

ISSN 1809-6425

REVISTA JURÍDICA DA FAMINAS

Volume 9 – Número 1-2
jan./dez. de 2013

EDITORA  FAMINAS

MANTENEDORA – LAEL VARELLA EDUCAÇÃO E CULTURA LTDA.

Diretor presidente – **Misael Artur Ferreira Varella**
Diretor administrativo e financeiro – **Luciano Ferreira Varella**
Diretor adjunto – **Lael Vieira Varella Filho**
Diretora executiva – **Luisa Ribeiro Varella**
Gerente administrativo e financeiro/Muriaé – **Eduardo Goulart Gomes**
Gerente administrativo/Belo Horizonte – **Geraldo Lúcio do Carmo**

FACULDADE DE MINAS (FAMINAS) – CAMPUS MURIAÉ

Diretor geral – **Luciano Ferreira Varella**
Diretor de ensino – **Roberto Santos Barbiéri**
Coordenadora acadêmica – **Roberta de Freitas Gouvêa**

COORDENADORES DE CURSOS: Administração – **Telêmaco Pompei**; Biomedicina – **Luciana de Andrade Agostinho**; Ciências Contábeis – **Jorge Luiz de Oliveira**; Direito – **Poliana Aroeira Braga**; Educação Física – **Guilherme Tucher**; Enfermagem – **Soraya Lúcia do Carmo da Silva Loures**; Farmácia – **Micheline Luiza de Souza Lopes**; Fisioterapia – **Bruna Moraes Araújo**; Nutrição – **Denise Felix Quintão**; Psicologia – **Giselle Braga de Aquino**; Sistemas de Informação – **Maria Vanderléa de Queiroz**.

COORDENADORIAS TÉCNICAS: Extensão/Estágios – **Mário Fernando Rodrigues Júnior**; Pesquisa – **Alexandre Horácio Couto Bittencourt**

FACULDADE DE MINAS (FAMINAS) – CAMPUS BH

Diretor geral – **Luciano Ferreira Varella**
Diretor de ensino – **Roberto Santos Barbiéri**
Diretora acadêmica – **Ivana de Cássia Raimundo**
Supervisão acadêmica – **Cristiane Chaves Caldas**

COORDENADORES DE CURSOS: Administração – **Tatiana Domingues Pereira**; Biomedicina – **Camila Henriques Coelho**; Ciências Contábeis – **Rosália Gonçalves Costa Santos**; Direito – **Charley Teixeira Chaves**; Enfermagem – **Sônia Maria Nunes Viana**; Farmácia – **Maria Betânia de Freitas Marques**; Medicina – **Alessandra Duarte Cla**; Nutrição – **Vanessa Patrocínio de Oliveira**; Pedagogia – **Thatiane Santos Ruas**; Serviço Social – **Liliane Maria de Fátima Ribeiro**; Sistemas de Informação – **Fábio Neves de Miranda**; Terapia Ocupacional – **Sandra Minardi Mitre**.

COORDENADORIAS TÉCNICAS: Estágios – **Alessandra Navarro de Castro**; Extensão e Pós-graduação – **Alexandre Freitas Niserani**; Pesquisa – **Cláudia Maria Correia Borges Rech**.

ISSN 1809-6425

Faculdade de Minas (FAMINAS)

REVISTA JURÍDICA DA FAMINAS

Volume 9 – Número 1-2
jan./dez. de 2013

EDITORA  FAMINAS

Copyright © 2013: EDITORA FAMINAS

Revista Jurídica da FAMINAS. – v. 9, n. 1-2 (jan./dez.) 2013 – Muriaé
– Belo Horizonte – FAMINAS – Faculdade de Minas, 2013 –

Semestral.

ISSN: 1809-6425

1. Revista Jurídica da FAMINAS – Periódicos. I. FAMINAS – Faculdade de Minas.

EDITORA FAMINAS

Av. Cristiano Ferreira Varella, 655 (Bairro Universitário)

CEP: 36880-000

Muriaé – MG

Telefone: 0/xx/32/3729-7501 ramal 7554

E-mail: editora@faminas.edu.br

**Assuntos relacionados à permuta da Revista Jurídica da FAMINAS
são tratados pela Biblioteca da FAMINAS-Muriaé**

Av. Cristiano Ferreira Varella, 655 (Bairro Universitário)

CEP: 36880-000

Muriaé – MG

Telefone: 0/xx/32/3729-7520

E-mail: bibliointercambio@faminas.edu.br

NO FINAL DESTA EDIÇÃO ESTÃO AS NORMAS PARA SUBMISSÃO DE ARTIGOS

ISSN 1809-6425

Revista Jurídica da FAMINAS (Faculdade de Minas)

Muriae/Belo Horizonte – MG – volume 9 – número 1-2 – jan./dez. de 2013

Publicação quadrimestral

Editora executiva

Lenise Lantelme

Conselho editorial

Rosemiro Pereira Leal – Dr. em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) • Prof. na UFMG; Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG); Ordem dos Advogados do Brasil, seção de Minas Gerais (OAB-MG).

Paulo Nader – Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF); Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (Emerj).

Daniel Amim Ferraz – Universidade Federal de Viçosa (UFV); Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento.

Jamile Bergamaschine Mata Diz – Doutora em Direito Público pela Universidade de Alcalá de Henares (UAH), Madri, Espanha • Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG); Fundação Universidade de Itauna.

Francisco de Assis Figueiredo – Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG); Faculdades Milton Campos; Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG); Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM).

Roberto Santos Barbiéri – Doutor em Físico-Química pela Universidade de São Paulo (USP) • Faculdade de Minas (FAMINAS); Centro Universitário de Caratinga (UNEC), Caratinga (MG).

Valéria Aroeira Braga – Professora aposentada da Universidade Federal de Viçosa (UFV).

Editoração eletrônica

Lenise Lantelme

Revisão de português e normas da ABNT

Sônia Maria Dal-Sasso e Lenise Lantelme

Revisão de inglês e espanhol

Alessandra Soares



SUMÁRIO

A nova modalidade de usucapião e o fracasso legiferante.....	09
<i>Paulo Enrique Freitas CRUZ</i>	
Considerações a respeito dos problemas associados à criação de uma legislação específica sobre o <i>bullying</i>	23
<i>Sanyo Drummond PIRES</i>	
Direito sucessório dos filhos advindos de reprodução assistida heteróloga	43
<i>Joana D'arc dos Santos LIMA, Sonia Maria Dal SASSO, Ana Paola Medeiros de Oliveira CARNEIRO</i>	
Implicações da tecnologia da informação sobre a disciplina dos títulos de crédito	59
<i>Alina Tereza de Mattos AZEVEDO, Poliana Aroeira Braga Duarte FERREIRA</i>	
Interrupção terapêutica da gestação de feto anencéfalo após arguição da ADPF n. 54 de 2012	75
<i>Miriam da Consolação CARVALHO, Francisco Carvalho CORREA</i>	
O direito de greve e o direito à educação: a ponderação de interesses sociais à luz da Constituição Cidadã.....	89
<i>Gabriel Brandão Cabral DUTRA, Ricardo Resende BERSAN</i>	



A nova modalidade de usucapião e o fracasso legiferante

Paulo Enrique Freitas CRUZ¹, paulocruz1989@hotmail.com

1. Bacharelado em Direito pela Faculdade de Minas (FAMINAS), Muriaé (MG).

RESUMO: Busca-se com o presente artigo demonstrar as fraquezas da Lei n. 12.424/2011, que inseriu o artigo 1240-A no Código Civil Brasileiro, haja vista que lhe faltou isonomia, faltou prazo razoável, mas sobraram dificuldades enormes na aferição do abandono, e irremediavelmente fez retornar a culpa onde é humanamente impossível delegar culpado: nas relações de afeto. Buscou-se, ainda, demonstrar o desacerto na única decisão sobre o tema.

