



# FAS@JUS

e-Revista da Faculdade de Direito Santo Agostinho, v. 4, n. 1 - 2014



ISSN 2179-8222

FACULDADES SANTO



FACULDADES  
SANTO AGOSTINHO

## Editor

Prof. Ms. Waldir de Pinho Veloso

## Conselho Editorial

Prof. Ms. Reinaldo Silva Pimentel Santos

Prof.<sup>a</sup> Ms. Simone Rosiane Corrêa Araújo

Prof. Ms. Waldir de Pinho Veloso





e-Revista da Faculdade de Direito Santo Agostinho

ISSN 2179-8222

**Editor**

Waldir de Pinho Veloso

**Conselho Editorial**

Reinaldo Silva Pimentel Santos

Simone Rosiane Corrêa Araújo

Waldir de Pinho Veloso



**FACULDADES  
SANTO AGOSTINHO**

**FAS@JUS - e-Revista da Faculdade de Direito Santo Agostinho**

**Editor**

Waldir de Pinho Veloso

**Conselho Editorial**

Reinaldo Silva Pimentel Santos  
Simone Rosiane Corrêa Araújo  
Waldir de Pinho Veloso

**Correção Linguística**

Waldir de Pinho Veloso

**Editoração Gráfica**

Maria Rodrigues Mendes

**Capa**

Adriano Magno de Freitas  
Maria Rodrigues Mendes

---

FAS@JUS : e-Revista da Faculdade de Direito Santo Agostinho / Faculdade de Direito Santo Agostinho. – Vol. 4, n. 1, 2014 - . - Montes Claros, MG. Fundação Santo Agostinho, 2014-

v. : il. 21 x 29 cm.

Semestral  
ISSN 2179-8222

1. Direito. I. Faculdade de Direito Santo Agostinho. II. Título.

CDU: 34 (05)

---

Ficha catalográfica elaborada por Edmar dos Reis de Deus CRB6 2486.



## SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....	7
ENTREVISTA.....	9
<b>ARTIGOS DO CORPO DISCENTE</b>	
O AMOR COMO PECÚNIA: A RESPONSABILIDADE CIVIL PELO ABANDONO AFETIVO PARENTAL Betânia Gusmão Mendes.....	15
LIMITAÇÃO À IMUNIDADE MATERIAL DOS PARLAMENTARES EM FUNÇÃO DE SEUS ABUSOS E EXCESSOS Elles Albano de Aguiar Carneiro.....	23
EDUCAÇÃO DOMICILIAR E O ABANDONO INTELECTUAL Gislene Sampaio Said.....	33
CRIME DE EXCESSO DE EXAÇÃO: A INCONGRUÊNCIA DA PENA NA FORMA QUALIFICADA COM O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE Luciano Carvalho de Almeida.....	43
O MEDO E A PENA DE MORTE NA VISÃO DE BECCARIA Tiago Barbosa.....	51
<b>RESUMOS</b>	
TESTAMENTO VITAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: UMA ABORDAGEM ACERCA DO CONFRONTO DA VIDA COMO UM BEM JURÍDICO INDISPONÍVEL <i>VERSUS</i> O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA Diego Celestino Ferreira.....	61
O CONFRONTO ENTRE O UNIVERSALISMO E O MULTICULTURALISMO Isadora Oliveira de Paula e Silva.....	62
A DOCTRINA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA ANTE O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA PESSOA JURÍDICA Matheus Medeiros Maia.....	63
<b>RESENHA</b>	
EUTANÁSIA EM A <i>GUERRA DOS TRONOS</i> Dandara Tamires Reis e Castro.....	67



## APRESENTAÇÃO

Para que um veículo de divulgação científica seja classificado como triunfante, há necessidade de comprovada continuidade. O eterno nascer ou renascer de uma publicação de cunho científico fomenta a oportunidade para diversificados autores de textos científicos se manifestarem.

Parece uma vitória do próprio veículo. E é. Mas, antes disso, é um conjunto de vitórias dos autores que o integram, dos verdadeiros atores que compõem o elenco, das pessoas que são, em síntese, o motivo de vir ao mundo das publicações mais um Volume, mais uma Edição, mais um Número desta publicação seriada de caráter científico.

Para consolidar a sua existência, para driblar intempéries e para deixar indelevelmente fixado o sulco de um andar provido de esforço científico, a Revista Eletrônica Fas@Jus, do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho, apresenta-se em nova roupagem, novo Volume, novo Número, nova Edição. Sabendo que científico é o que é academicamente divulgado, proporciona – ou oportuniza, em palavras outras – espaços a quem se mostra capaz.

Este Volume 4, Número 1, é especial. Contém material científico assinado exclusivamente por Acadêmicos que integram o Programa Especial de Tutoria (PET), um dos pontos de apoio que o Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho oferta aos seus Acadêmicos.

Para explicar o que é o Programa Especial de Tutoria (PET), foi convidada a **Professora Mestre Liz Helena Silveira do Amaral Rodrigues** que, até o fim de 2013, era a Coordenadora do PET e foi a idealizadora de um Número especial da Revista Eletrônica Fas@Jus dedicado exclusivamente aos membros do Programa. Em vez de um texto menos pessoal, que ela faria se continuasse como integrante do Conselho Editorial, como era até o fim de 2013, a Professora Liz Rodrigues foi convidada a conceder uma **Entrevista**. Na seção, toda a explicação da origem do PET, a sua evolução, o fomento à iniciação científica, o estágio atual e o que se pensa do futuro. Não são meras reminiscências: é um lembrar consciente, resgatando a história e projetando, com solidez de quem tem alicerce, um porvir que se anuncia vitorioso.

Cinco são os Artigos Científicos que integram

a seção que comumente é destinada aos Acadêmicos do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho.

Em ordem alfabética em relação aos seus autores – importante destacar que são de autorias individuais – o primeiro exposto é o Artigo Científico de autoria da **Acadêmica Betânia Gusmão Mendes**, que cuida do assunto sob o título “**O amor como pecúnia: a responsabilidade civil pelo abandono afetivo parental**”, no qual desce a detalhes, doutrinários e jurisprudenciais, acerca da patrimonialização da quebra do cumprimento dos deveres que os pais (normalmente, o gênero masculino) deveriam ter para com seus filhos. O trabalho mostra a visão de diversos integrantes dos Tribunais Superiores, na aplicação do Direito, que concedem ou não indenização em casos de pais que descumprem os seus deveres em relação aos filhos. A doutrina exposta também é variada. E há conclusão, por parte da autora.

Um outro texto científico é assinado pelo **Acadêmico Elles Albano de Aguiar Carneiro**, que decidiu pesquisar, estudar e consolidar, em texto científico, seus conhecimentos sobre o tema “**Limitação à imunidade material dos parlamentares em função de seus abusos e excessos**”, tocando as searas do Direito Constitucional, Direito Eleitoral e algum tópico acerca da Ética e da Moral. Distingue o que é proteção ao mandato parlamentar e a compara com a tática empregada por alguns políticos que se escondem atrás da imunidade parlamentar para cometer abusos, excessos e, por que não dizer, crimes de toda sorte.

Na ordem alfabética, o terceiro Artigo Científico é escrito pela **Acadêmica Gislene Sampaio Said**. Ela debruça sobre a análise, em tom científico, da responsabilidade que têm os pais na educação dos seus filhos, ou dos tutores em relação aos seus pupilos. E mostra que se a Constituição Federal diz que é dever dos pais proporcionar a educação aos filhos, concede também o direito de os pais levarem a efeito esta educação em âmbito familiar. Mas, há lei que dispõe ser crime de abandono intelectual a não providência, por parte dos pais e tutores, em matricular seus filhos e pupilos em escolas. A análise, destarte, mostra qual norma deve ser cumprida: a determinação da oferta da educação

(que poderia ser a domiciliar) ou a oferta da educação necessariamente em estabelecimento de ensino. E o crime de abandono intelectual. O título é **“Educação domiciliar e o abandono intelectual”**.

Por seu lado, o **Acadêmico Luciano Carvalho de Almeida** tratou do tema **“Crime de excesso de exação: a incongruência da pena na forma qualificada com o princípio da proporcionalidade”**. Para o autor, há uma necessária discussão acadêmica quanto ao princípio da proporcionalidade quando se trata do crime de excesso de exação. Explica o autor, com base doutrinária, que um crime em sua forma inicialmente clausulada tem uma versão que impõe punição mais forte, a maneira qualificada. A reflexão mostra que, em se tratando do crime de excesso de exação – a cobrança de tributo inexistente ou em valores acima dos fixados pelas alíquotas, bases de cálculo ou hipóteses de incidência, ou mesmo o emprego de maneira vexatória na cobrança dos encargos tributários – em seu formato qualificado, pode ter punição mais branda do que a condição inicial ou “simples”. Um paradoxo desvendado pelo texto.

Para fechar a seção, o **Acadêmico Tiago Barbosa** procurou todos os modos de, cientificamente, escrever sobre o assunto cujo título é autoexplicativo: **“O medo e a pena de morte na visão de Beccaria”**. O trabalho tem muito de Filosofia e Psicologia e, igualmente, muito de Direito. Definir e mostrar que o medo é o contrapeso que evita atitudes infundadas é o lema do autor. Para calçar os seus estudos, busca em Cessare Beccaria, clássico e necessariamente suporte para estudos mais profundos, os esteios ou alicerces científicos abordados. A extração do livro *Dos delitos das penas* é quanto à pena de morte e sobre o medo em outros aspectos. Fatores que fazem, a todos, pensar antes de uma ação violenta contra outrem (medo da perda da liberdade, ou do pecado) ou que pode colocar em risco a sua própria vida (medo da morte).

Normalmente, a Revista Eletrônica Fas@Jus, do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo

Agostinho, não tem uma seção que publica Resumos de trabalhos científicos. Por se tratar de uma publicação contendo apenas escritos de cunho científico da pena de Acadêmicos que fazem parte do Programa Especial de Tutoria (PET), a seção foi criada e está preenchida pelos trabalhos dos **Acadêmicos Diego Celestino Ferreira, Isadora Oliveira de Paula e Silva e Matheus Medeiros Maia**. São temas dos seus estudos, respectivamente, **“Testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro: uma abordagem acerca do confronto da vida como um bem jurídico indisponível versus o princípio da dignidade da pessoa humana”**; **“O confronto entre o universalismo e o multiculturalismo”**, e **“A doutrina da desconsideração da personalidade jurídica ante o princípio da autonomia da pessoa jurídica”**.

Uma coluna tradicional na Revista Eletrônica Fas@Jus, do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho, é a Resenha. Texto de caráter acadêmico que visa analisar alguma obra e sobre ela emitir uma opinião, com crítica – no sentido de análise profunda – a Resenha da vez é da lavra da **Acadêmica Dandara Tamires Reis e Castro**. A Acadêmica lida com a análise do livro *A guerra dos tronos*, do norte-americano George R. R. Martin. A qualidade de científico vem, exatamente, da inserção de temas sobre eutanásia, ortotanásia e outras questões do Biodireito, presentes no livro e destacados pelo texto. O título é **“Eutanásia em A guerra dos tronos”**.

Com o Volume 4, Número 1, a Revista Eletrônica Fas@Jus, do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho, procura disponibilizar, a todo o mundo científico, um desabrochar de autores, em seus passos iniciais, porém firmes, em vários segmentos do conhecimento científico.

O conhecimento científico se engrandece com este Volume. Pelo menos, é o que entendem os assinantes deste texto de apresentação.

*Os Organizadores*



## ENTREVISTA

### *Entrevistada: Professora Liz Helena Silveira do Amaral Rodrigues*

A Professora Liz Helena Silveira do Amaral Rodrigues é Mestre em Direito e fez parte do quadro de Professores da Faculdade de Direito Santo Agostinho durante vários anos. Na Instituição, à qual chegou assim que obteve o grau de Mestre em Direito, a Professora acompanhou diversas Turmas, desde as que adentraram na Faculdade no início das atividades, o que significa dizer que foi Professora dos primeiros graduados. Tempos de dedicação após o início das atividades docentes na Instituição, galgou vários degraus. Chegou a Coordenadora do Programa Especial de Tutoria (PET).

Oriunda de Santa Catarina, habitou Montes Claros, Minas Gerais, e, exceto quanto ao sotaque sulista, tornou-se mineira.

No fim de 2013, por questões familiares, mudou-se para a capital paulista. Após a decisão, cumpriu até o fim do ano as funções de Professora de múltiplas disciplinas na Faculdade de Direito Santo Agostinho (Direito Internacional, Estatuto da Criança e do Adolescente, Biodireito e outras) e Coordenadora do PET até que as férias chegaram. Somente aí, rumou-se para a São Paulo dos sonhos mais atuais.

Como Coordenadora do Programa Especial de Tutoria, acompanhou diretamente diversos Acadêmicos no desenvolvimento de seus artigos científicos. Também, como Coordenadora, esteve ao lado dos outros Professores integrantes do Programa, tornando-se uma Tutora menos direta dos Acadêmicos orientados por esses outros Professores.

No fim de 2013, na qualidade de membro do Conselho Editorial da Fas@Jus, Revista Eletrônica do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo

Agostinho, apresentou a ideia da publicação de um Número dessa Revista Eletrônica exclusivamente com trabalhos científicos dos Acadêmicos que integram o PET. Uma vez aceita a ideia – de forma imediata e sem restrições ou pedido de tempo para ajustes de pensamento – ficou incumbida de reunir os textos científicos.

Considerando que a vinda a lume deste Volume 4, Número 1, da Revista Eletrônica Fas@Jus se dá em um semestre letivo que já não conta com a Professora Liz Helena Silveira do Amaral Rodrigues como membro do Conselho Editorial, não seria justo que o nascimento deste

veículo científico fosse desprovido da sua participação. O melhor destaque para quem coordenou o Programa Especial de Tutoria – no qual nasceram os trabalhos científicos integrantes deste número – e ainda reuniu os textos que estão contidos neste exemplar, é a disponibilidade de um espaço para explicar o que é o PET, qual a história do Programa, quais os destaques entre seus integrantes e o que

se espera que venha por aí, especialmente após a vitória – a edição especial desta Revista – dos seus integrantes.

Por isso e por outros vários motivos, a seguir se encontram as palavras da Professora Mestre Liz Helena Silveira do Amaral Rodrigues, Mestre em Direito, em atenção aos questionamentos da Revista Eletrônica Fas@Jus.

**Fas@Jus: Para início, gostaríamos que Você definisse o PET com objetivos e funções.**

**Professora Mestre Liz Rodrigues: O**

“Vale destacar que, em alguns semestres, o PET chegou a responder por 90% dos trabalhos científicos apresentados em Congressos organizados pela Faculdade”

*Programa Especial de Tutoria (PET) foi criado, em um primeiro momento, como uma forma de auxiliar o Acadêmico na escolha do tema do trabalho de curso. Posteriormente, o perfil do Programa foi alterado e o PET passou a se caracterizar como um programa de iniciação científica. Hoje, pode-se dizer que o objetivo do projeto é fomentar a produção de trabalhos científicos pelo corpo discente, seja pela publicação de resumos, seja pela de artigos propriamente ditos.*

**Fas@Jus: Qual o histórico do PET em termos de época do início e desenvolvimento, especialmente os primeiros momentos?**

*Professora Mestre Liz Rodrigues: O Projeto começou em 2008, em razão da pouca variabilidade dos temas de monografia. A Professora Mestre Vivian Cristina Maria Santos estruturou e coordenou o Projeto, como o apoio do Professor Doutor Elton Dias Xavier. Eu tive a oportunidade de integrar o grupo de Professores que compôs esta primeira formação. Nesta fase, costumávamos indicar aos Alunos as “novidades” mais interessantes, seja em termos doutrinários, seja em termos jurisprudenciais, bem como comentando as nossas próprias áreas de trabalho – o grupo de Professores Tutores sempre foi composto, preferencialmente, por Professores Mestres, dedicados à pesquisa, o que contribuiu, penso, para a diversificação das áreas de interesse.*

*Quando retornei ao Programa, em 2012, o PET já estava desvinculado da escolha de temas para o Trabalho de Curso (TC) e o foco já estava direcionado à iniciação científica, especialmente após a inclusão, no Regulamento de Trabalho de Curso, da possibilidade de substituição da monografia por artigos científicos, produzidos ao longo de vários semestres da graduação. Até então, todos os Acadêmicos somente podiam se graduar de elaborassem e defendessem, com aprovação, uma monografia. A partir deste momento, o PET passou a ter um papel fundamental na produção científica discente do Curso de Direito, pois, sendo um Projeto constante e com um grande número de vagas, muitos Alunos puderam contar com a orientação dos Professores Tutores e passaram a se expressar de modo mais*

*seguro e a estruturar um raciocínio científico mais sofisticado. Vale destacar que, em alguns semestres, o PET chegou a responder por 90% dos trabalhos científicos apresentados em Congressos organizados pela Faculdade, sendo que, em algumas situações, a quantidade de trabalhos apresentados pelos Acadêmicos de Direito era praticamente equivalente à soma dos trabalhos apresentados por vários outros Cursos.*

**Fas@Jus: Os Acadêmicos que já integraram ou integram o PET participam ativamente das divulgações científicas. Cite alguns eventos científicos nos quais os integrantes do PET tiveram destaque.**

*Professora Mestre Liz Rodrigues: Poderíamos destacar o Congresso Brasileiro de Direito e Teoria do Estado – que já teve dez edições seguidas e ininterruptas de sucesso internacional – bem como o Fórum Integrado de Ensino, Pesquisa e Extensão e eventos realizados por outras Instituições de Ensino Superior IES, como a Universidade Estadual de Montes Claros, que sempre criaram condições para que os Alunos participassem dos eventos. Cumpre destacar a importância que a abertura destes espaços têm na formação dos Alunos, que, aos poucos, adquirem confiança, passam a organizar um raciocínio científico mais sofisticado e, também, adquirem fluência verbal e escrita, competências essenciais para o profissional de Direito.*

**Fas@Jus: Até 2013, como integrante do Conselho Editorial da Revista Eletrônica Fas@Jus, quando os artigos submetidos para análise eram de autoria de integrantes do PET, Você pedia para se abster da emissão de Parecer. Qual a sua ligação com os Acadêmicos que integram o PET?**

*Professora Mestre Liz Rodrigues: Considerando o modo como o Programa é organizado, penso que a ligação que é desenvolvida em virtude do interesse do Aluno, pois, considerando que o Professor fica disponível em determinados horários, cabe ao Acadêmico vir à Faculdade e pedir a orientação do Professor. Deste modo, levando-se em consideração o maior ou menor interesse do*

*Aluno, afinidade com a área de pesquisa e o trabalho que está sendo desenvolvido, muitas vezes são criados laços entre o Tutor e o Aluno que está sendo acompanhado. Com muita frequência, mantínhamos contato via e-mail e redes sociais, e, em certas situações, o engajamento do Professor resultava em alguns trabalhos em coautoria, o que também é muito interessante. Deste modo, e considerando a maior atenção que os Alunos do Programa recebiam, eu entendia que, como membro do PET, não caberia a mim analisar o resultado do nosso trabalho coletivo, pois, claro, não teria o mesmo distanciamento que outros membros do Conselho Editorial poderiam ter. Já cheguei a dizer algo como “esta Aluna, no ato de escrever este Artigo Científico, é como se fosse minha filha”, uma vez que teria acompanhado a apresentação da ideia, os primeiros esboços, os primeiros traços, as correções e melhoras e teria sido a primeira a ver o trabalho pronto e vencedor. O mesmo sentimento é manifestado por outros Professores Tutores, integrantes do Programa. Durante a orientação especial, cria-se, creio, um elo valioso entre Professor Tutor e Acadêmico integrante do Programa.*

**Fas@Jus: A publicação de um Número da Revista Eletrônica Fas@Jus com textos científicos de autoria somente de integrantes do PET representa que marco?**

*Professora Mestre Liz Rodrigues: É um marco interessante não só porque comemora os cinco anos de existência do programa, como por ressaltar o grau de maturidade acadêmica que o grupo de Alunos integrantes do Programa atingiu. A consolidação da Revista é importante*

*também para os Alunos, que poderão participar de uma obra coletiva. Para os Alunos, a edição da Revista é um prêmio por sua dedicação e esforço. Acredito que, em um próximo momento, o grupo poderia trabalhar para viabilizar um livro, com maior densidade científica e que fosse voltado à exploração, em profundidade, de um determinado assunto jurídico relevante.*

**Fas@Jus: Qual o mundo que Você vislumbra para os Acadêmicos da Faculdade de Direito Santo Agostinho (FADISA) que integram o PET?**

*Professora Mestre Liz Rodrigues: Esta é uma questão muito particularizada mas, em geral, percebe-se que o Aluno que passou pelo PET tem mais segurança e expressa suas ideias com maior clareza. Considerando nossas peculiaridades profissionais, o desenvolvimento da habilidade de falar em público, a desenvoltura na defesa de um ponto de vista, a correta estruturação de um raciocínio em um trabalho escrito contribuem, em muito, para a vida profissional da pessoa graduada em Direito. A realização de atividades paralelas às normalmente exigidas durante a graduação, a elaboração de artigos e as publicações certamente contribuem para a formação de um currículo diferenciado, que pode pesar favoravelmente quando este Acadêmico for participar de um processo seletivo, quando do início de sua vida profissional. Deste modo, creio que o Programa contribui para o desenvolvimento da autonomia do Aluno, que poderá conduzir sua carreira com mais segurança e encontrar as oportunidades profissionais mais adequadas ao seu perfil.*



***ARTIGOS DO  
CORPO DISCENTE***

---



## O AMOR COMO PECÚNIA: a responsabilidade civil pelo abandono afetivo parental

Betânia Gusmão Mendes<sup>1</sup>

### RESUMO

A entidade familiar se modificou no tempo de acordo com os valores sociais, passando das relações hierarquizadas e patriarcais para o modelo fundado no amor e afeto. Sendo o afeto familiar de suma importância para o indivíduo, a sua privação pode gerar sequelas no âmbito pessoal, psicológico, moral e até na construção do indivíduo como cidadão. Desta maneira, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu que a inexistência de afeto nas relações paterno-filiais gera traumas irreparáveis à pessoa, cabendo indenização por dano moral. Essa decisão teve como premissa o aspecto normativo da responsabilidade civil pelo abandono e o descumprimento dos deveres e obrigações decorrentes do poder familiar. Entretanto, não se sabe ao certo se tratar o amor como pecúnia representa avanço ou retrocesso no Direito das Famílias na contemporaneidade. O presente trabalho tem por objetivo analisar, através de pesquisas bibliográficas e jurisprudenciais, o emprego da responsabilidade civil nos casos de abandono afetivo parental e a aplicação da indenização por dano moral. Observando as visões antagônicas sobre conceber as relações paterno-filiais apenas no campo patrimonial e todas as controvérsias que elas ensejam no universo jurídico. Visto que, não é pacífico se a “judicialização” do afeto alcança a função social do instituto.

**Palavras-chave:** Direito de família, abandono afetivo parental, responsabilidade civil.

### ABSTRACT

The family entity has been modified along time according to the social values. Going through defined standards, with the father figure, building basis of love and affection. Family affection, being one of

the most important things to a person, where it's absence may cause damage to the psychological, moral and in the construction of a reasonable citizen. Therefore, the federal supreme court recognized that the existence of affection in paternal relationships generates irreversible trauma to the person, bringing the right of asking for indemnification. This decision had as assumptions the normative aspect of civil liability abandonment and breach of the duties and obligations of family power. However, we don't know for sure if treating love with pecunia represents the development or backspace in the modern family law. This study aims to analyze, through literature searches and jurisprudential, employment of civil liability in cases of abandonment and parental affective application of moral damages. Watching the opposing views about conceiving paternal relationship only in the assets and all the controversies which give rise in the legal universe. Once the judicialization affection reaches its social function of the institute.

**Key words:** Family law, paternal abandonment, civil liability.

### 1 INTRODUÇÃO

A entidade familiar é a estrutura basilar da sociedade, e se transforma no tempo, de acordo com os valores sociais. A concepção de família se modificou, passando das relações hierarquizadas e patriarcais para o modelo fundado nos laços de amor e afeto.

O afeto familiar é dotado de importância aos indivíduos e a sua privação pode gerar sequelas que perdurarão por toda existência, seja no âmbito pessoal, psicológico, moral ou na construção do indivíduo como cidadão. A ausência do genitor na formação dos filhos quanto à falta de afeto pode

<sup>1</sup> Acadêmica do Quinto Período do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho e membro do Programa Especial de Tutoria (PET).

ser encarada como omissão danosa.

Na tentativa de minimizar os efeitos danosos do abandono afetivo, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu que a inexistência de afeto nas relações paterno-filiais gera prejuízos irreparáveis à pessoa, cabendo indenização por dano. Essa decisão teve como premissa o aspecto normativo da responsabilidade civil e do descumprimento dos deveres e obrigações decorrentes do poder familiar.

