como uma afronta à moral e aos bons costumes, são alvo da mais profunda rejeição social. Tal conservadorismo acaba por inibir o próprio legislador de normar situações que fogem dos padrões aceitos pela sociedade. No entanto, fechar os olhos à realidade não vai fazê-la desaparecer, e a omissão legal acaba tão-só fomentando a discriminação e o preconceito (DIAS, 2007, p. [s.n]).

Sendo assim, vale dizer que a história do transexualismo se baseia em lendas e mitos. A questão do transexual já existia desde os primórdios da humanidade, porém só se tornou

---

<sup>1</sup> Jurisprudências à respeito do Registro Civil dos Transexuais Sem Cirurgia de Transgenitalização: TJSP, AC 0013934-31.2011.8.26.0037, 10ª C. Dir. Priv., Rel. Carlos Alberto Garbi, j. 23/09/2014; TJPI, AC 2012.0001.008400-3, 2ª C. Esp. Cív., Rel. Des. Brandão de Carvalho, p. 22/01/2014; TJMG, AC 1.0231.11.012679-5/001, 6ª C. Cív., Rel. Des. Edilson Fernandes, p. 23/08/2013.

objeto de pesquisa quando foi considerada uma síndrome, pois, a partir daquele momento, o “fenômeno” do transexualismo passou a ser cientificamente analisado<sup>2</sup>.

No Livro IV das Metamorfoses de Ovídio citado pelo autor Elimar Szaniawski (SZANIAWSKI, 1999, p.30), visualiza-se a questão do hermafroditismo e da androginia<sup>3</sup>, em razão dos quais, respectivamente, o indivíduo possui os dois sexos, masculino e feminino ou tem uma parca definição do gênero sexual em razão de uma fisionomia biológica mesclada de homem e mulher. Logo, percebe-se que o tema transexualismo demonstra-se tão antigo quanto a própria história da humanidade.

Os tabus e o restrito conhecimento científico sobre a síndrome do transexualismo resultaram no estabelecimento de confusão entre as diversas anomalias sexuais, confundindo-a, frequentemente, com o *homossexualismo* ou com o *travestismo*, o que impossibilitou a caracterização da síndrome e o estudo próprio da mesma (SZANIAWSKI, 1999, p. 30).

Nos primórdios da civilização, vale lembrar, havia a característica da castração de homens e muitas lendas giraram em torno desta peculiaridade, podendo-se fazer, em alguns casos, uma analogia à questão da mudança de sexo. Neste sentido, seja por necessidade, seja por vontade, desde há tempos, o ser humano insatisfeito com sua condição física, tentava, mudar seu gênero sexual.

Uma das lendas mais antigas em relação a essa mudança do órgão sexual, lembra-se de um imperador romano, que em um momento de fúria matou sua esposa. Arrependido, encontrou um jovem escravo que parecia com uma mulher e o tornou como sua esposa. Em momento posterior, o imperador ordenou ao seu médico para que fizesse a cirurgia de castração no jovem escravo e que, posteriormente, o transformasse em uma pessoa do sexo feminino, pois então poderiam se casar. (SZANIAWSKI, 1999, p. 31)

Apesar de muitas lendas e mitos que giraram em torno da problemática da mudança de sexo, esta se mostra uma discussão recente, visto que, nos anos 70, inicia-se a ideia de diagnosticar e tratar esse “transtorno de identidade sexual”, conhecido na época como transexualismo (VENTURA, 2007, p. 147). Nota-se que, historicamente, a vontade de alterar a

<sup>2</sup> Hermafrodito, filho de Hermes e Afrodite, um jovem de rara beleza desde cedo despertou as paixões da ninfa Salmácia. Aos 15 anos de idade, ao banhar-se em uma fonte em Cária, Hermafrodito foi surpreendido por Salmácia, a qual agarrou o jovem e, abraçando-o com toda força, bradou aos deuses que os unissem para sempre, de modo que a união jamais pudesse ser desfeita. Suas desesperadas súplicas foram atendidas pelos deuses, formado-se, da união de ambos, um indivíduo de dupla sexualidade (SZANIAWSKI, 1999, p. 30-31).

<sup>3</sup> Androginia consiste em características sexuais ambíguas. Trata-se de situação de quem não tem características marcadamente femininas nem marcadamente masculinas, ou tem características consideradas do sexo oposto.

genital humana foi considerada uma patologia, isto é, um desejo doentio advindo de uma mente transtornada.

Segundo pesquisas feitas pela autora Miriam Ventura:

O acesso das pessoas transexuais às transformações passou a se legitimar, moral e legalmente como “terapia”, principalmente, através dos trabalhos da equipe da Clínica de Identidade de Gênero do Hospital John Hopkins, nos Estados Unidos da América. Essa difusão, associada ao aprimoramento das técnicas cirúrgicas e do progresso da terapia hormonal, tornou a “mudança de sexo” uma possibilidade concreta, e estimulou a oferta de cuidados e a demanda por acesso à “terapia” e à alteração legal da identidade sexual (VENTURA, 2007, p. 147).

No entanto, nos anos 90 o transexualismo, diferentemente de como é tratado e reconhecido por jurisprudência e vários doutrinadores nos dias atuais, foi considerado uma doença pela Organização Mundial de Saúde – OMS e incluído no Manual de Classificação das Doenças da Organização Mundial da Saúde - CID 10 – como um “transtorno mental e de comportamento, denominado Transtorno de Identidade de Gênero (OMS, 1990). O transexualismo também consta no Manual Diagnóstico e Estatístico das Desordens Mentais (DMS – IV) como “desordem da identidade de gênero”[...]” (VENTURA, 2007, p. 148).

Em 1997, o Conselho Nacional de Medicina aprovou uma Resolução a qual dizia que “intervenções cirúrgicas e hormonais eram consideradas mutiladoras e não-terapêuticas, e sua prática passível de sanção legal ético-profissional” (VENTURA, 2007, p. 149). No final do século XX, eclode o Movimento Transgênero no Brasil, uma vertente do movimento LGBTTT e que busca, em sua luta, mudanças jurídicas e políticas na sociedade. Ao analisar o histórico do grupo LGBTTT, verifica-se que a inclusão dos transexuais neste movimento se dá na segunda metade dos anos 1990, em razão da luta pelo acesso às cirurgias de transgenitalização, que já eram aprovadas pelo Conselho de Medicina desde 1977 (FACCHINI, 2016, p. 10).

[...] a demanda pelo acesso a transformações corporais que promovam a adequação dos corpos às identidades de gênero têm ganhado destaque. Demandas por adequação da identidade jurídica (mudança de prenome) e pela possibilidade de uso e reconhecimento do nome social em serviços de saúde e escolas, entre outros, unem travestis e transexuais na luta por direitos (FACCHINI, 2016, p. 11).

A partir destas discussões históricas e mediante várias fontes de pesquisas documentais doutrinárias, pode-se perceber que a questão da alteração de sexo e do

transexualismo passou por várias mudanças, visto que hoje, apesar de ainda não ser tratada com tanta naturalidade, já se discute mais sobre o tema e busca-se soluções jurídicas mais flexíveis, imparciais e justas à respeito desta minoria.

## **2.2 O transexualismo sob a perspectiva antropológica: As mudanças sociais a partir das posturas humanas**

A temática do transexualismo revela-se bastante controversa, tanto que pode-se ver várias mudanças sociais recentes com relação à essa minoria. Uma delas é a recente Resolução nº 12 de 16 de janeiro de 2015 da Secretaria dos Direitos Humanos, órgão da Administração Pública Direta Federal, que aborda várias temáticas, como o uso do nome social, de vestimentas (uniformes) e de banheiro. A mencionada norma, em seu art. 6º, prescreve: “Deve ser garantido o uso de banheiros, vestiários e demais espaços segregados por gênero, quando houver, de acordo com a identidade de gênero de cada sujeito”.

Ademais, a resolução em questão regula a situação do transexual perante as instituições e redes de ensino e como estas devem agir em relação aos transexuais que estão dentro das Universidades e àqueles que ainda irão ingressar. Neste diapasão, recentemente, a Universidade Federal de Uberlândia publicou uma notícia de que seus alunos e servidores transexuais poderiam usar o nome social dentro da instituição, em crachás, carteirinhas e nos diários de classe. Tais possibilidades demonstram a nítida eficácia da Resolução nº 12, que trata em seus arts. 1º, 2º e 3º exatamente sobre o nome social<sup>4</sup>.

Art. 1º Deve ser garantido pelas instituições e redes de ensino, em todos os níveis e modalidades, o reconhecimento e adoção do nome social àqueles e àquelas cuja identificação civil não reflita adequadamente sua identidade de gênero, mediante solicitação do próprio interessado. Art. 2º Deve ser garantido, àquelas e àqueles que o solicitarem, o direito ao tratamento oral exclusivamente pelo nome social, em qualquer circunstância, não cabendo qualquer tipo de objeção de consciência. Art. 3º O campo “nome social” deve ser inserido nos formulários e sistemas de informação utilizados nos procedimentos de seleção, inscrição, matrícula, registro de frequência, avaliação e similares (BRASIL, 2010).

Outrossim, ao pesquisar sobre o tema descobre-se que o transexual destaca-se nas decisões do Poder Judiciário nacional, visto que os processos não versam tão somente sobre

---

<sup>4</sup> Vale dizer que recentemente foi promulgado o Decreto nº 8727 de 28 de abril de 2016, no qual autoriza o uso do nome social e reconhece a identidade de gênero dos transexuais perante a Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional.

mudança do prenome e gênero no Registro Civil, mas discute-se também sobre preconceito e direito de inclusão. Todavia, com pesar se registra que transexuais ainda são “expulsos” de banheiros, em ambientes públicos e privados, e que há dúvidas sobre a aplicação da Lei Maria da Penha às transexuais femininas, como se estas não fossem mulheres que possam ser amparadas pela referida legislação.

### **2.3 O transexualismo sob a perspectiva médica: A repercussão sentimental dos transexuais e a visão médica como doença**

O transexualismo é considerado para a Medicina uma doença, um “transtorno de identidade”. Isso fica claro, pois ele está classificado no Código Internacional de Doenças (CID 10 F 64.0), que foi elaborado pela OMS, além de se fazer presente no Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (DSM IV). Ademais, a Resolução nº 1.955/2010 do Conselho Federal de Medicina (CFM) trata, também, o paciente transexual como “portador de desvio psicológico permanente de identidade sexual, com rejeição do fenótipo e tendência à automutilação e/ou autoextermínio”.

Segundo esta mencionada Resolução, é considerado transexual o paciente com as seguintes características:

Art. 3º Que a definição de transexualismo obedecerá, no mínimo, aos critérios abaixo enumerados: 1) Desconforto com o sexo anatômico natural; 2) Desejo expresso de eliminar os genitais, perder as características primárias e secundárias do próprio sexo e ganhar as do sexo oposto; 3) Permanência desses distúrbios de forma contínua e consistente por, no mínimo, dois anos; 4) Ausência de outros transtornos mentais (BRASIL, 2010).

Contudo, a partir do presente trabalho, verificar-se-á que o transexualismo não é uma patologia, mas sim uma face da identidade sexual (da identidade de gênero sexual) e que nem sempre para ser considerado transexual o indivíduo terá que eliminar os órgãos genitais, visto que estes não são as principais formas de se identificar o sexo da pessoa (masculino ou feminino). Portanto, da mesma forma que os homossexuais possuem direitos e devem ser respeitados perante a sociedade, os transexuais também merecem a tutela jurídica.

## 2.4 A cirurgia de transgenitalização

A cirurgia de transgenitalização vem regulamentada em vários artigos da Resolução do CFM nº 1.955/2010 e para tal realização, é necessário que o autor seja considerado “transexual” com fulcro no art. 3º da norma em tela.

No entanto como funciona essa cirurgia? Diante tal indagação vale dizer que, em muitos casos, a cirurgia de transgenitalização acarreta riscos à vida do transexual e, além disso, muitas vezes o paciente pode não se conscientizar sobre seu gênero sexual e nem se adequar seu sexo psíquico, após a cirurgia. Contudo, a partir da intervenção médica, torna-se impossível reverter a situação física do transexual. (SZANIAWSKI, 1998, p. 70/95)

Destarte, vale dizer que existem dois tipos de cirurgia de transgenitalização, aquela que transforma o indivíduo de sexo masculino para feminino (vaginoplastia) e aquela outra que torna a genitália feminina em masculina. Na primeira técnica médica-cirúrgica invasiva, o homem “[...] sofre a amputação de seu falo e dos testículos, sendo construído, no seu lugar, uma neovagina, mediante a utilização da pele escrotal. São-lhe criadas mamas de silicone e os demais atributos femininos secundários são adquiridos mediante tratamento hormonal (SZANIAWSKI, 1998, p. 83).

Já a cirurgia do indivíduo feminino para o masculino chama-se faloplastia e revela-se muito mais complexa do que a vaginoplastia, pois, além dos tratamentos hormonais que devem ser feitos, acontece a retirada de órgãos humanos, como útero e ovários. Ademais, a pessoa não sentirá o mesmo prazer sexual que sentia antes, pois com a mudança de lugar do clitóris, ocorre esta perda do deleite da volúpia e o indivíduo terá que fazer para o resto da vida tratamentos hormonais, o que em pode gerar transtornos futuros, inclusive, cancerígenos.

Deste modo, não faria sentido o indivíduo ser obrigado à mudança de sexo, apenas para preencher requisitos para uma possível alteração de nome e gênero, sendo que o órgão genital não é o principal requisito para o reconhecimento do gênero feminino ou masculino, o qual se identifica a partir, sobremaneira, do comportamento do próprio indivíduo perante a sociedade e perante a ele mesmo. Ao contrário, a cirurgia de transgenitalização poderá acarretar efeitos nefastos e não se revela o instrumento mais apropriado para definição de nome e gênero no registro civil, como profetiza a relatora Ministra Nancy Andrighi no Recurso Especial nº 1.008.398 - SP (2007/0273360-5), julgado no Superior Tribunal de Justiça (STJ):

Quando se iniciou a obrigatoriedade do registro civil, a distinção entre os dois sexos era feita baseada na conformação da genitália. Hoje, com o

desenvolvimento científico e tecnológico, existem vários outros elementos identificadores do sexo, razão pela qual a definição do gênero não pode mais ser limitada somente ao sexo aparente. Todo um conjunto de fatores, tanto psicológicos quanto biológicos, culturais e familiares, devem ser considerados. A título exemplificativo, podem ser apontados, para a caracterização sexual, os critérios cromossomial, gonadal, cromatínico, da genitália interna, psíquico ou comportamental, médico-legal, e jurídico (RECURSO ESPECIAL Nº 1.008.398-SP[2007/0273360-5]).

Portanto, verifica-se que a cirurgia de transgenitalização nem sempre é a única opção para o indivíduo transexual, até mesmo porque, se este não preencher alguns dos requisitos para concessão da cirurgia, a pessoa não a fará e continuará passando por situações constrangedoras. Logo, não é a cirurgia ou sua ausência que fere direitos de intimidade e da vida privada ou macula o princípio da dignidade da pessoa humana.

Como diz Simone Perelson, citando o psicanalista Frignet:

[...] observa Frignet, a questão do transexual não poderá ser suprida pela cirurgia, visto que ele quer não apenas ser uma mulher ou um homem, mas também ser dito mulher ou homem. E é por essa razão que, para além da medicina, ele irá recorrer ao direito, requerendo uma mudança de nome e de sexo (PERELSON, [s.d], p. 4).

Ademais, como disse a Excelentíssima Ministra Nancy, várias são as formas de caracterização sexual do indivíduo e deve-se lembrar que não apenas o cromossomial e o cromatínico, mais sim o sexo psíquico e o sexo civil, que são de grande relevância para o Direito, quando se falar das pessoas transexuais. A título de curiosidade, do que irá tratar o sexo civil e o sexo psíquico? Justamente o que se fala reiteradamente no presente trabalho, que a genitália nem sempre é a única forma de se identificar que a pessoa pertence ao sexo masculino ou ao sexo feminino, pois no caso do sexo psíquico, pessoas que pertencem ao mesmo sexo, podem reagir de formas diferentes ao mesmo estímulo, trazendo à discussão o caso do transexual, pois este, como já dito, não se sente pertencente ao sexo que nasceu, mais sim ao sexo oposto, e depois de uma simples análise psicológica, pode-se constatar que de fato o indivíduo se trata de pessoa transexual.

Mais adiante, será feita a análise da Apelação Cível nº 7004177664-2 do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, mas a título de ilustração, o caso da apelação é justamente da retificação do prenome no Registro Civil e a apelante Sara busca a mudança de seu prenome para Sandro, sem que necessite fazer a cirurgia de faloplastia, visto que analisando o procedimento da cirurgia é algo que se torna de risco. A apelante passa por uma análise psicológica realizada pela perícia psicológica junto ao DMJ, que constata que a apelante pode

ser sim considerada transexual e que a cirurgia não é necessária, visto que “sua masculinidade está evidente, independente da anatomia de seus órgãos genitais” (APELAÇÃO CÍVEL Nº 7004177664-2/TJRS, 2011, p. 12).

A avaliação psicológica permite concluir que a(o) periciada(o) é portador(a) de Transexualismo, patologia em que o indivíduo se sente pertencente a gênero de identidade sexual diferente de seu gênero biológico. A retificação de seu registro civil, ao possibilitar uma melhor adequação entre seu nome e sua aparência física, certamente evitará os constrangimentos e sofrimentos pelos quais tem passado (APELAÇÃO CÍVEL Nº 7004177664-2/TJRS, 2011, p. 11)

Neste sentido, a cirurgia de mudança de sexo oferece risco de morte, como qualquer procedimento médico invasivo. Portanto, a concessão de direitos não pode estar adstrita a mudança física, haja vista que o constrangimento com a identificação de nome e de gênero acarretam graves ofensas aos direitos da personalidade e à dignidade da pessoa humana.

### 3 DIREITOS DA PERSONALIDADE ACERCA DO NOME E DO GÊNERO

O tópico em questão fará abordagens à respeito da constitucionalização do direito civil, sobre os princípios da dignidade da pessoa humana, privacidade e intimidade, além de fazer um abordagem à respeito da origem dos direitos da personalidade suas características e natureza jurídica do nome (elementos e atributos do nome).

#### 3.1 Constitucionalização do Direito Civil

O fenômeno da Constitucionalização do Direito Civil revela o quanto este ramo do Direito Privado está relacionado com a Constituição Federal, em razão do neopositivismo jurídico.

Por conseguinte a uma breve retrospectiva, verifica-se que o Código Civil de 1916, não estabelecia relação entre direitos da personalidade e dignidade da pessoa humana com o direito privado, visto que naquela época como disse Pablo Stolze o legislador “Preocupa-se com o ‘ter’, e não com o ‘ser’” (2012, p. 112). A questão da propriedade era de muito mais relevante que a pessoa em si, o Código já deduzia que a relação entre as pessoas era de igualdade. No entanto, com o advento do Código Civil de 2002, a relação entre Constituição e Direito Privado fica mais evidente, pois a Carta Magna brasileira se torna um pilar para as relações privadas.

Se, por um lado, o movimento codificador do século XIX distanciava-se do Direito Constitucional — por imaginar, dentro de sua perspectiva exclusivista, que todo o direito privado estaria concretizado em um corpo monolítico, vocacionado à perenidade, e com traços de autossuficiência —, o processo descentralizador do Direito Civil, nascido em um período de maior consciência democrática, tem na Constituição o seu sistema principiológico superior, estruturador da harmonia do conjunto. (STOLZE, 2012, p. 111)

O marco histórico da constitucionalização do Direito Civil repousa no fim da Segunda Guerra Mundial. A Europa Ocidental se encontrava assolada mas construiu um modelo novo jurídico sustentável, baseado nos direitos fundamentais da pessoa humana. Segundo Barroso, três grandes transformações marcam esta constitucionalização: “a) o reconhecimento de força normativa à Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; e c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.”(BARROSO, 2007, p. 132).

Destarte, para o presente trabalho, será de grande relevância a relação de Constituição

*versus* Direito Civil, pois, os direitos da personalidade se farão bastantes presentes ao analisar a mudança do prenome, bem como a do gênero com os princípios da dignidade da pessoa humana e privacidade, além do direito ao nome relacionado ao constrangimento que este poderá trazer para o indivíduo transexual.

### 3.2 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

O Princípio da dignidade da pessoa humana está previsto no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988 e constitui fundamento do Estado Democrático de Direito. Sendo assim, pode-se dizer que este princípio é caracterizado como um “valor moral”, pois se analisar a palavra “dignidade” no seu significado etimológico vem da palavra em latim *dignitate*, a qual tem como significado virtude, honradez, consideração. Portanto, a dignidade de um indivíduo tem como interpretação a “integridade moral”.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana; (BRASIL, 1988)

Chaim Perelman diz que “a dignidade da pessoa humana é princípio geral de direito comum a todos os povos civilizados. Embora tenha conteúdo abstrato, é de suma importância para a compreensão dos direitos humanos” (PERELMAN, 1996 *apud* NAMBA, 2009, p. 15).