Palavras-chave: usucapião familiar, abandono, inconstitucionalidade.

ABSTRACT: The new kind of prescription and the legislating failure. We search with this article to demonstrate the weaknesses of Law n. 12.424/2011, which inserted the Article 1240-A in the Brazilian Civil Code, given that it lacked equality, lacked a reasonable period, but enormous difficulties in measuring the leaving remained, and irretrievably it provided the return of blame to where it is humanly impossible to delegate blame:

the affection relationships. It was sought to further demonstrate the mismatch in the single decision on the issue.

Keywords: family prescription, abandonment, unconstitutional.

RESUMEN: El nuevo tipo de prescripción y el fracaso de la legislación. Buscamos con este artículo demostrar las debilidades de la Ley n. 12.424 / 2011, que introduce el artículo 1240-A en el Código Civil brasileño, dado que carecía de la igualdad, carecía de un plazo razonable, pero enormes dificultades en la medición de la partida se mantuvo, e irremediablemente proporcionó el retorno de la culpa a lo que es humanamente imposible de delegar la culpa: las relaciones de afecto. Se trató de demostrar aún más la falta de coincidencia en la decisión única sobre el tema.

Palabras clave: prescripción, el abandono, la inconstitucionalidad de la familia.

Introdução

Este artigo tem por fim expor as mazelas de uma lei que pecou em tudo quanto ousou regular. Refutar-se-á, contudo, a pioneira e única – até o momento – decisão judicial. Não menos infeliz é preciso dizer.

A Lei n. 12.424/2011 declara tratamento desigual a iguais, tendo em vista que protege os abandonados da cidade, mas se esquece dos do campo. Tem o ínfimo prazo de dois anos, e, por fim, ressuscita a extinta “culpa” que noutrora assolava as separações conjugais.

Diante deste cenário, traz-se à baila o conceito jurídico da palavra abandono, tendo em vista que é preciso delimitar seu sentido e alcance. E ainda, após configurado o abandono (objetivo e subjetivo), é necessário que não o seja por justo motivo. Ocorre que o justo motivo desaguará exatamente em trazer de novo ao judiciário problemas que dizem respeito só aos nubentes.

Antes de mais nada, porém, é necessário tecer linhas elucidativas sobre o gênero usucapião, e só a partir daí, adentrar em sua espécie, a usucapião familiar.

Cabe reputar que, por uma mera questão didática, foi adotado o emprego do nome: “usucapião familiar”, tratado assim em todo

o texto, não dando margem às demais formas de nomes que a doutrina construiu (SIMÃO, 2013).

I – A usucapião

A origem do vocábulo usucapião nos remete ao latim “usu capio”, que significa: tomar a coisa pelo uso, tendo origem em “455 antes de Cristo na Lei das Doze Tábuas” (FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 320-321).

A usucapião, tratada no feminino pelo Código Civil 2002 e por grande parte da doutrina, em regra, é a aquisição originária da propriedade pela ocorrência de lapso temporal (determinado em lei), juntamente com a posse (de Savigny), ou seja, “corpus” – domínio fático e o “animus domini” –, intenção de ser dono (TARTUCE 2011, p. 826).

Em abordagem inspirada, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

Com efeito, a posse é o poder de fato sobre a coisa; já a propriedade é o poder de direito nela incidente. O fato objetivo da posse, unido ao tempo - como força que opera a transformação do fato em direito - e a constatação dos demais requisitos legais, confere juridicidade a uma situação de fato, convertendo-a em propriedade. A usucapião é a ponte que realiza essa travessia, como uma forma jurídica de solução de tensões derivadas do confronto entre a posse e a propriedade, provocando uma mutação objetiva na relação de ingerência entre o titular e o objeto (FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 322).

II – A usucapião familiar

Eis o enunciado normativo alvo da enorme celeuma doutrinária:

Art. 1.240 - A.: Aquele que exercer, **por 2 (dois) anos** ininterruptamente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, **sobre imóvel urbano** de até 250m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) cuja propriedade divida com ex-cônjuge ou ex-companheiro **que abandonou o lar**, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio integral, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural (BRASIL, 2002) (grifos nossos).

2.1 – Abandono

Segundo o Dicionário Técnico Jurídico de Deocleciano Torrieri Guimarães, abandono do lar se dá “quando um dos cônjuges se afasta com intenção de não mais retornar ao lar” (GUIMARÃES, 2010, p. 11). Este conceito é extraído – em outras palavras – de todos os compêndios de Direito de família, mormente nas explicações da extinta separação judicial. Com base neste conceito, pode-se conjugar a existência simbiótica de dois elementos: o objetivo, que é o sair do lar, e o elemento anímico ou subjetivo, que é a vontade de sair e não retornar ao lar. A esse respeito Elpídio Donizetti e Felipe Quintella aduzem:

Para que se configure abandono do lar, segundo nos ensina o Direito de Família, é necessária a conjugação de dois elementos: o fato de um cônjuge ou companheiro não mais residir habitualmente com o outro (elemento objetivo), e o ânimo de abandonar, quer dizer, a vontade de um cônjuge ou companheiro de não mais residir com o outro (elemento subjetivo) (2012).

Dessa forma, repele-se qualquer interpretação que coloque como prisma apenas o ato de sair do imóvel da família, sendo necessário o “animus derelinquende” (vontade de abandonar).

Evidencie-se que aquele que foi abandonado, ao interpor a ação declaratória de usucapião, deverá demonstrar na inicial onde reside o ex-cônjuge ou ex-companheiro. É preciso provar onde está o abandonante por razão simples: o cônjuge pode estar juridicamente enquadrado na figura do ausente (Art. 26, CC). Portanto, se o cônjuge sai de casa, ainda que por uma briga, e nunca mais volta, sem que se saiba onde ele reside, o mesmo deve ser encarado como ausente e não abandonante. A presunção não pode ser a de restringir um direito de propriedade daquele que não se tem notícias, e que não pode exercer o fundamental direito a ampla defesa e contraditório. Só o que se poderá fazer é abrir sucessão provisória nos prazos elencados em lei. Dessa forma, levando-se em conta a vetusta máxima “ei incumbit probatio qui dicit” – incumbe provar quem alega – (art. 333, inciso I, CPC), deve, pois, o “pseudo” abandonado, provar o abandono no seu elemento anímico (vontade), demonstrando que o abandonante está em local certo e determinado.