O art. 1.634 do Código Civil Brasileiro de 2002 dispõe que o dever dos pais não é restrito ao sustento material dos filhos. Também, a obrigação se estende a criação e educação, bem como o direito/dever de tê-los em sua companhia e guarda. Do preceito normativo em epígrafe se depreende que os elementos extras patrimoniais como: valores morais, convivência familiar, orientação educacional e a própria construção do indivíduo como cidadão são tão imperiosos ao filho quanto a assistência material.

É inquestionável que a ausência do afeto, do carinho e da presença do genitor na vida da pessoa acarretará danos irremediáveis. Entretanto, a tentativa simplista de resolver na esfera patrimonial os danos decorrentes do abandono afetivo parental gera controvérsias no meio jurídico.

Não se sabe ao certo se seria possível solucionar no campo da responsabilidade civil a questão da ausência do afeto, e se uma indenização seria apta a sanar a falta de assistência dos pais. Além disso, a fixação de indenização pecuniária pela falta de afeto poderia ensejar maiores desavenças entre as partes, solidificando, desta maneira, o afastamento entre eles.

Ao longo do presente trabalho, pretende-se analisar as visões antagônicas sobre a indenização por abandono afetivo, buscando compreender se tratar o amor como pecúnia caracteriza um avanço ou retrocesso no Direito das Famílias contemporâneo.

Este artigo, de caráter exploratório, foi elaborado de acordo com o método dedutivo, adotando-se o procedimento monográfico, com o recurso de fontes bibliográficas bem como o estudo jurisprudencial.

## 2 FAMÍLIA E AFETO

O conceito de família, seus princípios fundamentais bem como a sua própria formação se modificaram no tempo de acordo com os preceitos sociais. “A história da família é extensa, não linear e configurada por rupturas sucessivas” (PERROT, 1995), não sendo possível estabelecer um ideal de

família estagnado ou imutável. Segundo Dias (2008), a família constitui um agrupamento informal, de formação espontânea no meio social, cuja estruturação se dá através do Direito, que se apresenta apenas como instrumento de concretização da realidade.

As relações familiares desde os primórdios eram estabelecidas segundo os modelos hierarquizados e patriarcais, tendo a necessidade do matrimônio para o reconhecimento jurídico. A família era vista como uma unidade de produção, que incentivava a procriação, com o intuito de fortalecer os laços patrimoniais. Farias e Rosenvald (2010, p. 4) afirmam que “as pessoas se uniam em família com vistas à formação de patrimônio, para sua posterior transmissão aos herdeiros, pouco importando os laços afetivos.”

Entretanto, como indica Dias (2009, p. 28) “a Revolução Industrial fez aumentar a necessidade de mão-de-obra, principalmente nas atividades terciárias”. Assim, novas perspectivas sociais passaram a vigorar. Houve a necessidade de as mulheres integrarem o mercado de trabalho, mitigando o império machista e patriarcal, acabando com a preponderância do caráter produtivo e reprodutivo da família.

Sobre essa nova concepção da família, esclarecem Farias e Rosenvald (2010, p. 4):

A arquitetura da sociedade moderna impõe um modelo familiar descentralizado, democrático, igualitário e desmatrimonializado. O escopo precípua da família passa a ser a solidariedade social e demais condições necessárias ao aperfeiçoamento e progresso humano, regido o núcleo familiar pelo afeto, como mola propulsora.

A afetividade torna-se essencial nas relações familiares. Lôbo (2009) afirma que a atual concepção familiar prioriza o laço de afetividade que une seus membros, o que propiciou uma reformulação do conceito de filiação que se desprende da verdade biológica e passou a valorar muito mais a realidade afetiva.

Sendo o afeto o laço que une as famílias na modernidade, ele é tão elementar para as relações paterno-filiais quanto os laços biológicos. Assim ensina Nogueira (2001, p. 86):

Para a criança, sua simples origem fisiológica não a leva a ter vínculo com seus pais; a figura dos pais, para ela, são aqueles com que ela tem relações de sentimento, aqueles que se entregam ao seu bem, satisfazendo



suas necessidades de carinho, alimentação, cuidado e atenção.

Segundo Cervany (2010), a presença do amor no convívio familiar possui grande importância para o ajustamento psicológico e afetivo dos filhos. E a privação do afeto pode gerar sequelas que perdurarão por toda a existência, seja no âmbito pessoal, psicológico, moral ou afetivo.

Nesse sentido, Winnicott (2008) ensina que o bebê privado de um contato afetivo satisfatório com seus genitores sofrerá perturbações no seu desenvolvimento psicológico e emocional, o que ensejará em inúmeras dificuldades pessoais. Assim, uma boa assistência afetiva configura aspecto essencial para o desenvolvimento completo da capacidade relacional desse filho.

Demonstrada a relevância do afeto para o desenvolvimento regular do indivíduo, bem como para as suas relações interpessoais, é possível inferir que privação desse afeto, pode ser encarada como omissão danosa à formação integral da pessoa humana.

### 3 O ABANDONO AFETIVO PARENTAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Aceitar o abandono afetivo como premissa para dano moral e, conseqüentemente, passível de indenização, tem gerado uma crescente procura pelo Poder Judiciário, a fim de que os filhos sejam ressarcidos de alguma maneira pela quebra dos deveres jurídicos dos pais em relação a seus filhos. Segundo Barros (2005, p. 886) “a afeição é um fato social jurígeno, que gera direitos e obrigações acerca de vários bens e valores, como alimentos, moradia, saúde, educação, etc.”. Portanto, o afeto nas relações sociais é protegido por todo o ordenamento jurídico, seja através dos princípios constitucionais ou por princípios do Direito Privado.

O princípio da afetividade é decorrente dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade familiar. A afetividade deixa de ser valor jurídico e se torna princípio quando as relações familiares deixam de ser essencialmente para desenvolvimento patrimonial ou para a reprodução e passam a ser espaço para o desenvolvimento e crescimento pessoal. Pereira (2005, p. 844) destaca que:

De simples valor jurídico a princípio jurídico foi um outro passo, e historicamente, é

recente. O princípio da afetividade nos faz entender e considerar que o afeto pressupõe também o seu avesso, já que o amor e o ódio são complementos ou são dois lados de uma mesma moeda. Faltando o afeto, deve entrar a lei para colocar limites onde não foi possível pela via do afeto.

Segundo as premissas desse princípio, nas famílias modernas prevalece o afeto e não apenas os laços biológicos. Sendo o afeto princípio básico para as relações de parentabilidade, Lôbo (2003, p. 56) diz que “o afeto não é fruto da biologia. Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência familiar, não do sangue”. A afetividade é tão importante que Dias (2009) afirma que é o princípio norteador de todo o Direito das Famílias.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), também elenca os deveres e obrigações decorrentes dos pais para com os filhos. O art. 227 da CRFB/88 enumera os direitos e deveres da criança que devem ser assegurados pelo Estado, pela sociedade e pela família:

**Art. 227.** É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

O art. 229 da CRFB/88 estabelece as obrigações dos pais para com os filhos. Fixa, por exemplo, “o dever de assistir, criar e educar os filhos.”. Assim, a família, a sociedade e o Estado devem zelar pelo bem-estar físico, psíquico e moral dos indivíduos. Assegura Lôbo (2009) que ela deve propiciar à criança e ao adolescente os meios de realização da dignidade pessoal, impondo a todas as entidades com fins afetivos, a natureza e o reconhecimento de família, fazendo-se cumprir as normas estabelecidas na legislação brasileira.

Na seara do Direito Civil, o Código Civil Brasileiro de 2002 (CCB/02), instituído pela Lei 10.406, de 10-1-2002, no seu art. 1.634, determina que o dever dos pais não é restrito ao sustento material, mas também a obrigação de dirigir os filhos quanto à sua criação e à educação, bem como tê-los em sua companhia e guarda, estabelecendo, nesse contexto, os elementos extrapatrimoniais.

Como os valores morais, a convivência familiar, a orientação educacional e a própria construção do indivíduo como cidadão são tão significativos quanto a assistência material.

Inúmeros são os aspectos normativos que visam à proteção dos filhos quanto ao abandono físico, material ou afetivo pelos genitores, visto que a ausência do amor, do carinho e da presença dos pais acarretará danos irreparáveis à pessoa. Entretanto, quando essa omissão não é resolvida de maneira pacífica, alguns juristas e magistrados defendem a aplicação do instituto da responsabilidade civil e a reparação por dano moral.

A CRFB/88 eleva a reparação por dano moral ao patamar de direito fundamental, no art. 5.º, incisos V e X, prevendo a reparação dos danos materiais, morais ou à imagem. Desta maneira afirma Gama (2010, p. 171):

A carga de sofrimento, de dor, de abalo psíquico recai sobre a pessoa da vítima, independentemente de qualquer perda material, é justificadora do direito à reparação do dano moral sofrido, devendo se observar a prevalência da tutela da personalidade humana diante da nova ordem de valores tutelados no campo existencial pela Constituição da República do Brasil.

O instituto da responsabilidade civil visa reparar o dano moral através da indenização, com o intuito de recomposição das situações jurídicas lesadas, com o escopo de compensar o abalo psíquico sofrido. Gagliano e Pamplona Filho (2011, p. 51) caracterizam a responsabilidade civil como “a agressão a um interesse eminentemente particular, sujeitando, assim o infrator, ao pagamento de uma compensação pecuniária a vítima, caso não possa repor o estado anterior das coisas.”.

Venosa (2010) destaca que toda ação ou omissão que gera prejuízo a outrem, acarreta o dever de indenizar, se ausentes as causas excludentes de indenização. Assim, de acordo com o ordenamento jurídico, a responsabilidade civil impõe a reparação do dano causado a quem, por ato ilícito, causar dano a outrem, segundo os preceitos do artigo 186, do CCB/02, que dispõe:

**Art. 186.** Aquele, que por ação ou omissão voluntária negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

O artigo 927, do CCB/02, por sua vez determina:

**Art. 927.** Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem fica obrigado a repará-lo.

De acordo com os art. 186 e 927 do CCB/02, para a aplicação da responsabilidade civil são necessários alguns requisitos que configuram a ilicitude. São eles: a conduta (negativa ou positiva), o dano e o nexo de causalidade.

Diniz (2006) ressalta que para a configuração da ilicitude é necessário que o fato lesivo seja causado pelo agente, por ação ou omissão voluntária, decorrente da negligência ou imprudência; que tenha produzido um dano moral ou patrimonial, além do que deve haver um nexo de causalidade entre o dano e o comportamento do agente. E, somente diante desses pressupostos é que o indivíduo pode buscar a indenização por responsabilidade civil.

No caso do abandono afetivo parental, os genitores deixam de cumprir com os elementos básicos para a funcionalidade das entidades familiares, uma vez que estas devem contribuir para a realização da personalidade dos indivíduos, em especial os filhos.

Hironaka (2006) analisa o dano, a culpa e o nexo de causalidade nos casos de abandono afetivo. Segundo a autora, o dano causado pelo abandono é antes de tudo um dano à personalidade do indivíduo, visto que a família, como primeiro grupo do qual o filho participa, possui o dever de incitar na criança um sentimento de responsabilidade social. Outra hipótese é que o dano seria causado pela ausência de afeto nas relações entre pais e filhos, prejudicando, assim, o desempenho integral do dever de educação e convivência decorrentes da responsabilidade dos genitores.

No caso de culpa, deve ser evidenciado que o genitor tenha sido omissivo na convivência com o filho, negando-se a participar do seu desenvolvimento, sendo negligente ou imprudente. Concomitantemente ao abandono, na maioria dos casos é possível existir a inobservância dos deveres e obrigações imateriais decorrentes do poder familiar.

Já para a análise do nexo de causalidade, Hironaka (2006, p. 7) dispõe que é necessária “a fixação em caráter retrospectivo, da época em que os sintomas do dano sofrido pela criança começaram a se manifestar, pois não poderá imputar ao pai um dano que tenha manifestado em tempo anterior ao abandono.”. Em outros termos, faz-se necessário observar se os danos acontecidos são decorrentes do abandono.

Na atualidade há divergências sobre a valoração econômica conferida ao abandono afetivo, gerando opiniões e decisões contraditórias. Existem aqueles que defendem que o valor pecuniário não seria apto a sanar os problemas decorrentes do abandono e, em contrapartida, há os que entendem que o instituto da responsabilidade civil seria aplicável ao caso.

Os que defendem a indenização por abandono, como o Superior Tribunal de Justiça, afirmam que há uma violação grave dos deveres e obrigações dos pais para com os filhos. Compreendem também que o genitor comete ato ilícito ao descumprir com as suas obrigações, visto que a criança necessita do carinho, amor, presença e afeto para sua formação, seja ela biológica, moral, psíquica, social, emocional e até como cidadão. A condenação pecuniária seria sanção aplicada ao indivíduo pela falta de carinho, apta a minimizar o sofrimento desse filho, além do caráter pedagógico, que impediria outros pais de incidir em condutas semelhantes.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça, no dia 24 de abril de 2012, em Recurso Especial de número 1.159.242-SP (2009/0193701-9), reconheceu o afeto como valor jurídico e concedeu indenização à filha pelo abandono afetivo do pai. Nas palavras da Ministra Nancy Andrighi, colhidas no Acórdão

Amar é faculdade, cuidar é dever. [...] Sob esse aspecto, indiscutível o vínculo não apenas afetivo, mas também legal que une pais e filhos, sendo monótono o entendimento doutrinário de que, entre os deveres inerentes ao poder familiar, destacam-se o dever de convívio, de cuidado, de criação e educação dos filhos, vetores que, por óbvio, envolvem a necessária transmissão de atenção e o acompanhamento do desenvolvimento sociopsicológico da criança.

Com esses pressupostos, a Ministra Nancy Andrighi asseverou que é possível exigir a indenização por dano moral decorrente de abandono afetivo pelos pais.

Já aqueles que são contrários à indenização pelo abandono afetivo elencam que não seria possível a lei obrigar os pais de sentirem afeto pelos seus filhos. As relações afetivas são provenientes do psicológico humano; ninguém possui obrigação legal de amar o outro, não podendo ensejar na ausência do afeto a aplicação do instituto da responsabilidade civil. Dessa maneira, o Tribunal de Justiça de Minas

Gerais (TJMG), conforme Acórdão a seguir transcrito:

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS - ABANDONO AFETIVO - ATO ILÍCITO - INEXISTÊNCIA - DEVER DE INDENIZAR - AUSÊNCIA. A omissão do pai quanto à assistência afetiva pretendida pelo filho não se reveste de ato ilícito por absoluta falta de previsão legal, porquanto ninguém é obrigado a amar ou a dedicar amor. Inexistindo a possibilidade de reparação a que alude o art. 186 do Código Civil, eis que ausente o ato ilícito, não há como reconhecer o abandono afetivo como passível de indenização. (TJMG. Apelação Cível 1.0024.07.790961-2/001, Rel. Des. Alvimar de Ávila, DJ 11-2-2009).

Assim, é possível observar às divergências existentes entre as decisões dos Tribunais referentes à responsabilidade civil por abandono afetivo.

O que se vê é que, enquanto alguns magistrados e juristas compreendem que tratar o amor como simples patrimônio seria um retrocesso no Direito das Famílias, outros, no entanto, entendem que a indenização seria cabível para sanar os males causados pelo abandono.

#### 4 AFETO E PECÚNIA

A família, na atualidade, é estabelecida segundo os preceitos do carinho, amor e do afeto. Os laços afetivos se sobrepõem aos biológicos e são eles que amarram a convivência familiar e a estrutura da sociedade. Dessa maneira, as relações afetivas devem ser estabelecidas de maneira livre e espontânea. A ideia de afetividade deve ser construída. Ela representa um processo dinâmico e dialético, em que o relacionamento entre pais e filhos é estabelecido com o decorrer da vida.

Nesse sentido a responsabilidade civil não seria apta a sanar os problemas decorrentes do abandono. Como dispõem Farias e Rosenthal (2008), a indenização decorrente da negativa de afeto produziria uma verdadeira “patrimonialização” de algo que não possui característica econômica. Seria subverter a evolução natural da ciência jurídica, retrocedendo a um período em que o ter valia mais que o ser.

Observa-se, também, que o medo da possível ação de responsabilidade civil por abandono, levaria os pais, que não possuem qualquer tipo de relação afetiva com seus filhos, a buscarem uma convivência forçada com receio de futuras sanções do Poder

Judiciário. Entretanto, a mera presença física não é capaz de suprir os danos ocasionados pelo desinteresse demonstrado nesses encontros impostos pelo medo e poderiam ser muito mais danosos para os filhos, que esperam o apoio de seus pais e uma convivência afetiva espontânea.

Além desse aspecto, a busca judicial pelo “afeto” ocasionará danos ao filho queixoso, visto que é uma situação humilhante, reclamar publicamente por um amor negado, enquanto o pai ou mãe omissos declaram também publicamente a falta de amor.

Com o posicionamento favorável à condenação pecuniária pelo abandono aos filhos, o Poder Judiciário terá uma quantidade exacerbada de ações indenizatórias com intuito meramente patrimonial, interesses visando apenas à vingança, o que descaracterizaria a relação familiar.

Outro aspecto a ser observado, é que a indenização não seria aplicável ao caso de abandono afetivo, visto a impossibilidade de comprovação do dano moral, como dispõe o Desembargador Relator José Flávio de Almeida, da 12.<sup>a</sup> Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, ao negar Recurso de Apelação n.º 1.0720.09.052727-9/001(1), nos seguintes termos:

O tardio reconhecimento de paternidade, se não estabelecido vínculo e convivência entre pai biológico e filho, depois de muitos anos de vida distanciados no tempo e espaço, ainda que essa situação de fato possa ser conhada de abandono afetivo, não configura ato ilícito passível de reparação por danos morais. Mesmo que possa ser moralmente reprovável a conduta do apelado.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, julgou improcedente a Apelação Civil n.º 70050203751, de responsabilidade por abandono afetivo. O Relator da Apelação do TJRS, o Desembargador Alzir Felipe Schmitz, afirmou que “mesmo os abalos ao psicológico, à moral, ao espírito e, de forma mais ampla, à dignidade da pessoa humana, em razão da falta de afetividade, não são indenizáveis por impossibilidade de aferição da culpa.”, requisito determinante para a fixação da responsabilidade civil.

Segundo o Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, da 7.<sup>a</sup> Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, no Recurso n.º 70029347036, a busca pelo perdão seria mais benéfica no desenvolvimento das relações afetivas entre filhos e pais, pois a reaproximação ou

a cura dos danos decorrentes do abandono seriam impossíveis por meios exclusivamente patrimoniais. E o faz com os seguintes termos:

Se tanto o pai quanto a filha tiverem a grandeza de perdoarem as faltas que um e outro possam ter cometido, se cada um conseguir superar as suas dificuldades pessoais e minimizar ou sublimar as mágoas porventura existentes, certamente terão ganhos afetivos e serão mais felizes. Mas, o certo é que esse conflito, que ainda persiste, não poderá ser resolvido com qualquer indenização. Pelo contrário.

Assim, é possível compreender que tratar o afeto segundo os preceitos pecuniários iria contra o próprio princípio da afetividade vigente no Direito das Famílias. Sendo possível dispor que a utilização da responsabilidade civil com escopo na indenização por abandono afetivo representa um verdadeiro atraso nas relações familiares. A intromissão do Judiciário nas questões de carinho, afeto e amor de maneira coativa pode representar perigo ou abuso de poder, visto que o afeto é sentido, construído; não imposto.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

De acordo com o exposto, é possível inferir que a indenização por abandono afetivo parental representa um verdadeiro retrocesso no Direito das Famílias. Admitir a aplicação do instituto da responsabilidade civil limitaria as relações subjetivas do afeto e amor ao campo patrimonial. E, como exposto, o Direito evoluiu. E não são as relações econômicas que o norteiam na atualidade.

A indenização pelo abandono não é apta a sanar os danos causados ao filho e muito menos propiciaria melhora nas relações familiares. Poderia, no entanto, aumentar as desavenças e solidificar a ausência de relações salutares entre genitores e filhos.

Tratar o amor como simples pecúnia não representaria nenhuma finalidade social benéfica. O afeto é que regula as famílias. É dele que decorrem todas as relações pessoais. Não pode ser imposto.

Como dispõem os aspectos normativos, os pais possuem a obrigação de cumprir os deveres inerentes à maternidade e paternidade responsáveis. Entretanto, buscar a obrigatoriedade do amor é algo perigoso. E a monetarização do afeto pode levar a uma convivência forçada não benéfica a qualquer das partes.

Pensar em Direito das Famílias contemporâneo é pensar em relações afetivas. Portanto, quando o amor é transformado em simples pecúnia representa um retrocesso no tempo, limitando a estagnação de reduzir as relações interpessoais ao campo do patrimônio. O afeto é algo que nasce naturalmente, fruto de aproximação espontânea. É recíproco e não pode ser criado pela força do Poder Judiciário.

## REFERÊNCIAS

- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.
- BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 11 jan. 2002.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1.159.242-(2009/0193701-9). Relatora: Ministra Nancy Andrighy. Julgamento em 12 abr. de 2012. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=14828610&sReg=200901937019&sData=20120510&sTipo=51&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=14828610&sReg=200901937019&sData=20120510&sTipo=51&formato=PDF)>. Acesso em: 21 out. 2013.
- CERVANY, Ceneide Maria de Oliveira. *Família... e narrativas, gênero, parentabilidade, irmão, filhos nos divórcios, genealogia, história, estrutura, violência, intervenção sistêmica, rede social*. 2. ed. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2010.
- DINIZ, Maria Helena. *Código civil anotado*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- GAGLIANO, Pablo Stolzen; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. A emocionalidade em áreas jurídicas específicas. In: ZIMERMAN, David; COLTRO, Antônio Carlos Mathias (Org.). *Aspectos psicológicos na prática jurídica*. 3. ed. Campinas: Millenium, 2010.
- HIRONAKA, Gilselda Maria Fernandes Novaes. Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A ética da convivência familiar*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito de família, relações de parentesco, direito patrimonial. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord.). *Código civil comentado*. São Paulo: Atlas, 2003.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus. In: FARIAS, Cristiano Chaves de. *Temas atuais de direito e processo de família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Civil n.º 1.0024.07.790961-2/001. Relator: Desembargador Alvimar de Ávila. Julgamento em 11-2-2009. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.07.790961-2%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acesso em: 26 fev. 2014.
- MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Civil n.º 1.0720.09.052727-9/001 (1). Relator: Desembargador José Flávio de Almeida. Julgamento em 18-1-2012. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0720.09.052727-9%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acesso em: 26 fev. 2014.
- NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. *A filiação que se constrói: o reconhecimento jurídico do afeto como valor jurídico*. São Paulo: Memória Jurídica, 2001.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Família e dignidade humana: V congresso brasileiro de direito de família*. São Paulo: IOB Thompson, 2006.

PERROT, Michelle. O Nó e o ninho. *Revista Veja*, São Paulo, Ed. Abril, 1995, p. 75.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Civil n.º 70029347036. Relator: Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Julgamento em 14 set. 2011. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 21 out. 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Civil n.º

70050203751. Relator: Desembargador Alzir Felipe Schimtz. Julgamento em 22 dez. 2012. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/acordao-tj-rs-nega-indenizacao-abandono.pdf>>. Acesso em: 21 out. 2013.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

ZIMERMAN, David, COLTRO, Antônio Carlos Mathias. *Aspectos psicológicos na prática jurídica*. 3. ed. Campinas: Millenium, 2010.

WINNICOTT, Donald Woolds. *A criança e o seu mundo*. 6. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2008.

## LIMITAÇÃO À IMUNIDADE MATERIAL DOS PARLAMENTARES EM FUNÇÃO DE SEUS ABUSOS E EXCESSOS

Elles Albano de Aguiar Carneiro<sup>1</sup>

### RESUMO

O presente artigo foi construído a partir da análise de material bibliográfico coletado com a finalidade de obter maiores conhecimentos acerca da deturpação do propósito de proteção e garantia ao Parlamentar, por sua opinião, palavra e voto. Constantes abusos e excessos contribuem para o perecimento do ideal de política, bem como a degradação desta prerrogativa frente ao cidadão. No decorrer do trabalho, será apresentado o sistema garantidor da imunidade material, aliado à sua consequente necessidade de limitação e fiscalização, de modo a não descaracterizar tal garantia que se faz de suma importância para o desenvolvimento democrático, além de contribuir para o resgate da credibilidade da classe política nacional.

**Palavras-chave:** imunidade material, parlamentares, limites, abusos e excessos.

### ABSTRACT

This article was built from an analysis of bibliographic material collected in order to obtain more knowledge about the misrepresentation of the purpose of protection and assurance to Parliament, in its opinion, word and vote. Constant abuses and excesses contribute to the extinction of the optimal policy as well as the degradation of this prerogative against the citizen. During the work will be presented the system guaranteeing the immunity material, combined with its consequent need for limiting and monitoring, so as not to mischaracterize such warranty that makes him extremely important for democratic development, and contribute to the rescue of the credibility of national political class.