Na mesma linha defensiva, José Afonso da Silva profetiza que:

[...] o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não uma qualquer ideia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir 'teoria do núcleo da personalidade' individual, ignorando-a quando se trate de direitos econômicos, sociais e culturais (SILVA, 1998, p. 92).

Destarte, verifica-se que o transexual não é diferente para a Constituição Federal, visto que a lei não diz, em nenhum momento, que o princípio em questão só se aplica para esse ou aquele indivíduo, mas sim ele é princípio fundamental, o qual tem abrangência para todos os brasileiros, tanto que é um o preceito da República Federativa do Brasil. Vale dizer, que este princípio abarca todos os princípios fundamentais do ser humano, como exemplo o direito à

vida, o direito à igualdade, o direito à liberdade e todos aqueles dispostos no artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

[...] a afirmação de que todos os direitos e garantias fundamentais encontram seu fundamento direito, imediato e igual na dignidade da pessoa humana, do qual seriam concretizações, constata-se, de outra parte, que os direitos e garantias fundamentais podem – em princípio e ainda de modo e intensidade variáveis –, ser reconduzidos de alguma forma à noção de dignidade da pessoa humana, já que todos remontam a ideia de proteção e desenvolvimento das pessoas, de todas as pessoas [...] (SARLET, 2005, p. 78/79).

Ademais, Marcelo Novelino diz que:

A pessoa não é simplesmente um reflexo da ordem jurídica, mas, ao contrário, deve constituir o seu objetivo supremo, sendo que na relação entre o indivíduo e o Estado deve haver sempre uma *presunção a favor do ser humano e de sua personalidade*. [...] o Estado existe para o homem e não o homem para o Estado (NOVELINO, 2009, p. 348).

O próximo tópico versará sobre direito da personalidade, que tutela a integridade do ser humano, seja ela física, moral ou intelectual. Portanto, fica evidente sua ligação com o princípio constitucional e preceito da fundamental da República Federativa do Brasil que é a dignidade da pessoa humana.

### **3.3 Direitos da Personalidade: Origem, Conceito e Características**

Como já dito, os Direitos da Personalidade seguem o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana. Como diz Carlos Roberto Gonçalves:

O respeito à dignidade humana encontra-se em primeiro plano, entre os fundamentos constitucionais pelos quais se orienta o ordenamento jurídico brasileiro na defesa dos direitos da personalidade (CF, art. 1º, III). [...] (GONÇALVES, 2012, p. 191).

No mesmo sentido, Flávio Tartuce diz que “Os direitos da personalidade podem ser conceituados como sendo aqueles direitos inerentes à pessoa e à sua dignidade” (TARTUCE, 2005).

Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves também abordam o tema, os quais dizem que os “direitos da personalidade são aqueles que têm por objetivo os

diversos aspectos da pessoa humana, caracterizando-a em sua individualidade e servindo de base para o exercício de uma vida digna” (SÁ, NAVES, 2011, p. 49).

Partindo desse preceito, extrai-se a pergunta: Quando começou a se falar em Direitos da Personalidade? Os direitos da personalidade desde os seus primórdios vêm para discutir sobre o direito da pessoa em si. Segundo Maria Helena Diniz: “A fim de satisfazer suas necessidades nas relações sociais, o homem adquire direitos e assume obrigações, sendo, portanto, sujeito ativo e passivo de relações jurídico-econômicas” (DINIZ, 2012, p.131).

Esses direitos no que respeita aos direitos subjetivos são relativamente recentes, podendo citar a Declaração dos Direitos do Homem de 1789 a Convenção Europeia de 1950 e a Declaração das Nações Unidas de 1948, todas essas reconhecendo o advento dos Direitos da Personalidade. No entanto, juridicamente falando não é tão “jovem” assim, pois apesar de não se falar a palavra Direito da Personalidade, já havia decisões na Antiguidade que visavam alguns desses direitos, tanto que em Roma e na Grécia havia a proteção jurídica às ofensas morais e físicas à pessoa, chamadas na Grécia isso de *aikē kakegorias* e em Roma de *actio injuriarum*.

Muito se discute sobre a influência do Cristianismo nos Direitos da Personalidade, pois naquele tempo, a ideia de “fraternidade universal” (DINIZ, 2012, p. 132) era bastante disseminada, portanto a proteção aos direitos humanos foi se intensificando.

Após a Segunda Guerra Mundial, esse conceito de proteção aos direitos da pessoa humana cresceu bastante, pois agora ele passava a ter não somente uma importância social, mas sim uma importância jurídica, pois com as agressões causadas pelos governos da época à dignidade humana fez com que esses direitos fossem concretizados e lembrados na Assembleia Geral da ONU de 1948, no Pacto Internacional das Nações Unidas e na Convenção Europeia de 1950.

Apesar dessa evolução perante o Direito Internacional, os direitos da personalidade só tomaram grande relevância no Brasil a partir do século XX, onde com o advento da Constituição de 1988, eles passaram a se atrelar à um dos principais diretrizes da República Federativa do Brasil, que é a dignidade da pessoa humana, disposta no art. 1º, inciso III, da CF/88. Com esse advento, esses direitos tomaram uma proporção tão grande que como diz Maria Helena Diniz:

[...] sua ofensa constitui elemento caracterizador de dano moral e patrimonial indenizável, provocando uma revolução na proteção jurídica pelo desenvolvimento de ações de responsabilidade civil e criminal; do mandado

de segurança; do mandado de injunção; do *habeas corpus*; do *habeas data* etc (DINIZ, 2012, p. 133).

Sendo assim, pode-se dizer que os Direitos da Personalidade são aqueles atrelados à dignidade humana que buscam para cada pessoa uma proteção aos seus direitos individuais, para que o indivíduo possa ter uma vida mais digna e sem injustiças.

Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Neves, conceituam Direito da Personalidade como:

[...] são aqueles que têm por objetivo os diversos aspectos da pessoa humana, caracterizando-a em sua individualidade e servindo de base para o exercício de uma vida digna. São direitos de personalidade a vida, a intimidade, a integridade física, a integridade psíquica, o nome, a honra, a imagem, os dados genéticos e todos os seus demais aspectos que projetam a sua personalidade no mundo (SÁ, NEVES, 2011, p. 49).

Já para Maria Helena Diniz (2012, p.135), ela trata esses direitos como uma oportunidade do indivíduo se proteger judicialmente, pois para ela “os direitos da personalidade são direitos subjetivos *excluaenai alio*, ou seja, direitos de exigir um comportamento negativo dos outros, protegendo um bem inato, valendo-se de ação judicial”. Para Pablo Stolza, tem um conceito muito semelhante à de Carlos Roberto Gonçalves e Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Neves:

Conceituam-se os direitos da personalidade como aqueles que têm por objeto os atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa em si e em suas projeções sociais.

A ideia a nortear a disciplina dos direitos da personalidade é a de uma esfera extrapatrimonial do indivíduo, em que o sujeito tem reconhecidamente tutelada pela ordem jurídica uma série indeterminada de valores não redutíveis pecuniariamente, como a vida, a integridade física, a intimidade, a honra, entre outros (STOLZE, 2012, p. 164).

A partir do conceito de personalidade, verifica-se necessário elencar as características desses direitos, pois para o trabalho em questão será de grande relevância. Destarte, os Direitos da Personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, absolutos, extrapatrimoniais ou não-pecuniários, imprescritíveis, impenhoráveis e, por fim, são vitalícios.

Sendo assim, a questão a ‘intransmissibilidade’ e da ‘irrenunciabilidade’ aparecem no art. 11 do Código Civil de 2002 que diz que com “exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”.

Isso quer dizer que os Direitos da personalidade não podem ser passados, transferidos para terceiros para outra pessoa, nem mesmo o indivíduo que goza desses direito pode renunciá-lo, deixá-lo para trás. Vale dizer que esses direitos se criam e se extinguem com o indivíduo, portanto, eles não se transmitem nem por ato *causa mortis*. Como diz Carlos Roberto Gonçalves:

Não podem os titulares deles dispor, transmitindo-os a terceiros, renunciando ao seu uso ou abandonando-os, pois nascem e se extinguem com eles, dos quais são inseparáveis. Evidentemente, ninguém pode desfrutar em nome de outrem bens como a vida, a honra, a liberdade etc (GONÇALVES, 2012, p. 187).

Outrossim, os direitos da personalidade também são ‘absolutos’, mas vale dizer que não no sentido de privado de limites, pois de fato nenhuma norma é absoluta e sim como diz Sá e Neves “todo direito é limitado ou condicionado”, mas sim no sentido de que a consequência de sua oponibilidade será *erga omnes*. Portanto, todos somos alcançados pelos direitos de personalidade alheios.

Quando se fala na ‘extrapatrimonialidade’ dos Direitos da Personalidade, tem como objetivo dizer que esses direitos não podem servir de objeto para avaliação econômica. Ademais, mesmo que em alguns casos as consequências desses direitos sejam patrimoniais, o direito em si mesmo, não é passível de aferição econômica. Ademais, os Direitos da Personalidade também são ‘Imprescritíveis’ pelo fato de que esses direitos não perdem com o uso ou com o tempo, como diz Gonçalves “nem pela inércia na pretensão de defendê-los” (GONÇALVES, 2012, p. 189).

Ao se falar em ‘impenhorabilidade’, remete-se à característica da indisponibilidades, pois se os direitos da personalidade são indisponíveis, logo não são objetos de penhora. No entanto, no Direito sempre há uma exceção, e no caso desta regra, não será diferente. O direito autoral e o direito à imagem, por exemplo, são casos em que o indivíduo pode dispor desses direitos, pois como diz Gonçalves são cedidos “mediante retribuição pecuniária” (GONÇALVES, 2012, p. 190).

Por derradeiro, os direitos da personalidade são ‘vitalícios’, que dizer que eles surgem durante à concepção e acompanham o indivíduo até a morte. Alguns desses direitos acompanham o “*de cuius*” como os direitos morais do autor, o respeito à sua honra ou memória.

### 3.4 Direito de Privacidade

O princípio da privacidade está muito ligado com o tema em questão, visto que este é a fonte para fundamentação quando se fala no constrangimento do transexual frente ao seu nome que não condiz com suas vestes, seus comportamentos, sua personalidade, sua maneira de agir, tão pouco com seu ‘sentimento pessoal’ como indivíduo pertencente a um gênero, nem mesmo condiz com o modo em que a sociedade o vê e o considera.

Destarte, o princípio da privacidade diz sobre o direito que cada indivíduo possui de não ter sua vida exposta a ninguém, ou seja, é o direito de não divulgação de informações pessoais, que dizem respeito à vida privada do cada indivíduo.

Roxana Cardoso Brasileiro Borges diz que:

Assim, o direito à privacidade é considerado violado por exemplo: a) quando há intromissão não consentida em relação à vida privada de alguém, b) quando o acesso às informações da vida privada de uma pessoa for por esta autorizado, mas a divulgação dessas informações a terceiros não foi consentida, c) quando a intromissão não foi consentida e, além disso, houve divulgação das informações obtidas licitamente. O reconhecimento do direito à vida privada *stricto sensu* ou direito à privacidade tem como objetivo permitir à pessoa excluir do conhecimento de terceiros seus sentimentos, orientações ou comportamentos culturais, religiosos, sexuais, domésticos, suas preferências em geral, características e apelidos conhecidos apenas pelos que participam de sua vida privada, ou seja, seu círculo familiar mais próximo e seus amigos, evitando, também, a divulgação dessas informações. Enfim, o direito à privacidade protege do conhecimento alheio o modo de ser da pessoa (BORGES, 2009, p. 163).

O direito de privacidade está disposto em dois diplomas dentro do ordenamento jurídico, no Código Civil de 2002 em seu artigo 21 e na digna Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, inciso X.

Art. 21 A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma (BRASIL, 2002). **Art. 5º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: **X** - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (BRASIL, 1988).

A partir da leitura destes artigos verifica-se que o juiz, a requerimento da parte interessada, poderá tomar medidas cabíveis a fim de cessar injustiças causadas pela não

observância do princípio da privacidade. O artigo 5º, inciso X, da CF/1988, diz a respeito da indenização por dano material (patrimonial) ou moral (extrapatrimonial).

Mas, pensando sob o ponto de vista do transexual, quantas vezes ele irá requerer a indenização para que possa cessar o seu constrangimento perante a sociedade? Porque não, essas “providências necessárias”, não pode transformar em mudança de seu prenome e gênero no Registro Civil? Desta forma, a questão do constrangimento teria fim, ‘desafogando’ o Poder Judiciário em relação à essas demandas e tomando decisões compatíveis com o disposto no artigo 5º da digna Carta Magna, no qual diz que “Todos são iguais perante a lei”(BRASIL, 1988). Portanto, não existe razoabilidade em diferenciar os transexuais sem cirurgia dos transexuais que optaram pela intervenção cirúrgica de faloplastia ou vaginoplastia.

### 3.5 Natureza jurídica do nome e do gênero

O direito ao nome é um dos Direitos da Personalidade. No Código Civil vigente esse direito será tratado nos arts. 16 a 19:

Art. 16. Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome. Art. 17. O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória. Art. 18. Sem autorização, não se pode usar o nome alheio em propaganda comercial. Art. 19. O pseudônimo adotado para atividades lícitas goza da proteção que se dá ao nome (BRASIL, 2002).

Destarte, verifica-se que o direito ao nome faz parte dos direitos relacionados a integridade moral do indivíduo, até porque todo ser humano tem o direito à denominação própria e à identidade pessoal.

Carlos Roberto Gonçalves diz que:

[...] o direito ao nome é espécie dos direitos da personalidade, pertencente ao gênero do *direito à integridade moral*, pois todo indivíduo tem o direito à identidade pessoal, de ser reconhecido em sociedade por denominação própria. Tem ele caráter absoluto e produz efeito *erga omnes*, pois todos têm o dever de respeitá-lo. Dele deflui para o titular a prerrogativa de reivindicá-lo, quando lhe é negado (GONÇALVES, 2012, p. 201).

Já Sílvio de Salvo Venosa diz que “o nome é um atributo da personalidade, é um direito que visa proteger a própria identidade da pessoa, com o atributo da não patrimonialidade” (VENOSA, 2013, p. 198).

No mesmo sentido, Fábio Ulhoa Coelho diz que: “O nome é a identificação da pessoa natural. É o principal elemento de individuação de homens e mulheres. Tem importância não apenas jurídica, mas principalmente psicológica: é a base para a construção da personalidade” (COELHO, 2012, p. 271).

Sendo assim, fica claro que o que está sendo protegido não é o nome em si, mas sim a dignidade da pessoa que poderia, através do seu nome ser atingida.

O nome é composto pelo prenome e o sobrenome, o próprio artigo 16 do Código Civil trata desses institutos. Segundo Carlos Roberto Gonçalves:

O vocábulo “nome”, como elemento individualizador da pessoa natural, é empregado em sentido amplo, indicando o nome completo. Integra a personalidade, individualiza a pessoa não só durante a sua vida como também após a sua morte, e indica a sua procedência familiar (GONÇALVES, 2012, p. 128).

Destarte o que seria o prenome e o sobrenome? O prenome é o nome próprio do indivíduo. Ele tem como finalidade a distinção de dois membros da mesma família. Já o sobrenome, identifica qual família o indivíduo faz parte, segundo Gonçalves “é sinal que identifica a procedência da pessoa, indicando a sua filiação ou estirpe” (GONÇALVES, 2012, p. 164). O sobrenome também é chamado de “apelido familiar” de acordo com o artigo 56, da Lei de Registros Públicos nº 6.015/73.

Art. 56: O interessado, no primeiro ano após ter atingido a maioridade civil, poderá, pessoalmente ou por procurador bastante, alterar o nome, desde que não prejudique os apelidos de família, averbando-se a alteração que será publicada pela imprensa (BRASIL, 1973).

Pode-se afirmar que para vários doutrinadores o direito ao nome é um dos direitos da personalidade mais relevantes, pois como já dito, o nome é maneira pela qual cada indivíduo é reconhecido pela sociedade, portanto demonstrando um caráter individualizador. Ao analisar o artigo 16 do Código Civil de 2002 verifica-se que este confere ao nome o caráter de direito do indivíduo.

Neste diapasão, como diz Roxana Cardoso Brasileiro Borges “Constituirá violação a esse direito de personalidade se o nome de alguém for utilizado para expor a pessoa a

desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória” (BORGES, 2009, p. 222). Ressalta-se neste ponto, que a questão da retificação do prenome e gênero do transexual transpassa justamente pela questão do constrangimento, pois se é um direito do indivíduo, feri-lo, pode gerar conseqüências ao âmago do próprio transexual, visto que este poderá passar por constrangimentos desnecessários perante a sociedade no simples ato de ter que se apresentar à alguém com o nome do registro que não condiz com sua vida social, nem mesmo com o que sente de si próprio.

Como já foi visto, o transexualismo é o estado sexual de um indivíduo, o qual rejeita, ou seja, não aceita, sua condição genética e até mesmo a condição anatômica de seu corpo, de modo que se identifica com o sexo oposto ao seu. Em outras palavras, o transexualismo é a rejeição do corpo, da condição genética a qual a sociedade lhe identifica, fazendo com que a todo o momento se identifique com o sexo oposto ao seu.

Quando o indivíduo nasce homem, porém se identifica totalmente como mulher, se veste como tal, se sente como tal e até mesmo se chama como tal e isso perante a sociedade além de trazer desconforto, leva a uma grande estranheza. Para eles, ficar como nasceram, gera um transtorno psicológico enorme. Diz-se normalmente, que o transexual é aquele que possui características de um sexo, porém possui comportamento psicológico de outro, ou seja, são pessoas que desde sempre se sentem em um corpo, porém pertencem geneticamente e fisiologicamente a outro (NAMBA, 2009, p. 141-142), ou seja, como diz Koichi Kameda de Figueiredo Carvalho: “A transexualidade pode ser caracterizada pela convicção de pertencimento ao sexo biologicamente oposto [...]” (CARVALHO, 2009, p 463).

Embora ainda vigorem as concepções mais tradicionais a respeito do direito ao nome, admite-se, cada vez mais, que a pessoa tem a faculdade de, em circunstâncias específicas, alterá-lo e, mesmo, negociar seu uso, inclusive em negócios jurídicos de conteúdo patrimonial, sobretudo devido à mudança de enfoque sobre sua *ratio*. Mais do que ser um elemento que integra o estado da pessoa, o direito ao nome é um direito de personalidade, e, assim considerando, volta-se mais aos interesses da própria pessoa titular do nome do que aos interesses de terceiros. Aí reside a possibilidade de exercício de certa autonomia jurídica sobre o direito ao nome. As pessoas não devem receber nomes que as exponham ao ridículo. A lei de Registros Públicos, Lei n. 6.015/73, traz uma vedação legal dirigida aos oficiais do registro, que não podem registrar prenomes suscetíveis de expor ao ridículo os seus portadores. Se isso acontecer, o sujeito tem a faculdade de alterá-lo, inclusive quanto ao prenome[...] (BORGES, 2009, p. 224-227).

Portanto, a questão da mudança do prenome mostra-se como uma discussão forte na doutrina cível, visto que ela irá se debater com a Lei de Registros Públicos, a qual menciona

algumas possibilidades de mudança do prenome. No mesmo sentido, a mudança do gênero, homem para mulher ou vice-versa, no registro civil revela-se como efeito direto da mudança no nome. Se a pessoa transexual é constrangida por ter nome que o não identifica, tal situação vergonhosa também ocorrer com o gênero que não individualiza a pessoa real. Neste sentido, o Código Civil com fundamento nos direitos da personalidade mostra uma possibilidade para mudança do gênero no registro público.

## 4 ALTERAÇÃO DO NOME E DO GÊNERO NO REGISTRO DO TRANSEXUAL

O tópico 4 explicará as possibilidades de alteração do nome com base na Lei do Registro Público (arts. 56 e 58). Além disso, discorrerá sobre a alteração do prenome do transexual com cirurgia e sem cirurgia com base na análise do julgado do TJRS e do Recurso Extraordinário do STF. Por fim, far-se-á uma breve explicação sobre o projeto de Lei federal n.º 5.002/13. Vale dizer, que este tópico terá sempre como foco a tentativa de se evitar o constrangimento ao indivíduo transexual.

### 4.1 Possibilidade de mudança do prenome na Lei de Registros Públicos n.º 6.015/73

A Lei de Registros Públicos n.º 6.015/73 trás algumas possibilidades para a mudança do prenome no Registro Civil, dentre eles os artigos 56, 57 e 58.