É mister, neste ponto, colacionar a única jurisprudência sobre o assunto até a presente data. Ei-la:

Juiz garante usucapião conjugal

Uma mulher divorciada ganhou na Justiça o direito ao domínio total e exclusivo de um imóvel registrado em nome dela e do ex-marido, que se encontra em local incerto e não sabido. A decisão do juiz Geraldo Claret de Arantes, em cooperação na 3ª Vara de Família de Belo Horizonte, tomou como base a Lei 12.424/2011, que regulamenta o programa Minha Casa Minha Vida e inseriu no Código Civil a previsão daquilo que se convencionou chamar de usucapião familiar, usucapião conjugal ou, ainda, usucapião pró-moradia. Com a decisão, a mulher está livre para dar o destino que achar conveniente ao imóvel, que era registrado em nome do ex-casal. Esse novo dispositivo inserido no Código Civil prevê a declaração de domínio pleno de imóvel ao cônjuge que exercer, por dois anos ininterruptamente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano de até 250m² cuja propriedade divida com ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar". Foram juntados ao processo documentos que provaram o antigo casamento, o divórcio e o registro do imóvel em nome do ex-casal. A localização, o tamanho e o tempo de uso da casa pela mulher também foram observados pelo magistrado. No pedido liminar à Justiça, a mulher comprovou ser portadora de doença grave, necessitando imediatamente do pleno domínio da casa onde vive para resolver questões pendentes. A não localização do ex-marido, comprovada nos autos, impedia qualquer negociação que envolvesse o imóvel. Em seu despacho, o juiz determinou a expedição de mandado de averbação, que deverá ser encaminhado ao cartório de registro de imóveis, para que seja modificado o registro do imóvel" (TJMG, 2013).

Reputa-se lamentável a decisão em muitos pontos. Seguem, pois, pormenorizados:

- 1 – Se a mulher estava divorciada do marido, e o “abandono” ocorreu depois do divórcio, por razões óbvias ela não poderia usucapir, não havia mais comunhão plena de vida. O enunciado

499 da 5ª jornada de Direito Civil a esse respeito afirma:

“A aquisição da propriedade na modalidade de usucapião prevista no Art. 1240-A do cc só pode ocorrer em virtude de implemento de seus pressupostos anteriormente ao divórcio. o requisito “abandono do lar” deve ser interpretado de maneira cautelosa, mediante a verificação de que o afastamento do lar conjugal representa descumprimento simultâneo de outros deveres conjugais, tais como assistência material e sustento do lar, onerando desigualmente aquele que se manteve na residência familiar e que se responsabiliza unilateralmente pelas despesas oriundas da manutenção da família e do próprio imóvel, o que justifica a perda da propriedade e a alteração do regime de bens quanto ao imóvel objeto de usucapião” (grifos nossos).

- 2 – Independentemente de ter havido divórcio, o ex-cônjuge precisa ser citado, precisa exercer o contraditório.
- 3 – Trata-se, é flagrante, de sujeito ausente, matéria regulada pelo Código Civil no art. 26 em diante, como visto.
- 4 – O fator “doença grave” em um dos proprietários de bem em condomínio vertical não tem o condão de tornar a propriedade exclusiva de apenas um dos condôminos.

Superado o entendimento a respeito dos elementos objetivo e subjetivo, assim como o desacerto da única decisão sobre o tema, é preciso ir além, e analisar o argumento trazido pelos doutos Elpídio Donizetti e Felipe Quintella:

[...] o grande perigo representado por esta nova modalidade de usucapião refere-se aos casos em que o cônjuge ou companheiro tem um justo motivo para abandonar o lar. Basta imaginar a hipótese de uma mulher que abandonou o lar conjugal em razão de sofrer violência do marido. Seria justo que, após dois anos, o agressor usucapisse do imóvel comum? Evidentemente que não. Daí que, em nossa opinião, a usucapião por abandono do lar deve comportar um outro requisito, ainda que não expresso no texto do art. 1.240-A, mas que se impõe em razão do princípio da dignidade da pessoa

humana: a injustiça do abandono. ou seja, mesmo que presentes tanto o elemento objetivo quanto o subjetivo do abandono do lar, somente se deve configurar a usucapião se o abandono for injustificado, se não se dever a justo motivo (2012, p. 758).

O argumento colacionado é substancial, tornando-se necessário, desde logo, o enfrentamento da “justiça do abandono” como quiseram os autores mineiros. Para tanto, impende mencionar que o último feixe de luz deste arrebol se deu quando o poder constituinte derivado, em boa hora, extirpou a separação judicial do direito de família (vide emenda constitucional 66/2010). No tempo em que vigorava a separação, o casal ia a pleito discutir na presença do Estado-Juiz a quem assistia razão pela falta de afeto. Decidia-se sobre a guarda dos filhos, quem pagaria pensão e outras mais matérias atribuindo um culpado pela ruptura.

2.2 – A volta da culpa

A emenda constitucional 66/2010 deu nova redação ao §6º do artigo 226 da Constituição Federal, *ipsis litteris*: “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”. Andou bem o legislador pátrio em revogar tacitamente parte dos artigos 1.571 ao 1.578, CC, como aduz Zeno Veloso:

[...] numa interpretação histórica, sociológica, finalística, teleológica do texto constitucional, diante da nova redação do art. 226, §6.º, da Carta Magna, sou levado a concluir que a separação judicial ou por escritura pública foi figura abolida em nosso direito, restando o divórcio que, ao mesmo tempo, rompe a sociedade conjugal e extingue o vínculo matrimonial. Alguns artigos do Código Civil que regulavam a matéria foram revogado pela superveniência da norma constitucional – que é de estatura máxima – e perderam a vigência por terem entrado em rota de colisão com o dispositivo constitucional superveniente” (VELOSO, 2010).

O Direito evolui perenemente, mudando ao sabor dos tempos e das sociedades. É por isso que o memorável Miguel Reale tripartiu o Direito em fato (histórico e social), valor (individual e coletivo de justiça), e norma (positivada) (REALE, 2003, p. 75). A mudança, com a vigência da EC/66, foi positiva, tendo em vista o reconhecimento de que o Estado não tem legitimidade para

aferir de quem é a culpa em relacionamentos que não deram certo, como ocorria na superada separação judicial.

Ocorre que com a Lei n. 12.424/2011, inegavelmente, discutir-se-á de quem é a culpa pelo abandono (perda do vínculo). Pois, como anteriormente visto, não basta haver elemento objetivo e elemento subjetivo, é preciso saber se o abandono foi justo. E o incumbido na aferição da culpa – como na extinta separação judicial – é o juiz de Direito, que terá escassos elementos probatórios (no mais das vezes) e pouquíssimas chances de cumprir a justa composição do litígio.

A jurisdição não pode ser panaceia para “todos” os males da sociedade, antes deve ser instrumento de pacificação social, deste modo, em alusão ao inabalável prolóquio, é preciso dizer: roupa suja é lavada em casa, não no judiciário. Ademais, ser juiz não é ser psicólogo, sociólogo nem assistente social. Com efeito, o retorno da imputação da culpa é uma ofensa à proibição do retrocesso social, visto que a culpa nas separações conjugais restava extinta do ordenamento jurídico brasileiro.

Mas ainda, é preciso responder: o que é um abandono justo? É justo permanecer num mesmo imóvel casais que não convivem harmoniosamente? É justo aplicar medida coercitiva àquele que saiu do imóvel, quando alguém (um dos dois) de alguma forma teria que sair? Ora, quem sair do imóvel, certamente experimentará maior ônus, afinal este terá de morar em uma nova casa, tornar dessa nova casa um lar, ter despesas diversas como alugueis e benfeitorias, entre outros. Enquanto o que usa e goza sozinho do bem permanece na casa, apenas aguardando um curto lapso de dois anos para ter o bem sozinho.