**Keywords:** immunity material, parliamentarians, limits, excesses and abuses.

### 1 INTRODUÇÃO

Desde a Grécia antiga, passando pelos contratualistas como Montesquieu (1962), até a sua inscrição jurídico-positiva nos diversos textos constitucionais dos Estados modernos, a teoria da separação dos Poderes objetiva um poder político devidamente independente e harmônico, a fim de primar pelo equilíbrio e evitar o arbítrio e o desrespeito aos direitos fundamentais do homem.

Neste sentido, o Estado divide seus órgãos e suas respectivas funções em típicas e atípicas. Conforme a Constituição Federal, cada Poder deve ser compreendido como órgão do Estado, ao qual é conferida uma função peculiar. Ao Poder Legislativo, foco deste estudo, como função típica, cabe a elaboração de leis genéricas e impessoais a serem seguidas pelos membros da sociedade, além de fiscalizar. O Poder Executivo, por sua vez, está encarregado de aplicar as leis enquanto Administração Pública, exercendo efetivamente atos de chefia e administração nos termos da lei. E o Poder Judiciário, designado a dirimir os conflitos existentes na sociedade, aplicando o Direito ao caso concreto e interpretando oficialmente a legislação (NOVELINO, 2009).

Tal dispositivo tem por finalidade evitar uma convergência automática ao abuso, já que os Poderes acabam se limitando reciprocamente em suas funções típicas e atípicas. Neste sistema de freios e contrapesos, conforme vislumbrado por Montesquieu, os Poderes tendem a se regularizar para funcionarem em uma harmonia contrabalançada e flexível. O eventual ou pretendido descomedimento de um encontrará o devido limite na atuação de outro, de modo justo e independente.

<sup>1</sup> Acadêmico do Sétimo Período Matutino do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho e membro do Programa Especial de Tutoria (PET).

Dentre as vertentes do Poder Legislativo, a sua relação com o aparelho de garantias e proteção aos Deputados e Senadores, advindas do Estatuto do Congressista, como meio garantidor das imunidades, é aquela que causa maior inquietação. Haja vista que a deturpação desse instituto como forma de escudo ao arbítrio, remete à sociedade a ideia de regalia ao Parlamentar, mero instrumento de representação do povo. E assim, chamar atenção para a real eficácia desse instituto, como também da possibilidade do seu enrijecimento.

É inquestionável a conquista dessa autêntica necessidade institucional para a manutenção da democracia pátria. Quando bem administrada, confere ao seu detentor proteção necessária à sua liberdade de atuação, propiciando, assim, a lógica da tripartição de Poderes. Isto porque o escopo do Estatuto do Congressista é conferir aos membros do Congresso Nacional o fortalecimento do seu exercício frente à interferência dos demais Poderes.

No que diz respeito à deturpação do seu propósito de amparo e segurança, o que se discute são formas de evitar atos atentatórios à liberdade de atuação dos Parlamentares, como os que outrora ocorreram nos períodos de repressão política e ditadura militar. Nesse diapasão, é marcante a influência dessa chaga histórica no presente instituto, que se evidencia ao abrigar o direito de opinião e o direito de se opor.

Contudo, tal finalidade, quando não perfeitamente desempenhada pelos representantes eleitos, levanta questões polêmicas quanto à violação dos direitos individuais constitucionalmente garantidos.

Na mão inversa, constantes abusos e excessos cometidos por parte dos parlamentares cooperam para o perecimento do ideal ético de política objetivado, bem como a degradação do direito e da justiça para com o cidadão. O que de fato se traduz aos olhos da população em geral é a ideia de estarem os seus representantes fora da ação da lei e do seu âmbito de atuação, que se mostra imprudente e implacável em relação ao cidadão comum.

Como tentativa de sanar inquietações ou até mesmo levantar novas problemáticas é que se faz de grande valia examinar de maneira minuciosa o instituto da Imunidade Material, prevista no artigo 53 da Constituição da República. Com este intuito, foram feitas considerações relativas à crescente necessidade de impedir que esta prerrogativa dê azo a abusos e excessos por parte dos Parlamentares.

Para tanto, tem-se como base, o posicionamento jurisprudencial e doutrinário acerca do assunto, além da busca pela definição dos limites de atuação dos membros do Poder Legislativo.

## 2 IMUNIDADE PARLAMENTAR: ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Desde os primórdios das civilizações, os homens disseminavam ideais de igualdade. Os cristãos, por exemplo, já pregavam que todos os homens são iguais perante Deus. Alguns filósofos como Platão, Aristóteles e Heráclito propagaram o *Direito Natural*, defendendo a ideia de que os homens já nascem com determinados direitos, inerentes à natureza, simplesmente pelo fato de serem humanos. E, assim, não podem ser descartados quando em sociedade (HERVADA, 2008).

Com o tempo, tais direitos continuaram a ser discutidos, sempre à luz de novas perspectivas. Preleciona Moraes (2011), que várias correntes de pensamentos persistiram a evoluir, e muitas delas, acabaram por influenciar na elaboração de documentos importantes, como a Magna Carta, em 1215, que limitava o poder dos monarcas ingleses, além do papel fundamental na criação da Constituição dos EUA, aprovada em 1787.

Consolidadas basicamente pelo direito europeu, segundo a doutrina, as

imunidades parlamentares como corolário da defesa da livre existência e independência do Parlamento tem no sistema constitucional inglês sua origem, através da proclamação do duplo princípio da *freedom of speech* (liberdade de palavra) e da *freedom from arrest* (imunidade à prisão arbitrária), no *Bill of Rights* de 1688, os quais proclamaram que a liberdade de expressão e de debate ou de troca de opiniões no Parlamento não pode ser impedida ou posta em questão em qualquer corte ou lugar fora do Parlamento (MORAES, 2011, p. 456).

Segundo Aleixo (1961), surge, por volta do século XVII, como maneira de garantir aos membros do Parlamento inglês, a livre expressão de suas opiniões sem o risco de serem presos pelo arbítrio do Rei. Nessa época, o regime dominante era o do Absolutismo Monárquico. E, nele, Monarca e Estado se confundiam em um só.

Em relação à abrangência das imunidades, o processo histórico diz respeito a somente palavras e votos, dos quais apenas aqueles enunciados dentro



do recinto das Sessões ou das Comissões são amparados pelo dispositivo em tela. Com o tempo, passou a se abranger a liberdade de expressão e opinião (MORAES, 2011).

O caráter de proteção ao livre exercício do Parlamentar, em âmbito nacional, tem como baluarte a Constituição da República que, essencialmente, assegura todos os direitos e as garantias individuais e coletivas. Desde a Constituição Imperial, de 1824, são previstas normas para disciplinar o tema. A Carta de 1937, contudo, em seus arts. 42 a 43, modificou significativamente o tratamento das imunidades. Embora previstas, a Constituição admitia a responsabilização do Parlamentar por difamação, injúria, ultraje à moral pública ou provocação pública ao crime, ficando sujeito à perda do mandato (CARVALHO, 2012).

Tal modificação é a expressão de um momento de aparente legalidade e excesso de Poder Executivo, haja vista que entre os anos de 1964, 1967 e 1985, o Brasil foi governado por uma forma de Governo estritamente ditatorial, no qual os militares se alternaram no Poder<sup>2</sup>. Fase marcada pela ausência de eleições diretas e caracterizada pela falta de democracia, além da supressão de direitos constitucionalmente estabelecidos, e com instituição de censura, perseguição e intervenção política na forma de repressão aos que desafiavam o regime dominante.

Durante o referido regime ditatorial, o enalço aos Parlamentares, aliado à dissolução de Partidos Políticos e a cassação de mandatos, contribuiu para o enfraquecimento da classe, com reflexo até os presentes dias. Muitos políticos sentiram na pele o horror de um tempo em que não havia liberdade, ao serem presos, torturados e até mesmo exilados<sup>3</sup>.

Para Mota (2002), a situação começa a dar sinais de redemocratização com o nascimento da “Lei da Anistia” (Lei n.º 6.683/79). À época, após ser fortemente pressionado, o General João Baptista Figueiredo, Presidente da República, concedeu aos exilados e condenados por crimes políticos o direito de regressar ao Brasil. Em 1984, a sociedade se reorganiza, e milhões de brasileiros vão às ruas reivindicar eleições diretas e a aprovação da “Emenda Dante de Oliveira”, garantidora das eleições diretas daquele ano –

“movimento das Diretas Já”. A Emenda não foi aprovada pela Câmara dos Deputados. Em 15 de janeiro de 1985, o Colégio Eleitoral escolhe o então Deputado Tancredo Neves, da Aliança Democrática, como novo Presidente da República, sendo este o primeiro Presidente civil após 21 anos do regime. Mas, como Tancredo Neves veio a falecer antes de assumir o cargo, a Presidência da República passa a ser ocupada pelo Vice-Presidente José Sarney.

Com a promulgação da nova Constituição, no ano de 1988, primou-se por apagar os indícios deste momento histórico e estabelecer princípios democráticos ao País. Deste modo, passado o período de repressão política acarretado pela chamada Era Vargas e pelo subsequente regime ditatorial no Brasil, o constituinte originário objetiva cercar e majorar os benefícios da classe parlamentar. Logo, evitar novas crises políticas.

Conforme assenta Moraes, a redação original

da Constituição Federal de 1988 previa as imunidades material e formal no art. 53, §§ 1.º, 2.º e 3.º, determinando que os Deputados e Senadores eram invioláveis por suas opiniões, palavras e votos, bem como desde a expedição do diploma não poderiam ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável, nem processados criminalmente, sem prévia licença de sua Casa. Ainda, disciplinava que, no caso de flagrante de crime inafiançável, os autos seriam remetidos, dentro de vinte e quatro horas, à Casa respectiva, para que, pelo voto secreto da maioria de seus membros, resolvesse sobre a prisão e autorizasse, ou não, a formação de culpa (2011, p. 459-460).

Alterando expressivamente tal regime, a Emenda Constitucional n.º 35, de 20 de dezembro de 2001, manteve a imunidade material e restringiu a imunidade formal processual.

### 3 IMUNIDADES PARLAMENTARES

Imunidades parlamentares são prerrogativas intrínsecas à função parlamentar, cujo escopo é essencialmente garantir a liberdade de expressão e manifestação, e assim excluir a sua responsabilidade civil e penal. Adotadas por quase todos os países democráticos do mundo,

<sup>2</sup> Disponível em: <<http://www.suapesquisa.com/ditadura/>>. Acesso em: 5 jun. 2011.

<sup>3</sup> Disponível em: <<http://guiadoestudante.abril.com.br/estudar/historia/ditadura-militar-brasil-1964-1985-650468.shtml>>. Acesso em: 5 jun. 2011.

representam o elemento preponderante para a independência do Poder Legislativo, haja vista que se concretiza na proteção do exercício das funções de deputados e senadores contra o arbítrio dos demais poderes (SILVA, 2011).

Frente ao direito comum, constitui-se como garantia de liberdade de opinião, palavras e votos (imunidade material), além do amparo contra prisões arbitrárias e processos indevidos, medida que obriga a Justiça a pedir licença à Câmara dos Deputados ou ao Senado Federal para processar membros do Legislativo por crimes ligados às atividades parlamentares (imunidade formal). Para Moraes, no primeiro grupo, enquadram-se as garantias que se referem à manutenção e ao bom funcionamento do Congresso Nacional como corolário do Poder Legislativo. Não obstante, o segundo grupo abarca as que protegem os Parlamentares individual e subjetivamente.

Gonçalves assevera que o “Legislativo é simultaneamente representativo da sociedade e do pluralismo político e o mais frágil de todos os Poderes, por ser órgão colegial numeroso, dependente dos jogos políticos, sobretudo do Poder Executivo, e mais aberto ao juízo de opinião pública.” (2012, p. 1.033).

Outorgadas pelo art. 53, a Constituição da República prevê em seu *caput* que Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por suas opiniões, palavras e votos. E em seus parágrafos, o mesmo cânone constitucional traz o procedimento processual necessário ao julgamento por crimes dos membros do Congresso Nacional.

A imunidade parlamentar tem por objetivo permitir a livre manutenção do desempenho do ofício dos membros do Legislativo no trato de assuntos que sejam do interesse de toda a coletividade, de modo a afiançar a instituição e reforçar a democracia.

Sua natureza jurídica é doutrinariamente classificada e individualizada de diversas formas: causa de excludente de crime; causa excludente de punibilidade; causa funcional de irresponsabilidade (MORAES, 2011). Todavia, a natureza deste instituto deve ser interpretada como a circunstância em que o fato ocorrido deixa de produzir os efeitos que normalmente produziria, por se estar diante de uma garantia cujo caráter é eminentemente constitucional.

#### 4 ESTATUTO DO CONGRESSISTA: ANÁLISE DA IMUNIDADE MATERIAL

O Estatuto do Congressista designa o conjunto de normas constitucionais cujo regime protetivo é voltado aos membros do Poder Legislativo (SILVA, 2011). Ou seja, uma espécie de lei de regência composta por diversas regras da própria Constituição Federal, que compreendem direitos e deveres, cujo desígnio é a garantia do exercício do Parlamentar.

Institui, em seu Título IV – “Da Organização dos Poderes” – Capítulo I – “Do Poder Legislativo” – Seção I – “Do Congresso Nacional”, imunidades e vedações (incompatibilidades) parlamentares, de modo a dinamizar e garantir a sua atuação de forma livre e independente, tanto individualmente quanto como um todo unitário.

Para Fernandes (2011), compreende o conjunto de normas constitucionais que estatui direitos a Deputados e Senadores, desde as imunidades materiais e formais, até as prerrogativas de foro, de serviço militar, vencimentos e isenção do dever de testemunhar, além das incompatibilidades.

No que tange às imunidades materiais, configuram-se, segundo a doutrina de Mendes (2009), como a subtração da responsabilidade da conduta penal por prática de crime, bem como a inviolabilidade civil, disciplinar ou política a que um Parlamentar está sujeito por força de suas opiniões, palavras e votos. Também é conhecida por *inviolabilidade* ou *imunidade real, substantiva* (SILVA, 2011).

Tem como corpo de base o *caput* do art. 53 da Constituição Federal ao prever expressamente que Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por suas opiniões, palavras e votos. Nesse sentir, desde que proferidos em virtude de suas atribuições parlamentares, no exercício, e ainda, relacionadas ao mandato, não se restringindo ao âmbito físico do Congresso Nacional. Pelo princípio da simetria, tal instrumento se estende aos Deputados Estaduais e Vereadores. Estes últimos, desde que respeitadas os limites de sua circunscrição. Pois, aos demais membros do Poder Legislativo, é pacífica a decisão de que, em qualquer lugar do território nacional estarão resguardados seus direitos de imunidades (FERNANDES, 2011).

Conforme esclarece o Ministro Celso de Mello, o fundamento da natureza jurídica desse instituto é se conservar “em consonância com a exigência de preservação da independência do congressista no exercício do mandato parlamentar<sup>4</sup>”.

Salienta Moraes (2011) que, sem imunidade, a cada vez que um Parlamentar de oposição fizesse um discurso desfavorável ou contrário ao Governo, poderia este vir a ser processado, o que inviabilizaria o seu trabalho de representante direto do povo. Daí a sua importância, pois sua palavra é livre e o seu voto deve atender aos anseios de sua consciência. Abrange igualmente os relatórios e trabalhos das Comissões, bem como os atos praticados na Comissão Parlamentar de Inquérito.

## **5 ATUAÇÃO PARLAMENTAR: ABUSO E EXCESSO**

O panorama das imunidades materiais apresentado consubstancia-se como um equívoco quanto ao instituto da imunidade parlamentar que, historicamente, tem como premissa lógica a proteção da liberdade de atuação, bem como o fortalecimento e a independência do exercício do Poder Legislativo.

A imunidade parlamentar material é compreendida como um benefício necessário concedido para o exercício da função de representante do povo. Entretanto, no contexto atual, inúmeras são as situações em que há cometimento do arbítrio no uso desta primordial prerrogativa constitucional.

Seu escopo não é a proteção pessoal do Parlamentar, abrindo-o em um escudo, muito menos contribuir para resguardar seus erros, suas omissões, seus atos de improbidade administrativa e imoralidade, ou ainda o seu descaso para com a sua função política.

A Constituição elenca, no artigo 5.º e seus incisos, os direitos individuais e coletivos, ou seja, aqueles direitos inerentes ao conceito de pessoa humana e da sua personalidade, capazes de garantir uma convivência digna, autônoma e igual para todas as pessoas. Portanto, são direitos indisponíveis, tais como vida, igualdade, dignidade e honra, dentre outros.

Conforme previsto na Constituição e no Código Civil (Lei n.º 10.406/2002), em uma

situação normal, formada por duas pessoas comuns em um caso de dano moral. Ao atingir a honra, a imagem e/ou a intimidade de um dos envolvidos, por tutelar direitos inerentes à personalidade e resguardar a dignidade da pessoa humana, a sua violação confere ao prejudicado o direito de resposta, além de indenização pelos danos sofridos.

Pegando o caso supracitado e supondo que um dos envolvidos, na condição de Parlamentar, incorra na mesma prática. Em razão da sua prerrogativa, o tratamento agora passa a ser diferenciado, imunizando-o por excluir o delito, já que este possui inviolabilidade civil, estando protegido por opinião, palavra e voto, bem como da correspondente responsabilização por perdas e danos.

Na mão inversa, pacífico é o entender de que nenhum direito é absoluto, em virtude do princípio da relatividade. Afinal, tende-se a priorizar o bem comum, tendo como nexos causais a plena garantia dos direitos e os seus limites legalmente determinados em função de ações nocivas à coletividade.

Os direitos e garantias fundamentais encontram seus limites em outros direitos, igualmente consagrados pela Constituição. Havendo conflito entre dois ou mais direitos ou garantias, optar-se-á pela harmonização, e assim evitar a supressão total de uns em relações aos outros.

Tem-se por abusos e excessos qualquer tipo de ato inconveniente que exorbite ou lesione a finalidade constitucionalmente estipulada pelo Constituinte para os membros do Poder Legislativo no exercício de sua função representativa outorgada pelo povo. É o mau uso do cargo público de modo a causar dano e/ou aproveitar-se tortuosamente da sua situação de superioridade (DI PIETRO, 2013).

A exorbitância das atribuições ou poderes ultrapassa a fronteira do permitido, do legal, reduzindo o alcance da atividade em relação aos seus desígnios. O excesso na conduta discricionária do indivíduo amparado pela instituição da imunidade parlamentar fere a própria Constituição, e ainda, o poder emanado do povo, pois aos governantes está previsto o dever de desempenhar suas funções sem se apartar do ideal de que estão exclusivamente investidos para a manutenção da democracia.

A título de exemplo, poder-se-ia indicar as

<sup>4</sup> MELLO, Celso de. Inq. 510-DF, RTJ 135, p. 514. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp#visualizar>>. Acesso em: 24 jan. 2012.

manifestações dos Deputados Federais Jair Bolsonaro (PP-RJ) e Marco Feliciano (PSC-SP), que corriqueiramente utilizam desse instituto para abrigar seus insultos e destilar sua carga de preconceito, assim também como o Senador Demóstenes Torres (eleito pelo DEM-GO, do qual se desfilou após denúncias de corrupção), que apesar da perda do mandato continua imune para resguardar seus próprios interesses em detrimento dos interesses do povo.

Nesse sentido, o Deputado e pastor Marco Feliciano, que hoje ocupa a Presidência da Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados, atuando exclusivamente como líder religioso, corriqueiramente emana uma visão nitidamente preconceituosa. Segundo reportagem do jornal Folha de São Paulo<sup>5</sup>, em 2011, o Deputado escreveu no Twitter<sup>6</sup> que “a podridão dos sentimentos dos homoafetivos leva ao ódio, ao crime, à rejeição”, e também postou que africanos são amaldiçoados pelo personagem bíblico Noé. “Isso é fato”, completou ele.

Em razão de tais declarações, assim como tantas outras por ele proferidas à imprensa, não possuem qualquer correlação com o desempenho do seu mandato, a mesma matéria revela que o Procurador-Geral da República, Roberto Gurgel, reforçou que o Supremo Tribunal Federal instaure processo penal contra o Deputado, que já é alvo de inquérito na Corte por preconceito e discriminação. “É evidente que há justa causa para instauração da ação penal, na medida que a declaração feita pelo investigado na rede social violou direitos fundamentais elementares e instigou os demais membros da sociedade, principalmente seus seguidores, a adotarem semelhante postura”, diz Gurgel em documento protocolado.

A Folha<sup>7</sup> revelou ainda, que, em sua defesa protocolizada junto ao Supremo Tribunal Federal, Feliciano reafirmou que paira sobre os africanos uma maldição divina e procurou justificar a fala com uma afirmação que, publicamente, tem rechaçado: a de que atrelou seu mandato parlamentar à sua crença religiosa.

O absoluto descomprometimento em relação ao povo que lhe atribuiu o poder, investindo-o como seu representante, exemplifica as distorções que

vêm transformando as imunidades parlamentares em uma forma de aberração institucional.

Faz-se necessário coibir abusos e excessos, bem como determinadas atitudes ofensivas ao decoro parlamentar, já que se abrigar de maneira desmedida neste direito subjetivo à inviolabilidade, institui artifício desfavorável ao ideal de uma sociedade justa e igualitária. Logo, deve o ordenamento se resguardar, devendo o mau Parlamentar ser coibido sempre que estiver se aproveitando do cargo para ocultar atividades, sendo a sua limitação de interesse público.

## 6 ATRIBUIÇÕES PARLAMENTARES: LIMITAÇÕES E DECISÕES DO STF

Modernamente, fala-se em igualdade substancial, cujo significado envolve o trato igualitário dos iguais e o trato desigual dos desiguais, tendo como liame, a medida das suas desigualdades. Consequentemente faz-se necessário a limitação de tais prerrogativas para o desenvolvimento democrático e o resgate da credibilidade da classe política nacional.

Importante trabalho no sentido de coibir abusos e excessos por parte dos membros do Poder Legislativo vem sendo desenvolvido, ainda que timidamente, pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

Como guardião precípua da Constituição cabe ao STF impedir que tal arma democrática venha a se transformar em um simples privilégio ou, ainda, como se percebe frequentemente, em mero escudo para transgressão da ordem, da moral pública e dos bons costumes.

Protegendo, acima de tudo, a Instituição, é plausível estabelecer que a imunidade material dos congressistas seja intrínseca. Logo, depara-se constitucionalmente com as formas de limitação funcional, territorial e temporal.

Funcionalmente, entende-se que a imunidade estará reservada ao exercício do mandato parlamentar, estando, portanto, “excluídas as manifestações que não tenham ligação temática com o exercício do mandato parlamentar”, logo, não alcançando matéria alheia ao exercício do mandato<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/1260082-procurador-pede-que-stf-abra-acao-criminal-contra-feliciano.shtml>>. Acesso em: 9 mar. 2013.

<sup>6</sup> Microblog usado para a troca de textos em até 140 caracteres, além da interação social entre usuários.

<sup>7</sup> Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/1260082-procurador-pede-que-stf-abra-acao-criminal-contra-feliciano.shtml>>. Acesso em: 9 mar. 2013.

<sup>8</sup> Inquérito 1.710-DF de 27 fev. 2002. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp#visualizar>>. Acesso em: 24 jan. 2012.

Já a limitação territorial prevê que a imunidade material está adstrita à circunscrição nacional, ou seja, não se dá internacionalmente, pois esta imunidade abarca toda a extensão geográfica do país, não devendo extrapolar as suas fronteiras<sup>9</sup>.

Por sua vez, o pressuposto temporal coloca tal inviolabilidade como permanente, absoluta, de caráter perpétuo, uma vez que mesmo após o término da legislatura, o Parlamentar não poderá ser responsabilizado ou incriminado, pois a ele assegura-se, pela força normativa do Instituto, a inexistência da infração penal e/ou do respectivo ilícito civil, que perdurará após o término do próprio mandato administrativo.

Desde que guarde nexos causal com o exercício do mandato, tal limitação configura-se pela existência de um liame entre a manifestação emitida parlamentarmente e o exercício de sua função pública, independente de esta se localizar dentro ou fora do recinto de sua respectiva Casa Legislativa, alcançando também a divulgação e cobertura da imprensa<sup>10</sup>. Haverá, assim, aplicabilidade total dessa prerrogativa. Sendo, ainda, inadmissível a possibilidade de renúncia da imunidade parlamentar material, pois não constitui uma garantia de ordem estritamente subjetiva, e sim de ordem pública, institucional.

Tal possibilidade de análise e eventual restrição aos excessos não descaracterizam o caráter protetivo dispensado pelo Constituinte originário ao livre e independente exercício dos membros do Poder Legislativo, sustentando, ileso a Instituição. Pelo contrário, configura-se como forma de atender tal escopo, uma vez que impede o exercício do mau Parlamentar, cujo intuito é usar deste importante mecanismo de proteção como escudo.