**Art. 55.** Quando o declarante não indicar o nome completo, o oficial lançará adiante do prenome escolhido o nome do pai, e na falta, o da mãe, se forem conhecidos e não o impedir a condição de ilegitimidade, salvo reconhecimento no ato. **Parágrafo único.** Os oficiais do registro civil não registrarão prenomes suscetíveis de expor ao ridículo os seus portadores. Quando os pais não se conformarem com a recusa do oficial, este submeterá por escrito o caso, independente da cobrança de quaisquer emolumentos, à decisão do Juiz competente. **Art. 56.** O interessado, no primeiro ano após ter atingido a maioridade civil, poderá, pessoalmente ou por procurador bastante, alterar o nome, desde que não prejudique os apelidos de família, averbando-se a alteração que será publicada pela imprensa. **Art. 57.** A alteração posterior de nome, somente por exceção e motivadamente, após audiência do Ministério Público, será permitida por sentença do juiz a que estiver sujeito o registro, arquivando-se o mandado e publicando-se a alteração pela imprensa, ressalvada a hipótese do art. 110 desta Lei.[...] **Art. 58.** O prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios. **Parágrafo único.** A substituição do prenome será ainda admitida em razão de fundada coação ou ameaça decorrente da colaboração com a apuração de crime, por determinação, em sentença, de juiz competente, ouvido o Ministério Público [grifo meu] (BRASIL, 1973).

Em relação ao artigo 55 da referida lei, a questão da exposição do indivíduo ao ridículo. Existe uma crítica à posição deste artigo visto que o parágrafo único deveria vir disposto em artigo separado, autônomo (CENEVIVA, 2010, p. 192). “A matéria consoante de paragrafo único deveria ser figurado em artigo autônomo. Aliás, o tema da exposição ao ridículo não tem pertinência direta com a omissão, pelo declarante, do nome completo do registrando” (CENEVIVA, 2010, p. 192).

Sendo assim, superada a questão da crítica à posição do artigo, vale dizer que A temática da exposição ao ridículo se torna de extrema relevância para a questão do transexual, visto que este ao usar seu nome do Registro Civil e chegar em algum lugar e se comportar de outra forma, se sentir de outra forma e até mesmo se vestir de modo contrário ao seu gênero sexual e ao seu nome no Registro Civil, causa, de fato, grande constrangimento à pessoa, e como já dito, pode-se invocar vários princípios constitucionais para tutelar a dignidade do transexual, pois como diz a própria Constituição Federal, todos são iguais perante a lei, e porque, então, não conceder ao transexual sem cirurgia a mudança no registro civil e o gênero, para que não haja mais esse constrangimento e até mesmo essa ‘afronta’ aos princípios tão importantes da dignidade da pessoa humana e o princípio da privacidade?

Ceneviva diz que “Uma vez que se constate ser o prenome capaz de expor o seu titular a situações de vexame, a alteração dever deferida, a seu requerimento, com prova, por ele, da verificação de vexame” (CENEVIVA, 2010, p. 193). Dessa forma, como já dito de maneira breve na Introdução do presente trabalho, vários tribunais têm mostrado decisões favoráveis aos transexuais sem cirurgia em relação ao prenome, levando em consideração justamente a questão da exposição ao ridículo, no entanto nem sempre o transexual consegue a cessação deste problema, pois não basta a mudança do prenome se no seu Registro consta o gênero sexual contrário àquele referente ao seu nome.

Verifica-se pelo artigo 56 da Lei 6.015/73 a possibilidade de mudança do prenome após a maioridade. Sendo assim, o indivíduo poderá agir no décimo nono ano de existência requerendo essa mudança, desde que não prejudique apelidos de família. Ora, aqui o legislador autoriza expressamente a possibilidade da mudança do prenome. O artigo 57 diz em seu texto legal que a alteração posterior do nome só será feita somente por exceção e motivadamente e após audiência do Ministério Público, ademais, será autorizada após sentença de juiz a que estiver sujeito o registro.

Destarte, verifica-se mais um possibilidade para alteração do prenome do indivíduo, demonstrando que a ‘definitividade’ do nome não é tão absoluta assim, pois se existem exceções, à um presunção de relatividade. Verifica-se também que essa modificação será feita somente pela via judicial e a pedido do interessado, demonstrando, portanto, que o oficial do cartório ou até mesmo o juiz, não poderão agir de ofício diante de tal problemática. Vale frisar que essa modificação terá que ter motivada.

A própria lei prevê os casos de substituição do prenome. Não só o prenome pode ser ridículo, como também, a própria combinação de todo o nome. Nesse caso, entendemos que o dever de recusa do oficial persiste. Em caso

de levantamento de dúvidas pelo serventuário, deve o juiz impedir o registro de nomes que exponham seus portadores ao riso, ao ridículo e à chacota da sociedade (VENOSA, 2013, p. 203).

O artigo 58 da mencionada lei trará com mais força a discussão da relatividade do prenome, pois nele, trará mais uma possibilidade de alteração visando a questão de fundada coação ou ameaça.

#### **4.2 Alteração do prenome e do gênero do transexual sem cirurgia de transgenitalização**

Ao analisar todos os aspectos ditos nos capítulos anteriores, verifica-se que discussão em torno da possibilidade de alteração do prenome e gênero no Registro Civil do Transexual é de grande relevância e ainda de muitas discussões, pois nem todos os Tribunais concedem essa mudança para aquele que não se submeteu a cirurgia de transgenitalização e, como já visto, órgão sexual não é o único meio de reconhecimento do transexual, podendo se basear em critérios psicológicos também, por exemplo.

Durante a pesquisa para o trabalho, fica evidenciado algumas teses para conseguir a proteção desses indivíduos, como os princípios da dignidade da pessoa humana e da intimidade, a questão da relatividade do nome, pois se há exceções a sua definitividade, não é possível abarcar a característica de ser absoluto. Ademais, o ordenamento jurídico brasileiro, trás na Lei de Registro Público nº 6.015/73 a discussão sobre a exposição ao ridículo do indivíduo transexual que segundo o dicionário Aurélio ridículo é algo “digno de riso, merecedor de escárnio e zombaria, que se presta a exploração do caso cômico, irrisório, risível”, e o indivíduo transexual, por não ser diferente de outras pessoas, como diz o grande princípio de igualdade, não poderá passar por situações como essas descritas na definição de tal dicionário, pois estaria colocando em discussão real efetividade dos direitos constitucionais, trazendo uma instabilidade ao Direito Brasileiro.

Vários Tribunais brasileiros trazem a possibilidade dessa mudança, concedendo ao transexual sem cirurgia uma vida melhor, sem constrangimentos e muito mais, a adequação de seu sentimento, comportamento e de sua real identidade. O Tribunal de Justiça de São Paulo, trás essa mudança de pensamento ao analisar a Apelação Cível nº 0013934-31.2011.8.26.0037:

Retificação de registro civil. Transexual que preserva o fenótipo masculino. Requerente que não se submeteu à cirurgia de transgenitalização, mas que requer a mudança de seu nome em razão de adotar características femininas.

Possibilidade. Adequação ao sexo psicológico. Laudo pericial que apontou transexualismo. Na hipótese dos autos, o autor pediu a retificação de seu registro civil para que possa adotar nome do gênero feminino, em razão de ser portador de transexualismo e ser reconhecido no meio social como mulher. Para conferir segurança e estabilidade às relações sociais, o nome é regido pelos princípios da imutabilidade e indisponibilidade, ainda que o seu detentor não o aprecie. Todavia, a imutabilidade do nome e dos apelidos de família não é mais tratada como regra absoluta.[...] Conforme laudo da perícia médico-legal realizada, a desconformidade psíquica entre o sexo biológico e o sexo psicológico decorre de transexualismo. O indivíduo tem seu sexo definido em seu registro civil com base na observação dos órgãos genitais externos, no momento do nascimento. [...] A cirurgia de transgenitalização não é requisito para a retificação de assento ante o seu caráter secundário. A cirurgia tem caráter complementar, visando a conformação das características e anatomia ao sexo psicológico. Portanto, tendo em vista que o sexo psicológico é aquele que dirige o comportamento social externo do indivíduo e considerando que o requerente se sente mulher sob o ponto de vista psíquico, procedendo como se do sexo feminino fosse perante a sociedade, não há qualquer motivo para se negar a pretendida alteração registral pleiteada. A sentença, portanto, merece ser reformada para determinar a retificação no assento de nascimento do apelante para que passe a constar como "PN". Sentença reformada. Recurso provido (TJSP, AC 0013934-31.2011.8.26.0037, 2014).

No mesmo diapasão o Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

Retificação de assento de nascimento. Alteração do prenome e do sexo. Transexual. Interessado não submetido à cirurgia de transgenitalização. Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Condições da ação. Presença. Instrução probatória. Ausência. Sentença cassada. O reconhecimento judicial do direito dos transexuais à alteração de seu prenome conforme o sentimento que eles têm de si mesmos, ainda que não tenham se submetido à cirurgia de transgenitalização, é medida que se revela possível em consonância com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Presentes as condições da ação e afigurando-se indispensável o regular processamento do feito, com instrução probatória exauriente, para a correta solução da presente controvérsia, impõe-se a cassação da sentença (TJMG, AC 1.0231.11.012679-5/001, 2013).

No mesmo sentido, a mudança do gênero revela-se possível mesmo sem a cirurgia visto que o que caracteriza o registro não é a condição física, mas ao inverso o status jurídico da pessoa. Portanto, se o transexual não se veste como homem, não se movimenta como homem, não se sente homem, sua condição jurídica é de mulher e vice-versa. Nesta linha, compete ao Direito tutelar este indivíduo, evitando constrangimento para a pessoa ter que mostrar seu registro civil com gênero masculino se a pessoa é mulher em seu âmago, em que pese tenha genitália masculina.

Deste modo, verifica-se que a mudança de pensamento frente aos direitos dos transexuais vem mudando, visto que anteriormente a retificação do prenome e do gênero só seria possível para aqueles que se submetessem à cirurgia de transgenitalização, que como visto anteriormente, em alguns casos se torna inviável, podendo gerar ainda mais transtornos ao indivíduo transexual. Assim, com a nova jurisprudência, perceber-se-á que o registro civil revela o ser humano em sua dimensão holística e, pois, não se revela razoável exigir que a pessoa se submeta à cirurgia para apenas assim ter seu nome e seu gênero no registro alterados.

#### **4.3 Apelação Cível nº 7004177664-2**

Na Apelação Cível nº 7004177664-2 o TJRS discute a possibilidade de mudança de prenome e gênero do assento civil, em que Sara pretende mudar seu prenome para Sandro e trocar de gênero feminino para masculino. No entanto, o pedido foi julgado parcialmente procedente, visto que o TJRS autorizou a mudança apenas do prenome e não do gênero.

Durante o trabalho, foi analisado dois princípios de grande relevância, sejam eles o da dignidade da pessoa humana e o princípio da privacidade. Destarte, no caso da Apelação Cível, fica claro que o constrangimento do transexual não está totalmente cessado, visto que ainda seu nome está em desconformidade com seu gênero sexual, que ainda consta feminino e não masculino como teria que ser.

No entorno do processo, foi demonstrado vários laudos periciais, os quais constataram que Sara e agora Sandro de fato é transexual, e este possui direitos. O advogado da parte alega que fazer a cirurgia de Faloplastia trata-se de um procedimento de grande complexidade e que pode gerar riscos a seu cliente e ainda alega que mesmo se ele fizesse tal procedimento, os resultados seriam duvidosos, como já falado em tópico anterior.

A essa altura, feitas todas estas provas que ninguém duvida ou questiona, é até desumano exigir como requisito para a troca de gênero no registro, que o apelante se submeta a um procedimento cirúrgico de altíssimo risco, extremamente violento para o corpo, e com baixíssima expectativa de sucesso (APELAÇÃO CÍVEL 70041776642, 2011).

Ademais, a parte se submeteu a vários exames periciais com realizada pela perícia psicológica junto ao DMJ a qual constatou que Sara poderia ser considerada transexual e que o fato de não proceder com a cirurgia de transgenitalização não geraria nenhum problema, pois os órgãos sexuais não é a única forma para se considerar uma pessoa transexual.

**A(o) periciada(o) tem aparência e postura nitidamente masculinas, sendo impossível identificá-la(o) como mulher.** Apresenta-se emocional e psicologicamente com uma estrutura de personalidade e identidade de gênero masculinas que destoam de seu gênero biológico. **Sua história pessoal demonstra que sua identificação sempre foi com o sexo masculino,** o que se refletia em suas brincadeiras (carrinhos e consertando objetos danificados), na escolha de suas roupas (sem acessórios, com roupas mais esportivas) e no gosto pelos esportes, especialmente os mais agressivos (futebol e handebol). **Ressalte-se que com as transformações corporais que sofreu ao longo da vida,** através do esporte, com o uso de hormônios e com a mastectomia, **pôde assumir de forma plena sua identidade psicológica masculina,** diminuindo de forma significativa a incongruência físico/emocional que vivenciava. **A avaliação psicológica permite concluir que a(o) periciada(o) é portador(a) de Transexualismo,** patologia em que o indivíduo se sente pertencente a gênero de identidade sexual diferente de seu gênero biológico. A retificação de seu registro civil, ao possibilitar uma melhor adequação entre seu nome e sua aparência física, certamente evitará os constrangimentos e sofrimentos pelos quais tem passado[grifos meus] (APELAÇÃO CÍVEL 70041776642, 2011).

Diz ainda a perita Dra. Tatiana Bragança que “Não há necessidade da cirurgia, uma vez que sua masculinidade está evidente, independente da anatomia de seus órgãos genitais” Portanto, fica claro com esta perícia que a cirurgia se torna algo irrelevante para caracterização da identidade sexual de um indivíduo e, como já foi dito várias vezes durante o presente trabalho, o indivíduo transexual, tem seus direitos, dentre eles a mudança do prenome e gênero no Registro Civil e vale ressaltar o gênero, pois não adianta mudar o prenome se o constrangimento e à exposição ao ridículo ainda continuam.

Como esclarece o advogado da parte:

Mais do que inconcebível do ponto-de-vista jurídico, a manutenção de um descompasso tão absurdo entre prenome e sexo no registro do apelante, vai gerar ainda mais constrangimento e vergonha.

Um sofrimento “interno” – decorrente do sentimento de inadequação; e um sofrimento “externo” – pela vergonha de se ver e de se sentir homem, mas em um corpo de mulher [...] Pior ainda, é submeter o apelante a mais um constrangimento, com a manutenção de um registro no qual consta um prenome masculino, mas com gênero feminino (APELAÇÃO CÍVEL 70041776642, 2011).

Sendo assim, como já dito em tópicos anteriores, geraria uma insegurança jurídica, visto que grandes princípios constitucionais estariam sendo violados. Por fim, tal apelação invoca os princípios da publicidade e da veracidade dos Registros Públicos, visto que o registro deve condizer com a ‘realidade fenomênica do mundo’, para que haja uma proteção dos direitos e interesses de terceiros.

#### 4.4 Recurso Extraordinário nº 670422/RS

O STF reconheceu repercussão geral no Recurso Extraordinário nº 670422/RS, o qual versa sobre a possibilidade de retificação do gênero do transexual em seu Registro Civil, independentemente da cirurgia de transgenitalização. Tal tema será discutido futuramente pelo STF e esta futura decisão atingirá vários processos que possuem a mesma lide e, se a decisão for favorável, acarretará uma nova visão aos direitos dos transexuais.

Em notícia publicada na página do STF diz que:

[...]a deliberação do Supremo repercutirá não apenas em sua esfera jurídica, mas na de todos os transexuais que buscam adequar sua identidade de sexo à sua identidade de gênero, mesmo sem a realização de todos os procedimentos cirúrgicos de redesignação. Por fim, aduz que “o que se busca é um precedente histórico de enorme significado e repercussão, não só jurídica, mas também de inegável repercussão social” (STF, 2014).

Ademais, o juízo de 1º grau deferiu parcialmente possibilitando apenas a mudança do prenome e não do gênero, alegando que para mudança do gênero seria preciso a cirurgia de transgenitalização e como foi visto no presente trabalho, o órgão sexual não é o único requisito para identificação do gênero.

Por fim, o Ministro Dias Toffli alega que tal matéria tem cunho constitucional e a discussão passa pela possibilidade ou não da mudança de prenome e gênero nos assentos civis mesmo sem a cirurgia de transgenitalização e demonstra que tal discussão passa pelos direitos da personalidade, e princípio de veracidade e publicidade dos Registros Civis.

As matérias suscitadas no recurso extraordinário, relativas à necessidade ou não de cirurgia de transgenitalização para alteração nos assentos do registro civil, o conteúdo jurídico do direito à autodeterminação sexual, bem como a possibilidade jurídica ou não de se utilizar o termo transexual no registro civil, são dotadas de natureza constitucional, uma vez que expõe os limites da convivência entre os direitos fundamentais como os da personalidade, da dignidade da pessoa humana, da intimidade, da saúde, entre outros de um lado, com os princípios da publicidade e da veracidade dos registros públicos de outro (RE 670422/RS, 2014, p. 2-3).

Verifica-se, portanto, que tal matéria ainda gera várias discussões e que o presente tema ainda não tem uma decisão consolidada e, pois, gera muita insegurança jurídica no ordenamento jurídico, visto que os transexuais, iguais quaisquer outras pessoas possuem direitos e que estes não estão totalmente definidos. Contudo, a partir da própria Constituição

Federal de 1988 pode-se achar soluções para proteger estes indivíduos que apenas buscam uma melhor qualidade de vida, afastando preconceitos e evitando constrangimentos frente a sociedade.

#### 4.5 Projeto de Lei n.º 5.002/13

O Projeto de Lei federal n.º 5.002/13 vem na tentativa de regularizar os direitos à identidade de gênero, juntamente com a tentativa de mudança do artigo 58 da Lei 6.015/73. Dentre várias abordagens esse projeto trás, justamente a questão de retificação do prenome do assento civil. Além dessa abordagem de direitos, o projeto trás conceitos que são ainda de grande dúvida pelo ordenamento jurídico como a definição de identidade de gênero que vem disposta no artigo 2º de tal projeto de lei.

**Art. 2º:** Entende-se por identidade de gênero a vivência interna e individual do gênero tal como cada pessoa o sente, a qual pode corresponder ou não com o sexo atribuído após o nascimento, incluindo a vivência pessoal do corpo [grifos meus] (BRASIL, 2013).

Tal artigo demonstra claramente o que se discutiu no presente trabalho, que foi justamente a questão de que a identidade de gênero pode ou não ser a mesma àquela atribuída no nascimento. Então havendo a possibilidade de convergência entre o sexo biológico e o sexo psicológico, tem que ter soluções para essas disparidades, pois como já dito o transexual possui os mesmo direitos que o cidadão heterossexual, por exemplo, pessoa essa considerada ‘normal’ pela sociedade.

Ademais, o projeto de lei tratará em seu artigo 4º, parágrafo único a questão da não obrigação da cirurgia para se considerar o indivíduo transexual.

**Parágrafo único:** Em nenhum caso serão requisitos para alteração do prenome:

I -intervenção cirúrgica de transexualização total ou parcial; II -terapias hormonais; III -qualquer outro tipo de tratamento ou diagnóstico psicológico ou médico; IV -autorização judicial.[grifos meus] (BRASIL, 2013).

Destarte, tal projeto de lei, trará para o ordenamento jurídico soluções para esses indivíduos que ainda são visto pela sociedade de maneira preconceituosa e com muitas dúvidas. Ademais, auxiliará o magistrado nas decisões referentes à essa problemática do retificação do prenome e gênero no Registro Civil. Na justificativa de tal projeto de lei

apresenta-se uma abordagem interessante que é justamente o que se busca com o presente trabalho.

Falamos de pessoas que se sentem, vivem, se comportam e são percebidas pelos outros como homens ou como mulheres, mas cuja identidade de gênero é negada pelo Estado, que reserva para si a exclusiva autoridade de determinar os limites exatos entre a masculinidade e a feminidade e os critérios para decidir quem fica de um lado e quem do outro, como se isso fosse possível.[...] E andam pelo mundo com sua identidade oficialmente não reconhecida, como se, das profundezas da história dos nossos antepassados filosóficos gregos, Crátilo voltasse a falar para Hermógenes: ‘Tu não és Hermógenes, ainda que todo o mundo te chame desse modo’ (BRASIL, 2013).

Portanto, os direitos dos transexuais devem ser regularizados, pois assim se impede instabilidades jurídicas. Ademais, a regulação do tema afasta mais transtornos a esses indivíduos que ainda são discriminados pela sociedade. Novamente, faz-se mister enfatizar que o registro só reflete o *status* da pessoa viva e, pois, prenome e gênero na certidão de nascimento e de casamento e nos documentos devem apresentar o indivíduo como ele se sente e, sobretudo, como ele aspirar ser visto pelos seus pares.