Portanto, é preciso realmente que haja elemento objetivo e subjetivo no abandono, é preciso ainda que seja justo, mas a justiça do abandono – numa (des)união de afetos –, além de por demais subjetiva, precisaria ser perscrutada em outras esferas de outras ciências. Sob pena de pairar o fantasma da insegurança jurídica, pois que para uns juízes, os mais liberais, será justo qualquer abandono; para outros, mais conservadores, não haverá justiça nunca (alegando ser eterno o dever de amparo); para os intermediários oscilará entre uma decisão e outra.

Quanto a isso, Maria Berenice Dias aduz:

De forma para lá de desarrazoada a lei ressuscita a identificação da causa do fim do relacionamento que em boa hora foi sepultada pela Emenda Constitucional nº 66/2010 que, ao acabar com a separação fez desaparecer prazos e atribuição de culpas. A medida foi das mais salutares, pois evita que mágoas e ressentimentos - que

sempre sobram quando o amor acaba – sejam trazidas para o Judiciário. Afinal, a ninguém interessa os motivos que ensejaram a ruptura do vínculo que nasceu para ser eterno e feneceu (DIAS, s/d).

E continua mais à frente a douta vice-presidenta nacional do IBDFAM:

Além disso, ressuscitar a discussão de culpas desrespeita o direito à intimidade, afronta o princípio da liberdade, isso só para lembrar alguns dos princípios constitucionais que a Lei viola ao conceder a propriedade exclusiva ao possuidor, tendo por pressuposto a responsabilidade do co-titular do domínio pelo fim da união (DIAS, s/d).

Como bem alertou Maria Berenice, não é papel do Estado eleger de quem é a culpa em uma união de afetos que deu errado, antes e ao revés, buscar o culpado é aviltar direitos, menosprezar a Carta da República, olvidar-se do quanto o homem lutou para ver respeitada sua privacidade.

2.3 – Tratamento anti-isonômico

A igualdade, também conhecida como isonomia, tem amplo espectro. Desde a vetusta sociedade grega até nos livros de Direito moderno tenta-se defini-la num conceito ideal. Hoje a doutrina divide a isonomia em duas facetas, a saber: isonomia formal e isonomia material.

Enquanto a igualdade formal reduz-se à frase: “todos são iguais perante a lei” (art. 5, CR), a igualdade material tem por expoente máximo o incomparável Rui Barbosa:

A regra da igualdade não consiste senão em quinhonar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigalam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo, não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir o mesmo a todos, como se todos se equivalessem (Oração aos moços, 2008, p. 48).

A isonomia formal tem seu marco histórico na Revolução Francesa. Quando o homem, cansado das arbitrariedades de um rei-deus, que tudo podia e que em tudo mandava, acordou da letargia e bradou “ça iras” e “carmanholas” pela França (GALLO, 2009, p. 335).

Em decorrência deste estado liberal (não intervencionista), o homem se viu oprimido: aquele que muito possuía, crescia economicamente. Em detrimento de uma imensa maioria que era subjugada a trabalhos exaustivos.

Foi quando ecoaram as vozes de Karl Marx (1818-1883) e Friedrich Engels (1820-1895) na Europa do século XIX, convidando para a “luta de classes”, os “proletários” contra a burguesia (MARX, ENGELS, 2011). Tempo em que o conceito de isonomia formal perdeu espaço para o conceito da isonomia material.

Mediante o exposto, é preciso analisar o art. 1240-A, CC, com atenção ao princípio da igualdade. Vale evidenciar desde já que o princípio da igualdade (art. 5º, caput) é direito fundamental petrificado na Magna Carta (art.60, CR), ou seja, nada poderá retirá-lo do ordenamento, nem mesmo o poder constituinte originário. Vez que os direitos naturais não podem ser vilipendiados, ainda que por um estado soberano.

Com tais fundamentos, é sabido, ainda, que, com os ideais pós-positivistas, a normatividade dos princípios enraizou-se por todo o mundo. De modo que, se houver choque entre uma regra inconstitucional e um princípio constitucional, prevalecerá este último.

É antiga a lição: “ubi eadem ratio, ibi eadem jus” – “onde há a mesma razão, aplica-se o mesmo direito” (TARTUCE, s/d). Deste modo, que diferença axiológica existe entre ser abandonado no campo ou na cidade? Não se encontrará plausível resposta no campo jurídico, tampouco empírico, muito menos no metafísico, quiçá em um pequeno livro, só contendo a capa, que dizem circular no congresso: “a incrível arte do apedeutismo”. Com efeito, o art. 1240-A. É desses enunciados que entram pela porta dos fundos e malsinam o ordenamento, principalmente pela hermenêutica incauta, como a colacionada no julgado linhas atrás.

Mais pungente ainda é perceber que, quando o enunciado fala “imóvel urbano”, o exegeta não poderá ir além da interpretação literal (gramatical) e estender a abrangência da norma aos abandonados do campo, pois a norma é restritiva de direito, e, portanto, não comporta interpretação extensiva (BORGES NETO, s/d).

Valem as insuperáveis lições de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Há ofensa ao preceito constitucional da isonomia quando:

I – A norma singulariza atual e definitivamente um destinatário determinado, ao invés de abranger uma categoria de pessoas, ou uma pessoa futura e indeterminada.

II – A norma adota como critério discriminador, para fins de diferenciação de regimes, elemento não residente nos fatos, situações ou pessoas por tal modo desequilibradas. É o que ocorre quando pretende tomar o fator “tempo” – que não descansa no objeto - como critério diferencial.

III – A norma atribui tratamentos jurídicos diferentes em atenção a fator de *discrímen* adotado que, entretanto, não guarda relação de pertinência lógica com a disparidade de regimes outorgados.

IV – A norma supõe relação de pertinência lógica existente em abstrato, mas o *discrímen* estabelecido conduz a efeitos contrapostos ou de qualquer modo dissonantes dos interesses prestigiados constitucionalmente.

V – A interpretação da norma extrai dela distinções, *discrimens*, desequilibradas que não foram professadamente assumidos por ela de modo claro, ainda que por via implícita (MELLO, 2012).

A norma parece bradar a inconstitucionalidade, mas, como sempre, somente àqueles que podem e que querem ouvir.

2.4 – Do exíguo prazo

Quanto ao pequeno prazo de dois anos para configuração da usucapião, a doutrina parece unânime, são os dizeres de Simão: “As dificuldades são evidentes. O prazo é exíguo demais para a elaboração do luto pelo fim da conjugalidade. Por que um prazo inferior àqueles das demais modalidades constitucionais de usucapião?” (SIMÃO, 2012).

A pergunta do renomado professor tem peso, uma vez que, entre as demais modalidades de usucapião, o menor prazo em lei é justamente na usucapião familiar, o que soa senão absurdo, um tanto disparatado e temerário. Ora, se justamente nesta modalidade de usucapião se enlaça vínculos de afeto, “*permissa venia*”, deveria ser a usucapião com o maior prazo de todas e não o contrário.

É fácil e óbvio imaginar que a concessão da usucapião para um dos cônjuges, acarretará um embate ainda maior do que aquele que levou à ruptura conjugal, e mais, dá tons definitivos na separação dos ex-nubentes,

visto que é difícil imaginar uma reconciliação após um cônjuge ganhar judicialmente o domínio de um bem que noutrora foi dos dois.

Resta dizer que até no prazo foi infeliz o legislador ordinário, não é por outra razão que em toda doutrina pesquisada neste artigo há uma linha – ao menos – investindo contra o citado prazo.