Sobremaneira, nesta linha de sentido, uma importante resposta que se apresenta como forma de limitação veio dos próprios Parlamentares. Até o ano de 2001, era previsto que os membros do Legislativo podiam recorrer ao benefício da imunidade mesmo em caso de crime comum. Automaticamente, a Constituição também suspendia os processos movidos contra Deputados Federais ou Senadores da República. A presente

situação somente se modificou com a promulgação da Emenda Constitucional n.º 35, de 20 de dezembro do mesmo ano, que alterou o texto normativo do artigo 34. Agora, os crimes comuns cometidos antes da diplomação de um Parlamentar não podem mais ser suspensos. E, em caso de crimes cometidos posteriormente, fica o Supremo incumbido de levar o processo adiante. Contudo, somente há interrupção em caso de o Congresso se manifestar em contrário. Deste modo, a possibilidade de se protegerem mutuamente passa a ser menor.

Por via de Emenda à Constituição, nos termos do § 3.º do art. 60 da Constituição Federal, os próprios Parlamentares limitaram-se em relação aos abusos e excessos da categoria. Afinal, como se sabe, para a opinião pública, esse tipo de manobra soa quase como uma confissão de culpa.

Importante trabalho no sentido de coibir abusos e excessos por parte dos membros do Poder Legislativo vem sendo desenvolvido, ainda que timidamente, pelo Supremo Tribunal Federal.

É pacífica a interpretação do STF de que

A imunidade material prevista no art. 53, *caput*, da Constituição não é absoluta, pois somente se verifica nos casos em que a conduta possa ter alguma relação com o exercício do mandato parlamentar. Embora a atividade jornalística exercida pelo querelado não seja incompatível com atividade política, há indícios suficientemente robustos de que as declarações do querelado, além de exorbitarem o limite da simples opinião, foram por ele proferidas na condição exclusiva de jornalista. (Inq. 2.134, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 23 mar. 2006, Plenário, Diário da Justiça de 2 fev. 2007.)

Assim, já ficou decidido que a imunidade material se estende a todo o território nacional, não ficando restrita apenas ao espaço físico da Bancada ou do Congresso e, conseqüentemente, exige-se que o comportamento guarde qualquer ligação com o seu exercício, não alcançando manifestações acerca de matéria alheia à função parlamentar.

Uma possível saída seria submeter o caso à respectiva Casa Legislativa, para que além do parecer deliberativo do Conselho de Ética – órgão

<sup>9</sup> Idem. Inq. 1.958, Diário da Justiça de 18 fev. 2004, Rel. para o Acórdão Carlos Britto: “É de se distinguir as situações em que as supostas ofensas são proferidas dentro e fora do Parlamento.”

<sup>10</sup> Idem. Inq. 1.344, Diário da Justiça de 1.º ago. 2003, Rel. Sepúlveda Pertence. Deliberou não alcançada a imunidade parlamentar por parte de dirigente de futebol, que também era Deputado Federal, mas atuou como jornalista.

disciplinar encarregado de zelar pela observância dos preceitos de ética e decoro parlamentar – ficasse o Parlamentar sujeito a imposições previstas nos termos de suas disposições regimentais, tais como advertências, cassação da palavra, dentre outros. Sem necessariamente vetar a não incidência de crime ou de qualquer forma de reparação de danos.

Destarte, existem limitações as imunidades parlamentares materiais, pois, ainda que moderadamente, o STF vem se posicionando a respeito do tema. O que se faz necessário é fechar o cerco àqueles que invocarem esse instituto protetivo, cerceando a sua vinculação ao amparo do Poder Legislativo, para que os maus Parlamentares não venham se abrigar como licença à prática do arbítrio.

## 7 CONCLUSÕES

Por meio do presente artigo foi possível observar que a inviolabilidade material dos Parlamentares não se restringe à esfera criminal, mas a todos os institutos, tendo em vista, acima de tudo, garantir independência ao Poder Legislativo em face dos outros Poderes do Estado, conforme previsão constitucional.

Logo, tal tratamento diferenciado ao exercício da atividade parlamentar deve ser visto como um todo unitário, levando em conta sempre a sua finalidade pública e não particular. É indisponível, até mesmo por se tratar de prerrogativa concedida visando garantir a independência e o bom funcionamento da instituição legislativa.

Assim, a imunidade parlamentar material visa à proteção de Deputados e Senadores, enquanto e exclusivamente, em virtude de serem membros do Parlamento. Tem como objetivo a proteção apenas pela manifestação de suas opiniões, palavras e votos, e jamais por qualquer ato lesivo ao patrimônio público ou privado, bem como o bem estar e os interesses da coletividade ou mesmo meramente individuais.

Concomitantemente representativo da sociedade e do pluralismo político, dentre os demais Poderes, é o Legislativo o mais fragilizado. Entretanto, os limites de alcance desta cautela constitucional carecem de ser estudados com mais afinco, com a finalidade de viabilizar a plena preservação da independência no exercício parlamentar de suas atribuições públicas. Pois, o exercício egoístico de tal prerrogativa em nada contribui para o desenvolvimento social. Pelo

contrário, deve ser censurado, seja com a incidência de crime ou de reparação de danos, ou ainda, ao menos, na esfera política e disciplinar, mediante previsão no Regimento Interno da respectiva Casa. A sociedade clama por isso.

Por fim, salienta-se a necessidade de uma reavaliação abrangente desse instituto, incluindo suas formas de interpretação e aplicação, haja vista que sua essencialidade como figura de suporte ao Parlamentar, representante direto do povo, base do ideal democrático, para que assim seja galgado no exemplo político e a inviolabilidade parlamentar prevista na Constituição Federal não mais sirva de escudo a impunidade.

## REFERÊNCIAS

- ALEIXO, Pedro. *Imunidades parlamentares*. Belo Horizonte: RBEP, 1961.
- BRASIL. Constituição Federal (1937). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil, 1937*. Rio de Janeiro: Centro Gráfico, 1937.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.
- BRASIL. A Constituição e o Supremo. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp#visualizar>>. Acesso em: 24 jan. 2012.
- BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília/DF, 11 jan. 2002.
- CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional*. 18. ed., rev., atual., e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- DIAS, Maria Berenice Dias. A Igualdade Desigual. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 2, jul./dez., 2003. p. 50-65.
- DITADURA Militar no Brasil. Disponível em <<http://www.suapesquisa.com/ditadura/>>. Acesso em: 5 jun. 2011.

- DITADURA Militar no Brasil (1964-1985). In: Guia do Estudante. Disponível em: <<http://guiadoestudante.abril.com.br/estudar/historia/ditadura-militar-brasil-1964-1985-650468.shtml>>. Acesso em: 5 jun. 2011.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2011.
- FRANÇA. Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789). Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, 26 de agosto de 1789. Paris: [S. n.], 1789.
- HERVADA, Javier. *Lições propedêuticas de filosofia do direito*. Tradução de Elza Maria Gasparotto. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 16. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires Coelho; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. São Paulo: Difusão, 1962.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2011.
- MOTA, Myriam Becho. *História das cavernas ao terceiro milênio*. 2. ed. São Paulo: Moderna, 2002.
- NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. 3. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Forense, 2009.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e direito constitucional internacional*. 13. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.
- PROCURADOR pede que STF abra ação criminal contra Feliciano. Jornal Folha de São Paulo. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/1260082-procurador-pede-que-stf-abra-acao-criminal-contra-feliciano.shtml>>. Acesso em: 9 mar. 2013.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O princípio constitucional da igualdade*. Belo Horizonte. Lê, 1990.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 34. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Malheiros, 2011.
- SILVA, Sandra Reis da. A delimitação constitucional à imunidade parlamentar. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, parte integrante da edição 505. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1961>>. Acesso em: 9 fev. 2012.





## EDUCAÇÃO DOMICILIAR E O ABANDONO INTELECTUAL

Gislene Sampaio Said<sup>1</sup>

### RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo definir se a Educação Domiciliar poderia levar os pais se enquadrarem em conduta delituosa tipificada no Código Penal, no que tange ao crime de abandono intelectual. Para o desenvolvimento do projeto, foi utilizada pesquisa bibliográfica, consistindo as principais fontes em livros doutrinários, jurisprudência, e artigos publicados na internet, sendo o método do procedimento, monográfico, e o método de abordagem, dedutivo. Analisou-se a Educação Domiciliar em um contexto histórico, bem como uma análise pormenorizada da obrigatoriedade de educar em uma instituição de ensino, instituindo uma relação com o Poder Familiar. Analisaram-se os princípios reguladores da Educação Domiciliar. Por fim, constata-se que a Educação Domiciliar não enquadra os pais em abandono intelectual.

**Palavras-chave:** Educação Domiciliar. Poder Familiar. Abandono intelectual.

### ABSTRACT

Estado, e levando em consideração a insatisfação quanto ao instituto educacional regular, cumulado com a possibilidade de os pais conseguirem prover uma educação de qualidade que atinja o fim social, bem como, que garanta o pleno desenvolvimento da criança e do adolescente, torna-se relevante que se perquiria sobre o crime de abandono intelectual.

Sendo assim, o tema merece análise aprofundada pois, considerando que a legislação brasileira não regulamenta, formalmente, o ensino domiciliar, os pais que optam por não delegar o ensino de seus filhos ao Estado veem-se na obrigação de, mesmo contra a sua vontade, matricular seus filhos em escola.

Primeiramente vislumbra-se a evolução da Educação Domiciliar. Posteriormente é feita uma análise pormenorizada da obrigatoriedade de educar em uma instituição de ensino, instituindo uma relação com o Poder Familiar. Logo após, analisam-se os princípios que coadunam e são determinantes para a existência da Educação Domiciliar.

Por fim, aborda a caracterização do abandono intelectual, revelando que os pais *homeschoolers* não se enquadram na conduta delituosa auferida no Código Penal.

## 2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA EDUCAÇÃO DOMICILIAR

Traduzindo do inglês, *homeschooling* significa, literalmente: “educação escolar que acontece no lar” (*home* = lar; *schooling* = educação escolar).

Até meados do século V a.C., conforme Manacorda *apud* Schebella (2012), a leitura e a escrita eram destinados somente àquelas pessoas que exercessem alguma atividade de cunho profissional, enquanto que os demais conhecimentos eram transmitidos de forma oral,

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho, que tem como tema a análise da Educação Domiciliar, no aspecto do delito estabelecido de abandono intelectual previsto no Código Penal. Desse modo, partindo do fato de que no Brasil atualmente a educação provém do

<sup>1</sup> Graduanda em Direito pela Faculdade de Direito Santo Agostinho e membro do Programa Especial de Tutoria (PET).

visto que se concretizavam por meio de lendas, histórias, crenças religiosas, dentre outros. Ressalta-se que a educação institucionalizada era destinada somente aos nobres, clérigos e ricos.

Por meio da vida cotidiana, os filhos jovens aprendiam responsabilidades necessárias para seu desenvolvimento. O aprendizado estava intimamente ligado às suas tarefas, sendo como exemplo, a criação de gado, trabalho no campo, confecção de roupas, construções, dentre outros, ao passo que refletiam como fonte principal de aprendizado.

Miller (2012) assim arrematou:

Na época, as habilidades práticas eram mais essenciais para a sobrevivência do que a capacidade de uma pessoa para ler ou escrever. Embora aprender a ler e escrever estava disponível, geralmente era ensinado as crianças apenas o suficiente para lidar com os assuntos básicos <sup>2</sup>.

Marrou e Manacorda, *apud* Schebella (2012), revelam que, paulatinamente, foi ocorrendo o surgimento de instituições ou centros de ensino que se manifestam em cada época determinada da história, e que seriam responsáveis por engendrar, por seu modelo, na formação das escolas. Todavia, mesmo a educação sendo institucionalizada, esta continua a se desenvolver, em seus aspectos gerais, no seio da própria família.

Outro aspecto digno de ser notado é que não necessariamente o ensino em casa se fazia apenas pelos pais. Poder-se-ia também contratar um tutor particular para ensinar em casa. Neste sentido, lembrou-se Smith, *apud* Schebella (2012):

Nos tempos coloniais, a maioria das pessoas era ensinada, ou no lar (*homeschooled*) ou em pequenas escolas comunitárias. É justo dizer que, se você tivesse o dinheiro necessário, é provável que contrataria um tutor particular. As famílias mais abastadas reconheciam que a melhor forma de educação era o método tutorial um-a-um ou, como o conhecemos hoje: *homeschooling*.

Fato é que, seja a educação realizada por meio de tutores particulares, seja pelos próprios pais, a educação em casa, presente até o século XIX, era a real essência da sociedade daquele dado

momento.

Miller (2012) destaca que a eficácia da educação escolar em casa não era assunto de relevância durante os séculos XVIII e XIX. Cita ainda como exemplo de alunos *homeschooled* alguns dos mais conhecidos escritores e inventores tal como Thomas Edison, que participou de apenas três meses de escola primária, sendo ensinado por sua mãe. Benjamin Franklin, John Wesley, Beatrix Potter, Charles Dickens e Alexander Graham Bell são outros exemplos de famosos *homeschoolers*.

A escola não deve ser considerada como uma evolução da educação fornecida pelos pais, mas sim como uma contingência que se concretizou na esfera da Revolução Industrial pelo qual os pais (leia-se: mãe e pai), deveriam sair de suas casas e permanecer horas trabalhando, sendo então a institucionalização escolar uma resposta à demanda da Revolução Industrial. Portanto, a educação escolar surgiu posteriormente à educação familiar, mas não de modo evolutivo.

No que concerne a respeito da educação na Idade Moderna, Schebella (2012) tece algumas considerações, merecendo proeminência ao que assim prediz:

A obrigatoriedade do ensino, bem como a ascensão da escola ao grau de “instituição oficialmente responsável pela educação”, modifica drasticamente a organização e a lógica que constitui a sociedade, fazendo com que esta seja conformada segundo o modelo que se encontra hoje.

Desse modo, a Idade Moderna é marcada por mudanças drásticas pelo qual geram impactos e influências no estilo de educar as crianças. Entrementes, a educação domiciliar aparece no período moderno com um conceito oficial já definido nos Estados Unidos, que o norte-americano John Holt batizou de “*Homeschooling*”.

Atualmente, a educação domiciliar é reconhecida, além dos EUA, no Japão e em vários países europeus, tendo já empresas direcionadas especificamente para a produção de material utilizado no ensino no lar e organizações de contribuição, amparo e defesa dos interesses dos pais e alunos adeptos dessa modalidade (SCHEBELLA, 2012).

<sup>2</sup> At the time, practical skills were more essential to survival than a person's ability to read or write. Although learning to read and write was available, children were usually taught just enough to handle basic affairs (Tradução livre).

No Brasil, o movimento do *Homeshooling* se encontra ainda tímido, praticamente fictício, vez que a legislação brasileira não contempla de forma clara e específica sobre a educação domiciliar. Desse modo, as famílias brasileiras que optam pela Educação em casa, geralmente são denunciadas pelo Ministério Público e, muitas vezes, condenados pelo Órgão do Judiciário ao pagamento de multas e a (re)matricular os filhos em instituição escolar. Como exemplo, há o caso de um casal de Timóteo, cidade de Minas Gerais, que foi obrigado a matricular seus filhos em uma instituição de ensino, sob pena de perda do poder familiar. O relato se acha descrito em texto de Paulina (2012), inserto na Revista Cláudia de março de 2012.

### 3 A EDUCAÇÃO E A OBRIGAÇÃO DE MATRICULAR OS FILHOS NA ESCOLA

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) concede a plena garantia de educação às crianças e adolescentes. No entanto, tal garantia é passível de ser também vislumbrada na Lei n.º 8.069/90, que dispõe acerca do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que assim ratificou, em seu artigo 53:

**Art. 53.** A criança e o adolescente têm direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho, assegurando-se-lhes:

**I** - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;

**II** - direito de ser respeitado por seus educadores;

**III** - direito de contestar critérios avaliativos, podendo recorrer às instâncias escolares superiores;

**IV** - direito de organização e participação em entidades estudantis;

**V** - acesso à escola pública e gratuita próxima de sua residência.

**Parágrafo único.** É direito dos pais ou responsáveis ter ciência do processo pedagógico, bem como participar da definição das propostas educacionais.

Desse modo, observa-se que o ECA, diante do artigo mencionado, prevê a asseguarção do pleno desenvolvimento da criança e do adolescente para que possa se tornar capaz para o exercício da cidadania, bem como qualificada para o mercado de trabalho por meio da educação.

Ao se falar em educação, assim conceituou Ferreira (2004, p. 334) como “o processo de desenvolvimento da capacidade física, intelectual e moral da criança e do ser humano em geral, visando à sua melhor integração individual e social.”.

Nas lições de Maciel (2010, p. 115), educar significa

Orientar a criança, desenvolvendo sua personalidade, aptidões e capacidade, conceder instrução básica ou elementar, ensino em seus graus subsequentes, incluindo a orientação espiritual, tudo dentro do padrão da condição socioeconômica dos pais.

A educação é um direito social, e por social deve-se entender, conforme prediz Guimarães (2010, p. 267) o “direito positivo autônomo destinado a prover as necessidades, ao bem-estar e as relações jurídicas do organismo social, assim como regular o funcionamento de instituições coletivas.”.

E como proteger um direito social?

Além da garantia constitucional, é necessária a presença do Estado, bem como a participação da sociedade, para reivindicar o seu real e efetivo cumprimento por meio dos Poderes Políticos.

Ainda, até mesmo o artigo 5.º da Lei 9.394, de 20 de dezembro de 1996, a denominada Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB), estabelece o meio de se reivindicar a proteção desse direito. Assim diz o aludido texto legal:

**Art. 5.º** O acesso ao ensino fundamental é direito público subjetivo, podendo qualquer cidadão, grupo de cidadãos, associação comunitária, organização sindical, entidade de classe ou outra legalmente constituída, e, ainda, o Ministério Público, acionar o Poder Público para exigi-lo.

O direito à educação, como direito social, não só possui um caráter de direito, mas como também de obrigação. Observa-se o artigo 208 da Constituição da República Federativa de 1988:

**Art. 208.** O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

**I** - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria;

[...]

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), instituído pela Lei 8.069, de 13 de julho de 1990, dispõe:

**Art. 55.** Os pais ou responsáveis têm a obrigação de matricular seus filhos ou pupilos na rede regular de ensino.

Por seu lado, está assim inscrito na LDB:

**Art. 6.º** É dever dos pais ou responsáveis efetuar a matrícula dos menores, a partir dos seis anos de idade, no ensino fundamental.

O intuito da obrigatoriedade dos artigos 55 do ECA e 6.º da LDB, é que proporcione ao cidadão a garantia de conhecimento a fim de torná-lo apto para o mercado de trabalho em uma sociedade em processo de crescente organização e cada vez mais competitiva e exigente.

Ademais, a Constituição de 1988, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação e o Estatuto da Criança e do Adolescente, permitem chegar às seguintes conclusões, no que diz respeito à educação, mediante constatou também Horta (2012):

**Gratuidade:** o ensino público em estabelecimentos oficiais é gratuito, em todos os seus níveis. A oferta gratuita do ensino fundamental deve ser também assegurada para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria [...]. **Obrigatoriedade:** o ensino fundamental, com duração mínima de oito anos nos estabelecimentos oficiais, é obrigatório, inclusive para os que a ela não tiveram acesso na idade própria [...]. **Direito:** a educação é direito de todos e o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo. **Dever:** é dever do Estado e da família [...]. **Responsabilidade:** o não oferecimento do ensino obrigatório pelo poder público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente. Comprovada a negligência da autoridade competente para garantir o oferecimento do ensino obrigatório, poderá ela ser imputada pelo crime de responsabilidade.

Com base nos mencionados artigos das normas supracitadas evidencia-se, em princípio, a obrigatoriedade dos pais em matricular seus filhos numa escola regular.

#### 4 DO PODER FAMILIAR E A OBRIGAÇÃO DE MATRICULAR OS FILHOS NA ESCOLA

No que tange ao poder familiar, vale a ressalva de que os filhos estarão sujeitos ao poder dos pais até os seus dezoito anos, salvo se emancipados. O poder familiar confere aos pais o poder de representar e assistir os filhos, mas, claro, respeitando o princípio do melhor interesse da criança e o da convivência familiar, vez que, os pais não podem abusar da sua autoridade, sendo o ECA um meio de equilibrar o exercício do poder familiar com os princípios supracitados.

O artigo 226, § 5.º da CF/88 e o Estatuto da Criança e do Adolescente igualaram pai e mãe na obrigação de criar e educar, conferindo, portanto, de forma igualitária a responsabilidade a ambos.

O ECA assim se manifesta:

**Art. 22.** Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

O significado desse artigo implica em um rol de direitos e obrigações que proporcionam aos filhos a sua destinação. Além desse artigo, vislumbra-se a companhia do artigo 1.634 do CC/02 que estabelece outros direitos e deveres aos pais.

O poder familiar, no entanto, não é absoluto, pois o não cumprimento de seus deveres implica em perda ou suspensão deste, como alude o Estatuto em questão. Diz assim:

**Art. 24.** A perda e a suspensão do poder familiar serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22.

Poderá ocorrer a suspensão do poder familiar, se o pai ou a mãe abusarem de sua autoridade, faltando para com os deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, como apregoa artigo 1.637 do Código Civil.

Todavia, a extinção do poder familiar, conforme a doutrina, poderá ser com ou sem a responsabilidade dos genitores. Será por ausência

de responsabilidade, nos casos descritos no artigo 1.635 do CC, incisos I ao IV, ou seja, morte dos pais, emancipação, maioridade e adoção. Por outro lado, será por responsabilidade a extinção do poder familiar segundo o disposto nos artigos 1.635, inciso V, e 1638, ambos do Código Civil de 2002, a saber: o pai ou a mãe que castigarem imoderadamente o filho; deixarem o filho em abandono; praticarem atos contrários à moral e aos bons costumes e; incidirem, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo 1.637 do Código Civil.

É de suma importância fazer uma ressalva na extinção com responsabilidade no que se refere ao “deixar o filho em abandono.”. Dentre as várias modalidades de abandono, é de se destacar aquela que é objeto de estudo desse trabalho, do qual se alude ao abandono intelectual e está estritamente relacionado com a obrigatoriedade de matricular os pupilos em uma instituição escolar. Portanto, caracterizaria extinção do poder familiar em caráter de abandono intelectual, o pai que negligenciar a educação ao filho, não lhe garantindo os meios e recursos necessários e indispensáveis ao desenvolvimento do seu intelecto.

Quanto às obrigações ligadas à educação, são facilmente vislumbradas no que tange à responsabilidade e interesses dos pais para com os seus filhos. Comprova-se mediante o art. 55 do ECA e o art. 6.º da LDB, que visa garantir, conforme o artigo 205 da Constituição da República Federativa de 1988 (CRF/88), o “[...] pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.”. É insofismável que a educação é a base para a construção da sociedade, pois dignifica o homem, sendo este direito fundamental assegurado pela própria CRF/88, em seu artigo 1.º, inciso III.

Desse modo, tendo os pais autoridade sobre os filhos, e analisada em conjunto com os dispositivos da Constituição, do ECA, do CC e da LDB, já comentados, é, de igual modo, fácil a percepção das suas responsabilidades, bem como a obrigação de garantir que se cumpra o direito à educação de seus filhos.

Deve-se observar o artigo 22 do ECA, já citado, que estabelece aos pais o dever de propiciar o sustento, proteção e educação aos filhos. É determinada a competência a eles (pais) de modo que, além de serem obrigados a cumprir tais questões, lhes são impostos, ainda, fazer valer esses direitos aos seus filhos.

Além dos deveres, tratados anteriormente, que são de incumbência dos pais na sua realização,

o mesmo Estatuto prediz:

**Art. 129.** São medidas aplicáveis aos pais ou responsável:

[...]

V - obrigação de matricular o filho ou pupilo e acompanhar sua frequência e aproveitamento escolar.

A não realização do mencionado artigo fará com que os pais incorram no crime de abandono intelectual que se encontra disposto no artigo 246 do Código Penal (CP), que assim diz:

**Art. 246.** Deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar: Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa.

Vê-se que o artigo do CP tutela o direito dos filhos de receberem o ensino fundamental, sendo dever dos pais de promovê-lo, e que ainda poderão até mesmo submeter-se à perda do poder familiar conforme Código Civil de 2002, nos seguintes termos:

**Art. 1.638.** Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

[...]

II - deixar o filho em abandono.

Ainda o artigo 129 do Estatuto da Criança e do Adolescente determina em seu inciso X, a suspensão ou destituição do poder familiar quando os pais não fizerem cumprir suas obrigações determinadas no artigo 22 do mesmo Estatuto. E nesse caso só confirma que, na falta da obrigação do dever da educação, estaria suspenso ou destituído o poder dos pais sobre os filhos.

A partir do que já fora aqui tratado, permite-se que se chegue à conclusão de que, *a priori*, na omissão dos pais, no que tange à sua obrigação de matricular os filhos em uma escola regular, estariam esses submetidos à penalidade da perda do poder familiar, disposto no CC, além da penalidade imposta no CP, por se enquadrar em conduta de abandono intelectual.