## CONCLUSÃO

O presente trabalho versou sobre a possibilidade de mudança do prenome e do gênero no registro civil dos transexuais, que não optam pela cirurgia de transgenitalização (faloplastia e vaginoplastia). Esclareceu-se que a Lei nº 6.015/73 (Lei de Registros Públicos) autoriza a mudança do prenome, a fim de se evitar constrangimento, visto que o nome do indivíduo possui relação direta com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, tendo em vista que identifica e individualiza o ser humano como ele se sente e como é visto.

Na Apelação Cível nº 7004177664-2, o TJRS concedeu a possibilidade de mudança de prenome e determinou ao Oficial do Cartório do Registro Civil que Sara passe a ser chamado de Sandro. Na mesma linha, o Supremo Tribunal Federal (STF) no Recurso Extraordinário nº 670422/RS reconheceu repercussão geral na autorização de retificação do gênero do transexual em seu registro civil, mesmo que este não tenha procedido com a cirurgia de transgenitalização.

Explicou-se o transexualismo sob sua perspectiva conglobante e abordou-se os procedimentos da cirurgia de transgenitalização e seus riscos à vida. Por conseguinte, discorreu-se sobre o movimento do constitucionalismo do direito civil como resultado do neopositivismo jurídico e sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento dos direitos da personalidade. No derradeiro item, elucidou-se as possibilidades de alteração do prenome com base na Lei de Registro Público, bem como, discorreu-se sobre a alteração do prenome e do gênero no registro civil do transexual sem cirurgia sob o lume da jurisprudência pátria.

A mudança do prenome e do gênero possui consonância direta com o respeito à dignidade da pessoa humana e ao direito de privacidade. Estes direitos da personalidade concretizam o *status* da pessoa em razão de materializar como o indivíduo é na vida real e concreta. A cirurgia, nesta visão, trata-se de uma opção pessoal que não pode em qualquer hipótese retirar do ser humano, homem ou mulher, o direito de ser respeitado.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. Revista de direito constitucional e internacional, São Paulo, n. 58, p. 129/173, jan.-mar. 2007.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de Personalidade e Autonomia Privada**. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

BRASIL. **Lei nº 6015**, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em: <<http://goo.gl/O0Oi6z>>. Acesso em: 28 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://goo.gl/hCh0B4>>. Acesso em: 16 maio 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://goo.gl/nLEHwJ>> Acesso em: 16 maio. 2016.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.008.398 - SP (2007/0273360-5)**. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF, 15 de janeiro de 2009. Disponível em: <<https://goo.gl/b4hF5k>>. Acesso em: 16 maio 2016.

\_\_\_\_\_. **Resolução CFM nº 1955**, de 12 de agosto de 2010. Dispõe sobre a cirurgia de transgenitalismo e revoga a Resolução CFM nº 1.652/02. Diário Oficial da União. Seção 1, p. 109-110. Disponível em: <<http://goo.gl/tPoYHw>>. Acesso em: 16 maio 2016.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 5002/2013**. Dispõe sobre o direito à identidade de gênero e altera o art. 58 da Lei nº 6.015 de 31 de dezembro de 1973. Disponível em: <<http://goo.gl/6bq2HL>>. Acesso em: 16 maio 2016.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 670422/RS**. Relator: Ministro Dias Toffoli: Brasília, DF: Diário Oficial da União, 06 de janeiro de 2014. Disponível em: <<http://goo.gl/EjXp7c>>. Acesso em: 28 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. **Resolução nº 12**, de 16 de janeiro de 2015. Estabelece parâmetros para a garantia das condições de acesso e permanência de pessoas travestis e transexuais - e todas aquelas que tenham sua identidade de gênero não reconhecida em diferentes espaços sociais - nos sistemas e instituições de ensino, formulando orientações quanto ao reconhecimento institucional da identidade de gênero e sua operacionalização. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 12 mar. 2015. Seção 1, p. 3. Disponível em: <<http://goo.gl/ON0BNe>>. Acesso em: 16 maio 2016.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 8727**, de 28 de abril de 2016. Dispõe sobre o uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero de pessoas travestis e transexuais no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 29 abr. 2016. Disponível em: <<http://goo.gl/LKw6jp>>. Acesso em: 16 maio 2016.

CARVALHO, Koichi Kameda de Figueiredo. **Transexualidade e cidadania: a alteração do registro civil como fator de inclusão social**. Pg 463-471. Revista Bioética. Conselho Federal de Medicina, 2009.

CENEVIVA, Walter. **Lei dos registros públicos comentada**. 20. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: Parte Geral**. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

DIAS, Maria Berenice. **Transexualidade e o Direito de Casar**. Universo Jurídico, Juiz de Fora, ano XI, 02 de mar. de 2007. Disponível em: <[http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/3273/TRANSEXUALIDADE\\_E\\_O\\_DIREITO\\_DE\\_CASAR](http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/3273/TRANSEXUALIDADE_E_O_DIREITO_DE_CASAR)>. Acesso em: 16 de mai. de 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: 1. Teoria Geral do Direito Civil**. 29. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

FACCHINI, Regina. **Histórico da luta de LGBT no Brasil**. Disponível em: <[http://www.crpsp.org.br/portal/comunicacao/cadernos\\_tematicos/11/frames/fr\\_historico.aspx](http://www.crpsp.org.br/portal/comunicacao/cadernos_tematicos/11/frames/fr_historico.aspx)>. Acesso em: 16 maio 2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil 1: Parte Geral**. 14. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 1.0231.11.012679-5/001**. Relator: Desembargador Edilson Fernandes, Data de Julgamento: 13/01/2013, Câmaras Cíveis/6ª Câmara Cível, Data de Publicação: 23/08/2013. Disponível em: <<http://goo.gl/bMMWZG>>. Acesso em: 16 maio 2016.

NAMBA, Edison Tetsuzo. **Bioética e Biodireito**. São Paulo: Atlas, 2009.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Editora Método, 2009.

PERELSON, Simone. **A mudança de sexo: engodo ou direito?** – Artigo escrito no programa de pós-graduação em teoria psicanalítica da UFRJ. Disponível em: <[http://www.psicopatologiafundamental.org/uploads/files/iii\\_congresso/mesas\\_redondas/a\\_mudanca\\_de\\_sexo.pdf](http://www.psicopatologiafundamental.org/uploads/files/iii_congresso/mesas_redondas/a_mudanca_de_sexo.pdf)>. Acesso em: 15 maio 2016.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70041776642**. Relator: Rui Portanova, Data de Julgamento: 30/06/2011. 8ª Câmara Cível da Comarca de Porto Alegre, Data de Publicação: 19/03/2012. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 28 abr. 2016.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**. 2. ed. Belo Horizonte: del Rey Editora, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais: Na Constituição Federal de 1988**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 0013934-31.2011.8.26.0037**. Relator: Carlos Alberto Garbi, Data de Julgamento: 23/01/2014, 2ª Vara Cível da Comarca de Araraquara, Data de Publicação: 25/09/2014. Disponível em: < <http://goo.gl/NPp7A6> >. Acesso em: 16 maio 2016.

SILVA, José Afonso da. **A Dignidade da Pessoa Humana como Valor Supremo da Democracia**. In: Revista de Direito Administrativo, v. 212, 1998, p. 125-145.

SZANIAWSKI, Elimar. **Limites e Possibilidades de Direito de Redesignação do Estado Sexual**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

TARTUCE, Flávio. **Os direitos da personalidade no novo Código Civil**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 878, 28 nov. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7590>>. Acesso em: 15 maio 2016.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Parte Geral**. 13. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

VENTURA, Miriam; Ventura, M. ; **Transexualidade: Algumas reflexões jurídicas sobre a autonomia corporal e autodeterminação da identidade sexual**. In: Rios, Roger Raupp (org). Em Defesa dos Direitos Sexuais. 1ed.Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, v. , p. 1-195.

**ANEXO****PROJETO DE LEI Nº 5002/ 2013**

(Dep. Jean Wyllys e Érika Kokay)

Dispõe sobre o direito à identidade de gênero e altera o artigo 58 da Lei 6.015 de 1973.

**LEI JOÃO W NERY****LEI DE IDENTIDADE DE GÊNERO**

O Congresso Nacional decreta:

**Artigo 1º** - Toda pessoa tem direito:

- I- ao reconhecimento de sua identidade de gênero;
- II- ao livre desenvolvimento de sua pessoa conforme sua identidade de gênero;
- III- a ser tratada de acordo com sua identidade de gênero e, em particular, a ser identificada dessa maneira nos instrumentos que acreditem sua identidade pessoal a respeito do/s prenome/s, da imagem e do sexo com que é registrada neles.

**Artigo 2º** - Entende-se por identidade de gênero a vivência interna e individual do gênero tal como cada pessoa o sente, a qual pode corresponder ou não com o sexo atribuído após o nascimento, incluindo a vivência pessoal do corpo.

**Parágrafo único:** O exercício do direito à identidade de gênero pode envolver a modificação da aparência ou da função corporal através de meios farmacológicos, cirúrgicos ou de outra índole, desde que isso seja livremente escolhido, e outras expressões de gênero, inclusive vestimenta, modo de fala e maneirismos.

**Artigo 3º** - Toda pessoa poderá solicitar a retificação registral de sexo e a mudança do prenome e da imagem registradas na documentação pessoal, sempre que não coincidam com a sua identidade de gênero auto-percebida.

**Artigo 4º** - Toda pessoa que solicitar a retificação registral de sexo e a mudança do prenome e da imagem, em virtude da presente lei, deverá observar os seguintes requisitos:

- I- ser maior de dezoito (18) anos;

II- apresentar ao cartório que corresponda uma solicitação escrita, na qual deverá manifestar que, de acordo com a presente lei, requer a retificação registral da certidão de nascimento e a emissão de uma nova carteira de identidade, conservando o número original;

III- expressar o/s novo/s prenome/s escolhido/s para que sejam inscritos.

**Parágrafo único:** Em nenhum caso serão requisitos para alteração do prenome:

I - intervenção cirúrgica de transexualização total ou parcial;

II - terapias hormonais;

III - qualquer outro tipo de tratamento ou diagnóstico psicológico ou médico;

IV - autorização judicial.

**Artigo 5º** - Com relação às pessoas que ainda não tenham dezoito (18) anos de idade, a solicitação do trâmite a que se refere o artigo 4º deverá ser efetuada através de seus representantes legais e com a expressa conformidade de vontade da criança ou adolescente, levando em consideração os princípios de capacidade progressiva e interesse superior da criança, de acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente.

§1º Quando, por qualquer razão, seja negado ou não seja possível obter o consentimento de algum/a dos/as representante/s do Adolescente, ele poderá recorrer ele poderá recorrer a assistência da Defensoria Pública para autorização judicial, mediante procedimento sumaríssimo que deve levar em consideração os princípios de capacidade progressiva e interesse superior da criança.

§2º Em todos os casos, a pessoa que ainda não tenha 18 anos deverá contar com a assistência da Defensoria Pública, de acordo com o estabelecido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

**Artigo 6º** - Cumpridos os requisitos estabelecidos nos artigos 4º e 5º, sem necessidade de nenhum trâmite judicial ou administrativo, o/a funcionário/a autorizado do cartório procederá:

I- a registrar no registro civil das pessoas naturais a mudança de sexo e prenome/s;

II- emitir uma nova certidão de nascimento e uma nova carteira de identidade que reflitam a mudança realizada;

III- informar imediatamente os órgãos responsáveis pelos registros públicos para que se realize a atualização de dados eleitorais, de antecedentes criminais e peças judiciais.

§1º Nos novos documentos, fica proibida qualquer referência à presente lei ou à identidade anterior, salvo com autorização por escrito da pessoa trans ou intersexual.

§2º Os trâmites previstos na presente lei serão gratuitos, pessoais, e não será necessária a intermediação de advogados/as ou gestores/as.

§3º Os trâmites de retificação de sexo e prenome/s realizados em virtude da presente lei serão sigilosos. Após a retificação, só poderão ter acesso à certidão de nascimento original aqueles que contarem com autorização escrita do/a titular da mesma.

§4º Não se dará qualquer tipo de publicidade à mudança de sexo e prenome/s, a não ser que isso seja autorizado pelo/a titular dos dados. Não será realizada a publicidade na imprensa que estabelece a lei 6.015/73 (arts. 56 e 57).

**Artigo 7º** - A Alteração do prenome, nos termos dos artigos 4º e 5º desta Lei, não alterará a titularidade dos direitos e obrigações jurídicas que pudessem corresponder à pessoa com anterioridade à mudança registral, nem daqueles que provenham das relações próprias do direito de família em todas as suas ordens e graus, as que se manterão inalteráveis, incluída a adoção.

§1º Da alteração do prenome em cartório prosseguirá, necessariamente, a mudança de prenome e gênero em qualquer outro documento como diplomas, certificados, carteira de identidade, CPF, passaporte, título de eleitor, Carteira Nacional de Habilitação e Carteira de Trabalho e Previdência Social.

§2º Preservará a maternidade ou paternidade da pessoa trans no registro civil de seus/suas filhos/as, retificando automaticamente também tais registros civis, se assim solicitado, independente da vontade da outra maternidade ou paternidade;

§3º Preservará o matrimônio da pessoa trans, retificando automaticamente também, se assim solicitado, a certidão de casamento independente de configurar uma união homoafetiva ou heteroafetiva.

§4º Em todos os casos, será relevante o número da carteira de identidade e o Cadastro de Pessoa Física da pessoa como garantia de continuidade jurídica.

**Artigo 8º** - Toda pessoa maior de dezoito (18) anos poderá realizar intervenções cirúrgicas totais ou parciais de transexualização, inclusive as de modificação genital, e/ou tratamentos hormonais integrais, a fim de adequar seu corpo à sua identidade de gênero auto-percebida.

§1º Em todos os casos, será requerido apenas o consentimento informado da pessoa adulta e capaz. Não será necessário, em nenhum caso, qualquer tipo de diagnóstico ou tratamento psicológico ou psiquiátrico, ou autorização judicial ou administrativa.

§2º No caso das pessoas que ainda não tenham de dezoito (18) anos de idade, vigorarão os mesmos requisitos estabelecidos no artigo 5º para a obtenção do consentimento informado.

**Artigo 9º** - Os tratamentos referidos no artigo 11º serão gratuitos e deverão ser oferecidos pelo Sistema Único de Saúde (SUS) e pelas operadoras definidas nos incisos I e II do § 1º do art. 1º da Lei 9.656/98, por meio de sua rede de unidades conveniadas.

**Parágrafo único:** É vedada a exclusão de cobertura ou a determinação de requisitos distintos daqueles especificados na presente lei para a realização dos mesmos.

**Artigo 10º** - Deverá ser respeitada a identidade de gênero adotada pelas pessoas que usem um prenome distinto daquele que figura na sua carteira de identidade e ainda não tenham realizado a retificação registral.

**Parágrafo único:** O nome social requerido deverá ser usado para a citação, chamadas e demais interações verbais ou registros em âmbitos públicos ou privados.

**Artigo 11º** - Toda norma, regulamentação ou procedimento deverá respeitar o direito humano à identidade de gênero das pessoas. Nenhuma norma, regulamentação ou procedimento poderá limitar, restringir, excluir ou suprimir o exercício do direito à identidade de gênero das pessoas, devendo se interpretar e aplicar as normas sempre em favor do acesso a esse direito.

**Artigo 12º** - Modifica-se o artigo 58º da lei 6.015/73, que ficará redigido da seguinte forma:

*"Art. 58º. O prenome será definitivo, exceto nos casos de discordância com a identidade de gênero auto-percebida, para os quais se aplicará a lei de identidade de gênero. Admite-se também a substituição do prenome por apelidos públicos notórios."*

**Artigo 13º** - Revoga-se toda norma que seja contrária às disposições da presente lei.

**Artigo 14º** - A presente lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, de fevereiro de 2013.

Jean Wyllys

Deputado Federal PSOL/RJ

Érika Kokay

Deputada Federal PT/DF

## JUSTIFICATIVA

As palavras visibilidade e invisibilidade são bastante significativas para a comunidade de lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais. Pertencer a esta “sopa de letras” que representa a comunidade sexo-diversa (ou a comunidade dos “invertidos”) é transitar, ao longo da vida, entre a invisibilidade e a visibilidade. Se para lésbicas e gays, serem visíveis implica em se assumirem publicamente, para as pessoas transexuais, travestis, transgêneros e intersexuais, a visibilidade é compulsória a certa altura de sua vida; isso porque, ao contrário da orientação sexual, que pode ser ocultada pela mentira, pela omissão ou pelo armário, a identidade de gênero é experimentada, pelas pessoas trans, como um estigma que não se pode ocultar, como a cor da pele para os negros e negras.

Travestis, transexuais, transgêneros e intersexuais não têm como se esconder em armários a partir de certa idade. Por isso, na maioria dos casos, mulheres e homens trans são expulsos de casa, da escola, da família, do bairro, até da cidade. A visibilidade é obrigatória para aquele cuja identidade sexual está inscrita no corpo como um estigma que não se pode ocultar sob qualquer disfarce. E o preconceito e a violência que sofrem é muito maior. Porém, de todas as invisibilidades a que eles e elas parecem condenados, a invisibilidade legal parece ser o ponto de partida.

O imbróglio jurídico sobre as identidades “legal” e “social” das pessoas travestis, transexuais e transgêneros provoca situações absurdas que mostram o tamanho do furo que ainda existe na legislação brasileira. Graças a ele, há pessoas que vivem sua vida real com um nome — o nome delas, pelo qual são conhecidas e se sentem chamadas, aquele que usam na interação social cotidiana —, mas que carregam consigo um instrumento de identificação legal, uma carteira de identidade, que diz outro nome. E esse nome aparece também na carteira de motorista, na conta de luz, no diploma da escola ou da universidade, na lista de eleitores, no contrato de aluguel, no cartão de crédito, no prontuário médico. Um nome que evidentemente é de outro, daquele “ser imaginário” que habita nos papéis, mas que ninguém conhece no mundo real.

Quer dizer, há pessoas que não existem nos registros públicos e em alguns documentos e há outras pessoas que só existem nos registros públicos e em alguns documentos. E umas e outras batem de frente no dia-a-dia em diversas situações que criam constrangimento, problemas, negação de direitos fundamentais e uma constante e desnecessária humilhação.

O livro “*Viagem solitária*”, maravilhosa narração autobiográfica de João W Nery, é um testemunho imprescindível para entender o quanto a reforma legal que estamos propondo

é necessária. Para driblar uma lei que lhe negava o direito a ser ele mesmo, João teve que renunciar a tudo: sua história, seus estudos, seus diplomas, seu currículo. Foi só dessa maneira, com documentos falsos, analfabeto nos registros apesar de ter sido professor universitário, que ele conseguiu ser João. O presente projeto de lei, batizado com o nome de João Nery, numa justa homenagem a ele, tem por finalidade garantir que isso nunca mais aconteça. Se aprovado, garantirá finalmente o respeito do direito à identidade de gênero, acabando para sempre com uma gravíssima violação dos direitos humanos que ainda ocorre no Brasil, prejudicando gravemente a vida de milhares de pessoas.

Falamos de pessoas que se sentem, vivem, se comportam e são percebidas pelos outros como homens ou como mulheres, mas cuja identidade de gênero é negada pelo Estado, que reserva para si a exclusiva autoridade de determinar os limites exatos entre a masculinidade e a feminidade e os critérios para decidir quem fica de um lado e quem do outro, como se isso fosse possível. Travestis, transexuais e transgêneros sofrem cada dia o absurdo da lei que lhes nega o direito a ser quem são. E andam pelo mundo com sua identidade oficialmente não reconhecida, como se, das profundezas da história dos nossos antepassados filósofos gregos, Crátilo voltasse a falar para Hermógenes: “Tu não és Hermógenes, ainda que todo o mundo te chame desse modo”.

Como diz o antropólogo Eduardo Viveiros de Castro, em toda discussão onde o ontológico e o jurídico entram em processo público de acasalamento, “costumam nascer monstros”. No artigo intitulado *No Brasil todo o mundo é índio, exceto quem não é*, ele traz à tona o debate sobre o reconhecimento oficial da/s identidade/s e sobre a pretensão da Ciência – com maiúscula - e do Estado de estabelecer critério pretensamente “objetivos” para legitimá-las, para distinguir a identidade autêntica da inautêntica, para dizer quem é o quê. E quem não pode ser. Sobretudo, quem não pode. “É sem dúvida difícil ignorar a questão, uma vez que o Estado e seu arcabouço jurídico-legal funcionam como moinhos produtores de substâncias, categorias, papéis, funções, sujeitos, titulares desse ou daquele direito etc. O que não é carimbado pelos oficiais competentes não existe – não existe porque foi produzido fora das normas e padrões – não recebe selo de qualidade. O que não está nos autos etc. Lei é lei etc.”, diz o autor.

Travestis, transexuais e transgêneros são, hoje, no Brasil, homens e mulheres sem selo de qualidade, sem o carimbo dos oficiais competentes. Pessoas clandestinas. Mas ser homem ou ser mulher é um atributo “determinável por inspeção”? Quem determina quem tem direito a ser João ou Maria? O que é um nome? As perguntas parecem mal formuladas. Não há como

o Estado determinar por lei a autenticidade masculina dos homens ou a autêntica feminidade das mulheres! Parafraseando Viveiros de Castro, só é homem ou mulher quem se garante.