III – Considerações finais

A tendência em atacar o art. 1240-A, CC, se espalhou por toda a moderna civilística brasileira, sendo rara a que mantém uma dose de austeridade ao tratar do tema. A razão é por demais simplória: há um consenso geral que a má técnica em criar leis já ultrapassou os limites do aceitável.

O art. 1240-A do Código Civil, diante do que foi visto, parece eivado de inconstitucionalidade material que pode e deve ser arguida por um dos legitimados do artigo 103 da Carta Magna. Sem embargo, poderá ser também interposto de modo difuso por meio de qualquer parte interessada na lide, inclusive o juiz “ex officio”.

Pode-se concluir, diante das dificuldades vistas alhures, que o ocaso da lei é a medida mais salutar, pois a aferição da culpa, em vínculo matrimonial, deve estar além da esfera cognitiva do Estado; o prazo de dois anos viola princípios do Direito de família; e a falta de isonomia inviabiliza a permanência do enunciado no arcabouço normativo pátrio.

Referências

BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

BORGES NETO, Arnaldo de Lima. **A nova usucapião e o abandono do lar**. s/d. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6919/A-nova-usucapiao-e-o-abandono-do-lar>>. Acesso em: 15 nov. 2013.

BRASIL. **Código Civil Brasileiro**. Artigo 1240 da Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 12 jan. 2012.

MARX, Karl; ENGELS, Frederick. **O manifesto comunista**. Trad.: Maria Lucia. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri (Org.). **Dicionário técnico jurídico**. São Paulo: Rideel, 2010.

DONIZETTI, Elpídio; QUINTELLA, Felipe. **Curso didático de Direito civil**. São Paulo: Atlas, 2012.

REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do Direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo: Malheiros, 2012.

GALLO, Max. **Revolução Francesa: Às armas cidadãos**. Trad. Julia da Rosa Simões. São Paulo: Porto Alegre, 2009.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito civil**. São Paulo: Método, 2011.

DIAS, Maria Berenice. **Usucapião e abandono do lar: a volta da culpa?** s/d. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/usucapi%E3o_e_abandono_do_lar.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2013.

VELOSO, Zeno. **O novo divórcio e o que restou do passado**. 13 ago. 2010. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=661>>. Acesso em: 18 nov. 2013.

TARTUCE, Flávio. **A usucapião especial urbana por abandono do lar conjugal**. s/d. Disponível em: <<http://arpen-sp.jusbrasil.com.br/noticias/2793245/artigo-a-usucapiao-especial-urbana-por-abandono-do-lar-conjugal-por-flavio-tartuce>>. Acesso em: 18 nov. 2013.

SIMÃO, José Fernando. **Usucapião familiar: problema ou solução?** Disponível em: <<http://www.flaviotartuce.adv.br/index2.php?sec=artigos&id=242>>. Acesso em: 15 nov. 2013.

— |

| —

— |

| —

Considerações a respeito dos problemas associados à criação de uma legislação específica sobre o *bullying*

Sanyo Drummond PIRES¹, sdpvrbmg@yahoo.com.br

1. Doutor em Psicologia pela Universidade São Francisco (USF), Itatiba (SP); professor na Faculdade de Minas (FAMINAS), Muriaé (MG); bacharelado em Direito pela FAMINAS, Muriaé (MG).

RESUMO: O presente artigo se propõe, à partir de uma revisão bibliográfica do conceito de *bullying* nas teorias da educação e da psicologia e também da análise da legislação, doutrina e jurisprudência sobre o assunto, questionar a necessidade da criação de uma lei específica para tratar a questão. Alerta para o fato de o próprio conceito de *bullying* ser um deslocamento interpretativo de fenômenos como a discriminação, a submissão e a violência escolar, que pode levar a resultados que retiram a responsabilidade das escolas por tais atos, culpabilizando as crianças e suas famílias.

Palavras-chave: bullying, intimidação vexatória, violência escolar.

ABSTRACT: Considerations about the problems associated with creating a specific legislation on bullying. The present paper, starting from a literature review of the concept of bullying in the theories of education and psychology,

and also the analysis of legislation, doctrine and jurisprudence on the matter, questioning the need for the creation of a specific law to address the issue . It alerts to the fact that the very concept of bullying is an interpretive shift phenomena such as discrimination, submission and school violence, which can lead to results which exclude the liability of schools for such acts, blaming the children and their families.

Keywords: bullying, vexatious bullying, school violence.

RESUMEN: Consideraciones acerca de los problemas relacionados con la creación de una legislación específica sobre el acoso escolar.

En el presente trabajo, partiendo de una revisión de la literatura del concepto de acoso escolar en las teorías de la educación y la psicología, y también el análisis de la legislación, doctrina y jurisprudencia sobre la materia, cuestionando la necesidad de la creación de una ley específica para abordar la cuestión . El trabajo alerta sobre el hecho de que el propio concepto de acoso escolar es un fenómeno de cambio de interpretación, tales como la discriminación, la sumisión y la violencia en las escuelas, que pueden conducir a resultados que excluyen la responsabilidad de las escuelas para tales actos, culpando a los niños y sus familias.

Palabras clave: *bullying*, acoso vejatorio, la violencia escolar.

Introdução

A violência no contexto educacional, tanto em suas configurações esporádicas como em perseguição sistemática, é tema amplamente descrito na literatura científica, bem como na artística e em filmes. Seja entre estudantes, ou entre professores e estudantes, essas manifestações de violência, caracterizadas como ações sistemáticas de agressões físicas ou morais, estão presentes nos processos educacionais de diversos países e em diferentes

períodos da história. Além da pluralidade de manifestações, podemos encontrar também uma pluralidade de interpretações causais e valorativas para a ocorrência dessas agressões, dependendo de sua localização histórica, geográfica e cultural.

A compreensão desses fenômenos enquanto *bullying*, na acepção atual do termo, surge na Suécia nos anos 70 e 80, a partir das pesquisas de Dan Olweus sobre agressões na escola. O autor localiza o *bullying* como uma subcategoria da agressão no contexto escolar, caracterizada por ser lesiva à pessoa (ou grupo de pessoas), à honra ou à propriedade de alguém, ser repetitivo e duradouro e, por fim, ser caracterizado por um desequilíbrio de forças, seja física, mental, social, ou numérica, podendo ser realizada direta ou indiretamente (OLWEUS, 1999).

Segundo Catini (2004), embora o conceito seja amplamente difundido atualmente, não é o único conceito desenvolvido para indicar essas experiências (como no caso do termo *ijime*, do japonês), nem a interpretação do conjunto de fenômenos descritos pelo conceito é utilizada de maneira semelhante em diferentes países. Alguns autores, como Antunes e Zuin (2008), inclusive questionam a pertinência do termo. Segundo essas autoras, o termo indicaria fenômenos que poderiam ser mais bem descritos a partir de outros referenciais teóricos, e que o termo *bullying*, na forma como foi estabelecido, estaria a serviço de uma ideologia adaptacionista, relegando ao foro interno do sujeito uma responsabilidade que deveria ser analisada a partir das contingências sociais de exclusão, dominação e violência, e estaria em consonância com as discussões atuais sobre fracasso escolar, e sobre o processo de culpabilização da criança e de suas famílias por esse fracasso (PATTO, 1988; ANGELUCCI et al., 2004).