## 5 PRINCÍPIOS DETERMINANTES DA EDUCAÇÃO DOMICILIAR

No escopo jurídico, é primordial que se invoque a utilização dos princípios, uma vez que fornecem à educação domiciliar suporte, direcionamento e embasamento para que os pais

possam educar seus filhos sem colocá-los em uma instituição escolar, posto que essa sustentação, consagrada na Constituição, tem sua real efetivação e o seu não cumprimento fere os preceitos de legalidade e constitucionalidade.

Posto isto, o primeiro princípio a ser destacado é o princípio da *unidade da Constituição*, que retrata a análise de forma unificada e não independente das normas, ou seja, devem as normas ser vistas como preceitos interligados em um sistema único em conformidade com a Constituição.

Não obstante, atrelado a esse princípio se encontra o princípio da *concordância prática* ou da *harmonização*. Desse modo, insta ressaltar o que Mendes *apud* Aguiar (2012), leciona:

Consiste, essencialmente, numa recomendação para que o aplicador das normas constitucionais, em se deparando com situações de concorrência entre bens constitucionalmente protegidos, adote a solução que otimize a realização de todos eles, mas ao mesmo tempo não acarrete a negação de nenhum.

Sendo assim, vislumbra-se que o estudo da norma, bem como de seu artigo, devem ser interpretados em consonância com outros artigos, em respeito aos princípios supracitados.

Não se pode deixar de destacar o art. 5.º da CF/88, vez que este trata, dentre os vários princípios, do princípio da *liberdade*, que a seu turno, é um dos mais importantes, pois segundo tal princípio, pode a sociedade se utilizar de outros meios, instrumentos e métodos que acharem aptos e capazes a introduzir e gerar conhecimento, a par da existência da escola regular. Atrelada ao princípio da liberdade, encontra-se o princípio do *pluralismo político* previsto no art. 1.º da CF88, em seu inciso V. Por este princípio, deve-se entender que o cidadão é livre para agir da maneira que bem lhe aprouver, agindo assim conforme suas escolhas pessoais, sem a interferência de Estado. Da mesma forma traduz Fernandes (2011, p. 224):

Por pluralismo político, decorre um desdobramento do princípio democrático, autorizando em uma sociedade a existência de uma constelação de convicções de pensamento e de planos e projetos de vida, todos devidamente respeitados. Isso significa que o Estado não pode desautorizar nem incentivar nenhum. Todos têm o mesmo direito e liberdade de

existência e proliferação no ambiente social. Traz também a noção e o respeito à alteridade, nos fazendo sempre perceber que o diferente é necessário.

Consoante o disposto acima, feriria, pois, o Estado tal princípio ao impor qualquer obrigatoriedade por parte dos pais em matricular seus filhos em escolas, aniquilando a grade curricular que lhes fossem desejáveis, em prol do que consideram um teor “programático ideal”. Isto porque a escola estabelece um currículo dogmático que preza determinados valores abdicando de outros, em face de querer achar um denominador comum ao entender que determinado valor deva ser menos favorecido ou até mesmo dirimido em face de outro.

Nesse ângulo, remete entrelaçar aqui o princípio da *dignidade da pessoa humana*, pois tem-se o homem como um fim em si mesmo; e que, ao introduzir o Estado os alunos a um ensino de qualidade abaixo do ideal dentre vários aspectos correlacionados, fere assim, o Estado, a dignidade daquela criança e/ou adolescente.

Outro princípio a ser ressaltado é o que *não há nulidade sem prejuízo*. Neste se encontra a questão que, embora o Estado, conforme o art. 208 da CF/88, traça os meios para que o direito à educação seja efetivado, nada obsta que este mesmo direito possa ser concretizado por outros meios de igual parâmetro ou superior, como é o caso da Educação Domiciliar.

O princípio da *subsidiariedade* merece ser apreciado. E, nas lições de do Ministro Franciulli Netto, do Superior Tribunal de Justiça (2005), tem os seguintes conceitos:

Em face do princípio da subsidiariedade, entre homem e o Estado existem inúmeras sociedades menores. Se se imaginar um círculo de várias esferas concêntricas, dever-se-á evidenciar que se deve dar prioridade a sociedades menores. Em outras palavras, as maiores devem abster-se de realizar aquilo que poderá ser feito pelas menores [...] O corolário daí decorrente é o de que, como a responsabilidade primeva da educação dos filhos compete à família e como a família antecedeu o Estado, daí exsurge que ela possui não uma mera faculdade, mas sim um verdadeiro direito.

Desse modo, insurge tal princípio no fato de que o que as unidades menores não puderem fazer, deleguem para as maiores. Ou seja, família pode

eventualmente delegar algo ao Estado, mas somente naquilo que não forem capazes de fazer. Portanto, se a família não tiver condições de executar, que delegue, ou se a criança estiver em risco concreto, também deve ocorrer a delegação. Sendo assim, o dever do Estado é um dever subsidiário.

Não obstante merece guarida o princípio da *proporcionalidade*, que subdivide em três sub-regras: a) adequação; b) necessidade e; c) proporcionalidade em sentido estrito.

Por adequação deve-se entender a medida apta a tingir o fim desejado. Fernandes (2011, p. 189), ensina que:

Por necessidade, entende-se uma imposição que é posta ao Poder Público para que adote sempre a medida menos gravosa possível (de menor ingerência possível) para atingir um determinado objetivo. Aqui, um ato que limita um direito fundamental só será considerado necessário se para realizar seu objetivo pretendido não haja outra medida ou ato que limite em menos intensidade (menos gravidade), o direito fundamental a ser atingido.

Quanto à proporcionalidade em sentido estrito, somente acontecerá quando constatado que o ato é adequado e necessário.

Sendo assim, percebe-se que o Estado, ao impor a sua educação, aniquilando a possibilidade de os pais a proverem, desrespeita o princípio em tela, visto que, protegido pela Constituição, garante direitos fundamentais e harmonização de interesses.

Ainda e não menos importante, está o princípio da *legalidade*, que é a base fundamental do Estado Democrático de Direito, e se encontra previsto no art. 5.º, inciso II, da CF/88 e considera lícito qualquer ato, desde que não esteja proibido em lei, proibindo assim o poder arbitrário por parte do Estado. A arbitrariedade, neste caso, é a feitura da lei.

No que tange à Educação Domiciliar, a aplicabilidade do princípio da legalidade, diante do silêncio do legislador pela matéria, vislumbra-se que embora não esteja expressamente permitido em alguma norma, não se encontra também expressamente proibido. Nesse sentido, Aguiar (2013) completa: “Mesmo em casos como esse, não se pode deixar de caracterizar um fenômeno social como legal ou ilegal, pois não existem fatos ‘alegais’, ou seja, à margem do Direito”. Sendo assim, a omissão do legislador em conferir expressa determinação da proibição da Educação Domiciliar

garantiria a sua legitimidade.

Por fim, ressalta-se o princípio *da proteção integral e do melhor interesse da criança e adolescente*. O primeiro se faz presente na CF/88 em seu art. 227, *caput*, e no ECA no artigo 3.º. De início, uma visita ao texto constitucional, *verbis*:

**Art. 227.** É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Agora, a informação quanto ao que diz o Estatuto da Criança e do Adolescente:

**Art. 3.º** 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.

O princípio da proteção integral visa garantir o respeito à criança e ao adolescente, diante de sua condição, para que se possa efetivar seu pleno desenvolvimento, assegurado tal proteção e respeito em ordem pela família, posteriormente pela sociedade e por fim, pelo Estado, como prediz o art. 227 do Diploma Constitucional.

Quanto ao princípio do melhor interesse da criança e adolescente, também abarcado pelo mesmo art. 227 da CF/88, já citado, tem previsão, ainda, por sua vez, no art. 4.º, *caput*, e no art. 5.º do ECA, que dispõem:

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

**Art. 5.º** Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência,

discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

Por meio dos artigos supracitados, percebe-se que este princípio visa a amparar a criança para que se respeitem os direitos essenciais, tais como a saúde (ressalta-se tanto a física, a emocional e a intelectual), a educação e outros, cujo interesse deve ser concedido primeiro dos pais e caso haja negligência por parte desses, deve o Estado, então, assegurá-los.

Sendo assim, no que tange à Educação Domiciliar, o princípio do melhor interesse da criança e adolescente e o da proteção integral concedem aos pais *homeschoolers* total amparo, visto que impõem aos pais o dever principal de zelar pela educação dos filhos; e, secundariamente, o dever passa a ser do Estado.

Diante de todo o exposto, é de se constatar que a Educação Domiciliar está amparada por tais princípios ora elencados, sendo de extrema relevância observá-los e respeitá-los. Em consonância ao exposto, Mello *apud* Vilella (2013) revela:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

Portanto, feitas tais considerações, percebe-se que a Educação Domiciliar não ofende aos Princípios aqui elucidados, mas, muito pelo contrário, pode-se constatar que, na verdade, tal modalidade de educação contribui para a efetiva implementação dos referidos Princípios.

## **6 ABANDONO INTELECTUAL E SUA DESCARACTERIZAÇÃO PERANTE A EDUCAÇÃO DOMICILIAR**

O crime de abandono intelectual se opera no campo do Direito Penal e está previsto no art. 246, que já foi estudado.

Segundo Greco (2011), os pais só poderiam

se enquadrar no delito em questão apenas se impedirem que os filhos não tenham acesso à educação. Observa-se que ao se fazer uma análise mais detalhada, o dispositivo em momento algum obriga que a criança ou o adolescente esteja em uma instituição escolar, mas sim que seja assegurada a instrução primária, seja ela dentro ou fora do ambiente escolar. Franciulli Netto (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2005), explica:

Não há, tampouco, como tipificar a conduta dos impetrantes como delito de abandono intelectual. Pelo contrário, o único “crime” que se lhes poderia imputar seria, *in casu*, o “desabandono intelectual” [...] Segundo Celso Delmanto, ao analisar o elemento objetivo do tipo, “deixar de prover tem a significação de não tomar as providências necessárias. Assim, o agente omite-se nas medidas que podem propiciar instrução primária (de 1.º grau) de filho em idade escolar. Para a tipificação impõe-se que a conduta seja sem justa causa (elemento normativo). [...] Heleno Cláudio Fragoso ensina que o bem jurídico tutelado “através da figura criminosa em questão é o interesse do Estado ‘na instrução a ser ministrada aos menores que constitui aliás, dever jurídico dos pais’.” e que se trata “de crime omissivo puro, pois a conduta consiste em ‘deixar de prover a instrução primária, sem justa causa, isto é, em omitir as medidas necessárias para que seja ministrada ao filho instrução de nível primário’.”

Como se observa, a não matrícula dos filhos ou pupilos em uma escola regular não implicaria em crime de abandono intelectual, visto que só poderia ocorrer caso os pais ou responsáveis negligenciassem o provimento da instrução intelectual a estes. E, que como foi visto, não é o caso dos pais que optam pela Educação Domiciliar.

Portanto, diante de tudo que fora aqui explanado, vislumbra-se que a Educação é primeiramente um dever dos pais, tendo o Estado dever de auxiliar; que não apresenta ofensa aos Princípios no campo constitucional e infraconstitucional e que, portanto, caberia no ordenamento jurídico brasileiro e que só precisaria ser regulamentada para que permitisse auferir os estágios de desenvolvimento do conhecimento da criança e adolescente; e, por fim, a Educação Domiciliar não coloca os pais em crime de abandono intelectual.



## 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desde o início da institucionalização da educação no Brasil percebe-se a presença da Educação Domiciliar, vez que eram os filhos educados ou pelos pais ou por preceptores que ensinavam nas casas. Posteriormente, com a promulgação da CF/88, a educação ganhou proteção no rol dos direitos sociais, tornando-se dever e direito de todos, com garantia de acesso. Com isso, foi estabelecida a obrigatoriedade da oferta de ensino e da matrícula em escola regular, sendo ratificada e consolidada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação.

O Poder Familiar possibilita aos pais representarem ou assistir aos seus filhos. Todavia, tal poder, regulado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente em conjunto com o Código Civil, costuma ser relacionado à obrigação dos pais de matricularem seus filhos em uma escola regular, sob pena da perda da guarda dos filhos e, ainda, de se enquadrarem em conduta tipificada no Código Penal, que retrata o abandono intelectual.

No entanto, constatou-se que a Educação Domiciliar não apresenta nenhuma ofensa aos Princípios estudados. Pelo contrário, percebeu-se que o crime de abandono intelectual não enquadra os pais *homeschoolers* posto que, tais pais não deixam de fornecer nenhuma educação aos filhos. E o art. 246 do CP institui que, para tipificar o crime em questão, deve o agente apenas deixar de prover a educação não estabelecendo a obrigatoriedade em uma instituição regular.

## REFERÊNCIAS

AGUIAR, Alexandre Magno Fernandes Moreira. Homeschooling – uma alternativa constitucional à falência da educação no Brasil. Associação Nacional de Educação Domiciliar (ANED). Disponível em: <<http://www.aned.org.br/index.php?id=alt>>. Acesso em: 12 mar. 2013.

AGUIAR, Alexandre Magno Fernandes Moreira. Situação Jurídica no Brasil. Disponível em: <<http://www.aned.org.br/index.php?id=135>>. Acesso em: 12 mar. 2013

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*. Rio de Janeiro, DF, 31 dez. 1940 e retificada em 3 jan. 1941.

BRASIL. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 16 jul. 1990 e retificada em 27 set. 1990.

BRASIL. Lei 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 23 dez. 1996.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 11 jan. 2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança n.º 7.407-DF(2001/0022843-7). Ministro Domingos Franciulli Netto. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Diário do Judiciário*, Brasília, DF, 21 mar. 2005.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Miniaurélio: o dicionário da língua portuguesa*. 6. ed. Curitiba: Positivo, 2004.

FRANCIULLI NETTO, Domingos. Aspectos constitucionais e infraconstitucionais do ensino fundamental em casa pela família. Disponível em: <[http://www.aned.org.br/fileadmin/Aspectos\\_Constitucionais.pdf](http://www.aned.org.br/fileadmin/Aspectos_Constitucionais.pdf)>. Acesso em: 7 mar. 2013.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte especial*. v. III. 8. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

GUIMARÃES, Deoclecio Torrieri. *Dicionário técnico jurídico*. 10. ed. São Paulo: Rideel, 2010.

HORTA, José Silvério Bahia. Direito à obrigação e obrigatoriedade escolar. Disponível em: <<http://www.fcc.org.br/pesquisa/publicacoes/cp/arquivos/158.pdf>>. Acesso em: 14 set. 2012.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Poder Familiar. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MILLER, Amy. Building Homeschool Curriculum Building: There Are a Lot of Things to Consider When Selecting the Best Homeschool Materials. Disponível em: <<http://www.sharefaith.com/guide/christian-education/homeschool/homeschool-history.html>>. Acesso em: 18 nov. 2012.

PAULINA, Iraci. Não preciso da escola pra educar meus filhos. Revista Cláudia. São Paulo,

Ed. Abril, mar. 2012. Disponível em: <<http://claudia.abril.com.br/materia/nao-preciso-da-escola-para-educar-meus-filhos/?p=familia-e-filhos/criancas-e-adolescentes>>. Acesso em: 27 nov. 2012.

SCHEBELLA, Fábio Stopa. Por uma aprendizagem natural: educação domiciliar no contexto mundial. Disponível em: <<http://eddomiliar.blogspot.com.br/2010/04/educacao-domiciliar-no-contexto-mundial.html>>. Acesso em: 27 out. 2012.

VILLELA, Fábio Goulart. O princípio da subsidiariedade e o novo modelo principiológico constitucional de processo: aplicação do artigo 475-J do CPC no processo do trabalho. Disponível em: <[http://www.portalciclo.com.br/downloads/artigos/direito/artigo\\_o\\_principio\\_da\\_subsiariedade\\_e\\_o\\_novo\\_modelo\\_principiologico\\_constitucional\\_de\\_processo\\_fabio\\_goulart.pdf](http://www.portalciclo.com.br/downloads/artigos/direito/artigo_o_principio_da_subsiariedade_e_o_novo_modelo_principiologico_constitucional_de_processo_fabio_goulart.pdf)>. Acesso em: 11 mar. 2013.

## CRIME DE EXCESSO DE EXAÇÃO: A INCONGRUÊNCIA DA PENA NA FORMA QUALIFICADA COM O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Luciano Carvalho de Almeida<sup>1</sup>

### RESUMO

O legislador de 1940 dispôs sobre o crime de concussão no art. 316 do Código Penal (CP/1940), tipificando a conduta do agente que, abusando da função pública, obtém vantagem ilícita. O crime de excesso de exação (art. 316, § 1.º) é um tipo especial do crime de concussão descrito no art. 316 do Código Penal brasileiro, reprimindo a conduta do funcionário que efetua a cobrança de tributo indevido ou que para efetuar a cobrança de tributo devido utiliza de meios vexatórios ou gravosos não permitidos em lei. A forma qualificada do crime de excesso de exação está prevista no § 2.º, apenada a conduta do funcionário público que desvia em proveito próprio ou alheio aquilo que recebeu indevidamente. O princípio da proporcionalidade aplicado ao Direito Penal determina que a pena deve estar proporcional ou adequada à magnitude da lesão do bem jurídico protegido e à periculosidade criminal do agente. Sabe-se que as qualificadoras aumentam diretamente a pena base em um *quantum* já delimitado, ou seja, define a pena de acordo com o crime praticado e de modo exato. As qualificadoras, nesse sentido, assimilam o ideal de proporcionalidade na medida em que aumentam o *quantum* da pena-base por conta de o crime ter sido praticado de maneira mais grave. A conduta da exação, na sua forma simples (art. 316, § 1.º, CP/1940), apresenta como pena a reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa. Todavia, a sua forma qualificada (art. 316, § 2º, CP/1940) apresenta como pena a reclusão, de dois a doze anos, e multa. Pratica-se, pois, uma incongruência em relação à forma qualificada, cuja pena mínima (dois anos) é menor do que a conduta na sua forma simples (três anos). A qualificadora, pois, não cumpre sua função básica de aumentar o *quantum* da pena-base do crime em relação à sua forma simples, verificando-se um gravíssimo atentado ao princípio da

proporcionalidade. Para o desenvolvimento do presente trabalho foi utilizado o método dedutivo de abordagem. A técnica de coleta de dados foi a pesquisa bibliográfica.

**Palavras-chave:** concussão, excesso de exação, qualificadora, princípio da proporcionalidade.

### CRIME OF EXCESS EXACTION: THE INCONGRUITY PEN AS QUALIFIED WITH THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY

The legislature of 1940 provided for the crime of concussion in art. 316 of the Penal Code, criminalizing the conduct of the agent, abusing the civil service, gets unfair advantage. The crime of excessive exaction (art. 316, § 1) is a special type of crime described in article concussion 316 of the Brazilian Penal Code, restraining the conduct of the employee who performs the collection of tribute or improper to effect the collection of tax due use of means vexatious or burdensome not allowed by law. The qualified form of the crime of excessive exaction is provided in § 2, affected the conduct of the public official who deviates in yourself or others what he received improperly. The principle of proportionality applied to criminal law determines that the penalty must be proportional or appropriate to the magnitude of the injury of the protected legal and criminal dangerousness of the agent. It is known that the qualifying directly increase the penalty based on a quantum already delimited, defines the penalty according to the crime committed and accurately. The qualifier in this sense, assimilate the ideal proportionality in that increase the quantum of the penalty based on account of the crime was committed more severely. The conduct of the exaction, in its simplest form (art. 316, § 1, CP/1940), presented as worth

<sup>1</sup> Acadêmico do Nono Período do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho e membro do Programa Especial de Tutoria (PET).

the imprisonment of three to eight years and a fine. However, its qualified form (art. 316, § 2, CP/1940) presents as a penalty to imprisonment of two twelve years and a fine. Practice is therefore an inconsistency regarding the qualified form, whose minimum sentence (two years) is lower than the conduct in its simple form (three years). The qualifying therefore does not fulfill its basic function to increase the quantum of the penalty based on the crime in relation to its simplest form, verifying a serious attack on the principle of proportionality. For the development of this work we used the deductive method of approach. The technique of data collection was the literature search.

**Keywords:** concussion, excessive exaction, qualifying, the principle of proportionality.

## 1 INTRODUÇÃO

Na sociedade contemporânea, gradativamente afloram as necessidades coletivas, sejam aquelas de importância vital para a estruturação da vida social, sejam aquelas necessárias à manutenção da vida em sociedade.

Em face da satisfação geral e manutenção das necessidades coletivas, o Estado-Administração, juntamente com seus órgãos e cargos públicos, executa e/ou fiscaliza as atividades destinadas a tais fins, geralmente através de indivíduos que detêm cargo ou função pública.

Todavia, em alguns casos, funcionários públicos utilizam da atividade pública que exercem para benefício próprio ou de terceiros, indo de encontro ao dever de moralidade e probidade a que estão obrigados. Resta, pois, em alguns casos, a punição penal prevista em tipos incriminadores que descrevem as condutas criminosas realizadas por funcionário público contra a administração pública em geral.

O legislador de 1940 dispôs sobre o crime de concussão no art. 316 do Código Penal (CP/1940), tipificando a conduta do agente que, abusando da função pública, obtém vantagem ilícita.

No § 1.º do mesmo artigo, foi definido o tipo penal do excesso de exação, que reprime a conduta do funcionário que efetua a cobrança de tributo indevido, ou que para efetuar a cobrança de tributo devido utiliza de meios vexatórios ou gravosos não permitidos em lei.

A forma qualificada do crime de excesso de exação está prevista no § 2.º, tipificada a conduta

do funcionário público que desvia em proveito próprio ou alheio o que recebeu indevidamente.

Ocorre que a pena mínima prevista para o crime de excesso de exação, na sua forma simples (art. 316, § 1.º, CP/1940) é três anos de reclusão. Em contrapartida, a pena mínima prevista para o crime de excesso de exação, na sua forma qualificada (art. 316, § 2.º, CP/1940) é dois anos de reclusão.

Discutir-se-á, pois, se a previsão legal de uma pena mínima menor para o crime de excesso de exação na sua forma qualificada, em relação à sua forma simples, fere o princípio da proporcionalidade.

Para o desenvolvimento do presente trabalho foi utilizado o método dedutivo de abordagem. A técnica de coleta de dados foi a pesquisa bibliográfica.

## 2 EXCESSO DE EXAÇÃO: FORMA ESPECIAL DO CRIME DE CONCUSSÃO

Os abusos cometidos por aqueles que fazem parte da Administração Pública são penalmente combatidos pela legislação pátria.

O legislador de 1940 dispõe sobre o crime de concussão no art. 316 do CP:

### Concussão

**Art. 316.** Exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa.

Estabeleceu-se, em tal dispositivo, a conduta do agente que, abusando da função pública, obtém vantagem indevida. Consiste no ato de o funcionário exigir (impor como obrigação) vantagem indevida, para si ou para outrem, em razão da função pública que exerce.

A vantagem indevida mencionada, segundo Prado (2011b), é todo benefício ou proveito contrário ao Direito. Atenção deve ser dada para o fato de que a doutrina majoritária reconhece que a natureza dessa vantagem deve ser econômica ou patrimonial. Todavia, Prado (2011b, p. 472) não se apega a esse entendimento ao afirmar que

Prevalece o entendimento doutrinário de que a vantagem a que se refere o legislador deva ser de natureza econômica ou patrimonial. Contudo, observa-se que, quando o legislador quer restringir a vantagem à

natureza econômica, o faz expressamente, conforme se observa na própria descrição legal do delito de extorsão (art. 158). Assim, a vantagem pode ser de natureza não patrimonial, v.g., quando o agente exige do sujeito passivo que lhe conceda uma condecoração, por mera vaidade pessoal.

Assim, a vantagem indevida prevista no tipo penal não se limitaria somente àquela de natureza econômica, podendo ter caráter não patrimonial se o agente exige uma condecoração por conta da função pública que exerce.

Menciona Greco (2012) que se trata de crime próprio, podendo ser sujeito ativo somente o funcionário público, mesmo aquele que, embora ainda não esteja exercendo função pública, utiliza-se dela para a prática delitiva. Sujeito passivo é o Estado, bem como a pessoa física ou jurídica diretamente prejudicada pelo sujeito ativo.

A Administração Pública, afirma Greco (2012), é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de concussão. A norma penal em estudo visa resguardar o regular funcionamento e o prestígio da Administração Pública, com o objetivo de assegurar a obediência ao dever de probidade para evitar abusos no exercício da função pública.

A consumação, segundo Greco (2012), se verifica no instante em que há a exigência da vantagem indevida, independentemente se ela foi obtida ou não; trata-se, pois, de crime formal. Assim, caso venha a receber vantagem indevida, tal fato será considerado mero exaurimento do crime, que se consumou no momento de sua exigência.