Todavia, o imbróglio não termina aqui. Porque eles e elas, transexuais, travestis, transgêneros e intersexuais se garantem, sim, e lutam para serem reconhecidos/as, e o Estado vem assumindo, aos poucos e a contragosto, essa realidade. Portarias, decretos e decisões administrativas de ministérios, governos estaduais, prefeituras, universidades e outros órgãos e instituições vêm reconhecendo o furo na lei e vêm colocando em prática soluções provisórias sob o rótulo de “nome social”, definido, por exemplo, pelo MEC, como “aquele pelo qual essas pessoas se identificam e são identificadas pela sociedade”. Quer dizer, o Estado reconhece que o nome pelo qual “essas pessoas” se identificam e são identificadas pela sociedade não é aquele que está escrito na carteira de identidade, no CPF e no diploma da escola. Que a identidade oficialmente registrada é diferente daquela que a própria sociedade reconhece e os interessados reclamam para si. Como já dizemos: parece coisa de loucos, mas é a lei.

No âmbito federal, o Ministério da Educação, o SUS, a Administração Pública Federal direta e diversas instituições federais de ensino, entre outras entidades, já ditaram normas que garantem às pessoas travestis e transexuais o uso do “nome social”. Por exemplo, a Administração Pública Federal direta, de acordo com a portaria nº 233/10 do Ministério de Planejamento, Orçamento e Gestão, assegura aos servidores públicos trans o uso do “nome social” nos crachás (mas apenas no anverso deles), nas comunicações internas, na identificação funcional, no endereço de correio eletrônico, no nome de usuário em sistemas de informática, no tratamento dado à pessoa pelos agentes públicos etc. Decisões semelhantes já foram tomadas por dezenas de órgãos e governos estaduais e municipais. Cerca de dezesseis (16) estados têm algum tipo de regulamentação no âmbito do poder executivo estadual sobre o respeito ao uso do nome social de pessoas trans na Administração Pública.

A identidade de gênero e o “nome social” das pessoas travestis, transexuais e transgêneros estão sendo reconhecidas, portanto, parcialmente e através de mecanismos de exceção. A dupla identidade está sendo oficializada e o Estado começa a reconhecer que existe uma discordância entre a vida real e os documentos. Esse estado de semi-legalidade das identidades trans cresce a partir de decisões diversas carregadas de boa vontade, espalhadas pelo amplo território do público. São avanços importantes que devem ser reconhecidos, porque facilitaram a vida de milhares de seres humanos esquecidos pela lei, mas, ao mesmo tempo, evidenciam um caos jurídico que deve ser resolvido. Não dá para manter eternamente

essa duplicidade e continuar fazendo de conta que estamos resolvendo o problema de fundo. Não estamos.

O que falta, e é para agora, é uma lei federal que dê uma solução definitiva à confusão reinante. É o que muitos países têm feito nos últimos anos. O presente projeto, baseado na lei de identidade de gênero argentina, recolhe a melhor dessas experiências.

A lei proposta garante o direito de toda pessoa ao reconhecimento de sua identidade de gênero, ao livre desenvolvimento de sua pessoa conforme sua identidade de gênero e a ser tratada de acordo com sua identidade de gênero e identificada dessa maneira nos instrumentos que acreditem sua identidade pessoal.

A identidade de gênero é definida no projeto com base nos Princípios de Yogyakarta sobre a aplicação do Direito Internacional dos Direitos Humanos nas questões que dizem respeito à orientação sexual e à identidade de gênero. Estes princípios foram apresentados perante a Organização das Nações Unidas (ONU) em 2007 por uma comissão internacional de juristas, criada como consequência do chamamento realizado por 54 estados, no ano anterior, diante das gravíssimas violações dos direitos humanos da população LGBT que se registram no mundo inteiro.

O documento dos Princípios de Yogyakarta define a identidade de gênero como:

a vivência interna e individual do gênero tal como cada pessoa o sente, a qual pode corresponder ou não com o sexo atribuído após o nascimento, incluindo a vivência pessoal do corpo. O exercício do direito à identidade de gênero pode envolver a modificação da aparência ou da função corporal através de meios farmacológicos, cirúrgicos ou de outra índole, desde que isso seja livremente escolhido. Também inclui outras expressões de gênero, como a vestimenta, os modos e a fala.

No mesmo sentido, o conceito de pessoa trans utilizado no presente projeto de lei é: “pessoa que nasceu num sexo biológico definido, mas se identifica no gênero oposto ao que se entende culturalmente como correspondente a tal sexo”, o que abrange os conceitos de transexual, travesti e transgêneros; e o conceito de pessoa intersexual é “pessoa que nasceu com o sexo biológico indefinido, foi registrada e criada como pertencente a um determinado gênero, mas (neste caso em específico) não encontra identificação em tal”.

Partindo dessas definições, o projeto estabelece os mecanismos jurídicos para o reconhecimento da identidade de gênero, permitindo às pessoas a retificação de dados registrais, incluindo o sexo, o prenome e a imagem incluída na documentação pessoal. O mecanismo estabelecido se rege pelos seguintes princípios: é de fácil acesso, rápido, pessoal,

gratuito, sigiloso e evita qualquer tipo de requisito que seja invasivo da privacidade ou que tenha como único efeito a demora do processo. Realiza-se no cartório não requer intervenção da justiça e descarta a exigência de diagnósticos ou psicológicos ou psiquiátricos, a fim de evitar a patologização das identidades trans.

Esse último ponto é fundamental. O mundo tem caminhado para a despatologização das identidades trans, tendo sido a França o primeiro país do mundo a dar esse passo, no ano de 2010. A campanha “*Stop Trans Pathologization 2012*” tem adesões de entidades, acadêmicos e militantes de diversos países do mundo – inclusive o Brasil – e intenciona que o “transexualismo” e o “transtorno de identidade de gênero” seja desconsiderado enquanto patologia e transtorno mental no DSM-V (Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders da American Psychological Association, que será lançado em 2012) e no CID-11 (Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde da Organização Mundial de Saúde, que será lançado em 2015).

Em consonância com a legislação comparada, a lei estabelece os critérios para assegurar a continuidade jurídica da pessoa, através do número da identidade e do registro da mudança de prenome e sexo no registro civil das pessoas naturais e sua notificação aos órgãos competentes, garantindo o sigilo do trâmite. As pessoas que mudarem de sexo e prenome continuarão tendo os mesmos direitos e obrigações: se elas têm uma dívida, deverão pagá-la; se têm um emprego, continuarão empregadas; se receberam uma condena, deverão cumpri-la; se têm filhos, continuarão sendo pais ou mães; se assinaram um contrato, deverão honrá-lo. Os dados eleitorais, fiscais, de antecedentes criminais, etc., após a mudança, serão atualizados.

A lei também regulamenta as intervenções cirúrgicas e os tratamentos hormonais que se realizam como parte do processo de transexualização, garantindo a livre determinação das pessoas sobre seus corpos.

Isso já é uma realidade no Brasil: os tratamentos garantidos na presente lei já se realizam através do Sistema Único de Saúde (SUS), mas nosso projeto transforma esse direito conquistado em lei e estabelece uma série de critérios fundamentais para seu exercício, entre eles: a) a despatologização, isto é o fim dos diagnósticos de “disforia de gênero”, proibidos em diversos países por constituir formas de estigmatização anticientífica das identidades trans, como antigamente ocorria com a homossexualidade, por muito tempo considerada erroneamente uma doença; b) a independência entre o reconhecimento da identidade de gênero e as intervenções no corpo, isto é, a garantia do direito à identidade de gênero das pessoas travestis que não desejarem realizar alterações no corpo; c) a independência entre os

tratamentos hormonais e as cirurgias, isto é, a garantia do direito das pessoas travestis que quiserem realizar terapias hormonais e/ou intervenções cirúrgicas parciais para adequar seus corpos à identidade de gênero autopercebida, mas não desejarem realizar a cirurgia de transgenitalização; d) a gratuidade no sistema público (SUS) e a cobertura nos planos de saúde particulares; e) a não-judicialização dos procedimentos, isto é, a livre escolha da pessoa para realizar ou não este tipo de tratamentos e/ou intervenções.

A lei também regulamenta o acesso das pessoas que ainda não tenham dezoito anos aos direitos garantidos por ela, entendendo que a identidade de gênero se manifesta muito antes da maioria de idade e essa realidade não pode ser omitida.

Levando em consideração os princípios de capacidade progressiva e interesse superior da criança, em tudo de acordo com a Convenção sobre os Direitos da Criança, a Lei também garante a participação dos representantes legais da Criança e do Adolescente no processo, impede que qualquer decisão seja tomada sem o consentimento informado da pessoa que ainda não tenha 18 anos e prevê a assistência da Defensoria Pública, de acordo com o estabelecido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

O texto proposto, como já dizemos, se baseia na lei de identidade de gênero argentina votada por amplíssima maioria na Câmara dos Deputados e por unanimidade no Senado, com o apoio expresso da Presidenta da República e de quase todos/as os/as líderes da oposição, considerada a mais avançada das atualmente existentes no mundo, já que reflete os debates políticos, jurídicos, filosóficos e éticos travados a respeito do assunto nos últimos anos. O projeto foi realizado com a colaboração e assessoria da ex-deputada federal argentina Silvia Augsburger, autora do primeiro projeto de lei de identidade de gênero que deu início ao debate naquele país, da ex-deputada federal Vilma Ibarra, que foi relatora da lei e responsável pelo seu texto final, e de ativistas da Federação Argentina de Lésbicas, Gays, Bissexuais e Trans, impulsionadores das reformas legais realizadas no país vizinho. O projeto também leva em consideração os Princípios de Yogyakarta (Princípios sobre a Aplicação de Legislação Internacional de Direitos Humanos em relação à Orientação Sexual e Identidade de Gênero), como já foi dito; a proposta de Anteprojeto do Estatuto da Diversidade Sexual construído pelas Comissões da Diversidade Sexual da OAB de todo o Brasil; a declaração *The voices against homophobia and transphobia must be heard* de Thomas Hammarberg, representante do Conselho da Europa para os Direitos Humanos, publicizado na conferência *Combating discrimination on the grounds of sexual orientation or gender identity across Europe: Sharing knowledge and moving forward*, ocorrida na França em março de 2012; e as recomendações da Associação Brasileira de Homens Trans.

Brasília, de fevereiro de 2013.

Jean Wyllys

Érika Kokay

Deputado Federal PSOL/RJ

Deputada Federal PT/DF

Caro leitor;

Os novos arranjos do tecido social, com a redefinição de papéis, direitos e deveres imputam às instituições, ponderação acerca de questões como: responsabilidade jurídica de crianças e adolescentes, direito à educação aos portadores de necessidades especiais, adoção da guarda compartilhada, dentre outras, abordadas nos artigos publicados nesta edição da Revista Idea.

Diante da transitoriedade e flexibilidade no estabelecimento de parâmetros, discussões e redefinições entre o que é antigo face ao moderno, conservador ou inovador, atual ou ultrapassado, ganham centenas de peculiaridades ou particularidades e requerem estabelecimento de parâmetros para suportar as configurações da sociedade atual.

Boa leitura.

Prof. Msc. Rogerio Pennisi Filho  
Editor

# **GUARDA COMPARTILHADA: UMA ANÁLISE À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO E DA JURISPRUDÊNCIA**

Isabela de Sousa Felix  
Larissa Ferreira Monteiro

## **RESUMO**

O presente trabalho abordou ao seguinte tema: Guarda Compartilhada: Uma Análise à Luz do Ordenamento Jurídico e da Jurisprudência. Tal tema referente à guarda dos filhos tem sido bastante discutido em face das novas configurações familiares advindas da ruptura do relacionamento conjugal dos genitores, situações cada vez mais frequentes no atual cenário globalizado. Ressalta-se que são inúmeras as consequências advindas dessa quebra de vínculo, sobretudo com reflexos na vida dos filhos. Contexto no qual a guarda compartilhada surgiu como alternativa para o sistema como forma de atender às relações surgidas após o divórcio, separação, ou dissolução da união estável. Nesse sentido, o estudo objetivou: a análise legal sobre o tema específico da guarda compartilhada e sua aplicação legal com base em fontes científicas e documentais em detrimento da guarda unilateral; a análise das mudanças e evoluções da aplicação da guarda compartilhada; demonstrar a nova conceituação de família; discorrer sobre as definições de guarda e poder familiar; verificar a aplicação do Princípio do Melhor Interesse do Menor; identificar as responsabilidades decorrentes de cada um dos pais quando aplicada a Guarda Compartilhada; e, por fim, promover análises jurisprudenciais sobre decisões da aplicação da guarda compartilhada. A legislação brasileira não dispunha, até 2008, de regra específica para a guarda compartilhada e as decisões pautavam-se no Estatuto da Criança e do Adolescente e em princípios norteadores do direito brasileiro. Com o advento da Lei 11.698 de 2008, previu-se a possibilidade de que a guarda seja compartilhada, tanto requerida pelos pais como decretada pelo juiz em atenção às necessidades dos filhos. Foi possível observar que as decisões judiciais têm priorizado atender aos direitos da criança e do adolescente e adotado a guarda compartilhada a fim de preservar o relacionamento e a convivência tanto com a figura materna quanto com a paterna.

**PALAVRAS-CHAVE:** Guarda Compartilhada. Princípio do Melhor Interesse da Criança. Poder Familiar. Família.

## ABSTRACT

This study addressed the following theme: Joint Custody: An Analysis under the Light of the Legal System and Jurisprudence. This theme related to custody has been widely discussed due to new family configurations resulting from the breakdown of the marital relationship of the parents, frequent situation that has been increasing in the current global scenario. It emphasizes that there are numerous consequences arising from this bond break, especially with repercussions in the children's lives. Context in which Joint Custody have emerged as an alternative to the system like a way to solve the relationships that appeared after divorce, separation or dissolution of stable union. In this way, the study aimed: the legal analysis on the specific topic of Joint Custody and its legal application based on scientific and documentary sources over the Joint Custody; the analysis of changes and developments in the application of Joint Custody; demonstrate the new family concept; discuss the custody definition and family power; verify the application of the Principle of the Best Interests of The Minor; identify the responsibilities of each parent when applied to Joint Custody; and, finally, promote jurisprudential analysis of the decisions about the implementation of Joint Custody. Brazilian law didn't have, by 2008, a specific rule for Joint Custody and decisions were based on the Statute of Children and Adolescents and guiding principles of Brazilian law. With the advent of Law 11.698 of 2008 the possibility of Joint Custody had been foreseen, it can be required by parents or ordered by the judge in attention to the needs of the children. It was observed that judicial decisions have prioritized attend the child and adolescent rights and opted the Joint Custody to preserve the relationship and coexistence with the mother and the father.

**KEY WORDS:** Joint Custody. Principle of the Best Interests of The Minor. Family Power. Family.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	3
<b>2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA</b> .....	5
2.1 Origem da Guarda Compartilhada.....	6
2.2 O Surgimento da Guarda Compartilhada no Brasil.....	8
2.3 A Evolução legislativa da Guarda Compartilhada .....	10
<b>3 CONCEITO DE GUARDA COMPARTILHADA</b> .....	13
3.1 Poder Familiar .....	14
3.2 Princípios na Guarda Compartilhada.....	17
3.3 Prestação de Alimentos na Guarda Compartilhada .....	20
<b>4 VISÃO JURISPRUDENCIAL</b> .....	23
4.1 Fundamentos das decisões que concedem a Guarda Compartilhada .....	23
4.2 Motivos de resistência para concessão da Guarda Compartilhada.....	26
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	28
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	32

## 1 INTRODUÇÃO

Com a evolução da sociedade, os modelos de família vêm se modificando, e novas concepções familiares, alheias as tradicionais surgiram, tendo como necessidade a normatização destas novas concepções ao direito brasileiro.

O debate atinge a arena das instituições familiares, suas novas composições, o fim da hierarquia paterna, enfim as transformações e composições da família moderna. No entanto, o presente artigo limitará sua abordagem no tema guarda compartilhada, sem perpassar pelos institutos que lhe deram origem.

Juridicamente, o assunto faz emergir muitas perguntas, dentre elas, aquelas que se voltam à aplicabilidade desse novo instituto. Assim, qual a posição dos operadores do direito, mormente dos Tribunais, sobre a aplicação da guarda compartilhada? Responder a essas indagações exige enfrentar, no plano do direito de família, a evolução legislativa do instituto e os fundamentos da guarda compartilhada, sendo esse o objetivo primordial do presente artigo.

Como hipótese, foi formulada a seguinte: Apesar de perfeitamente aceitável no direito positivo, a aplicação da guarda compartilhada demandará dos juízes uma análise mais aprofundada da situação apresentada.

A guarda compartilhada é uma transformação surgida com a evolução da sociedade. De fato é ainda pouco conhecida, bem como sua aplicação restrita, e sua grande resistência em aplicação nos casos concretos, no entanto vem ganhando igualdade dos que buscam atender sempre o melhor interesse da criança, se tornando uma possibilidade a ser aplicada e que deve ser explorada por profissionais do direito, de forma que atenda as mudanças e os novos comportamentos da sociedade.

Com a dissolução familiar surge à questão da guarda dos filhos, e qual genitor estará mais adaptado para exercê-la, a fim de propiciar o melhor desenvolvimento dos mesmos. Até então a guarda unilateral era por grande maioria, escolhida pelos magistrados, contudo a aplicação da guarda compartilhada vem ganhando força na doutrina, jurisprudência e na legislação brasileira.

O presente artigo faz-se relevante para sociedade tendo em vista que o tema em questão está presente em diversas discussões jurisprudenciais e doutrinárias, bem como constantemente aprimorado pela legislação. Portanto, trata-se de matéria de grande destaque, pois vem de algo novo que passa a compor o ordenamento jurídico brasileiro, sendo cada vez mais adotada como regra de guarda em casos concretos.

Para esse estudo, adotou-se como abordagem o método dedutivo, pois parte-se dos fundamentos históricos de tais práticas, passando por uma análise de princípios de direito, assim como o que a legislação atual diz sobre a concessão da guarda compartilhada.

O trabalho pautou-se no princípio do Melhor Interesse do Menor, em consonância com a atual legislação, traçado na doutrina e jurisprudência. Neste sentido, pode-se dizer que a guarda compartilhada deve ser adotada como regra, corroborando para maior igualdade parental e, inegavelmente, atendendo à evolução da sociedade e adaptando-se aos novos arranjos familiares.

Para tanto, o presente artigo está dividido em três capítulos. No primeiro aborda-se a evolução histórica que corroborou com as transformações no contexto das relações familiares, desde o Direito Romano até o Direito atual. Bem como a origem do instituto da guarda compartilhada na Europa e sua adoção no Brasil, com análise da evolução legislativa no que tange ao seu tratamento.

No segundo apresenta-se o conceito da guarda compartilhada, o entendimento relativo ao poder familiar advindo desse modelo de guarda, que pressupõe que este poder seja mantido aos genitores de forma igualitária. Trata-se ainda dos princípios da guarda compartilhada e da prestação de alimentos nesse instituto.

O terceiro capítulo expõe um estudo da visão jurisprudencial e dos fundamentos das decisões que concedem a guarda compartilhada, além de analisar os motivos causadores de resistência para a sua concessão.

## 2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Para melhor entendimento sobre o tema apresentado na presente pesquisa, primeiramente deve-se abordar as causas e circunstâncias históricas que deram origem e a evolução histórica ocorrida no instituto da família, obviamente de forma superficial, pois não é o nosso objeto de estudo.

Deve-se tratar da família, tema originário do assunto deste trabalho, que sofreu com o decorrer do tempo, a redistribuição dos papéis nos núcleos familiares, fruto de uma imposição decorrente da evolução dos modelos sociais em compasso com o avanço da vida em sociedade.

É sabido que os antecedentes da família moderna, bem como a estrutura familiar, tiveram origem na civilização romana, com as modificações advindas posteriormente, particularmente da família canônica e da germânica (GAMA, 2008, P. 252).

No entanto, a família, acompanhando as evoluções sociais, passou por várias transformações e com o passar do tempo perdeu muitas de suas características, como por exemplo: a sua formação, o matrimônio, questões patrimoniais e o poder patriarcal.

No início do Século XX a família matrimonializada era tutelada pelo Código Civil de 1916, que era fundado em preceitos extremamente discriminatórios em relação à família e aos filhos havidos destas uniões, no que tange aos vínculos não matrimoniais. A dissolução do casamento era proibida, havia diferenciação entre seus membros e a discriminação estava positivada (DIAS, 2015, p.32).