A presença de uma inadequação ou de um viés ideológico associado ao termo *bullying* coloca em questão a ação dos legisladores e dos juízes para avaliar os casos concretos das práticas de violências que vitimizam crianças no contexto escolar. Se, de fato, o termo não abarca adequadamente em sua capacidade explicativa um conjunto tão amplo de fenômenos como se entende atualmente – englobando desde agressões físicas ou morais, direta, indireta ou virtualmente, até a exclusão social – ou mesmo se configura como um termo que mais mascara outros problemas do que mostra realmente o que acontece e gera a violência, como outras pseudo-patologias educacionais (CFP, 2013), a criação de leis e jurisprudência que se referem a interpretações da violência contra crianças no contexto escolar baseadas na caracterização dessa violência como *bullying* deveriam ser colocadas em debate.

Esse artigo se propõe a fazer um levantamento das concepções sobre o termo *bullying* no ordenamento jurídico, buscando contribuir para o debate sobre como o termo vem sendo apreendido, e quais fenômenos ele descreve dentro da cultura jurídica brasileira.

I – Legislação sobre o *bullying*

Ainda não existe uma legislação específica sobre o *bullying* em âmbito federal. Em um levantamento sobre a legislação sobre o tema, Wendt (2012) encontrou as leis estaduais n. 14.651/2009, do Estado de Santa Catarina¹; n. 3.887/2010, do Estado do Mato Grosso do Sul²; e n. 13.474/2010, do Estado do Rio Grande do Sul³. Todas propõem a criação de programas e políticas de prevenção ao *bullying* para seus respectivos estados. A concepção de *bullying*, apesar de pequenas variações, é na sua maioria dada pela definição abaixo, da lei n. 13.474/2010, art 2º, do Estado do Rio Grande do Sul:

considera-se “bullying” qualquer prática de violência física ou psicológica, intencional e repetitiva, entre pares, que ocorra sem motivação evidente, praticada por um indivíduo ou grupo de indivíduos, contra uma ou mais pessoas, com o objetivo de intimidar, agredir fisicamente, isolar, humilhar, ou ambos, causando dano emocional e/ou físico à vítima, em uma relação de desequilíbrio de poder entre as partes envolvidas (ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, 2010).

Ainda na mesma lei (Art 2º, § 1º) existe uma caracterização dos atos que compõem o *bullying*, que também é comum nas outras leis:

§ 1.º – Constituem práticas de “bullying”, sempre que repetidas:
I – ameaças e agressões verbais e/ou físicas como bater, socar, chutar, agarrar, empurrar;
II – submissão do outro, pela força, à condição humilhante e/ou constrangedora na presença de outros sujeitos;

1. ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SANTA CATARINA. **Lei n. 14.651 de 2009**. Disponível em: <<http://200.192.66.20/ALESC/PesquisaDocumentos.asp>>. Acesso em: fev. 2014.
2. ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL. **Lei n. 3.887 de 2010**. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/5751925/pg-1-diario-oficial-do-estado-do-mato-grosso-do-sul-doems-de-07-05-2010>>. Acesso em fev. 2014.
3. ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. **Lei n. 13.474 de 2010**. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/209364777/19184-0-Lei-13-474-Bullying-Estado-RS>>. Acesso em: fev. 2014.

51.290/2010⁸, de São Paulo (SP); n. 5.089/2009⁹, do Rio de Janeiro (RJ); n. 2236/2009¹⁰, de Navegantes (SC); n. 3170/2009¹¹, de Sapucaia do Sul (RS); n. 2815/2009¹², de Itapema (SC); n. 1471/2009¹³, de Praia Grande (SP); n. 6568/2009¹⁴, de Guarulhos (SP); n. 1866/2010¹⁵, de Porto Alegre (RS); n. 7952¹⁶ de 2010, de Vitória (ES), e a n. 13.632/201¹⁷, de Curitiba (PR).

Estas leis, em sua grande maioria, também estão voltadas, assim como as leis estaduais descritas, para o estabelecimento de políticas e programas de combate ao *bullying* nas escolas sobre sua tutela, sendo na maioria leis ordinárias, e algumas poucas leis complementares ou decretos referentes às ações já estruturadas de combate à violência na escola. Estes programas e políticas são compostos principalmente por ações de esclarecimento a pais, alunos e professores sobre o que é e sobre o que configura o *bullying*, além de ações pontuais, como dinâmicas de grupo com alunos, semanas temáticas, ou outras ações, ainda dentro do âmbito da conscientização sobre o tema. Em alguns casos – lei n. 7.952/2010 de Vitória (ES); lei n. 6.568/2009, de Guarulhos (SP), e lei n. 13.632/2010, de Curitiba (PR) –, também existe

8. CAMARA MUNICIPAL DE RIO DE JANEIRO – RJ. **Lei 5.089 de 2009**. Disponível em: <<http://mail.camara.rj.gov.br/APL/Legislativos>>. Acesso em Março de 2014.
9. CAMARA MUNICIPAL DE NAVEGANTES – SC. Lei 2236 de 2009. Disponível em <<https://www.leismunicipais.com.br/a/sc/n/navegantes/lei-ordinaria/2009/223/2236/lei-ordinaria-n-2236-2009-autoriza-o-poder-executivo-municipal-a-instituir-o-programa-de-combate-ao-bullying-de-acao-interdisciplinar-e-de-participacao-comunitaria-nas-escolas-publicas-e-privadas-no-municipio-de-navegantes.html>>. Acesso em Março de 2014.
10. CAMARA MUNICIPAL DE SAPUCAIA DO SUL – RS. Lei 3170 de 2009. Disponível em <<http://camara-municipal-de-sapucaia-do-sul.jusbrasil.com.br/legislacao/913063/lei-3170-09>>. Acesso em Março de 2014.
11. CAMARA MUNICIPAL DE ITAPEMA – SC. Lei nº 2815 de 2009. Disponível em <<http://camara-municipal-da-itapema.jusbrasil.com.br/legislacao/1001010/lei-2815-09>>. Acesso em Março de 2014.
12. CAMARA MUNICIPAL DE PRAIA GRANDE – SP. Lei nº 1471 de 2009. Disponível em <http://www.praiagrande.sp.gov.br/Administracao/leisdecretos_view.asp?codLeis=3197&Acao=busca>. Acesso em Março de 2014.
13. CAMARA MUNICIPAL DE GUARULHOS – SP. Lei 6.568 de 2009. Disponível em <<http://consultaguarulhos.sinoinformatica.com.br/Arquivos/LeisOrdinarias/06568.html>>. Acesso em Março de 2014.
14. CAMARA MUNICIPAL DE PORTO ALEGRE – RS. Lei 10.866 de 2010. Disponível em <<http://www2.portoalegre.rs.gov.br/cgi-bin/nph-brs?s1=000031011.DOCN.&l=20&u=%2Fnetahtml%2Fsirel%2Fsimples.html&p=1&r=1&f=G&d=atos&SECT1=TEXT>>. Acesso em Março de 2014.
15. CAMARA MUNICIPAL DE VITÓRIA – ES. Lei 7.952 de 2010. Disponível em <<http://sistemas.vitoria.es.gov.br/webleis/Arquivos/2010/L7952.PDF>>. Acesso em Março de 2014.
16. CAMARA MUNICIPAL DE CURITIBA – PR. Lei 13.632 de 2010. Disponível em <<https://www.leismunicipais.com.br/twitter/253/legislacao/lei-13632-2010-curitiba-pr.html>>. Acesso em Março de 2014.

uma previsão de encaminhamento para tratamento das vítimas e agressores, embora não haja especificação das entidades a serem responsáveis por esses tratamentos. A definição de *bullying*, assim como a abrangência de situações descritas dentro do tema, segue também redação extremamente semelhante à descrita anteriormente.