Reconhecendo a natureza formal do crime de concussão se posiciona o Supremo Tribunal Federal: “Crime de concussão: é crime formal, que se consuma com a exigência. Irrelevância no fato do não recebimento da vantagem indevida” (STF, HC 4009/MS, 2.ª Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, publicado no DJ em 14/03/1997).

O principal ponto a se destacar no crime de concussão é a vantagem indevida exigida pelo agente em face da função pública que exerce. Nesse sentido, o § 1.º do art. 316 do CP traz uma modalidade especial do crime de concussão, o excesso de exação:

Concussão

**Art. 316.** [...]

Excesso de exação

§ 1.º Se o funcionário exige tributo ou contribuição social que sabe ou deveria saber indevido, ou, quando devido,

emprega na cobrança meio vexatório ou gravoso, que a lei não autoriza:

Pena – reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa.

Exação, leciona Prado (2011b), representa a ideia de arrecadação ou cobrança rigorosa de tributo ou dívida, alcançando na referida norma a conduta do funcionário que comete excessos no exercício de tal função. Difere-se da concussão propriamente dita já que em princípio a cobrança não visa benefício próprio ou de outrem, mas recolher aos cofres públicos tributo ou contribuição social que sabe ou deveria saber indevida. Convém, pois, destacar a definição legal de tributo e contribuição social.

Dispõe o art. 3.º do Código Tributário Nacional (CTN) que tributo é “toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”. Abrange tal conceito cinco espécies de tributo a saber: imposto, taxa, contribuição de melhoria, contribuições especiais e empréstimo compulsório.

Contribuição social, menciona Hugo de Brito Machado, *apud* Greco (2012), é uma espécie de tributo com finalidade constitucionalmente definida, qual seja a intervenção no domínio econômico, o interesse de categorias profissionais ou econômicas, ou a seguridade social.

O crime de excesso de exação, na sua forma simples (art. 316, § 1.º, CP/1940), pode ser praticado de formas distintas, como destaca Prado (2011b, p. 473):

A conduta típica descrita no art. 316, § 1.º, subdivide-se em duas modalidades, consistindo a primeira na exigência de pagamento de tributo ou contribuição social que o agente sabe ou deveria saber indevido, e a segunda, no emprego de meios vexatórios ou gravosos não permitidos em lei, na cobrança devida de tais receitas.

Assim, o agente que pratica a conduta de excesso de exação realiza a cobrança rigorosa de tributo em duas situações: na primeira situação, o funcionário determina o recolhimento de tributo que sabe ou deveria saber indevido; na segunda, embora o tributo seja devido, o agente emprega na cobrança meio vexatório ou gravoso, que a lei não autoriza.

Meio vexatório ou gravoso, destaca Greco

(2012), é forma de cobrança que não condiz com as determinações legais, já que são utilizados meios constrangedores, humilhantes e que atingem a dignidade da pessoa humana para a efetiva realização da cobrança. Aqui o tributo é devido; entretanto, o meio utilizado para recebê-lo é ilegal.

A forma qualificada do crime de excesso de exação está tipificada no art. 316, § 2.º, do CP, que traz a seguinte redação:

Concussão

**Art. 316.** [...]

Excesso de exação

[...]

§ 2.º Se o funcionário desvia, em proveito próprio ou de outrem, o que recebeu indevidamente para recolher aos cofres públicos.

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

O agente, portanto, desvia, em proveito próprio ou alheio, o que obteve indevidamente.

Prado (2011) ensina que tal disposição constitui uma forma qualificada de excesso de exação porque o agente, após praticar a conduta delitativa descrita no art. 316, § 1.º, do CP, desvia em proveito próprio ou de terceira pessoa o que recebeu de forma ilícita, sem recolher o tributo aos cofres públicos: “verifica-se, por conseguinte, que a ação típica se desdobra em dois momentos, consubstanciados no recebimento indevido do tributo ou da contribuição social e no posterior desvio da *res*.” (PRADO, 2011b, p. 476).

A forma qualificada do excesso de exação diz respeito a uma cobrança indevida que supostamente seria recolhida aos cofres públicos, mas que o agente utiliza em proveito próprio ou de outrem. A consumação do delito, leciona Prado (2011b), se dá com o efetivo desvio, ainda que não seja integral, já que a falta do desvio em benefício próprio ou de terceiro importaria na prática do excesso de exação na forma simples (art. 316, § 1.º, CP).

### 3 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA ÓPTICA CONSTITUCIONAL E PENAL

O princípio da proporcionalidade tem campo de estudo no direito constitucional. Verificada a atual tendência de inter-relação dos ramos do Direito, seus reflexos se estendem ao Direito Penal.

Além de encontrar assento na exigência de

respeito à dignidade humana, Capez (2011) reconhece que tal princípio aparece insculpido em diversas passagens da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), ao abolir alguns tipos de sanções (art. 5.º, XLVII), ao exigir a individualização da pena (art. 5.º, XLVI), ao indicar maior rigor para casos de maior gravidade (art. 5.º, XLII, XLIII e XLIV) e ao prever moderação para infrações menos graves (art. 98, I).

Távora e Alencar (2011) afirmam que há divergência doutrinária se o princípio da proporcionalidade é sinônimo do princípio da razoabilidade ou se não se confunde com este.

Para os que entendem que são princípios distintos, segundo Távora e Alencar (2011), afirma-se que o princípio da razoabilidade representa uma norma jurídica que conduz o jurista a decisões aceitáveis, ao passo que o princípio da proporcionalidade representa um procedimento de interpretação de norma jurídica tendente a concretizar um direito fundamental em dado caso concreto.

Os que analisam os princípios em questão como sinônimos, segundo Távora e Alencar (2011), observam que a proporcionalidade conjuga três etapas, a saber: necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito; enquanto a razoabilidade, não. Tais etapas são detalhadas por Lenza (2011, p. 151):

Necessidade: por alguns denominada exigibilidade, a adoção da medida que possa restringir direitos, só se legitima se indispensável para o caso concreto e não se puder substituí-la por outra menos gravosa;

Adequação: também chamado de pertinência ou idoneidade, quer significar que o meio escolhido deve atingir o objetivo perquirido;

Proporcionalidade em sentido estrito: sendo a medida necessária e adequada, deve-se investigar se o ato praticado, em termos de realização do objetivo pretendido, supera a restrição a outros valores constitucionalizados. Podemos falar em máxima efetividade e mínima restrição.

Busca-se, pois, a maior efetividade no desenvolvimento da atividade normativa de aplicação e interpretação da norma jurídica. A razoabilidade, para Távora e Alencar (2011), não assimila objetivamente essas três etapas. Contudo, tem o condão de orientar o intérprete a não aceitar como válidas soluções jurídicas que conduzam a

absurdos. Em suma, a base teórica de cada princípio diverge, porém a finalidade da aplicação de cada um é a mesma e os tornam expressões sinônimas.

O princípio da proporcionalidade, então, visa à relação custo/benefício da aplicação da norma ao caso concreto. Lenza (2011, p. 150) reconhece a igualdade entre os princípios em questão e afirma que

[...] o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, em essência, consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das ideias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; e, ainda, enquanto princípio geral do direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico.

O princípio da proporcionalidade, pois, assimila aspectos valorativos que coordenam a produção normativa, a interpretação e aplicação da norma, devendo haver proporção entre o meio e a finalidade a que se destina. Essa atividade normativa deve estar amparada nos valores de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins.

Observada a amplitude do princípio da proporcionalidade e levando-se em conta a sua influência em todo o ordenamento jurídico brasileiro, Capez (2011) analisa a aplicação prática de tal princípio no Direito Penal.

Ao criar um novo delito, o legislador determina um ônus à sociedade em face da ameaça de punição que passa a abranger todos os cidadãos. Capez observa que uma sociedade incriminadora limita em demasia a liberdade das pessoas, mas por outro lado esse ônus é compensado pela vantagem de proteção do interesse tutelado pelo tipo incriminador. E completa:

Para o princípio da proporcionalidade, quando o custo for maior do que a vantagem, o tipo será inconstitucional, porque contrário ao Estado Democrático de Direito. Em outras palavras: a criação de tipos incriminadores deve ser uma atividade compensadora para os membros da coletividade (CAPEZ, 2011, p. 39).

A sociedade vê limitados certos comportamentos, em face da cominação da pena

caso sejam praticados. Contudo, desfruta de uma tutela a certos bens que ficarão sob a guarda do Direito Penal. A atividade de criação normativa do Direito Penal bem como sua aplicação deve compensar para os membros da coletividade. Trata-se, pois, de um princípio com larga aplicação e com campo de atuação polarizado, segundo Távora e Alencar (2011, p. 70):

[...] Tem-se admitido que ele deve ser tratado como um “superprincípio”, talhando a estratégia de composição no aparente “conflito principiológico”. [...] Por sua vez, deve ser visto também na sua faceta da proibição de excesso, limitando os arbítrios da atividade estatal, já que os fins da persecução penal nem sempre justificam os meios, vedando-se a atuação abusiva do Estado ao encampar a bandeira do combate ao crime.

A aplicação prática do princípio da proporcionalidade busca resolver da forma mais razoável possível um eventual conflito entre princípios e evitar excessos relativos à atividade estatal, destacando o fato de que os fins buscados pela persecução penal nem sempre são razoáveis em relação aos meios utilizados para tal.

Um Direito Penal democrático, leciona Capez (2011), não pode conceber excessos na atividade punitiva penal. Para que a sociedade suporte os custos sociais de tipificações que limitam a prática de determinadas condutas, é necessário que reste demonstrada a utilidade da incriminação para a proteção do bem jurídico que se quer proteger, bem como a sua relevância em contraste com a natureza e quantidade da sanção cominada.

A atividade penal deve ser proporcional e razoável, devendo preponderar a proteção em detrimento da limitação da prática de certas condutas. Nesse sentido, o indivíduo deve ser punido na medida em que causou dano à sociedade, ou seja, quanto maior o dano causado mais significativa deverá ser a sua punição.

#### **4 A FORMA QUALIFICADA DO EXCESSO DE EXAÇÃO E A LESÃO AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE**

Como visto, o crime de excesso de exação apresenta sua forma qualificada no art. 316, § 2.º, do CP:

Concussão  
Art. 316. [...]

Excesso de exação

[...]

§ 2.º Se o funcionário desvia, em proveito próprio ou de outrem, o que recebeu indevidamente para recolher aos cofres públicos.

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

Explica Prado (2011a) que as circunstâncias legais podem ser genéricas e especiais, constando na parte geral ou na parte especial do CP, respectivamente. As circunstâncias legais genéricas abrangem as agravantes e atenuantes, e as causas de aumento e diminuição de pena; e as circunstâncias legais especiais compreendem as qualificadoras e as causas de aumento ou de diminuição da pena.

As qualificadoras são circunstâncias legais presentes na parte especial do CP. Têm a função de estipular o *quantum* do aumento da pena quando o crime é praticado de forma mais gravosa. Nesse sentido, se posiciona o autor:

As qualificadoras não se confundem com as circunstâncias agravantes. Essas se encontram na parte geral do Código Penal e não estipulam o *quantum* do aumento, que fica a critério do prudente arbítrio judicial; as circunstâncias qualificadoras, ao contrário, modificam as margens penais prevista no tipo básico (PRADO, 2011b, p. 508).

As qualificadoras, então, diferem-se das circunstâncias agravantes. Enquanto estas se encontram na parte geral do CP e não estipulam um *quantum* de aumento (já que fica a critério judicial), as qualificadoras modificam a quantidade de pena prevista para o crime na modalidade simples. Há, portanto, cominação de nova pena.

Todo ato eventual e secundário agregado à figura típica, segundo Capez (2011, p. 472), cuja ausência não influencia a sua existência é denominado circunstância. Tem, portanto, a função de agravar ou abrandar a sanção penal. As qualificadoras constituem circunstâncias legais específicas, com limites mínimo e/ou máximo diferentes do tipo fundamental.

A resposta do Estado à prática criminosa deve ser proporcional ao mal cometido pelo criminoso. Destaca Greco (2011) a necessidade de se aferir a proporcionalidade das penas.

As qualificadoras, como já colocado, possuem a função de aumentar o *quantum* definido para o

crime na sua forma simples e punir o ato criminoso quando praticado de forma mais gravosa. Logo, a determinação das qualificadoras se estrutura nos limites do princípio da proporcionalidade, visto que tal postulado exige proporção na atividade punitiva e as qualificadoras assimilam essa proporção na medida em que aumentam a quantidade de pena quando o crime é praticado de maneira mais grave.

O tipo penal descrito no art. 316, § 2.º, do CP, é a forma qualificada do excesso de exação. O agente desvia aquilo que obteve indevidamente em razão da função pública que exerce, em proveito próprio ou alheio.

O excesso de exação, na sua forma simples (art. 316, § 1.º, CP), comina para o agente a pena de reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa:

Concussão

**Art. 316.** [...]

Excesso de exação

§ 1.º Se o funcionário exige tributo ou contribuição social que sabe ou deveria saber indevido, ou, quando devido, emprega na cobrança meio vexatório ou gravoso, que a lei não autoriza:

Pena – reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa.

Analisando o crime na sua forma simples, observa-se que tal dispositivo descreve a conduta do excesso de exação praticada na forma menos gravosa, já que prevê no art. 316, § 2.º, do CP, esse mesmo crime praticado de maneira mais grave:

Concussão

**Art. 316.** [...]

Excesso de exação

[...]

§ 2.º Se o funcionário desvia, em proveito próprio ou de outrem, o que recebeu indevidamente para recolher aos cofres públicos.

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

Em relação às penas cominadas nas modalidades do crime de excesso de exação, verifica-se uma desproporção no *quantum* da pena mínima estabelecida na forma simples em relação à forma qualificada. Para tanto, destaca Prado que a majoração da pena culminada para a forma simples culminou numa incongruência quando o crime é praticado de maneira mais grave. Em suas palavras:



Acrescenta-se que a pena quanto ao excesso de exação (§ 1.º) foi majorada de seis meses a dois anos de detenção para três a oito anos de reclusão, praticando-se uma incongruência em relação à forma qualificada (§ 2.º), cuja pena mínima (dois anos) é menor do que a conduta na sua forma simples (três anos), num gravíssimo atentado ao princípio da proporcionalidade das penas (PRADO, 2011b, p. 477).

Ocorre que para o excesso de exação praticado na forma simples comina-se pena mínima de reclusão de três anos, ao passo que para o excesso de exação praticado na forma qualificada comina-se pena mínima de reclusão de dois anos. Há uma incongruência em relação à forma qualificada, o que determina um atentado ao princípio da proporcionalidade das penas.

Greco ensina que a proporcionalidade das penas deverá ser aferida em três planos: legislativo, judicial e no momento da execução da pena. Ou:

Sobreleva, assim, na parte especial do código penal, a necessidade de se apurar a proporcionalidade das penas, que deverá ser aferida em três planos distintos, vale dizer, no legislativo, que ocorre quando da criação da figura típica; no judicial, que é levado a efeito quando o julgador aplica a pena ao caso concreto; e no momento da execução da pena, quando o agente, efetivamente, sente os efeitos da sua condenação (GRECO, 2011, p. 28-29).

A incongruência verificada na pena do excesso de exação em relação à forma qualificada atenta contra o princípio da proporcionalidade em qualquer dos planos em que este deverá ser apurado: a atividade legislativa não se preocupou em punir o excesso de exação quando praticado de maneira mais grave; o Judiciário dissemina essa desproporção quando aplica as penas cominadas às duas modalidades; e o agente sofre a consequência de ser punido de maneira mais significativa por um *quantum* de pena maior quando pratica o crime na forma simples, já que no momento da execução da pena sente efetivamente os efeitos da sua condenação.

Pelo princípio da proporcionalidade das penas, destaca Prado (2011b), deve existir uma medida de justo equilíbrio entre a atividade legislativa (abstrata) e a atividade judicial (concreta).

Ora, se a determinação de uma qualificadora visa, pois, punir o crime praticado de maneira mais

grave e comina-se uma pena maior para tal (em relação ao crime na forma simples), em atendimento ao princípio da proporcionalidade, verifica-se uma lesão a este postulado.

Greco (2011) ainda destaca que as penas, de acordo com a parte final do art. 59 do CP, devem ser necessárias e suficientes para a reprovação e prevenção do crime, disposição legal que não é observada na determinação da pena do excesso de exação na forma qualificada.

As penas desproporcionais trazem a ideia de injustiça. A ideia de proporção é inata ao ser humano. Determinar uma pena mínima menor ao crime de excesso de exação na sua forma qualificada em relação à simples rompe com o ideal de proporcionalidade constitucional e penal buscado pelo Estado Democrático de Direito. Em suma, a pena deve ser razoável, devendo ser criada e aplicada proporcionalmente à magnitude da lesão do bem jurídico tutelado.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pena mínima cominada para o crime de excesso de exação, na forma qualificada, é de dois anos de reclusão, ao passo que a pena mínima cominada para o mesmo crime na forma simples é três anos de reclusão.

O princípio da proporcionalidade aplicado ao Direito Penal determina que a pena deve estar proporcional ou adequada à magnitude da lesão ao bem jurídico protegido e à periculosidade criminal do agente.

As qualificadoras, nesse sentido, assimilam o ideal de proporcionalidade na medida em que aumentam o *quantum* da pena-base por conta de o crime ter sido praticado de maneira mais gravosa.

Ocorre que, para a modalidade qualificada do crime de excesso de exação (art. 316, § 2.º, CP), comina-se uma pena mínima menor do que para o excesso de exação na forma simples (art. 316, § 1.º, CP).

Assim, não se verifica proporcionalidade na cominação de penas para o crime de excesso de exação levando em consideração o fato da qualificadora não aumentar a pena base em um *quantum* superior à pena cominada para o crime na forma simples.

A lesão ao princípio da proporcionalidade se verifica nas três etapas em que tal postulado deve ser analisado: na etapa legislativa, já que o legislador não se preocupou em punir o crime em estudo

quando praticado de maneira mais grave; na etapa judicial, visto que o juiz é orientado pela determinação legal tipificada; e na etapa da execução da pena, momento em que a atividade estatal punitiva torna-se efetiva e o agente cumpre uma pena maior quando comete o crime de excesso de exaço na forma simples.

Em suma, há uma incongruência em relação à forma qualificada do crime de excesso de exaço, a qualificadora não cumpre sua função básica de aumentar o *quantum* da pena base do crime em relação a sua forma simples, e o ideal constitucional e penal de proporcionalidade buscado pelo Estado Democrático de Direito é fragilizado.

### REFERÊNCIAS

- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.
- BRASIL. Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial [dos] Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro, DF, 31 dez. 1940, retificado em 3 jan. 1941.
- BRASIL. Lei n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o sistema tributário nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. *Diário Oficial [dos] Estados Unidos do Brasil*. Brasília, DF, 27 out. 1966.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte geral*. v. 1. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte especial*. v. II. 8. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.
- GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte especial*. v. IV. 8. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.
- LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 15. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.
- PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*. v. 1. 10. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011a.
- PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte especial*. v. 3. 7. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011b.
- TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 5. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2011.

## O MEDO E A PENA DE MORTE NA VISÃO DE BECCARIA

“[...] de todas as coisas que movem o homem, uma das principais é o seu terror da morte.” (Ernest Becker - A negação da Morte).

Tiago Barbosa<sup>1</sup>

### RESUMO

A pena de morte é um tema polêmico que vem se arrastando há séculos. No livro *Dos Delitos e das Penas*, Beccaria insere uma visão sobre a utilidade dessa pena, que para ele é considerada como sendo uma punição de pouco impacto na vida do delinquente e ineficaz para a prevenção do crime. O medo é um dos sentimentos que se encontram presentes em todas as pessoas e o medo da morte é algo que influencia o homem desde os primórdios de sua existência. A pena de morte perde o seu caráter intimidador no momento em que o medo da morte é atenuado pela crença de vida após a morte. Presente isso, o artigo visa a atuação do medo como fator essencial para a utilidade da pena de morte e mostrar como Beccaria trata dessa punição como ineficaz para a prevenção do crime.

**Palavras-chave:** pena de morte, medo, Beccaria.

### ABSTRACT

The death penalty is a controversial topic that has been going on for centuries. In the book *On Crimes and Punishments*, Beccaria inserts an insight into the usefulness of that sentence, which in their book is considered to be a punishment of little impact in the life of the offender and ineffective for the prevention of crime. Fear is a feeling that is present in all people and the fear of death is something that influences the man since the dawn of its existence. Death penalty loses its character intimidating at the time the fear of death is mitigated by the belief of life after death. Present this, this

paper seeks to fear acting as an essential factor for the usefulness of the death penalty and show how this comes Beccaria punishment as ineffective for the prevention of crime.

**Keywords:** death penalty, fear, Beccaria.

### 1 INTRODUÇÃO

Esse artigo visa realizar uma análise sobre a pena de morte descrita no livro *Dos Delitos e das Penas*, de Cessare Beccaria, e sobre a atuação do medo na vida humana. A pena capital, que é um assunto tão polêmico, ainda hoje é rodeada de questões não respondidas, sobre sua utilidade, sobre sua necessidade ou sobre a sua validade. Aqui se interessa discutir não apenas os mesmos assuntos sobre a pena de morte, que vem sendo discutida no decorrer dos séculos, mas também apresentar algum pensamento que possa adicionar mais uma visão sobre a pena de morte.

Tratar-se-á do medo como fator principal que influencia em toda a vida, principalmente o medo da morte. Seria o medo da morte capaz de prevenir o crime? As pessoas da sociedade não sentem o verdadeiro medo da morte, o medo que elas possuem é atenuado por suas crenças e assim esse medo se torna fraco para persuadir a mente humana de deixar de cometer delitos. No capítulo do livro *Dos Delitos e das Penas* que trata da pena de morte, Beccaria justifica a inutilidade da aplicação da pena de morte como um evento de pouco impacto na vida dos criminosos e na vida das pessoas da sociedade. A anunciada impressão fraca que essa pena causa pode ser justificada

<sup>1</sup> Acadêmico do Quarto Período do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho e membro do Programa Especial de Tutoria (PET).

também pela inexistência de um sentimento inerente a todos, que é o medo.

Primeiramente será apresentada uma visão geral do livro de Beccaria focando no capítulo que trata da visão do autor sobre a pena capital. Posteriormente, irá se expor o conceito psicológico e filosófico do medo, como sentimento capaz de motivar ou desmotivar ações humanas. Depois, irá se discutir sobre a inutilidade da pena de morte tratada no livro de Beccaria. E, por fim, será apresentado o medo da morte como fator preventivo para o crime e como a falta deste pode acarretar na incompetência da pena capital.

Espera-se que através desse estudo se demonstre um novo raciocínio sobre a visão do medo e da pena de morte. Nada mais justo do que citar Beccaria, que chegou tão fundo nesse assunto. No presente artigo não se visa discutir a implementação da pena de morte no Brasil; mas, sim, tratar de uma reflexão sobre a utilidade da pena capital como foi questionado no livro *Dos Delitos das Penas*.

## 2 DOS DELITOS E DAS PENAS

“Dos delitos e das penas” é o título de um livro que foi escrito pelo filósofo Cesare Beccaria e que viria trazer grande influência nos códigos penais de diversos países. Com certeza, essa é a obra mais conhecida desse ilustre autor, e que ainda serve de estudo para os iniciantes na vida jurídica.

Nesse livro, Beccaria tratou de esgotar o máximo possível o assunto sobre as punições causadas pelas transgressões ao contrato social. Se o intuito dessa obra foi modificar o pensamento em relação aos delitos e às penas estabelecidas na época, indubitavelmente ele conseguiu, pois foi a partir de sua obra que se começou a ter uma visão mais humanizada sobre o Direito Penal.

A punição começa a se desvincular da ideia de vingança da sociedade contra um indivíduo que descumpra a lei e a prejudica, e passa ter um caráter de ressocialização do indivíduo, devolvê-lo à sociedade.

Em um dos capítulos do livro que trata do objetivo das penas, Beccaria diz:

O objetivo das penas não é tormentar um ser sensível ou desfazer um crime já cometido. [...] O objetivo da pena, portanto, não é outro que evitar que o criminoso crie mais danos à sociedade e impedir outros de cometer o mesmo delito (BECCARIA, 2012, p. 37).

Como conseguir esse objetivo? Como conseguir a recuperação, a ressocialização de um criminoso através da punição? Como conseguir impedir que outras pessoas cometam o mesmo crime? Em seu livro, Beccaria dá algumas direções para a solução do problema com uma visão filosófica e reflexiva sobre o assunto. Escreve:

As leis, como eu disse anteriormente, são apenas a soma de pequenas porções de liberdade privada de cada indivíduo e representa a vontade geral que é o agregado das vontades de cada indivíduo. Alguém algum dia deu a outro alguém o direito de lhe tirar a vida? (BECCARIA, 2012, p. 79).