No antigo Código Civil de 1916, afirmava-se que o matrimônio era o assento básico da família (BARBOZA, 1987, p.87), de modo que o direito deveria proteger basicamente as relações familiares que advinham do casamento e o pátrio poder (hoje poder familiar), uma vez que era sobre o casamento que a sociedade civil assentava-se, sendo que o matrimônio era indissolúvel.

As constituições anteriores à de 1988 disciplinavam que a família somente era legítima se constituída através do casamento, só ocorrendo o rompimento desse paradigma na Carta Atual, que reconheceu como família a união estável entre um homem e uma mulher e a comunidade formada por qualquer um dos pais e seus descendentes – família monoparental.

Verifica-se, portanto, que a evolução da família, desde a época do Direito Romano, é fruto de uma série de influências das mais variadas, destacando que as modificações continuam ocorrendo, havendo constantes discussões, inclusive quanto à própria noção de família e as repercussões.

Segundo Maria Helena Diniz (1995, p. 292), a evolução da vida social traz em si novos fatos e conflitos, de modo que os legisladores passaram a elaborar novas leis; jurisprudências constantemente estabelecem novos precedentes e os próprios valores sofrem mutações devido ao grande e peculiar dinamismo da vida.

Assim, é fato que a família sofreu evoluções e mudanças ao longo dos tempos com a finalidade de atender a realidade existente e de promover a promoção dos interesses afetivos dos seus componentes.

Diante desta evolução da família como um todo, cumpre tratar em especial da evolução do instituto da guarda – objeto da presente pesquisa – dos filhos antes tratada de forma exclusiva por um dos pais quando ocorrida a ruptura familiar, não mais atendia aos anseios sociais, impondo uma revisão desse paradigma, que fosse de encontro à igualdade parental.

Nesse sentido, antes de apresentar-se o atual estágio da guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro necessário se faz a análise de sua origem e evolução, o que será feito em oportuno.

## **2.1 Origem da Guarda Compartilhada**

Cumpre evidenciar, a fim de conceituar a origem da guarda compartilhada, que prevaleceu no Direito Romano o modelo patriarcal como configuração familiar. Nesse modelo, o pai exercia poder absoluto sobre todos os filhos e sobre a esposa, a qual era considerada incapaz nesse período, tanto para escolher quanto para opinar.

Portanto, no Direito Romano o *patria potestas* era exercido com autoridade exclusiva pelo *pater familias*, que se tratava do chefe da família, representado pelo ascendente mais velho e do sexo masculino (ROLIM, 2000 apud QUINTAS, 2004, s/p).

Naquelas circunstâncias o poder familiar era, inclusive no que tangia à guarda dos filhos, compulsoriamente exercido pelo pai. À figura materna nesse contexto era atribuída apenas a função de gerar os filhos.

Contudo, em face da revolução industrial que provocou inúmeras mudanças econômicas que tiveram reflexos também nas famílias. As mulheres até então restritas ao seio familiar foram inseridas no mercado de trabalho. E também, posteriormente, com a aquisição de direitos civis o poder familiar deixou de ser única e exclusivamente do pai, passando a mãe também a exercê-lo.

Rodrigo da Cunha Pereira faz menção que a evolução da estrutura jurídica familiar desencadeou-se a partir da evolução científica, dos movimentos sociais e o crescente fenômeno da globalização. Para ele essas profundas mudanças possui suas raízes atreladas a alguns acontecimentos como: à Revolução Industrial, à redivisão do trabalho e à Revolução Francesa, tendo como ideais a liberdade, a igualdade e a fraternidade. (PEREIRA, 2003 apud DILL; CALDEIRAN, 2016, s/p).

Tais acontecimentos globais têm papel sedimentar na evolução da sociedade, pois foram ponto de partida para uma crescente busca pelos direitos sociais, bem como pelo direito à igualdade e ao bem estar, agora tanto do indivíduo quanto da família em si. Desta forma, os interesses individuais, e o que melhor os atendia, passaram a ser considerados.

O primeiro caso jurídico de que se tem conhecimento sobre o uso da guarda compartilhada aconteceu na Inglaterra, onde não coincidentemente também teve início a revolução industrial. Os tribunais ingleses decidiram pelo interesse maior da criança e da igualdade parental, o que repercutiu imediatamente em países como França e Canadá. Esta linha de pensamento percorreu toda a Europa atingindo Portugal, que a partir da Lei 84/95 passou a admitir aos pais acordarem sobre o exercício comum do poder parental (FONTES, 2009, s/p).

Assim, após o entendimento do tribunal inglês, de tradição *common law*, o aludido posicionamento passou a repercutir rapidamente no direito comparado, refletindo na adequação, por diversos países, da legislação a fim de atender aos novos modelos sociais exigidos pela sociedade.

A manifestação inequívoca dessa possibilidade por um Tribunal inglês só ocorreu em 1.964, no caso *Clissold*, que demarca o início de uma tendência que fará escola na jurisprudência inglesa. Em 1972, a *Court d Appel* da Inglaterra, na decisão *Jussa x Jussa*, reconheceu o valor da guarda conjunta, quando os pais estão dispostos a cooperar e, em 1980 a *Court d Appel* da Inglaterra denunciou, rigorosamente, a teoria da concentração da autoridade parental nas mãos de um só guardião da criança. No célebre caso *Dipper x Dipper*, o juiz *Ormrod*, daquela Corte, promulgou uma sentença que, praticamente, encerrou a atribuição da guarda isolada na história jurídica inglesa (LEITE, 2003 apud BRESSAN, 2016, s/p).

Cita-se que na Europa a autoridade parental era perdida com a dissolução da união dos genitores. Deste modo o cônjuge não possuidor da guarda perdia totalmente o poder familiar, pois o detentor da guarda teria plenos poderes sobre a criança. Isso foi solucionado com a guarda compartilhada, pois ambos os cônjuges detém a custódia dos filhos.

Na verdade, a guarda compartilhada, tal como o surgiu em países da Europa (Itália, por exemplo), resolveu um problema prático. Lá, com o divórcio, o genitor que não tivesse a guarda, perdia autoridade parental. Com a guarda compartilhada, ambos os genitores passaram a manter a autoridade parental, mesmo que divorciados. Em

outras palavras, continuavam a exercer, compartilhadamente, o poder familiar. Isso só foi possível com a guarda compartilhada (FIUZA, 2013, p. 1.232.)

Diante da disseminação do entendimento pela melhor aplicação da guarda compartilhada, respaldados na crescente onda da proteção ampla do menor e igualdade parental, a Organização das Nações Unidas, ONU, se preocupou em estabelecer tais diretrizes aos seus membros. Assim, em benefício ao menor, a Convenção Internacional dos Direitos da Criança de 1959, foi aprovada na Assembléia Geral das Nações Unidas em 1989, dispondo no seu princípio II que:

A criança gozará proteção social e serão proporcionadas oportunidade e facilidades, por lei e por outros meios, a fim de lhe facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, de forma sadia e normal, em condições de liberdade e dignidade. Na instituição das leis visando este objetivo levar-se-ão em conta, sobretudo, os melhores interesses da criança. Assim em toda questão em que um menor foi envolvido deverá sempre prevalecer o melhor interesse a ele (DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DA CRIANÇA, 1959).

Notadamente pode-se verificar maior preocupação a nível mundial com o bem estar do menor e, de maneira prioritária, com seu desenvolvimento. Sobrepondo-se tal proteção, quando em detrimento de outros interesses, sempre em benefício do melhor interesse do menor.

Dessa forma, verifica-se que o Princípio do Melhor Interesse da Criança e da igualdade parental, previstos em vários instrumentos jurídicos decorrentes da revolução industrial, surgidos de tribunais ingleses, e expostos na Convenção das Nações Unidas, foram os fundamentos principais para amparar a tese da guarda compartilhada como regra a ser aplicada em detrimento da guarda unilateral.

## **2.2 O Surgimento da Guarda Compartilhada no Brasil**

No Brasil, até o ano de 2008, a guarda adotada como regra era a guarda unilateral, na qual se considerava o responsável pela guarda aquele que tivesse melhores condições de exercê-la. Apesar de haver algumas decisões esparsas de tribunais sobre a guarda compartilhada, não havia, até então, amparo legal específico para aplicação da guarda compartilhada, bem como também não havia sua vedação por qualquer outra norma.

Embora sem fundamento legal específico, a aplicação da guarda compartilhada era embasada na Constituição Federal do Brasil, com base nos artigos 5º caput e 226§ 5º:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

Art. 226

[...]

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher (BRASIL, 1988).

A Carta Magna, por meio de seus artigos 5º caput e 226 §5º, já garantia ao homem e à mulher a igualdade em todos os direitos e deveres da união conjugal, sem qualquer distinção.

Outro importante documento publicado em julho de 1990, a lei nº. 8.069, instituiu o Estatuto da Criança e Adolescente, ECA, que prevê:

Art. 21. O pátrio poder será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência. (BRASIL, 1990)

Pode-se notar através do Estatuto da Criança e Adolescente que o pátrio poder, antes exercido somente pelo homem no direito romano, passou a ser exercido em igualdade por pai e mãe, fazendo relevante destaque ao Princípio da Igualdade Parental. Vale ressaltar ainda que o artigo supracitado apresenta a situação da igualdade do pátrio poder sem citar casos de união ou dissolução dos genitores, dando a ideia de que a regra, independente da situação dos genitores, juntos ou não, será a divisão do pátrio poder e, havendo discordância, caberia ao judiciário decidir.

Ressalta-se que, para Cesar Fiuza (2013, p. 1.232), o genitor que não detém a guarda do filho não perde o poder familiar, o que ocorre é apenas a alternância do seu exercício, que passa a ser faticamente limitado à distância. Verifica-se que o genitor não detentor da guarda não perde o poder familiar, tendo em vista que quando não estiver com a guarda de seu filho apenas alterna provisoriamente com o outro genitor.

Reforçando a ideia de proteção ao menor e seu melhor interesse, o Brasil, em novembro de 1990, ratificou a Convenção dos Direitos da Criança através do Decreto 99.710, podendo ser citado o artigo 18 do referido decreto:

Os Estados Partes envidarão os seus melhores esforços a fim de assegurar o reconhecimento do princípio de que ambos os pais têm obrigações comuns com relação à educação e ao desenvolvimento da criança. Caberá aos pais ou, quando for o caso, aos representantes legais, a responsabilidade primordial pela educação e pelo

desenvolvimento da criança. Sua preocupação fundamental visará ao interesse maior da criança (BRASIL, 1990).

Apesar de a referida ratificação por parte do governo brasileiro ter ocorrido mais de 30 anos após a ratificação dos direitos da criança da Organização das Nações Unidas de 1959, nota-se que seus preceitos influenciaram para que a preocupação mundial e também brasileira se voltasse a privilegiar o maior interesse da criança. Por isso, garantiu que ambos os pais serão sempre responsáveis pela educação e desenvolvimento do menor.

Corroborando ainda com a ideia de aplicação da Guarda Compartilhada, o Código Civil de 2002, em seu artigo 1.586, assim prevê: “Havendo motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular de maneira diferente da estabelecida nos artigos antecedentes a situação deles para com os pais” (BRASIL, 2002).

O mencionado dispositivo legal mesmo que sem fazer referência ao termo Guarda Compartilhada, possibilitou ao juiz regular a relação ente pais e filhos. Deste modo, naquela época, após a dissolução da união conjugal, a regra vigente era a guarda unilateral. Contudo o referido artigo possibilitou ao juiz regular de modo diferente a guarda, ou seja, aplicar a guarda mútua com respaldo legal.

Fato é que o modelo de guarda unilateral não mais atende às expectativas sociais, sendo que o Direito Brasileiro, acompanhando o direito comparado, foi obrigado a se adequar e criar uma simetria nos papéis familiares, afastando do ordenamento pátrio a autoridade parental unilateral.

### **2.3 A Evolução legislativa da Guarda Compartilhada**

Com o surgimento da guarda compartilhada e sua aplicação sendo adotada como regra, embasado na doutrina e na jurisprudência, o poder legislativo logo tratou de criar uma norma específica. Com o advento da Lei 11.698 de 2008, previu-se a possibilidade de que a guarda seja compartilhada, tanto requerida pelos pais como decretada pelo juiz em atenção às necessidades específicas do filho ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe, conforme dispõe o artigo 1.584, inciso I e II inseridos pela lei 11.698 de 2008 (FONTES, 2009, s/p).

Embora já consolidada a possibilidade de utilização da guarda compartilhada, a jurisprudência e a doutrina, com a inserção do dispositivo citado, passaram a fundamentar legalmente a aplicação da guarda compartilhada. A inovação legislativa dada pela Lei 11.698/2008 alterou o Código Civil, ficando previsto o seguinte:

Art. 1583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

§ 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns. (BRASIL, 2002).

A guarda compartilhada foi prevista como o conjunto de responsabilidades entre os genitores que, de modo geral, não coabitem na mesma residência, sem deixar assim de deter o poder familiar dos filhos.

Portanto, antes da Lei 11.698/2008, havendo dissolução da sociedade conjugal, a regra era a aplicação da guarda unilateral, bem diferente da atual redação do art. 1.584, § 2º, que diz que “quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada” (BRASIL, 2002).

Sempre objetivando o melhor interesse do menor e em respeito à igualdade entre os genitores a guarda partilhada deu a ambos os pais o poder familiar mesmo não vivendo sobre o mesmo teto que os filhos.

Todavia, salientou o Superior Tribunal de Justiça ao apreciar a disputa de guarda definitiva, que não é necessário haver consenso para aplicação da guarda compartilhada, pois o foco é o melhor interesse do menor, princípio norteador das relações envolvendo os filhos. A ideia que é inviável a guarda compartilhada sem consenso fere esse princípio, pois só observa a existência de conflito entre os pais, ignorando o melhor interesse do menor (GONÇALVES, 2015, p. 296).

Logo, se a lei não criou requisitos, a guarda dividida deve ser sempre utilizada em prol do interesse do menor, mesmo que não haja consenso entre os genitores. Portanto, prezando o melhor interesse do menor, o deferimento da guarda deve ser feito de modo compartilhado. De acordo com o Fábio Ulhoa (2012, p. 119), neste tipo de guarda o filho tem duas residências, não tendo nenhum dos pais direito de visitas mas é necessário que os momentos de convivência de cada um sejam combinados. Quanto maior a criança mais apropriado se torna esse tipo de guarda.

Pautados sempre na observância do melhor interesse dos menores os Tribunais tem decidido, na maioria dos casos, pelo compartilhamento da guarda entre os genitores. Dessa forma evita-se que o desenvolvimento da criança não seja prejudicado em face da dissolução da união.

A ideia é fazer com que os pais separados compartilhem da educação, convivência e evolução dos filhos em conjunto. Em essência, essa atribuição reflete o compromisso

dos pais de manter dois lares para seus filhos e cooperar de forma conjunta em todas as decisões (VENOSA, 2014 p.191).

Ao almejar o bem estar dos filhos, a guarda compartilhada é, sem dúvida, a situação menos gravosa oportunizada para a criança advinda de uma ruptura familiar e, com a introdução da Lei nº 13.058 de 2014 ganhou ainda mais força alterando os artigos 1.583, 1.584, 1585 e 1.634 do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2014).

Esta lei trouxe importantes modificações, tais como o equilíbrio de tempo para que os filhos desfrutam com os pais; quando os genitores residem em localidades diferentes a residência dos menores será aquela que melhor atenda às necessidades da criança; determinação de que o não detentor da guarda fiscalize a guarda do detentor; e imposição da aplicação da guarda compartilhada quando ambos os genitores demonstrarem aptidão para o exercício do poder de família, mesmo sem acordo entre os pais, sendo possível inclusive um dos genitores renunciar a guarda.

O instituto da guarda compartilhada existe no ordenamento jurídico pátrio desde o advento da Lei 11.698/08 e hoje é uma modalidade bastante conhecida e amplamente adotada em alternativa à guarda unilateral. Todavia, em 24 de dezembro de 2014, foi sancionada a Lei 13.058/2014 dispondo acerca do significado e da aplicação deste instituto, tornando-o regra, até mesmo quando não houver consenso entre os genitores acerca de quem será o detentor da guarda, como se observa a partir da nova redação dada ao § 2º do artigo 1.584 do Código Civil. (PATROCÍNIO, 2015. s/p)

O art. 1.634 do Código Civil dispôs no sentido de assegurar o pleno exercício do poder familiar por ambos os pais, independentemente da sua situação conjugal.

Portanto, a partir da análise dos ideais trazidos pela lei em questão, com a aplicação efetiva da guarda compartilhada, teremos o exercício conjunto e pleno do poder familiar ratificado; o direito constitucional das crianças e dos adolescentes de conviverem com suas famílias, preservado – em todas suas ramificações, eis que não se pode deixar de lembrar aqui das famílias multiparentais-; e, acima de tudo, a prevalência do melhor interesse da criança e do adolescente, em qualquer situação. (BARUFI, 2015. s/p)

Com isso, pautando-se no Princípio do Melhor Interesse do Menor, em consonância com a atual legislação e ainda de acordo com a doutrina e jurisprudência, pode-se dizer que a guarda compartilhada deve ser adotada como regra, para conferir maior igualdade parental e, inegavelmente, atender a evolução da sociedade e se adaptar aos novos arranjos familiares.

### 3 CONCEITO DE GUARDA COMPARTILHADA

Guarda compartilhada pode ser definida como a custódia do filho após a separação dos pais onde todas as decisões sobre a rotina da criança passam a ser tomadas em conjunto pelos genitores. Tem como objetivo principal atender sempre os interesses da criança, que é quem mais sofre com a separação dos cônjuges, ficando restrita ao relacionamento de um deles com rompimento da relação.

Carlos Roberto Gonçalves conceitua guarda compartilhada citando que:

O art. 1583, § 1º, do Código Civil, com a redação dada pela Lei n. 11.698/2008, conceitua a guarda compartilhada com “a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns (GONCALVES, 2015, p.294).

Na guarda compartilhada os pais dividem todas as responsabilidades da criança, tanto financeiras, como a educação e a criação. Significa então que ambos têm a mesma responsabilidade, obrigações e deveres para com a criança, bem como tem direito à convivência com os filhos de forma paritária.

Nesse sentido Priscila M. P. Correa Fonseca, entende que:

Visa tal modalidade de custódia, sem dúvida, uma maior cooperação dos pais no dia-a-dia do filhos, fazendo com que estes participem, em igualdade de condições, de tarefas e decisões atinentes à prole (acompanhamento dos estudos; condução às atividades escolares, às consultas médicas, às sessões de terapia, festas; escolha dos profissionais que atenderão aos filhos – médicos, terapeutas, professores, etc (FONSECA, 2008, p.07).

Quando não houver acordo entre os pais, em conformidade com a nova lei da Guarda Compartilhada prevalece a decisão do juiz que irá decidir que a guarda do filho seja compartilhada para melhor criação do mesmo. Vale ressaltar duas exceções, se o juiz avaliar que um dos pais não esteja apto e nem possui capacidade para cuidar do filho, e quando um deles abrir mão da guarda.

Apesar da possibilidade da aplicação da guarda unilateral sua utilização deverá ser feita de modo residual vez que a guarda compartilhada é aquela capaz de causar menor prejuízo aos filhos após a ruptura do laço familiar, garantindo seu pleno desenvolvimento.

A nova Lei da Guarda Compartilhada que passou a vigorar em 23/12/2014, alterou a redação do Código Civil, que estabelecia que a guarda dos filhos deveria ficar com o genitor que tivesse melhores condições de oferecer a criança.

Nas palavras de Maria Antonieta Pisano Motta:

A guarda conjunta deve ser vista como uma solução que incentiva ambos os genitores a participar igualmente da convivência, da educação, e da responsabilidade pela prole. Deve ser compreendida como aquela forma de custódia em que as crianças têm uma resistência principal e que define ambos os genitores do ponto de vista legal como detentores do mesmo dever de guardar seus filhos. Não se refere a uma caricata divisão pela metade em que os ex-parceiros são obrigados por lei a dividir em partes iguais o tempo passado com os filhos. Tampouco é preciso que estes desloquem-se da casa de um genitor para a de outro em períodos alternados, pois na guarda conjunta os pais podem planejar como quiser a guarda física, que passa a ser de menor importância, desde que haja respeito pela rotina da criança. Ela é inovadora e benéfica para a maioria dos pais cooperativos e também muitas vezes bem sucedida mesmo quando o diálogo não é bom entre as partes, desde que estas sejam capazes de discriminar seus conflitos conjugais do adequado da parentalidade. Ao conferir aos pais essa igualdade no exercício de suas funções, essa modalidade de guarda valida o papel parental permanente de pai e mãe e incentiva ambos a um envolvimento ativo e contínuo com a vida dos filhos. A guarda compartilhada não é panacéia para os consideráveis problemas que a separação suscita: ela de fato chega a não ser adequada para algumas famílias, especialmente aquelas em que os cônjuges vivem em conflito crônico. Entretanto não deve ser descartada a priori, como muitas vezes lamentavelmente ocorre (MOTTA, 2000, apud SILVA, 2015, p.72).