Já no âmbito federal, não existe ainda nenhuma lei específica já votada sobre o termo *bullying*. No entanto, existe um grande número de projetos de lei que versam sobre o tema. A árvore de apensados ao projeto de lei 1.785/2011 (BRASIL, 2011g) contém doze outros projetos de lei, além de cinco requerimentos. No âmbito federal, podemos perceber uma fundamentação contendo uma abordagem mais ampla do conceito de *bullying*, além da discussão do tema a partir de perspectivas diferentes.

Um conjunto desses projetos de lei visa acrescentar à Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (lei n. 9.394) (BRASIL, 1996), algum complemento que abarque também o tema do *bullying*, como os projetos de lei 1.226/2011 (BRASIL, 2011d), 1.785/2011 (BRASIL, 2011g), e 3.153/2012 (BRASIL, 2012). Outro conjunto de projetos de lei busca, nos moldes dos projetos apresentados anteriormente nos âmbitos municipais e estaduais, a criação de programas de combate ao *bullying* nas escolas, como o PL 7.457/2010 (BRASIL, 2010), PL 3.036/2011 (BRASIL, 2011l), PL 1.841/2011 (BRASIL, 2011h), PL 1.765/2011 (BRASIL, 2011f), PL 908/2011 (BRASIL, 2011c), PL 350/2011 (BRASIL, 2011b), e PL 283/2011 (BRASIL, 2011a). Existem, por fim, outros projetos que propõem ações pontuais, como o PL 2.048/2011 (BRASIL, 2011j), que dispõe sobre a criação de um disque denúncia sobre atos relacionados ao *bullying*, e o PL 1.633/2011 (BRASIL, 2011e), que proíbe a prática de trotes e *bullying* nas instituições de ensino.

Quanto à concepção de *bullying* apresentada nas justificativas desses PLs, a maioria compreende o *bullying* mais a partir de sua descrição concreta do que de uma atribuição de causas específicas para sua existência. É mais discutido o efeito que ocorre nas vítimas, mas não as causas específicas que dão origem, ou a quem se deve a responsabilização pela violência. Estas concepções estão, de maneira geral, articuladas com a maior parte dos projetos que propõem a implementação de políticas e projetos de conscientização sobre o *bullying*, na expectativa de que essas ações poderiam diminuir a ocorrência desse tipo de violência escolar. Outras atribuem a violência às reações frente às suas frustrações por alunos com características de desajustamento psíquico e familiar, atribuindo a essas ações a noção de ato ilícito, como o PL 2.048 de 2011 (BRASIL, 2011j), ou buscando a repressão do ato com alguma forma de penalização, como no PL 1.226 de 2011 (BRASIL, 2011d).

Duas exceções devem ser feitas. A primeira, à PL 2.108 de 2011 (BRASIL, 2011i), que aborda a questão dos trotes em universidades. Embora

não trate especificamente de *bullying*, pois aborda uma agressão motivada em um contexto muito específico e que não apresenta uma das características principais da definição do *bullying*, que é a continuidade do ato em um período indefinido de tempo, o PL apresenta em sua justificativa uma discussão que traz a questão da responsabilidade das universidades nesses acontecimentos e, principalmente, em sua proibição.

A segunda exceção trata-se do PL 3.036 de 2011 (BRASIL, 2011), de autoria do deputado Aguinaldo Ribeiro, da Paraíba. Na justificativa desse projeto de lei, o autor elabora uma discussão mais ampla. As principais questões levantadas são o processo de exclusão da responsabilidade das escolas – que no entender do autor seriam responsáveis pelo ambiente de segurança para os alunos – e a atribuição da responsabilidade pela ocorrência do *bullying* aos alunos e, principalmente, às próprias vítimas, devido à sua incapacidade de adaptação, e que tais problemas deveriam ser resolvidos pelas próprias vítimas ou por uma capacitação dada pelas famílias, que teriam sido incompetentes para preparar os filhos para situações de violência. O autor relata também que existe um *lobby*, principalmente por parte das escolas particulares, que busca difundir essa compreensão do fenômeno, em detrimento da compreensão de que a escola deveria ser um espaço de proteção para a criança.

O autor indica que a responsabilização das crianças e suas famílias busca impedir a compreensão de que as agressões deveriam ser consideradas como responsabilidade dos adultos envolvidos no processo, principalmente os professores e funcionários das escolas, e não da criança, por sua incapacidade de se posicionar frente à questão de maneira formal. Além disso, o autor critica as leis estaduais e municipais atualmente em voga, e outros projetos de lei, por tratarem-se apenas de medidas preventivas e educativas, que não protegem objetivamente as vítimas de *bullying*, ressaltando a necessidade de medidas repressivas em relação à prática, inclusive para os alunos agressores, embora não estabeleça nem indique penas. No entanto, essa perspectiva mostra a existência de discordâncias na concepção de *bullying* e na atribuição de sua responsabilidade por sua ocorrência nos legisladores.

II – Doutrinas sobre o *bullying* no Brasil

A compreensão do *bullying* na doutrina e nos julgados no Brasil se organiza em torno de duas questões fundamentais. A primeira se refere à pertinência ou não da penalização, e a segunda se refere a quem cabe à responsabilidade pelas agressões. Embora não existam leis específicas, a percepção da aplicação das leis já existentes à situação de *bullying* ou a modificação da legislação de forma a incorporar a questão já apresenta um desenvolvimento mais avançado na legislação brasileira. Dentro desse

contexto, a penalização desses atos vem sendo debatida de maneira mais sistemática a partir da proposta realizada pela Comissão de Reforma do Código Penal de enquadrar o *bullying* como parte do artigo 147 do código penal (BRASIL, 1940), que se refere à ameaça, por meio da inserção do instituto da intimidação vexatória, que constituiria o parágrafo 2º deste artigo. A redação pode ser vista abaixo:

Ameaça

Art. 147.

(...)

Intimidação vexatória

§2º Intimidar, constranger, ameaçar, assediar sexualmente, ofender, castigar, agredir, segregar a criança ou o adolescente, de forma intencional e reiterada, direta ou indiretamente, por qualquer meio, valendo-se de pretensa situação de superioridade e causando sofrimento físico, psicológico ou dano patrimonial.

Pena — prisão de um a quatro anos.

Nessa concepção, o sujeito passivo do crime deve ser necessariamente a criança ou adolescente que sofre o *bullying*. Porém, o sujeito ativo é objeto de dúvidas. Segundo Castro, Jardim e Teixeira (2012) existe duplicidade na percepção de quem pode executá-lo. Em uma primeira posição, tanto alunos, professores e funcionários, poderiam ser o sujeito ativo. Existiria também uma segunda posição, partindo de uma compreensão de que o *bullying* se caracteriza especificamente por uma violência entre pares, somente alunos poderiam configurar como sujeitos ativos, cabendo, em outros casos, a referência à lesão de outros institutos jurídicos.