Um dos capítulos desse livro trata da aplicação da pena de morte. Nessa parte do livro, o autor reflete sobre a utilidade dessa pena e em uma das passagens desse capítulo do livro ele diz (2012, p. 80): “Se eu puder demonstrar que a pena de morte não é útil nem necessária, terei ganhado a causa da humanidade.”. Nesse trecho ele, evidencia sua descrença na necessidade da pena de morte na prevenção e na punição dos crimes. O ser humano, guiado por suas paixões, pode cometer um crime. Porém, também pode motivá-lo a refletir sobre a compensação do crime. Se as emoções podem influenciá-lo a cometer o crime, as emoções também podem influenciá-lo a deixar de cometer o crime.

## 3 MEDO

O ser humano é emocional. As emoções são características que influenciam diretamente na vida do homem, podendo ser alegria, tristeza, raiva, medo e tantos outros que ele expressa. De acordo com Davidoff (2001, p. 369), “emoções são estados interiores caracterizados por pensamentos, sensações, reações fisiológica e comportamento expressivo específico. Aparecem subitamente e parecem difíceis de controlar.”.

As emoções se fazem presentes em todos os homens. É algo inerente à sua condição de ser. A sensação de alegria influencia totalmente o dia de uma pessoa, da mesma forma que a tristeza. Todas as emoções causam um impacto na vida de um indivíduo. E esse impacto traz consequências diretas para ele. O medo é o tipo de emoção em que o impacto causado pode até mesmo paralisar uma pessoa ou gerar uma sensação que faça um indivíduo recuar diante de alguma situação.

De acordo com Livraga (2013), “o medo é

um estado psicológico da alma e também um mecanismo instintivo natural que promove a elevação das defesas.”. Neste caso, o medo é uma ferramenta útil para o ser humano, fazendo com que ele recue na presença de perigo. O autor completa assim:

Por medo aos mares, o homem inventou barcos; e por medo dos rios, o homem construiu pontes. O medo de ficar congelado inspirou-o a fazer roupas, e o das insolações, a construir sombrinhas e chapéus (LIVRAGA, 2013).

Então, pode-se considerar o medo como um dos motores da vida, o que impulsiona o homem a fazer algo ou deixar de fazê-lo. Tal sentimento é capaz de modificar a vida, já que muitas pessoas deixam de efetivar algumas ações pelo simples medo de tentar. Um indivíduo que tem medo do fracasso não tenta uma nova possibilidade de emprego. Um indivíduo que tem medo da decepção tem medo de declarar um afeto a alguém. Igualmente, a pessoa que tem medo de não ser aceita na sociedade se mantém reclusa dentro de si mesma. Assim, o medo influencia as escolhas que, conseqüentemente, influenciam a vida.

Segundo Sartre (2008, p. 67), “a fuga, no medo ativo, é tida erradamente como uma conduta racional. Vê-se nela o cálculo, curto, na verdade, de alguém que quer colocar entre si e o perigo, a maior distância possível.”.

Sartre quis dizer que a recusa de fazer algo perante o medo se dá de forma irracional. As pessoas são motivadas a fugir de alguma coisa que lhes pode causar ameaça. Assim, elas podem até calcular se aquela ação pode lhes trazer algum prejuízo.

Neste caso, deve-se concluir que a punição, para que tenha eficácia, deve vir carregada de algum detalhe que possa motivar uma conduta diferente nas pessoas; algo que possa fazê-las calcular se vale ou não a pena a sua execução. É como uma criança, que antes de fazer algo errado, calcula e reflete que se um ponto sair de maneira inesperada, ela pode sofrer sanção pelos seus pais e a motivação para essa reflexão parte do medo de ser punido. Sendo assim, o medo pode servir como desmotivação de contrariar as normas.

E quando falta esse fator motivacional? Neste caso, o crime pode ser cometido e reincidido, resultando em um sentimento de impunidade, o qual demonstra que a punição não consegue provocar um sentimento de aversão ao crime. Outro tom

filosófico sobre o tema é o exposto a seguir:

Pois em todo homem existe certo grau, sempre elevado, de medo, através do qual, ele concebe o mal que venha a sofrer com sendo o maior de todos. E assim, por uma necessidade natural, ele o esquiva o mais possível, e supomos que de outro modo não possa agir. Ora, quando alguém chega a esse grau de medo, tudo o que dele podemos esperar é que se salve pela luta ou pela fuga (HOBBS, 1998, p. 48).

Dessa forma, o sentimento de medo pode ser utilizado para que um indivíduo “fuja” da vontade de cometer um crime; e, assim, poder calcular se sua ação irá ser compensatória.

#### 4 PENA DE MORTE E SUA INUTILIDADE

Primeiramente, deve ser apresentado o conceito de pena e para isso será utilizado o conceito de Capez que diz que pena é

sanção penal de caráter aflitivo, imposta pelo Estado, em execução de uma sentença, ao culpado pela prática de uma infração penal, consistente na restrição ou privação de um bem jurídico, cuja finalidade é aplicar retribuição punitiva ao delinquente (CAPEZ, 2011, p. 385).

Então, a pena é a possibilidade de o Estado privar um indivíduo de um bem jurídico, na sua totalidade ou parcialmente, e com o objetivo de evitar que ele não cometa novos delitos. De acordo com Bitencourt (2012, p. 128):

Pena e Estado são conceitos intimamente relacionados entre si. O desenvolvimento do Estado está intimamente ligado ao da pena. [...] Destaque-se a utilização que o Estado faz do Direito Penal, isto é, da pena, para facilitar e regulamentar a convivência dos homens em sociedade.

As penas existem desde que o homem vive em sociedade, desde as sociedades mais primitivas até a sociedade atual. Assim, sempre que um indivíduo ataca algum bem jurídico, ele deve sofrer uma sanção para que sua conduta não seja praticada novamente e desmotivar outros indivíduos para que não possam fazer o mesmo.

A pena de morte ou conhecida também como pena capital diz ser a rainha das penas e é chamada quando há crimes ditos como “imperdoáveis” pelo grupo social. Há séculos, é utilizada como punição

e ainda hoje sobrevive em alguns países. O Código de Hamurabi<sup>2</sup>, reconhecido como o documento mais antigo sobre leis penais, tinha em sua legislação a aplicação da pena de morte:

se alguém tirar um olho de outro, perderá o seu igualmente; se alguém quebrar um osso de outro, partir-se-lhe-á um também; se o mestre de obras não construiu solidamente a casa e esta cair, matando o proprietário, o construtor será morto e, se for morto o filho do proprietário, será morto o filho do construtor.

Mas, a pena de morte não restringe sua utilização só no passado. Ainda no presente é utilizada em alguns países como forma de punição. Países como Estados Unidos, China e Coreia do Norte utilizam dessa pena para punir crimes considerados imperdoáveis<sup>3</sup>.

Assim como o Estado evolui, o Direito Penal também evolui. Então, surgem novos conceitos, teorias que passam a contribuir para o desenvolvimento dessa ciência.

Segundo Bitencourt (2012, p. 129):

É possível deduzir que as modernas concepções do Direito Penal estão vinculadas às ideias de finalidade e função, o que explica sua estrita relação com as teorias da pena, meio mais característico de intervenção do Direito Penal.

Dessa forma, essas teorias são utilizadas para basear fundamentos contra ou a favor da utilização da pena capital. As duas principais teorias que dão justificativas à utilização da pena são as retributivas (absolutas) e as utilitaristas (relativas).

De acordo com Bitencourt, a pena em sentido absoluto dá maior entendimento quando analisada juntamente como Estado que dá a vida. Segundo ele, o Estado absolutista tinha como características mais significativas a identidade entre o soberano e o Estado, ou seja, rei e Estado eram a mesma pessoa; a unidade entre moral e direito, Estado e a religião e também a afirmativa de que o poder concedido ao rei era oriundo do próprio Deus. Assim, de acordo Bitencourt (2012, p. 131):

A ideia que então se tinha da pena era a de ser um castigo com o qual se expiava o mal

(pecado) cometido. De certa forma, o regime do Estado absolutista, impunha-se uma pena a quem, agindo contra o soberano, rebelava-se também, em sentido mais que figurado, contra o próprio Deus.

Assim, considerava-se que a pena possuía um único objetivo: o de punir um pecador. Com a concepção do Estado e da sua desvinculação com a religião (laicidade), a pena, em sentido absoluto, passa ser uma punição para a pessoa que contrariava o contrato social. Segundo Bitencourt (2012, p. 132), “a pena tem como fim fazer justiça, nada mais. A culpa do autor deve ser compensada com a imposição de um mal, que é a pena.”. Nesse sentido, a pena capital poderia ser utilizada com o objetivo de restaurar a ordem perdida e fazer justiça.

Um dos maiores defensores dessa teoria absoluta da pena foi Immanuel Kant. Segundo Kant (*apud* BITENCOURT, 2012, p. 135):

A pena jurídica, *poena forensis*, não pode nunca ser aplicada como um simples meio de procurar outro bem, nem em benefício do culpado ou da sociedade; mas deve ser sempre contra o culpado pela simples razão de haver delinquido.

Então, Bitencourt sintetiza a ideia de Kant, segundo a qual o indivíduo que comete um crime deve ser punido pela única razão de ter cometido o crime, pouco importando sobre a utilidade da pena para ele ou para a sociedade. Assim, a pena não tem outra finalidade a não ser a de castigar quem cometeu o delito, excluindo a sua função preventiva da pena.

A outra teoria a ser apresentada – e a mais importante para este estudo – é a teoria utilitarista, também conhecida como relativa ou preventiva da pena. Segundo Bitencourt (2012, p. 140):

Para as teorias preventivas, a pena não visa retribuir o fato delitivo cometido, e sim prevenir sua prática. Se o castigo ao autor do delito se impõe segundo a lógica das teorias absolutas, somente porque delinuiu, nas teorias relativas a pena se impõe para que não volte a delinquir.

Assim, o foco dessa teoria é a prevenção da

<sup>2</sup> Disponível em: <<http://www.culturabrasil.org/zip/hamurabi.pdf>>. Acesso em: 8 out. 2013.

<sup>3</sup> Disponível em: <<http://www.amnistia-internacional.pt/dmdocuments/ListadePaísesPenaMorte.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2013.

pena, não só voltada para quem delinuiu, mas também para toda a sociedade, fazendo com que a intimidação da pena passe pelo delinquente e reflita na sociedade. E, então, observa-se novamente a presença do medo para a efetivação dessa ação preventiva. Sim, o medo se faz presente aqui, pois, sem medo, não há intimidação. De acordo com Bitencourt, para as duas teorias, tanto a absoluta quanto a relativa, a pena é considerada como um mal necessário; porém, na preventiva, essa necessidade da pena não se baseia na ideia de realizar justiça, mas na função, já referida, de inibir, tanto quanto possível, a prática de novos fatos delitivos.

Portanto, vê-se, claramente, a teoria utilitarista sendo usada como justificativa do objetivo das penas no livro de Cessare Beccaria. Como exemplo, no seguinte trecho:

O objetivo da pena, portanto, não é outro que evitar que o criminoso cause mais danos à sociedade e impedir a outros de cometer o mesmo delito. Assim, as penas e modos de infligi-las devem ser escolhidos de maneira a causar a mais forte e duradoura impressão na mente de outros, com o mínimo de tormento no corpo do criminoso (BECCARIA, 2012, p. 37).

Assim, como supracitado, para Beccaria, as penas devem ser escolhidas de modo que causem forte e duradoura impressão na mente de outros. Sendo assim, a pena de morte não cumpre esse papel, pois, ele também diz que a execução de um criminoso é um espetáculo momentâneo e, assim, a impressão causada na mente dos outros também é momentânea e incapaz de inibir outras pessoas a cometerem crime. Beccaria diz que melhor que o medo da morte é o “exemplo contínuo de um homem privado de sua liberdade, condenado a pagar com o seu trabalho, como uma besta de carga os males que causou à sociedade.” (2012, p. 81). Desse modo, o medo de morrer é menor do que o medo de se tornar um sofredor durante a vida.

## 5 MEDO DA MORTE COMO PUNIÇÃO

Por que o medo da morte se torna insuficiente para a prevenção do cometimento do crime? Porque a morte não é enxergada como o fim da vida, ao passo que morrer, para alguns, não é o fim de tudo; morrer, para alguns, não quer dizer deixar de existir. Então, a morte não causa medo. O medo é uma forte arma intimidadora, capaz de desmotivar

o homem não só a cometer delitos, mas desmotivá-lo a realizar qualquer tipo de ação. Segundo Kovács (1992, p. 14), “o medo é a resposta psicológica mais comum diante da morte.”. Porém, o medo da morte não se apresenta de forma equânime para todos. Para alguns, a morte é só mais transição. Para outros, a morte é o início de uma nova vida ou a morte é o fim que não necessita de explicação e que a todos estão destinados. E o que faz a morte ter tantas facetas é o sentido sobrenatural dado a ela, a religião e a crença de vida após a morte diminuem o medo em relação a ela. Segundo Gire (2013):

Algumas culturas, como a hindu, imaginam um padrão circular da vida e da morte, onde uma pessoa está pensada para morrer e renasce com uma nova identidade. Esta saída e reentrada na vida pode ocorrer várias vezes. Isto contrasta com a visão cristã onde se acredita que a morte ocorra apenas uma vez. No entanto, os cristãos não acreditam que tudo cessa com a morte. A pessoa perde a sua forma corporal, mas continua em espírito, onde há consequências: os fiéis - fiéis que mantiveram a fé - são recompensados com alegria eterna no céu, e os pecadores procedem para o inferno, onde há dor e sofrimento sem fim.

Então, a crença e a religião dão uma saída para morte.

O Brasil é um país que possui população, em sua maioria, constituída de pessoas cristãs. Portanto, a crença de vida após a morte é compartilhada pela maioria dos brasileiros, segundo o Censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística 2010. Mesmo que essa concepção de vida após a morte venha dividida em uma eternidade no paraíso ou eternidade no inferno, ainda assim não deixa de ser outra vida depois dessa. A existência ainda se faz presente em outro plano, tirando a força do medo da finitude da vida. Mas, como o país possui diversidade de crenças, há também diversas visões sobre a morte, como exemplo da reencarnação no espiritismo ou em religiões indígenas. Ainda no capítulo que trata da pena de morte, Beccaria diz (2012, p. 85):

Então, a religião se apresenta na mente dos fora da lei, e apresentando quase a certeza da felicidade eterna para um arrependimento simples contribui muito para diminuir o horror daquela última tragédia.

Para alguns povos, a crença da vida após a morte era utilizada para o propósito de diminuir o medo da morte para estimular o heroísmo e assim fazer surgir guerreiros que poderiam lutar sem temer o fim da sua existência. Era o caso da mitologia nórdica dos povos que habitavam países hoje conhecidos como Suécia, Dinamarca, Noruega e Islândia. Essa mitologia é narrada em forma de poesia chamada as Edas, escrita em 1056 e uma versão em prosa mais moderna, escrita em 1640. Esses dois escritos narram a existência de um paraíso chamado Valhala, no qual os guerreiros que morriam bravamente em batalha eram escolhidos pelo deus Odin para uma vida de festas e comemorações. Ou seja, guerreiros que não possuíam esse perfil eram considerados inaptos para Valhala. Dessa forma, o medo da morte era tirado para que surgissem guerreiros violentos e sedentos por batalhas (BULFINCH, 2002, p. 380-382).

Assim, sem o medo da morte, a pena de capital se torna inútil, incapaz de prevenir o crime, pois a crença de viver uma vida após essa, de obter o perdão divino por todos os seus atos retira a força da pena de morte. De acordo com Beccaria (2012, p. 82):

O terror da morte causa uma impressão tão leve que não tem força suficiente para resistir ao esquecimento natural dos seres humanos, mesmos nas coisas mais essenciais, especialmente quando estimulada pela paixão.

Desta forma, pode-se afirmar que o medo da morte causa pouco ou nenhum impacto na vida de um indivíduo. Assim e conseqüentemente, inutiliza a pena capital pela sua incapacidade de prevenir o crime.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Viu-se que o medo é um sentimento capaz de fazer com que o homem repila seu desejo de agir. Ao sentir medo, um indivíduo recua diante suas vontades e assim se deixa influenciar por esse sentimento. A incapacidade de fazer algo perante o medo é, às vezes, tão forte que uma pessoa pode ficar totalmente impotente e não esboçar nenhuma reação ou então suprimir sua vontade interna. O medo impede o ser humano de realizar ações que são, às vezes, tão simples, mas que, diante do desconhecido, tornam-se tão difíceis de realizar.

Como visto, a morte é credora de um dos

maiores medos da humanidade. Esse medo proporciona a motivação que a raça humana possui para poder continuar buscando seu desenvolvimento e sua sobrevivência nesse mundo vasto e, por que não dizer, no universo.

A morte que tanto intriga o homem é algo inevitável e um dia atingirá a todos. Deixar de existir é uma possibilidade que passa pela cabeça e faz refletir sobre o futuro sem o seu ser. A morte chegou até ser reconhecida como a “musa da filosofia” por Schopenhauer (1788-1860). Esse acontecimento, além de intrigante, é bastante significativo para o ser humano, pois ele é o único animal que tem consciência do fim de sua existência.

Existe um feriado reservado para os que se foram. Enquanto no Brasil o dia dois de novembro, dia de finados, é o dia de lembrar com tristeza dos que se foram; no México esse dia é celebrado com festa e comemorações, baseadas na crença da vida após a morte.

Os dois acontecimentos que marcam a passagem de um indivíduo na terra são o seu nascimento e sua morte. A morte causa mais aflição porque deixar de existir é um ponto obscuro diante do seu desconhecimento, porém, a crença em vida após a morte é a luz que ilumina e afasta esse medo. Logo, se não há medo da morte, não há medo da pena capital, pois o medo desta depende do medo daquela.

Alguns indivíduos que cometeram atrocidades contra seus semelhantes nunca pensaram na dor e no sofrimento que causaram, mas pensam no perdão divino, algo tão precioso para sua crença, para uma vida feliz e eterna após essa vida, objetivo para o qual os seus arrependimentos são válidos.

## REFERÊNCIAS

- BECKER, Ernest. *A negação da morte: uma abordagem psicológica da finitude humana*. Tradução de Luís Carlos do Nascimento Silva. Rio de Janeiro: Record, 2007. Título original: *The denial of death*.
- BITENCOURT, César Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BULFINCH, Thomas. *O livro de ouro da mitologia: história de deuses e heróis*. Tradução de David Jardim Júnior. 26. ed. Rio de Janeiro:



Ediouro, 2012. Título original: *The age of fable*.

CESSARE, Beccaria. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Neury Carvalho Lima. São Paulo: Hunter Books, 2012.

DAVIDOFF, Linda L. *Introdução à psicologia*. Tradução de Lenke Peres. 3. ed. São Paulo: Makron Books, 2001.

GIRE, James T. How death imitates life: cultural influences on conceptions of death and dying. Disponível em: <<http://www.wvu.edu/culture/gire.htm>>. Acesso em: 11 out. 2013.

HOBBS, Thomas. *Do cidadão*. Tradução de Renato Janine Ribeiro. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). Censo demográfico 2010. Disponível em: <<ftp://ftp.ibge.gov.br/>

Censos/Censo\_Demografico\_2010/Caracteristicas\_Gerais\_Religiao\_Deficiencia/tab1\_4.pdf>. Acesso em: 25 out. 2013.

KOVÁCS, Maria Júlia. *Morte e desenvolvimento humano*. São Paulo: Casa do Psicólogo, 1992.

LIVRAGA, Jorge Angel. O medo. Disponível em: <[http://www.novaacropole.pt/a\\_medo.html](http://www.novaacropole.pt/a_medo.html)>. Acesso em: 3 out. 2013.

SARTRE, Jean-Paul. *Esboço para uma teoria das emoções*. Tradução de Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2008.

SANTOS, Carlos. O papel da religiosidade face à morte. Disponível em: <[http://www.academia.edu/1479734/O\\_Papel\\_da\\_religiosidade\\_na\\_ansiedade\\_face\\_a\\_Morte-Carlos\\_Santos](http://www.academia.edu/1479734/O_Papel_da_religiosidade_na_ansiedade_face_a_Morte-Carlos_Santos)>. Acesso em: 11 out. 2013.



## ***RESUMOS***

---



**TESTAMENTO VITAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO:  
uma abordagem acerca do confronto da vida como um bem jurídico indisponível *versus* o  
princípio da dignidade da pessoa humana**

Diego Celestino Ferreira<sup>1</sup>

Segundo os preceitos fundamentais insculpidos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a vida humana é um bem jurídico indisponível, pois se constitui na origem e sustentáculo de todos os outros direitos. Assim, deverá ser preservada pelo seu titular e por todos os demais membros da coletividade, não podendo, portanto, ser abdicada nem exposta às condições de risco. Exceto naquelas circunstâncias autorizadas por lei. Em 2012, o Conselho Federal de Medicina (CFM) divulgou a Resolução 1.995, que formaliza e reconhece o testamento vital, também conhecido como “declaração de vontade antecipada”, o qual possibilita ao paciente que esteja em pleno gozo e capacidade mental, declarar e registrar a vontade ou não de se submeter a quaisquer tipos de tratamentos médicos, caso esteja diante de um diagnóstico terminativo. Embora o Conselho Federal de Medicina tenha reconhecido e possibilitado ao paciente o testamento vital, esse procedimento ainda não está autorizado pela legislação vigente. Ao contrário, confronta com a própria indisponibilidade determinada na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, bem como no Código Civil de 2002. A

Resolução acendeu entre os operadores do Direito uma boa discussão, pois coloca em confronto dois importantes princípios constitucionais: respeitar a dignidade humana através da escolha pela morte digna ou preservar a vida como bem que se sobrepõe aos demais em qualquer circunstância? Nesse contexto, o presente trabalho tem por objetivo compreender os aspectos jurídicos, quanto ao reconhecimento e à validade do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro, ponderando os dois princípios constitucionais, quais sejam, a Dignidade da Pessoa Humana e a proteção da vida como bem jurídico indisponível. O estudo do tema dar-se-á através da pesquisa bibliográfica, documentos eletrônicos e legislação vigente. Conclui-se que o testamento vital demonstra um grande avanço no ordenamento jurídico brasileiro, pois garante a vontade e autonomia da escolha do paciente quanto ao seu tratamento, facultando-lhe inclusive a garantia de uma morte digna.

**Palavras-chave:** Testamento vital. Ordenamento Jurídico. Vida. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

---

<sup>1</sup> Acadêmico do Oitavo Período Matutino do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho e membro do Programa Especial de Tutoria (PET).

## O CONFRONTO ENTRE O UNIVERSALISMO E O MULTICULTURALISMO

Isadora Oliveira de Paula e Silva<sup>1</sup>

O presente resumo visa o estudo das concepções universalistas e multiculturalistas no que tange aos Direitos Humanos, buscando frisar o embate entre posições tão diversas. Além disso, tem por finalidade pesquisar as razões que levam cada país seguir uma ou outra concepção, e, concomitantemente analisar as soluções para atenuar tais divergências. Para aqueles que defendem o universalismo, os direitos humanos são universais e inerentes à própria humanidade. Todos os países devem obedecer aos preceitos dos direitos humanos, independentemente de serem signatários de um Tratado ou não, para que se efetivem, de fato, a paz e a segurança internacional. Diferentes destes, os multiculturalistas pregam um ideal de que a cultura do país é intrínseca a ele. Que cada país possui a sua concepção de paz, dignidade da pessoa humana, ética, moral, política. Portanto, os Direitos Humanos são diferentes em cada país, não sendo possível universalizá-los. Frente a isso, faz-se o seguinte questionamento: quais são as medidas eficazes para que os Direitos Humanos tenham legitimidade em todos os países? Uma hipótese seria a realização de um debate intercultural em que cada país exponha o seu ponto de vista para que haja uma construção do respeito da cultura de um país para com o outro

e para que cada país perceba que a sua cultura possui deficiências. E, assim, chegar a soluções de como legitimar os Direitos Humanos universalmente sem desprezar a cultura de cada país. Outra hipótese seria a de resgatar os preceitos de dignidade da pessoa humana em cada povo e, a partir daí, definir o que seriam os Direitos Humanos. No desenvolvimento deste estudo científico, a técnica de pesquisa utilizada será bibliográfica, podendo haver, se necessário, a utilização da técnica de pesquisa documental. As fontes de pesquisas serão as obras bibliográficas, documentos e páginas eletrônicas. É mister salientar que a tentativa de legitimar os Direitos Humanos na porção oriental do globo terrestre encontra uma considerável resistência, por sua cultura divergir em vários pontos da do ocidente. Acontecimentos recentes como o da Síria têm mostrado essa resistência diante da tentativa da imposição desses direitos. Dessa maneira, devem-se buscar, de maneira urgente, medidas eficazes para a emancipação dos Direitos Humanos.

**Palavras-chave:** Universalismo. Multiculturalismo. Direitos Humanos. Legitimidade.

---

<sup>1</sup> Acadêmica do Quinto Período Matutino do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho e membro do Programa Especial de Tutoria (PET).