Deste modo a guarda compartilhada veio proteger a parte mais frágil do rompimento da relação, os filhos, devendo seus interesses prevalecer quando em detrimento de outros, pois se destaca que melhor do que ter a guarda de um genitor, guarda concentrada, é ter a guarda de ambos os pais, circunstância que somente a guarda compartilhada permite.

### **3.1 Poder Familiar**

Deve-se destacar no presente trabalho o poder familiar, pois é por meio dele que ambos os genitores exercem sobre os filhos menores, totalmente capazes ou relativamente incapazes, o poder/dever de guarda e cuidado, visando garantir o pleno desenvolvimento dos filhos.

Segundo Flávio Tartuce “é importante o estudo do poder familiar, conceituando como sendo o poder exercido pelos pais em relação aos filhos, dentro da ideia de família democrática, do regime de colaboração familiar e de relações baseadas, sobretudo no afeto” (2015, p. 445).

Poder familiar constitui o direito e o dever que os pais mantêm sobre seus filhos, buscando a boa convivência. A sociedade prevê a igualdade entre as pessoas e isto se estende a ambos os pais. São poderes dados aos genitores sempre buscando o melhor interesse da criança e sempre na busca de protegê-los dos perigos.

A esse respeito, vale ressaltar o posicionamento de Conrado Paulino da Rosa: “Inicialmente, a *pátria potestas* visava tão somente ao interesse do chefe de família, do *pater familias*. Assim, os poderes a ele concedidos eram amplos e abrangiam poderes atinentes tanto à ordem pessoal como à ordem patrimonial” (ROSA, 2015, p. 13).

O conceito que era referido ao poder familiar teve alterações. Antigamente o poder em relação ao filho era absoluto do pai. Com o passar dos tempos, o poder deixou de ser poder e passou a ser dever dos pais: pai e mãe em conjunto têm o dever de cuidar, educar seus filhos. Hoje o poder familiar é visto como um dever dos pais em relação aos seus filhos.

Assim, o poder familiar, sendo menos poder e mais dever, converteu-se em *múnus*, concebido como encargo legalmente atribuído a alguém, em virtude de certas circunstâncias, a que se pode negar. O poder familiar dos pais é *ônus* que a sociedade organizada a eles atribui, em virtude da circunstância da parentalidade, no interesse dos filhos. (ROSA, 2015, p. 15)

O *pátrio poder* era conhecido e exercido apenas pelo pai e era um poder de propriedade com relação aos seus filhos e esposa. Um poder absoluto e sem limites. Nas palavras de Ana Maria Milano Silva: “O pai possuía o direito de expor ou matar o filho, vendê-lo ou entregá-lo à vítima de dano causado por seu dependente” (SILVA, 2015, p.16). A autora ainda afirma que:

A mulher, também considerada como propriedade do homem, era literalmente usada para gerar filhos e suprir as necessidades biológicas masculinas, podendo para tanto ser capturada, comprada, trocada ou recebida como uma recompensa. Por muitos séculos foi tida como *reles serva* do homem. (SILVA, 2015, p.16).

Tratando das atribuições e competências dos pais em relação aos filhos o artigo 1.634 do Código Civil preceitua que:

Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

- I - dirigir-lhes a criação e educação;
- II – tê-los em sua companhia e guarda;
- III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
- IV- nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou sobrevivo não puder exercer o poder familiar;
- V – representá-los, até aos 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
- VI - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
- VII- exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição. (BRASIL, 2002)

Segundo Maria Berenice Dias, em uma crítica sobre o artigo em questão, “nesse extenso rol não consta o que talvez seja o mais importante dever dos pais com relação aos

filhos: o dever de lhes dar amor, afeto e carinho.” (DIAS, 2009, p.388)

O poder familiar abrange além do dever de alimentos para com os filhos, o dever de oferecer acesso à educação bem como apoiá-los na escola. É dever do Estado e da família incentivá-los a uma boa educação. Esse poder dos pais em relação aos filhos não pode ser alienado, renunciado, nem ainda delegado a outra pessoa. Qualquer acordo no qual que o pai ou a mãe queiram fugir desse poder será nulo.

É portanto, irrenunciável, pois o Estado é quem fixa as normas para seu exercício e somente poderá ser subtraído nos casos expressos em lei. Não se permite também a nomeação de tutor ao menor, se os pais não foram suspensos ou destituídos do poder familiar.

O artigo 1.630 do Código Civil preceitua que “os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores.” Portanto, é sabido que essa menoridade encerra aos 18 anos, via de regra, todavia o poder familiar pode cessar antes que o filho complete 18 anos, como ocorre com a emancipação nas hipóteses elencadas no parágrafo único, do artigo 5º, do Código Civil.

O desaparecimento do poder familiar se dá sempre por fatos naturais, de pleno direito ou por decisão judicial, conforme determina o artigo 1.635 do Código Civil:

Art. 1.635. Extingue-se o poder familiar:  
 I - pela morte dos pais ou do filho;  
 II - pela emancipação, nos termos do art. 5º, parágrafo único;  
 III - pela maioridade;  
 IV - pela adoção;  
 V - por decisão judicial, na forma do artigo 1.638. (BRASIL, 2002)

A adoção exposta no inciso IV extingue o poder familiar na pessoa do pai natural, transferindo-o ao adotante. Assim, é causa de extinção e de aquisição do poder familiar. O último inciso trata das decisões judiciais, que estão elencadas e fundamentadas no artigo 1.638 do Código Civil, que estabelece que:

Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:  
 I – castigar imoderadamente o filho;  
 II – Deixar o filho em abandono;  
 III – praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;  
 IV – incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente. (BRASIL, 2002)

A perda nesse caso é permanente, mas não é definitiva, pois os pais podem, através de procedimento judicial, recuperar esse poder familiar, desde que provem que o

motivo que a causou não exista mais, já que as causas de extinção são bastante graves e colocam em risco o menor.

Contudo, nota-se que o poder familiar, com suas várias características, é um importante instituto jurídico, ainda que haja diversos direitos e deveres dos pais contidos também na Constituição Federal. Os filhos possuem proteção em todos os artigos aqui mencionados, já que são menores e necessitam de maior apoio e proteção dos pais. Isto, pois a separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável nunca vão alterar as relações entre pais e filhos.

Quanto à guarda, poderá esta ser compartilhada, inexistindo nesse caso o direito de visitas. Sabendo-se que, na maioria dos casos, tal instituto em detrimento da guarda unilateral deverá prevalecer sempre, pois permite a igualdade parental, o exercício pleno do poder de família por ambos os genitores além de garantir melhor o desenvolvimento dos filhos.

### **3.2 Princípios na Guarda Compartilhada**

Confere-se aos princípios de direito grande ênfase, pois os tomando por base que todo o Direito é estabelecido. Sua relevância os torna entendidos como as leis das leis. Tais princípios são os alicerces sobre os quais se assentam as normas jurídicas, portanto fazem parte da legislação.

Maria Berenice Dias define princípios como normas jurídicas que se distinguem das regras não só porque tem alto grau de generalidade, mas também por serem mandatos de otimização. “Possuem um colorido axiológico mais acentuado do que as regras desvelando mais nitidamente os valores jurídicos e políticos que se condensam”. (DIAS, 2015, p.40)

Dentre os princípios, que merecem aqui o devido destaque, podem ser citados o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana; Princípio da Liberdade; Princípio da Isonomia, Princípio Geral de Cuidado; Princípio da Proteção Integral e o Princípio do Melhor Interesse do Menor.

Cabe destacar primeiramente o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, sendo a norma basilar que garante a todos os indivíduos direito a uma vida íntegra. É o princípio com aplicação em qualquer área do Direito, expresso na Constituição brasileira, artigo 1º, III. Quanto a esse artigo entende Alexandre de Moraes que:

A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria

vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo o estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos (MORAES, 2004, p. 103).

Na esteira do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana podemos observar o Princípio da Liberdade, como sendo aquele que garante a todas as pessoas a livre opção de escolha, a não discriminação.

A liberdade e a igualdade foram os primeiros princípios reconhecidos como direitos humanos fundamentais, de modo a garantir o respeito à dignidade da pessoa humana. O papel do direito é coordenar, organizar e limitar as liberdades justamente para garantir a liberdade individual. Parece um paradoxo. No entanto só existe liberdade se houver, em igual proporção e concomitância, igualdade. Inexistindo o pressuposto da igualdade, haverá dominação e sujeição, não liberdade. (DIAS, 2015, p. 46).

Implícito no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana está o Princípio da Afetividade, entendido como aquele que visa garantir às pessoas o direito à união familiar e ao bem estar. Para Maria Berenice, é o “princípio que fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão da vida, com primazia em face de considerações de caráter patrimonial e biológico” (DIAS, 2015, p.52).

Outro princípio constitucional ao qual cabe destaque é o Princípio da Isonomia, que é aquele que garante igualdade a ambas as partes:

Reproduzindo o princípio da isonomia previsto na Constituição da República - art. 226, § 5º-, surgiu o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8069 de 13 de julho de 1990, que estabelece em seu art. 21 que o “pátrio poder será exercido em igualdade pelo pai e mãe” (BRASIL, 1990). O estatuto mudou essencialmente o instituto, reforçando toda a proteção que é necessária aos infantes. (MOREIRA, 2010, s/p).

Em igual importância está o Princípio Geral de Cuidado, que deve ser entendido como a necessidade de que os genitores forneçam os meios necessários para garantir o pleno desenvolvimento da prole, tanto física, quanto intelectual e emocionalmente. Neste sentido:

O cuidado, portanto, deve ser entendido em seu sentido mais amplo. Significa garantir às crianças e aos adolescentes condições de desenvolvimento físico e emocional adequado, que lhes permita, inclusive o sentimento de fazer parte uma família, em cujo seio possam vivenciar o afeto, a confiança, a cumplicidade, proporcionando-lhes condições de estabilidade emocional. (KRAEMER, 2010, s/p).

Tratando especificamente da guarda compartilhada, pode-se considerar como basilar o Princípio da Proteção Integral às crianças, pois neste encontra-se o fundamento do

melhor benefício para o menor, independentemente de qualquer outro interesse.

A consagração dos direitos de crianças, adolescentes e jovens como direitos fundamentais (CF 227), incorporando a doutrina da proteção integral e vedando referências discriminatórias entre os filhos (CF 227§ 6º), alterou profundamente os vínculos de filiação. Como afirma Paulo Lobos, o princípio não é uma recomendação ética, mas diretriz determinante nas relações da criança e do adolescente com seus pais, com sua família, com a sociedade e com o Estado. Daí a consagração constitucional do princípio que assegura a crianças adolescentes e jovens, com prioridade absoluta, direito a vida, direito a saúde alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade, e à convivência familiar e comunitária. Também são colocados a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (CF 227). (DIAS, 2015, p. 50.)

Uma vez consagrado este princípio da proteção integral, deve-se ter em mente que o foco de tal princípio não é a regulamentação de visitas ou a decisão de com quem a criança irá ficar, mas sim buscar formas de estabelecer a convivência de ambos os genitores com a prole em benefício e desenvolvimento dela mesma, não sendo possível a completa formação da criança com ausência de um dos pais.

Por fim, destaca-se como norteador da guarda compartilhada, o Princípio do Melhor Interesse do Menor. Este princípio diz que em quaisquer circunstâncias em que houver conflito de interesses, o bem estar do menor deverá sempre prevalecer. Desta forma, na relação paterna e materna o que deve prevalecer são os interesses dos filhos, a prioridade é da prole e não dos genitores que julgam ter o direito à guarda dos filhos por uma satisfação pessoal. Na concepção de Silva:

Esse princípio em nosso Direito Positivo é afirmado pelo artigo 13 da lei do divórcio, abrangente e superior a todas as hipóteses dos artigos que lhe são antecedentes, facultando ao juiz dispor sobre a guarda da maneira que julgar mais conveniente: “Se houver motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular por maneira diferente da estabelecida nos artigos anteriores a situação deles com os pais”. O fundamento desse critério é o caráter de sujeito de direito que tem o menor, que não é como objeto de direito dos pais, senão uma pessoa que tem direito à proteção, à assistência e à educação. Essa faculdade vem sendo repetidamente confirmada pela jurisprudência. (SILVA, 2015, p. 49).

Essa busca da proteção aos filhos, que em nada concorreram para o rompimento da relação entre os genitores, e, portanto não podem ser penalizados deixando de ter o seu direito de convivência com um dos pais, evita que sejam feridos os direitos dos menores. Ao contrário, almeja-se que seus direitos prevaleçam sempre em detrimento de qualquer outro.

Deste modo, conforme citado, estes são os principais norteadores da guarda compartilhada que devem ser observados como normas basilares e fundamentais de garantias e exercício do direito dos filhos a ter a guarda compartilhada pelos pais.

### **3.3 Prestação de Alimentos na Guarda Compartilhada**

Uma questão imprescindível quando se trata da guarda compartilhada é o dever na prestação de alimentos. Compreende-se que a pensão alimentícia, quando deferida na guarda unilateral, cabe ao genitor que não terá a guarda dos filhos, vez que pressupõe que aquele cônjuge detentor da guarda estaria, em regra, assegurando o desenvolvimento da criança.

O dever de alimentos é baseado no Princípio da Solidariedade, o qual atribuiu o ônus a determinadas pessoas a prestar auxílio às outras. Essa obrigação alimentar tem a finalidade de atender às necessidades de uma pessoa que não pode prover sua subsistência por conta própria, de modo que sem auxílio não conseguirá sobreviver. (DIAS, 2015, p. 558)

Assim, pode-se dizer que o dever da prestação de alimentos é determinado pela necessidade que uma pessoa, no caso os filhos, tem em garantir sua existência, tendo em vista que os pais são responsáveis legais pelo pleno desenvolvimento dos filhos. Nesse sentido cita-se o artigo 1.694 do Código Civil de 2002:

Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.  
§ 1º Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.  
§ 2º Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia (BRASIL, 2002).

Compreende-se então, que aquele genitor que não detém a guarda do filho, deve pagar prestação alimentar, ao passo que o genitor que a detém, já presta auxílio diretamente como a moradia por exemplo visando garantir o pleno desenvolvimento da criança, baseando-se no binômio da necessidade e possibilidade. Necessidade da criança, parte mais fraca da relação, quem não detém condições de se prover sozinha; e com a possibilidade, nesse caso sócio econômica do genitor em prestar alimentos aos filhos.

Neste sentido, preceitua o artigo 1.703 do Código Civil que determina aos conjuges separados judicialmente contribuirão na proporção de seus recursos para manutenção dos filhos (BRASIL, 2002).

É equivocada a ideia que a lei da guarda compartilhada 13.058/2014 eximiu um dos genitores de prestar alimentos, ou mesmo reduziu o valor desta prestação. Certo é que ambos os genitores tem o dever de prestar alimentos aos filhos, seja em pecunia seja *in natura*.

Deste modo, as regras para determinação de alimentos devem obedecer a mesma regra quando se trata de guarda compartilhada, bem como se trata de guarda unilateral. Nesta esteira, ao fixar alimentos deve o juiz atender ao binômio da necessidade e possibilidade, bem como deve ser observado o Princípio da Razoabilidade ou Proporcionalidade (ROSA, 2015, p. 103).

Isto porque não existe norma legal que delimite o montante de alimentos. Caberá ao juiz no caso concreto, ao decretar a guarda compartilhada e a maneira que será exercida por ambos os genitores, fixar ,se necessário, alimentos a um dos genitores ou a ambos com base nas necessidades dos filhos, conforme a disponibilidade dos genitores, atendendo-se, assim, ao Princípio da Razoabilidade ou Proporcionalidade.

Em consonância com o Princípio do Melhor Interesse do Menor, pode-se dizer que, caso haja mudança da guarda unilateral para guarda compartilhada, não deve haver nenhum prejuízo ao menor, seja financeiramente ou seja afetivamente. A pensão alimentícia deve subsistir com a mudança da guarda de modo proporcional entre os pais, não podendo haver diminuição na qualidade e nível de vida que a criança vinha desfrutando.

O intuito da guarda compartilhada é justamente acrescentar ainda mais ganhos na qualidade de vida do menor, ou seja, tendo a convivência simultânea de ambos os pais, mesmo que estes estejam separados.

O direito de família é fortemente caracterizado por ser um direito de caso concreto. Em se tratando de pensão alimentícia, essa característica se acentua ainda mais, vez ainda, que a prestação alimentar é fixada de acordo com a capacidade financeira de cada genitor, o que varia de caso a caso (ROSA, 2015, p. 104).

Cumprir destacar as recentes mudanças legislativas no que tange ao inadimplemento das prestações alimentares introduzidas pelo Novo Código de Processo Civil pela lei 13.105/2015. O Novo Código deixou em tese a cobrança da pensão alimentícia de maneira mais rigora, conforme se vê no artigo 528:

Art. 528. No cumprimento de sentença que condene ao pagamento de prestação alimentícia ou de decisão interlocutória que fixe alimentos, o juiz, a requerimento do exequente, mandará intimar o executado pessoalmente para, em 3 (três) dias, pagar o débito, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuar-lo. § 1º Caso o executado, no prazo referido no caput, não efetue o pagamento, não prove que o

efetuou ou não apresente justificativa da impossibilidade de efetuar-lo, o juiz mandará protestar o pronunciamento judicial, aplicando-se, no que couber, o disposto no art. 517 (BRASIL, 2015).

Desse modo, certificado o não pagamento dos valores das prestações de pensão alimentícia ordenará a inscrição do nome do devedor nos cadastros de protestos, criando-se assim mais uma maneira coercitiva de manter o alimentante em dia com suas obrigações.

Não bastasse a possibilidade de protesto do nome do alimentante, caso falte com suas obrigações, o novo código ainda acrescentou a possibilidade de ter o alimentante quando registrado em um emprego um desconto de até cinquenta por cento dos seus rendimentos, vê-se:

Art. 529. Quando o executado for funcionário público, militar, diretor ou gerente de empresa ou empregado sujeito à legislação do trabalho, o exequente poderá requerer o desconto em folha de pagamento da importância da prestação alimentícia.

§ 3º Sem prejuízo do pagamento dos alimentos vincendos, o débito objeto de execução pode ser descontado dos rendimentos ou rendas do executado, de forma parcelada, nos termos do caput deste artigo, contanto que, somado à parcela devida, não ultrapasse cinquenta por cento de seus ganhos líquidos. (BRASIL, 2015)

Destarte, além de possibilidade de prisão civil por inadimplemento do débito alimentar, o novo código, no intuito de coibir o não cumprimento das obrigações pelo alimentante, autoriza descontos de até cinquenta por cento dos rendimentos do trabalho bem como, possibilita ao juiz ordenar a inscrição em protesto caso não seja identificado o pagamento da pensão alimentícia.

Com tais mundaças, fica clara a intenção do legislador de proteger o alimentado, parte hipossuficiente da relação, destacando-se sempre o Princípio Geral de Cuidado, Princípio da Proteção Integral e o Princípio do Melhor Interesse do Menor em detrimento a outros direitos

## **4 VISÃO JURISPRUDENCIAL**

Deve-se aqui demonstrar o comportamento da jurisprudência, pois é através dela que se sedimentou o entendimento pela aplicação da guarda compartilhada. Conforme destacado anteriormente, os primeiros entendimentos de um tribunal sobre a questão do compartilhamento entre os genitores sobre os filhos se deram na Inglaterra do século passado. (LEITE, 2003 apud BRESSAN, 2016, s/p).

A partir desse entendimento tornou-se procedente para as demais decisões o tema da guarda compartilhada. Este passou a ser objeto de constante evolução, ganhando espaço nos ordenamentos jurídicos e, no Brasil, com o auxílio da jurisprudência e da doutrina foi positivada pela Lei 11.698/08.

### **4.1 Fundamentos das decisões que concedem a Guarda Compartilhada**

Com entrada do Novo Código de Processo Civil brasileiro, Lei número 13.105, de 16 de março de 2015, tornou-se obrigatória a audiência de conciliação, quando não for o caso de improcedência liminar da ação por meio do seu artigo 334 do mesmo código. (BRASIL, 2015). Por meio do referido artigo, o legislador cristalizou a importância e a preocupação da justiça em busca da solução dos conflitos por meio da composição entre as partes.

Em casos de ações judiciais quando o tema é a guarda compartilhada, estando os genitores abertos ao diálogo, a possibilidade de aplicação da guarda compartilhada é enorme. Em contrapartida, quando há litígio entre os cônjuges há a redução drástica na aplicação da guarda compartilhada.

Assim, embora sempre mantendo o princípio do melhor interesse do menor como fundamento primordial da aplicação da guarda compartilhada, é necessário também que haja o mínimo possível de diálogo entre os genitores a fim de que se possibilite a aplicação dessa modalidade. Para Ana Maria Milano Silva, a maioria das decisões que entende pela guarda compartilhada somente será viável com ex-casais que mantêm o diálogo aberto entre si. (SILVA, 2015, p. 176).

Contudo, caso seja demonstrado que ambos os genitores são capazes de deter a guarda da criança, a melhor decisão a ser tomada é pela guarda compartilhada, conforme podemos verificar:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REGULAMENTAÇÃO DE GUARDA E AÇÃO DE MODIFICAÇÃO DE GUARDA. SENTENÇA QUE JULGOU PROCEDENTE O PLEITO DE MODIFICAÇÃO DE GUARDA FORMULADO PELA GENITORA. PRETENZA ALTERAÇÃO DA GUARDA DO MENOR PELO GENITOR PARA QUE SEJA DEFERIDA EM SEU FAVOR. INTERESSE DO MENOR. CONDIÇÕES DE AMBOS OS GENITORES. PRESERVAÇÃO DOS LAÇOS PATERNOS E MATERNOS. GUARDA COMPARTILHADA. RESIDÊNCIA PRINCIPAL A DA GENITORA. RECURSO NÃO PROVIDO. Nas ações de família, em que se discute a guarda da prole, deve-se atender os interesses dos menores, pois a convivência com os pais é mais um direito dos filhos do que dos pais."(Rel. Des. José Volpato de Souza) Sendo um direito primordial da criança conviver pacificamente tanto com o pai quanto com a mãe, ainda quando sobrem a separação do casal, tem-se a guarda compartilhada como um instrumento para garantir esta convivência familiar. É fundamental para um bom desenvolvimento social e psicológico que a criança possa conviver sem restrições com seus genitores, devendo a decisão a respeito da guarda de menores ficar atenta ao que melhor atenderá ao bem-estar dos filhos dos casais que estão a se separar. Assim, tendo as provas até o momento produzidas indicado que ambos os genitores possuem condições de ficar com o filho menor, tem-se que a melhor solução para o caso concreto é a aplicação da guarda compartilhada sem restrições. (AI n. , de Laguna, Des. Rel. Carlos Prudêncio, DJ de 13-6-2003). (TJSC, 2016)

Há de se notar, que a decisão invocada destaca que o direito de convivência entre os pais e filhos, é mais um direito dos filhos que dos pais, sendo fundamental à criança conviver com seus genitores sem qualquer restrição.

Quanto às condições para estabelecimento da guarda compartilhada, vale citar ainda a seguinte decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

GUARDA COMPARTILHADA – DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL – CONDIÇÕES FAVORÁVEIS – AUSÊNCIA – “Agravo de instrumento. Dissolução de união estável litigiosa. Pedido de guarda compartilhada. Descabimento. Ausência de condições para decretação. A guarda compartilha está prevista nos arts. 1.583 e 1.584 do Código Civil, com a redação dada pela Lei 11.698/08, não podendo ser impositiva na ausência de condições cabalmente demonstradas nos autos sobre sua conveniência em prol dos interesses do menor. Exige harmonia entre o casal, mesmo na separação, condições favoráveis de atenção e apoio na formação da criança e, sobremaneira, real disposição dos pais em compartilhar a guarda como medida eficaz e necessária à formação do filho, com vista a sua adaptação à separação dos pais, com o mínimo de prejuízos ao filho. Ausente tal demonstração nos autos, inviável sua decretação pelo Juízo. Agravo de instrumento desprovido. – AI 70025244955 – 7ª C. Cív. – Rel. Des. André Luiz PlanellaVillarinho. (TJRS, 2016)

Conforme brilhante decisão do tribunal gaúcho, seriam também condições para utilização da guarda compartilhada a harmonia entre o casal, apoio na formação da criança, real disposição para os pais compartilharem a guarda. Deste modo, levando-se em conta que ter a convivência de ambos os pais é um direito do filho e não dos genitores, podemos destacar como fundamentos principais a aplicação da guarda compartilhada o princípio do melhor interesse do menor bem como a necessidade mínima harmonia entre os genitores.

Merece destaque a seguinte decisão jurisprudencial na qual se pugnou pela aplicação da guarda de forma compartilhada, num caso peculiar que envolveu a avó e o tio paternos:

CIVIL E PROCESSUAL. PEDIDO DE GUARDA COMPARTILHADA DE MENOR POR TIO E AVÓ PATERNOS. PEDIDO JURIDICAMENTE POSSÍVEL. SITUAÇÃO QUE MELHOR ATENDE AO INTERESSE DA CRIANÇA. SITUAÇÃO FÁTICA JÁ EXISTENTE. CONCORDÂNCIA DA CRIANÇA E SEUS GENITORES. PARECER FAVORÁVEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. I. A peculiaridade da situação dos autos, que retrata a longa co-habitação do menor com a avó e o tio paternos, desde os quatro meses de idade, os bons cuidados àquele dispensados, e a anuência dos genitores quanto à pretensão dos recorrentes, também endossada pelo Ministério Público Estadual, é recomendável, em benefício da criança, a concessão da guarda compartilhada. II. Recurso especial conhecido e provido”. (Recurso Especial Nº 1147138 SP 2009/0125640-2, T-4 Quarta Turma, Relator: Aldir Passarinho Junior, Julgado em 11/05/2010) (STJ, 2016)

Conforme caso mencionado acima, quando as partes estiverem de acordo é possível a aplicação da guarda de forma compartilhada em benefício ao menor, na hipótese com avó e tio paternos.

Pode-se, salientar ainda julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo onde mesmo diante do pedido dos genitores para interrupção da guarda compartilhada, esta foi indeferida pelo tribunal em respeito ao princípio do melhor interesse do menor. Veja-se:

Divórcio. Guarda compartilhada das filhas do casal. Situação estabelecida entre as partes por ocasião da separação de fato do casal. Motivo alegado para o término da guarda compartilhada que não mais remanesce. Avaliação psicológica que recomendou a manutenção da guarda compartilhada. Sistema, inclusive, que consulta aos interesses pessoais das menores. Regime implantado em 2.001, com perfeita adaptação das menores. Alimentos. Restabelecimento do sistema estabelecido por ocasião da separação de fato do casal, compatibilizado, neste particular, com o regime de guarda compartilhada. Sucumbência. Reconhecimento da sucumbência recíproca. Apelo do requerido parcialmente provido. CR: 5276584000 SP, Relator: Donegá Morandini, Data de Julgamento: 04/11/2008, 3ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 11/11/2008) (TJRS, 2016).

É expreso o empenho do poder judiciário, em qualquer que seja a situação, em primar pela implementação da guarda compartilhada em benefício do menor. Nota-se que nem mesmo o interesse demonstrado pelos genitores sobressaiu ao direito e às necessidades da criança.

## 4.2 Motivos de resistência para concessão da Guarda Compartilhada

Existe ainda, grande resistência nas decisões judiciais quanto ao dever previsto no artigo 1.584 do Código Civil. Aludido dispositivo determina aos magistrados informar aos genitores a definição e a importância da guarda em processos de divórcio, dissolução de união estável ou em medida cautelar.

Na prática, na maioria dos casos e decisões, os magistrados entendem que a guarda compartilhada somente será realizada com ex-casais que mantêm o diálogo aberto entre si, porque estarão em contato frequente para juntos participarem e tomarem as decisões relativas ao bem estar dos filhos. Nesse sentido, é necessário que tanto o pai como a mãe tenham um preparo emocional e muita maturidade para darem continuidade ao exercício das responsabilidades parentais, o que dificilmente acontece numa separação ou divórcio litigioso.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL LITIGIOSA. PEDIDO DE GUARDA COMPARTILHADA. DESCABIMENTO. AUSÊNCIA DE CONDIÇÕES PARA DECRETAÇÃO. A guarda compartilhada está prevista nos arts. 1583 e 1584 do Código Civil, com a redação dada pela Lei 11.698/08, não podendo ser impositiva na ausência de condições cabalmente demonstradas nos autos sobre sua conveniência em prol dos interesses do menor. Exige harmonia entre o casal, mesmo na separação, condições favoráveis de atenção e apoio na formação da criança e, sobretudo, real disposição dos pais em compartilhar a guarda como medida eficaz e necessária à formação do filho, com vista a sua adaptação à separação dos pais, com o mínimo de prejuízos ao filho. Ausente tal demonstração nos autos, inviável sua decretação pelo Juízo. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO (TJRS, 2016).

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul entende que a Guarda Compartilhada pressupõe diálogo, cooperação, harmonia e consenso, conforme decisão abaixo.

Apelação Cível NÚMERO: 70032636698. Inteiro Teor. Decisão: Monocrática RELATOR: José Ataídes Siqueira Trindade EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE GUARDA COMPARTILHADA. IMPROCEDÊNCIA. A guarda compartilhada será deferida sempre que possível (art. 1.584, § 2.º, CC/02). Se o relacionamento dos genitores/litigantes é conflituoso, sendo que eles sequer se comunicam, ela não se mostra cabível. Apelação desprovida... DATA DE JULGAMENTO: 20/10/2009. PUBLICAÇÃO: Diário de Justiça do dia 29/10/2009 (TJRS, 2016).

Assim sendo, de acordo com as jurisprudências citadas, percebe-se que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, entende pela aplicação da guarda compartilhada nos casos de separação consensual ou divórcio direto, desprezando o uso do instituto da guarda compartilhada quando da separação advém conflitos.

A guarda compartilhada é um instituto que poderá ser aplicado também no caso de separação ou divórcio litigioso. Nessa circunstância de litígio, a lei determina que não havendo acordo, cabe ao juiz determinar com quem ficará a guarda do filho, de acordo com o artigo 1.584 inciso II § 2º do Código Civil, dispõe: “Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada”.

Para o Código Civil de 2002 a guarda é dada ao genitor que tem condições melhores para zelar dos interesses do filho menor. Em razão de o interesse ser do menor, a guarda pode ser mudada a qualquer momento, podendo o genitor que não possui a guarda apresentar elementos capazes de comprovar que o fundamento da sentença anteriormente julgada, deixou de satisfazer o interesse do menor.

Ante o quadro jurisprudencial exposto, pode-se concluir que a Guarda Compartilhada tem sido concedida para melhor atender aos direitos do menor, e não é concedida, mediante o fato dos pais não terem uma boa convivência, pois para serem aptos à Guarda Compartilhada, exige-se dedicação e compreensão mútuas. O que pressupõe, para melhor ser exercida a boa convivência entre os pares.

A Lei 13.058/14 representa um avanço de responsabilidades que possibilita o compartilhamento da guarda, quando ambos desejarem. Entende-se que depende, no entanto, de muito bom senso, comunicação respeitosa e equilíbrio dos genitores.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Compreende-se por guarda compartilhada a custódia do filho, em decorrência do término das relações entre os genitores, na qual ambos participam conjuntamente de todas as decisões sobre a rotina do menor com objetivo principal de dar à criança total condição para o seu pleno desenvolvimento.

O contexto histórico demonstra que no direito romano o poder de família era exercido única e exclusivamente pelo homem, sem nenhuma participação da mulher ou dos filhos. Contudo com a evolução das sociedades o poder de família passou a ser exercido por ambos os genitores. Isso, em virtude, principalmente dos reflexos das revoluções econômicas que mudaram a configuração familiar ao longo dos anos.

As demandas sociais decorrentes das relações familiares denotaram que, após a dissolução do vínculo conjugal, o modelo de guarda unilateral, adotado até então, não era suficiente para solucionar de forma adequada os conflitos, muito menos preservava o convívio entre filhos e genitores. Isso, pois aquele não detentor da guarda perdia o poder de família sobre o filho, passando a participar menos de seu desenvolvimento, o que acarretava prejuízos à criança. Ademais, com o fim das relações entre os cônjuges cabia o juiz decidir qual seria o genitor mais capaz de deter a guarda.

Em face dessa problemática, com a necessidade de conferir ao menor as condições que viabilizem seu pleno desenvolvimento, doutrina e jurisprudência inglesas deram origem à modalidade de guarda compartilhada. Esse novo entendimento considera que a guarda tem que buscar o melhor interesse do menor e não do genitor mais capaz. Entendimento que rapidamente difundiu-se nos países europeus que passaram a considerá-la a melhor aplicação, bem como foi adotado no Brasil e a aplicação da guarda compartilhada ganhou vultosas decisões judiciais optando por sua aplicação em benefício à criança.

Destaca-se que não houve apenas a preocupação de alguns países com a proteção do menor. Tanto é que a Organização das Nações Unidas, ONU, por meio da Convenção Internacional dos Direitos da Criança de 1959, sedimentou em suas normas a proteção integral do menor e a prevalência dos seus interesses sobre qualquer outro, fundamento supra utilizado pela guarda compartilhada.

No ordenamento jurídico brasileiro houve grande evolução legislativa a fim de garantir o melhor interesse do menor e a aplicação da guarda compartilhada. Em especial destacam-se as leis que permitiram de maneira efetiva a aplicação de guarda compartilhada, a saber, a Lei 11.698/2008 e a Lei nº 13.058 de 2014, e fundamentadas ainda no Princípio da

Dignidade da Pessoa Humana, no Princípio da Liberdade, no Princípio da Isonomia, no Princípio Geral de Cuidado, no Princípio da Proteção Integral e no Princípio do Melhor Interesse do Menor, tornaram sua aplicação uma regra no direito brasileiro, e sua vedação uma grave afronta à legislação.

Salienta-se aqui, que o Direito brasileiro acompanhando à evolução da sociedade e à adaptação das relações afetivas colaborou de forma veemente com o entendimento que a parte mais prejudicada, os filhos, deveria ser a parte mais protegida nos casos em que houvesse ruptura da união dos genitores. Uma vez que há uma cristalização do entendimento de que para o pleno desenvolvimento da criança a convivência com ambos os pais de forma compartilhada seria melhor que a convivência com apenas um.

Questão de importante destaque é em relação ao dever de prestar alimentos, pois quando deferida a guarda compartilhada, diferentemente da unilateral, ambos os cônjuges tem o dever de prestar alimentos aos filhos seja em pecúnia seja *in natura*, amparados no princípio da solidariedade e no binômio possibilidade e necessidade e, ainda, em observância ao princípio da proporcionalidade e da razoabilidade.

Portanto, a questão dos alimentos na guarda compartilhada nada muda tendo em vista que as razões de sua prestação sempre subsistiram independentemente da modalidade de guarda aplicada, o que se deve levar em conta é sempre a melhor adequação aos filhos visando proporcionar o seu pleno desenvolvimento.

As jurisprudências estudadas permitem compreender que os tribunais brasileiros têm primado pelo instituto da guarda compartilhada e esta tem sido aplicada para melhor atender aos direitos do menor. Os magistrados quando diante dos casos concretos, têm entendido que a guarda compartilhada deve ser utilizada como regra, pressupondo diálogo e uma boa relação dos ex-casais, não sendo tais condições óbice para sua aplicação.

Por fim, face ao exposto neste trabalho, conclui-se que para a maior proteção das crianças, em caso de ruptura da relação dos genitores, deve-se aplicar sempre, como regra, a guarda compartilhada, garantindo aos filhos seu amplo desenvolvimento e proteção integral, o direito ao convívio simultâneo com ambos os genitores, assim como a sobreposição de seus interesses quando em detrimento de outros.

Neste sentido, sua não aplicação, além de ser um retrocesso social, viola diversos princípios constitucionais, infraconstitucionais e normas de direito que são medidas de suma importância para constituir avanços na estruturação de um país Democrático de Direito.

## REFERÊNCIAS

ASSEMBLÉIA DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração dos direitos da criança de 1959**. Disponível em: <http://goo.gl/5wwTez>. Acesso em 10 de março de 2016.

BARBOZA, Heloisa Helena. “O direito de família brasileiro no final do século XX”, in **A Nova Família: Problemas e Perspectivas** (org. Vicente Barreto) Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

BARUFI, Melisa Telles. **Considerações sobre a Guarda Compartilhada a partir da Lei 13.058/14**. Disponível em: <http://goo.gl/rqovkr>. Acesso em 8 de novembro de 2015.

BRASIL. **Código Civil**. Disponível em <http://goo.gl/81GpC>. Acesso em 06 de dezembro de 2015.

\_\_\_\_\_. **Constituição Federal**. Disponível em <http://goo.gl/wUgZP>. Acesso em: 06 de novembro de 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei 8.069/1990**. Disponível em <http://goo.gl/UdwKV>. Acesso em: 06 de novembro de 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei 11.698/2008**. Disponível em <http://goo.gl/4x5fuw>. Acesso em: 06 de novembro de 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei 13.058/2014**. Disponível em <http://goo.gl/aFILSl>. Acesso em: 06 de novembro de 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei 13.105/2015**. Disponível em <http://goo.gl/jBJQ4V>. Acesso em: 11 de abril 2016.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial Nº 1147138 SP 2009/0125640-2**, T-4 Quarta Turma, Relator: Aldir Passarinho Junior, Julgado em 11/05/2010) Disponível em: <http://goo.gl/6ZGaJ2>. Acesso em 02 de mai. de 2016.

BRESSAN, Vinícius Costa. **A guarda compartilhada e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 69, out 2009. Disponível em: <http://goo.gl/NRMwbU>. Acesso em 15 de mar. de 2016.

COELHO, Fabio Ulhôa. **Curso de Direito Civil, família, sucessões, volume 5**. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva. 2012.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10ª. Edição. Revista atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DILL, Michele Amaral; CALDERAN, Thanabi Bellenzier. **Evolução histórica e legislativa da família e da filiação**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 85, fev 2011. Disponível em: <http://goo.gl/erpgNp>. Acesso em 20 de março de 2016.

DINIZ, Maria Helena. **As lacunas no direito**, p.173. Da mesma autora, cf., **Conflito de normas**, Saraiva, São Paulo, 1987, p.11 e ss, e **Compendio de introdução à ciência do**

**direito**, 8. ed., São Paulo, Saraiva, 1995, p. 395 e ss. Cf. Reale, Miguel. **Lições preliminares de direito**, 22. ed. São Paulo, Saraiva, 1995, p.292.

FIUZA, César. **Direito Civil: Curso Completo**. 17ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2014.

FONSECA, Priscila M. P. Correa. **Direito de Família**. São Paulo: Revista IOB, no. 49, Set/2008, p. 7.

FONTES, Simone Roberta. **Guarda Compartilhada**. São Paulo: Editora: Pensamentos e Letras, 2009 Disponível em <http://goo.gl/SLC4h0>. Acesso em 20 de março de 2016.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios Constitucionais de Direito de Família**. São Paulo: Atlas S/A, 2008, p.252.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume 6: Direito de Família**. 12ª Edição. São Paulo: Saraiva; 2015.

KRAEMER, Verno Eduardo. Guarda compartilhada: Dos princípios constitucionais a sua aplicabilidade nas ações que a envolvem. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 74, mar 2010. Disponível em: <http://goo.gl/BtgVH1>. Acesso em 10 de março de 2016.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2004.

MOREIRA, Luciana Maria Reis. **Aspectos gerais da guarda compartilhada**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 81, out 2010. Disponível em: <http://goo.gl/pIkQF8>. Acesso em 10 de março 2016.

PATROCÍNIO, Mariana Patrocínio Ramos de Almeida. **Guarda compartilhada e a Lei 13.058/14**. **Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 20, n. 4450, 7 set. 2015**. Disponível em: <https://goo.gl/X0QqV3>. Acesso em: 8 de novembro de 2015.

QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda Compartilhada**. Recife. 2004. Disponível em: <http://goo.gl/GrGWn0>. Acesso em 16 de janeiro de 2016.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do Estado. **Agravo de Instrumento nº 70025244955**. Sétima Câmara Cível, Relator: André Luiz Planella Villarinho, Julgado em 24/09/2008, Publicado em 01/10/2008. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site/>. Acesso em 02 de mai. de 2016.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do Estado. **Apelação Cível NÚMERO: 70032636698. Inteiro Teor. Decisão: Monocrática** RELATOR: José Ataídes Siqueira Trindade. Disponível em: <http://goo.gl/wb4yUw> Acesso em 04 de maio de 2016.

ROSA, Conrado Paulino. **Nova Lei da Guarda Compartilhada**. 1ª edição, São Paulo: Saraiva, 2015.

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça do Estado. **CR: 5276584000 SP**. Relator: Donegá Morandini, Data de Julgamento: 04/11/2008, 3ª Câmara de Direito Privado, Data de

Publicação: 11/11/2008. Disponível em: <http://goo.gl/XdKcVi>. Acesso em 02 de mai. de 2016.

SANTA CATARINA, Tribunal de Justiça do Estado. **Apelação Cível AC 157479 SC 2004.015747-9** Disponível em: <http://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6336906/apelacao-civel-ac-157479-sc-2004015747-9>. Acesso em 02 de mai. de 2016

SILVA, Ana Maria Milano Silva. **A lei sobre a guarda compartilhada**. 4º edição. Leme/SP. 2015.

TARTUCE, Flávio. **Direito de Família**. 10ª edição. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família. Volume 6**. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2014.