## A DOCTRINA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA ANTE O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA PESSOA JURÍDICA

Matheus Medeiros Maia<sup>1</sup>

A história mostra que a partir do momento em que o homem passou a construir pequenas comunidades, começou a desenvolver mais bem as suas potencialidades. Em consequência, aumentou sua qualidade de vida. O desenvolvimento da espécie humana fez com que as relações econômicas e comerciais se tornassem mais complexas. Baseando-se na premissa de que, ao se agrupar, torna-se mais eficiente a consecução de suas finalidades, os seres humanos passaram a se coligar, a fim de alcançar lucros ou atingir seus objetivos particulares. Surge, então, o conceito de pessoa jurídica, entendida como “unidade de pessoas naturais ou de patrimônios, que visa à consecução de certos fins, reconhecida como sujeito de direitos e obrigações.” (DINIZ, 2012, p. 264). Porém, pelo fato de a pessoa jurídica ser sujeito de direito autônomo, ela acaba sendo utilizada para prática de atos fraudulentos, desviando-se de sua finalidade e lesando credores e terceiros sem que os seus membros sejam responsabilizados. Com o fim de combater essa prática, o legislador pátrio positivou, no artigo 50 do Código Civil brasileiro de 2002, o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, baseado na *disregard doctrine*, de origem dos Tribunais norte-americanos. Em síntese, trata-se de uma prerrogativa atribuída ao Judiciário de desconsiderar episodicamente a personalidade jurídica, em casos de desvio de finalidade ou confusão patrimonial, a fim de alcançar os membros que abusaram da personalidade autônoma da organização. Todavia, pesquisas bibliográficas e jurisprudenciais permitem afirmar que o instituto da desconsideração, pelo fato de estar positivado no ordenamento jurídico brasileiro, vem sendo utilizado de modo desenfreado e

arbitrário pelo Poder Judiciário. Sem que haja necessidade, os magistrados desconsideram pessoas jurídicas de forma descomedida e infundada, lesando direitos destas, bem como de seus membros. Deve-se ressaltar que a regra é o respeito ao princípio da autonomia da pessoa jurídica, sendo a desconsideração uma excepcionalidade a ser utilizada pelo órgão judicante em casos pontuais. A desconsideração não deve enfraquecer o instituto da pessoa jurídica; mas, sim, fortalecê-lo, punindo os que a utilizam com má-fé. Por conseguinte, demonstrada a maneira exagerada com a qual o Poder Judiciário brasileiro aplica a *disregard doctrine*, a fim de que seja combatido o uso de má-fé da pessoa jurídica sem que haja lesão a direito de seus membros, os magistrados devem minuciosamente investigar e identificar nos casos concretos provas incontestáveis de que houve o abuso de personalidade, responsabilizando os membros que assim atuam, sem que haja abuso por parte do órgão jurisdicional.

### REFERÊNCIAS

- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. v. 1. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

<sup>1</sup> Graduando em Direito pela Faculdade de Direito Santo Agostinho e membro do Programa Especial de Tutoria (PET)





## ***RESENHA***

---



## EUTANÁSIA EM A GUERRA DOS TRONOS

Dandara Tamires Reis e Castro<sup>1</sup>

### 1 INTRODUÇÃO

Misericórdia é um sentimento de compaixão, despertado pela desgraça ou pela miséria alheias. A expressão misericórdia tem origem latina e é formada pela junção de *miserere* (ter compaixão), e *cordis* (coração). “Ter compaixão do coração” significa ter capacidade de aproximar seus sentimentos dos sentimentos de alguém, ser solidário com as pessoas. Diante de uma situação médica delicada e irreversível, o termo eutanásia surge sendo a prática pela qual se abrevia a vida de um enfermo incurável, que se encontra em um processo de morte, lento e doloroso.

A eutanásia representa atualmente um complexo debate de bioética e do biodireito, envolvendo filosofia, ética, questões jurídicas e religiosas. Independentemente da motivação para a eutanásia, seja ela legalizada ou não, é considerada um assunto controverso, existindo sempre prós e contras.

Tão controverso é o tema que pode ser visto em situações fictícias fantasiosas que dão margens a análises e ponderações ao se comunicar com o leitor. A literatura possui a abertura para uma nova forma interpretativa em que o leitor pode se deixar levar pelas intenções do autor, instigando o pensar.

No livro *A Guerra dos Tronos*, com nome original em inglês **Game of Thrones**, o primeiro livro da série de fantasia épica *As Crônicas de Gelo e Fogo*, escrita pelo norte-americano George R. R. Martin e publicada pela editora americana Bantam Spectra – com edição brasileira da Editora Leya – têm-se dois personagens importantes que enfrentam problemas sérios de saúde, que afetam os demais ao redor, em alguns instigando a misericórdia e em outros motivos escusos para a prática da eutanásia.

Essas duas situações médicas em *A Guerra dos Tronos* são filosoficamente interessantes, além,

é claro, das complexas questões morais envolvidas e as escolhas tomadas durante e após os tratamentos, o que tornam ainda mais instigantes a leitura e o pensar.

Questões relativas à vida e à morte são importantes e interessantes por envolverem não apenas a vida, mas por obrigarem o pensar sobre escolhas mais profundas. As emergências médicas dos personagens Bran Stark e *Khal Drogo* são janelas para uma análise do termo eutanásia sob a óptica da misericórdia em cada situação.

### 2 SITUAÇÕES MÉDICAS EM WESTEROS E NO MAR DOTHRAKI

Em *Westeros*, o jovem Brandon Stark escala uma das torres de *Winterfell*, quando surpreende Cersei e Jaime Lannister num ato secreto de incesto, após tramarem contra Eddard Stark, novo escolhido para ser *A Mão do Rei*. Na busca por proteger tais segredos, Jaime empurra o jovem Bran pela janela da torre, deixando o menino aleijado, em coma, numa luta entre vida e morte. No mesmo livro, mais adiante, no *Mar Dothraki*, o poderoso Khal Drogo é ferido em batalha, algo inicialmente sem importância, mas, por insistência de sua esposa Daenerys Targaryen, deixa-se ser tratada por uma curandeira desconhecida até então, a Mirri Mas Duur. Tal ferimento piora e o faz cair do cavalo, que mostra que ele não mais era forte, não mais podia governar. Ele está fraco, prestes a morrer. Assim como Bran Stark, seu fio entre a vida e a morte é fino e delicado e, devido à delicadeza e necessidade da situação, ambos ficam aos cuidados de especialistas. Bran é cuidado pelo *meistre* Luwin, que serve a casa Stark. Já Drogo, novamente é entregue pela esposa aos cuidados obscuros da magia negra da *maegi* Mirri Mas Duur, na busca por salvá-lo.

<sup>1</sup> Graduanda em Direito pela Faculdade de Direito Santo Agostinho e membro do Programa Especial de Tutoria (PET).

### 3 ATO DE MISERICÓRDIA EM WESTEROS

Jaime Lannister, ao tomar seu café da manhã acompanhado por seus irmãos Cersei e Tyrion, comenta sobre a situação de Bran Stark. Por ser ambientada num período semelhante ao medieval, os recursos médicos na história não passam de orações e “curandeirismo”. Assim, uma criança que cai da janela de uma torre, fratura a coluna e está inconsciente, não é nada promissor. Na pequena reunião dos Lannisters, ao chegarem ao assunto da criança Stark, que se encontra acamada, o comentário de Jaime é que “poderia pôr fim ao seu tormento. Era o que eu faria se fosse meu filho. Seria um ato de misericórdia. [...] eu preferiria uma morte boa e limpa.”.

Os leitores sabem bem os motivos escondidos atrás dessa singela demonstração de misericórdia: se Bran nunca mais acordasse, os segredos dos gêmeos Lannisters estariam seguros novamente. O incesto, a traição, as conspirações e a origem dos três herdeiros do trono. Ao que tudo indica, Jaime prefere manter a situação como está e, de preferência, com a criança curiosa dos Stark calada. E morta.

Diante desses motivos, qualquer um pode ficar horrorizado. A sugestão de que uma morte rápida, de retirar a vida de uma criança, com tanto a viver ainda, seria algo subitamente rejeitada. Caso Bran acorde, mesmo diante das inúmeras limitações que poderá ter em sua vida, nada o impediria de ter uma vida boa, de sonhar, de buscar realizar seus objetivos, mesmo que alguns não sejam mais possíveis, como sua teimosia em escalar. Assim, certamente não seria um ato de misericórdia acabar com a vida do garoto. Seria algo imoral na perspectiva dos leitores, ainda mais pelos motivos escusos disfarçados de misericórdia.

Porém, mesmo que a sugestão de Jaime tenha um quê negro, imoral e por motivos horrendos, vale ser pensada de modo mais geral, levando-se em conta apenas a misericórdia como motivação. É certo que o conceito de misericórdia, no sentido de agir com compaixão em razão do sofrimento de outra pessoa, é importante diante de decisões de vida ou morte.

Tendo como base essa ideia de misericórdia, há duas decisões médicas difíceis, em que Jaime tem um raciocínio até defensável em termos morais, se não estivesse com os motivos errados, é claro. Nos momentos mais difíceis de uma doença terminal, frente à certeza da morte e todos os

momentos restantes de dor sem fim, muitos escolhem encerrar todo e qualquer tratamento que esteja prolongando a vida, uma vida de dor, e apressam a morte. Quando viver vai contra os interesses de quem é a vida, talvez seja razoável pôr fim a ela, conforme entendimento de Luper (2010).

Jaime, ao sugerir ao Eddard Stark que dê ao filho uma “morte boa e limpa”, ele, como cavaleiro do Rei, sempre confiante ao portar sua espada, sugere um golpe decisivo de  *aço valiriano*, através da espada da casa Stark, Gelo, para dar um fim rápido ao sofrimento do garoto e de sua família. E não espera que Eddard ordene ao *meistre* Luwin que suspenda os cuidados com Bran de modo que sua morte seja lenta e gradual.

Esses diferentes atos de misericórdia correspondem a uma importante distinção: a diferença entre eutanásia ativa e passiva.

### 4 EUTANÁSIA

Alguns, como Cabette (2011), atribuem a origem do termo eutanásia a Francis Bacon no ano de 1623, em sua obra intitulada *Historia vitar et mortis*. Há ainda quem defenda a tese de que a origem do termo é ainda mais antiga, que remota ao pensamento estoico, no qual Cícero (106–43 a.C.), na Carta a Ático, já teria empregado a palavra eutanásia como sinônimo de “morte digna, honesta e gloriosa” (ALVES, 2001, p. 27). Mas, há notícias do uso do vocábulo desde a época do Imperador Augusto. E Sêneca, na Epístola a Lucílio, também teria usada a palavra para referir-se à “arte da boa ou doce morte” (ALVES, 2001, p. 27).

Atualmente, a doutrina especializada sobre o tema tem empreendido algumas classificações da eutanásia, normalmente utilizando-se de distinções binárias.

Segundo Luper (2010), o termo eutanásia se estende de duas maneiras para os teóricos antigos. Em primeiro plano, ao abandonarem a suposição de que a eutanásia envolve assassinato, fazem a distinção entre a ativa que é “o ato de matar que beneficia quem morre”, e a passiva, “que beneficia o indivíduo permitindo que morra.” (LUPER, 2010, p. 211). Na segunda maneira, é possível fazer uma distinção entre variedades de eutanásia ativa e passiva em termos da atitude do indivíduo que morre. A eutanásia, seja ativa ou passiva, é voluntária quando “o indivíduo que morre é competente para consentir com o ato.”; é involuntária quando “negada competentemente”,

e não voluntária quando “quem morre não tem competência ou não consegue expressar uma atitude sobre a morte.” (LUPER, 2010, p. 211).

Assim, quando se retira o tratamento necessário para manter a vida de um paciente, é eutanásia passiva, sendo um ato mais lento de misericórdia do que fornecer ao paciente uma “morte boa e limpa”, ao realizar de forma ativa alguma ação para encerrar a vida. Carvalho (2001) traz uma definição de eutanásia passiva sendo uma abstenção da prestação de tratamentos médicos ordinários ou proporcionados – úteis – que poderiam prolongar a vida do paciente e cuja ausência antecipa a morte.

Tem-se outra classificação, que se refere à eutanásia natural e à provocada. Cabette (2011) as diferencia da seguinte maneira: a primeira está ligada ao óbito que ocorre sem intervenções de terceiros e sem sofrimento. Já a provocada ou voluntária é aquela que se refere ao uso de alguma forma pela qual a conduta humana, seja por parte de outrem ou do próprio doente, ajuda a terminar com a agonia, amenizando o sofrimento, abreviando seu período de vida, comissiva ou omissivamente, de maneira direta ou indireta. A provocada se subdivide em autônoma e heterônoma. Na primeira, não há intervenção de terceiros e é conhecida por suicídio; já a segunda, ocorre atuação de terceiros para a eliminação do sofrimento e da vida do doente.

Outra classificação tem lastro na atitude do agente quanto ao curso vital do enfermo, sendo então eutanásia solutiva e eutanásia resolutive. A solutiva não apresenta qualquer dilema moral, ético ou sob o prisma jurídico, sendo apenas a ajuda prestada para a ocorrência de uma boa morte, sem que haja o encurtamento do curso vital, sendo apenas assistência física, moral, espiritual e psicológica ao enfermo. “É o cumprimento do dever moral de assistência e solidariedade humana, de modo que nada pode haver de reprovável em tal conduta.” (CABETTE, 2011, p. 21).

Na eutanásia resolutive, atua-se de forma a reduzir o tempo do curso vital no suposto interesse do doente, com seu consentimento ou de seus representantes, consentimento este marcado pela espontaneidade e livre consciência. Ainda há autores que subdividem a resolutive em três: libertadora ou terapêutica, eugênica ou selecionadora e a eutanásia econômica. Para este estudo cabe apenas falar sobre a libertadora, que é segundo Cabette “genuinamente uma espécie de eutanásia” (2011, p. 22), sendo caracteristicamente

humanitária, movida pela misericórdia, sendo que sua prática se processa por motivo de solidariedade ou compaixão, cujo intento é o de liberação do sofrimento do doente, envolvendo o próprio autor emocionalmente no episódio. O móvel é a piedade que leva o agente à conduta que libera o enfermo de sua agonia, antecipando o momento de sua morte.

É possível confundir eutanásia passiva e a ortotanásia. Etimologicamente ortotanásia advém do grego *orthós*, que significa normal, correta, e *thánatos*, morte, designando, portanto, a morte natural ou correta, no seu tempo, sem abreviação do tempo de vida (eutanásia) e nem prolongamentos irracionais do processo de morrer (distanásia).

Do ponto de vista da misericórdia, uma vez optado pela morte, é preferível evitar o sofrimento prolongado oriundo de uma morte lenta e dolorosa, do prolongamento do processo de morrer, sendo certamente o mais misericordioso a fazer, aparentemente. Essa é a escolha que muitos fazem pelos seus animais de estimação. Os donos buscam, assim, dar um fim mais misericordioso e humano, algo que, de certa forma, mostra que o conselho de Jaime talvez seja válido. Talvez permitir que pacientes com doenças incuráveis, e sofrimento interminável, possam escolher a eutanásia ativa em vez da passiva seja o mais humano a se fazer.

Enquanto a eutanásia passiva, segundo Tedesco (2012), é moralmente permitida, e amplamente praticada, a eutanásia ativa é polêmica. É este autor que traz o que a American Medical Association (Associação Médica Americana) diz sobre as duas práticas, em uma distinção bem lúcida. Esse grupo, em 1991, adotou uma política chamada *Decisions Near the End of life* (Decisões perto do fim da vida), que permite a retirada e a negação de tratamento de suporte à vida em respeito à escolha autônoma do paciente, mas proíbe tanto a eutanásia ativa quanto o suicídio assistido por um médico. Essa proibição se justifica com base na diferença moral importante entre matar e deixar morrer. “A ideia é que, embora possa haver casos em que seja permitido deixar alguém morrer, matar está numa categoria totalmente diferente em termos morais.” (TEDESCO, 2012, p. 116).

Cabette define a eutanásia ativa sendo “aquela que se pratica através de atos que ajudam o doente a morrer, buscando com isso aliviar ou eliminar seu sofrimento” (p. 23), e ainda a subdivide em direta ou indireta, de acordo com o fim almejado pelo autor. A eutanásia ativa direta é a

que busca principalmente a diminuição do lapso temporal de vida do enfermo por meio de atos positivos, comissivos, que o ajudam a morrer. Já a eutanásia ativa indireta tem duas finalidades, sendo a primeira diminuir o sofrimento e concomitantemente reduzir o tempo de sofrimento e vida. É perceptível que a eutanásia ativa indireta pode ser vista como a eutanásia pura, genuína, em que se procura agir com misericórdia, aliviando o sofrimento físico e psíquico do enfermo, sempre realizando o abreviamento da vida.

Rachels (1975) argumenta, em conformidade com Jaime Lannister, no artigo *Active and Passive Euthanasia* (Eutanásia passiva e ativa), que o ato direto da eutanásia ativa pode ser uma escolha misericordiosa. Proibi-la, enquanto a passiva, é permitida é optar e impor, ao sancionar, uma linha de ação que causa e prolonga ainda mais o sofrimento. Rachels argumenta ainda que matar e deixar morrer são atos de equivalência moral.

Analisando, em conformidade com Tedesco (2012), de forma sistêmica, não há distinção moral entre matar e deixar morrer, pois ambas são ações que levam a uma avaliação detalhada sobre as circunstâncias de cada caso em questão, mas têm como objetivo a morte.

Filósofos contemporâneos, como Brock (1992) não veem diferença entre matar e deixar morrer um enfermo, sendo que a retirada do tratamento médico é causar a morte de forma intencional, assim como matar. Logo, por a eutanásia passiva ter a morte como intenção, trata-se de um ato de matar, tanto quanto a eutanásia ativa.

Ao longo da leitura, e só de pensar na situação de Bran sem conhecer as circunstâncias, é fácil notar que sua deficiência, mesmo grave, não chega a justificar sua morte por misericórdia, ao contrário da situação do segundo personagem a ser analisada.

## 5 A ESPERA PELO RETORNO DA VIDA ALÉM DO MAR ESTREITO

Mais à frente, no mesmo livro, *A Guerra dos Tronos*, Daenerys Targaryen age, por misericórdia, num ato admirável e aceitável como legítimo e única opção, na visão de muitos leitores, diante das circunstâncias particulares do caso de *Khal Drogo*, seu marido. Têm-se agora novas questões a serem pensadas e ponderadas.

Outrora, *Khal Drogo* fora temido, invencível, cujo cabelo nunca fora cortado, os sinos presos

foram presentes de seu pai, jamais derrotado em batalha, líder nato. Contudo, em um combate teve um ferimento, que a princípio não era nada a se importar, mas a pedido de sua esposa, entrega-se ao curandeirismo da *maegi* Mirri Mas Duur. O ferimento piora, e a gravidade da situação é retratada pela queda do cavalo, o que mostra toda sua fraqueza. Uma vez que um *khal* que não pode montar, não pode liderar.

Desesperada e cega aos avisos dos *companheiros de sangue* de Drogo, Daenerys novamente confia seu amado *sol-e-estrelas* à magia da *maegi*. Drogo é salvo, mas à custa de uma vida, a vida do filho de Daenerys, ainda em seu ventre. A criança que foi profetizada como o *Garanhão que Montará o Mundo*, e, o homem que sobrevive ao acordo, não é mais o poderoso *khal* Drogo. É um vegetal, com olhar perdido. Tão vegetal que até Sor Jorah Mormont observa: “Parece gostar do calor” (p. 534) enquanto Drogo está deitado ao sol sem expressão e com moscas ao seu redor. Ainda vive, mas não é a mesma vida de antes. Considerando a condição do marido como permanente com os dizeres da *maegi*, Daenerys toma uma decisão de misericórdia, sufoca o marido com uma almofada.

A maioria dos leitores se compadece da situação e não se horroriza com a atitude da *khaleesi*, mas ela realiza um assassinato premeditado a um ser humano indefeso. Cruel fora do mundo ficcional? Sim. Mas, como então Daenerys não é julgada como vilã, assassina, pelos leitores?

A situação de Drogo não difere de casos reais e graves, de lesões cerebrais traumáticas e doenças degenerativas, que afetam a mente ao ponto de o enfermo não ser mais a pessoa que era, e fica mais clara quando comparada à de Bran Stark. A indignação frente à sugestão de Jaime Lannister, para que usem uma espada para matar o garoto lhe dando uma morte boa e limpa, tem como base a esperança da vida ainda a ser vivida por Bran, mesmo com dificuldades. A situação de Drogo é bem diferente.

Para Drogo, não há esperanças, tanto que diante da pergunta da *khaleesi* “Quando [ele] voltará a ser como era?”, Mirri Mas Duur responde “quando o sol nascer no ocidente e se puser no oriente. Quando os mares secarem e as montanhas forem sopradas pelo vento como folhas. Quando seu ventre voltar a ganhar vida para dar à luz um filho vivo. Então, e não antes, ele regressará.” (p. 534).

Mesmo em uma obra literária e ficcional, algumas dessas palavras remetem ao impossível, ao nunca. *Khal Drogo* nunca voltará a ser o que era e é por isso que Daenerys age daquela forma.

## 6 CONCLUSÕES

O ponto importante a ser analisado é que a aceitação da eutanásia refere-se à situação e circunstâncias particulares de cada caso. Uma solução, segundo Rosenthal (2009), é aplicar a técnica de proporcionalidade, deixando para, no caso concreto, dar contornos efetivos ao direito à morte digna (boa e limpa), dependendo das circunstâncias concretas. Assim, o Biodireito alerta que o paradigma válido para toda ciência é o de que o conhecimento deve estar sempre a serviço da humanidade, respeitando a dignidade do ser humano.

O estado de *Khal Drogo*, apesar de ser também uma enfermidade, era diferente do estado de Bran Stark. As características morais e emocionais envolvidas diferem tanto quanto a gravidade médica. Mesmo diante das diferenças, as respostas não são fáceis, pois envolvem decisões profundas e radicais. Argumentos éticos e valores não de ser usados para justificação pró ou contra. Contudo, é necessária a análise real do contexto para balizar e fundamentar as decisões.

É certo que a eutanásia continuará a suscitar grande polêmica e inúmeras ponderações filosóficas, morais, jurídicas e religiosas, pois o tema é complexo.

Quanto aos personagens, Bran Stark se recupera do coma, e mesmo com a impossibilidade de andar, tem uma vida repleta de aventuras. Daenerys também segue sua vida, sempre se lembrando de seu *sol-e-estrelas*, mas com saudades em vez de arrependimentos. A história segue seu curso e se mantém tão impressionante nos quesitos ficcionais fantásticos quanto nas tramas morais, filosóficas, psicológicas de cada personagem.

Todo o livro *A Guerra dos Tronos* apresenta uma linguagem acessível e há originalidade desde a narração, que a cada capítulo se concentra em terceira pessoa limitada a centrar em um único personagem. Não há maniqueísmo e os personagens travam lutas interiores a todo instante, além das exteriores, o que aproxima ainda mais o leitor, o instigando a imaginar e pensar como agiria em cada momento e circunstância.

Pensar e ponderar em cada momento e

circunstância, ainda mais quando se trata do processo de morrer alheio, pois, matar ou deixar morrer, independente da escolha, o que não se espera é o prolongamento do sofrer alheio.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Ricardo Barbosa. *Eutanásia, bioética e vidas sucessivas*. Sorocaba: Brazilian Books, 2001.

AMERICAN MEDICAL ASSOCIATION. Council on Ethical and Judicial Affairs. Decisions Near the End of Life. *Journal of the American Medical Association*. Redding (Califórnia, USA), n. 276, 1992, p. 2.229-2.233.

BROCK, Dan W. Voluntary active euthanasia. *Hastings Center Report*. New York, v. 22, n. 2, mar./ abr. 1992, p. 10-22.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Eutanásia e ortotanásia: comentários à Resolução 1.805/06 CFM. Aspectos éticos e jurídicos*. Curitiba: Juruá, 2009. 1.ª reimpressão em 2011.

CARVALHO, Gisele Mendes de. *Aspectos jurídico-penais da eutanásia*. São Paulo: IBCCrim, 2001.

LUPER, Steven. *A filosofia da morte*. Tradução Cecilia Bonamine. São Paulo: Madras, 2010.

MARTIN, George R. R. *A guerra dos tronos*. Tradução de Jorge Candeias. São Paulo: Leya, 2010.

RACHELS, James. Active and passive euthanasia. *New England Journal of Medicine*. Massachusetts (UK), v. 292, n. 2, 9-1-1975, p. 78-80.

ROSENVALD, Nelson. *Direito civil: teoria geral*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

TEDESCO, Matthew. Seria um ato de misericórdia: escolha entre a vida e a morte em Westeros e para lá do mar estreito. In: JACOBY, Henry. *A guerra dos tronos e a filosofia*. Tradução de Patrícia Azeredo. Rio de Janeiro: BestSeller, 2012. (Coleção Cultura Pop, 1).