Apesar dessa intenção de formalização dentro da legislação brasileira, a consideração específica do *bullying* dentro do conceito de ameaça e principalmente intimidação pode causar, ao invés de maior clareza a respeito do fenômeno, redução conceitual que exclui uma série de elementos associados à sua prática, e que ficariam de fora do conceito se configurado na forma como se propõem na reforma do código penal. Nesse sentido, Rodrigo-Lopes e Fantecelle (2011) apontam diversos institutos jurídicos do código penal que são lesados, entre eles: cárcere privado (art. 148, CPB), que se expressa em ações como privar a vítima de liberdade em salas de aula ou banheiros, por tempo indeterminado; constrangimento ilegal (art. 146, CPB), expresso por meio de ações como impedimento de acesso a locais de direito do aluno, ou impedimento de portar objetos ou realizar determinadas atividades; injúria real (art. 140, CPB); e vias de fato (art.121, LCP) (BRASIL, 1941), expresso

por meio de empurrões, cuspes, trombadas propositais, tapas, entre outros; dano (art. 160, CPB), expresso por ações como destruição de propriedade e objetos sob guarda da vítima; difamação (art. 139, CPB), expresso por meio de imputação de fatos ofensivos à vítima, ou a criação de situações em que a vítima aparenta ser culpada de transgressões no contexto escolar; injúria (art. 140, CPB), que se expressa por meio de ofensas à dignidade da vítima; e importunação ofensiva ao pudor (art. 61 LCP), expresso por meio de ações vexatórias e ofensas ao pudor da vítima; além da injúria qualificada (art. 140, 3º, CPB) e preconceito e discriminação (art. 20, LPR) (BRASIL, 1989), em casos de associação a preconceitos associados à cor, raça, etnia, religião ou procedência. Brito (2010) também associa o *bullying* com uma ação ampla contra o direito à personalidade, que deve ser entendido dentro de uma perspectiva dinâmica, envolvendo diferentes estatutos jurídicos, como a Constituição Federal (art. 5º), o Código Civil (art. 11 à 21), e os artigos 3º e 17 do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990) e os artigos do código penal expostos.

Pode-se ver pelo exposto que a reestruturação do código penal, na forma como é discutida atualmente, para incluir o crime de intimidação, que abarcaria o *bullying*, não só não abarca a totalidade de ações que estão associadas a tal prática, como também não estabelece com clareza quem poderia se configurar como seu sujeito ativo. Além disso, no que diz respeito à atividade realizada entre crianças, ainda teríamos um problema a mais que seria a atribuição de culpa a crianças menores de 12 anos, que configura como grande parcela dos sujeitos que realizam o *bullying*, e que segundo a lei n. 8069 de 1990, que instaura o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), no art. 105, não permite nenhuma medida socioeducativa, remetendo principalmente ao art. 101 do ECA, que retoma as medidas de orientação, que são o âmago das propostas de legislação sobre o *bullying* já existentes no país.

Em outras palavras, já existem formas de identificar, dentro do nosso ordenamento jurídico, ilícitos penais associados a atos de *bullying*. Além disso, como mostram Antunes e Zuin (2008) em relação à abrangência explicativa do tema *bullying* para um tipo específico de violência dentro do contexto escolar, a criação de uma legislação específica, baseada na noção de *bullying*, estará voltada muito mais para o empobrecimento da compreensão e da capacidade de agir sobre o fenômeno do que para a criação de uma forma mais eficaz de prevenir os atos e punir os culpados.

Além disso, é importante comparar o descompasso entre a culpabilização pelo *bullying* no âmbito penal e no âmbito civil. Neste, a questão que se coloca não se refere às crianças, mas à possibilidade de responsabilização civil pelo *bullying* da escola ou dos pais do aluno que o

realiza. O caso que mais se aproxima da culpabilização da criança se baseiam na Teoria da Substituição, se referindo principalmente ao artigo 932, I e II, e pelo artigo 933 do Código Civil.

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

I – os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

II – o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;

Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.

O argumento principal nesse caso se refere à causa do *bullying* como decorrente de uma ação motivada pela perversidade da criança, perversidade essa decorrente da falta de preparação moral e psíquica decorrente da ação educacional ou de formação inadequada por parte da família. Nesse caso, a família seria a responsável pela criação de uma criança agressiva e cruel, que simplesmente aplicaria o que aprendeu no seio da família na escola, atribuindo assim, além da responsabilidade, também a culpa (ainda que indireta) dos pais pelo *bullying* (Bonfim, 2011).

Essa perspectiva encontra fundamento em estudos como os de Meque (2011) e Pereira et al. (2012) que encontram, por meio de estudos correlacionais, associações entre comportamentos agressivos de *bullying* e psicopatologias ou situações de agressão no contexto familiar. É importante notar que nesses estudos, o contexto familiar e principalmente a ocorrência de agressões neste contexto estão altamente associados a comportamentos violentos da criança. Tal fato justificaria, dentro da lógica da culpabilização dos pais da criança, a sua responsabilização pelas decorrentes ações de ressarcimento civil pelos danos causados. Além disso, esses aspectos psíquicos também estariam associados não só a características dos alunos que praticam o *bullying*, mas também dos que o sofrem, caracterizando-os dentro de uma perspectiva da vitimologia (KOSOVISK, 2007) como também causadoras do *bullying*, devido a comportamentos desviantes que de certa forma provocariam os colegas que reagiriam com a agressão (MOURA; CRUZ; QUEVEDO, 2011).

A principal falha desses estudos se dá em função da confusão metodológica no uso de estudos correlacionais. Eles mostram que dois fenômenos acontecem de forma associada, mas não identificam relações de causa e efeito. A afirmativa de que a ocorrência de problemas psicológicos das crianças ou de seus familiares seriam a causa do *bullying*, nesses casos,

seria metodologicamente incorreta, pois não levaria em conta diversas outras possibilidades de variáveis desconsideradas no estudo, que poderiam estar causando ambas as coisas, entre elas, o preconceito ou o assujeitamento a estruturas de poder, como mostram os estudos sobre o fracasso escolar.

Apesar da existência de alguns casos nos quais a postura de culpabilização da criança ou sua família foi adotada, de maneira geral, atualmente, vem sendo construída uma compreensão por parte dos magistrados brasileiros de que não a família, mas, sim, a escola é a responsável, tanto no âmbito objetivo quanto no subjetivo, pelo *bullying* praticado em suas dependências (TJMG, 2013; CHRISPINO; CHRISPINO, 2008). No entanto, segundo Chripino e Chripino (2008), esta interpretação da responsabilidade das escolas deve ser compreendida dentro de um processo de judicialização das relações escolares. Nesse sentido, a responsabilização da escola vai encontrar respaldo em um conjunto de leis que abrangem tanto aspectos cíveis (como o art. 932, IV do Código Civil), como os constitucionais (art. 227 da Constituição Federal), os relacionados à administração pública (art. 37, 6º, da Constituição Federal), as relações de consumo (6º, VI do CDC) e os direitos das crianças e adolescentes (arts 5º, 15, 17, 53, 232 e 245 do ECA). Dentro dessa perspectiva, o que prevalece é a identificação de responsabilidade objetiva da escola, que deixa de cumprir uma função que lhe é devida, bastando então comprovação do nexo causal e do dano.

De maneira geral, todas essas referências na legislação vão ressaltar a importância da proteção integral da criança e da responsabilidade que a escola assume, ao estabelecer uma situação de guarda da criança, na proteção de sua integridade e de seus direitos. É interessante notar aqui uma percepção bastante disseminada de que a escola fica em uma posição de impotência, pois as ações voltadas para coibir o comportamento inadequado ou agressivo das crianças também poderiam ser interpretadas como atos de desrespeito à integridade e aos direitos das crianças.

Essa percepção, também decorrente do processo de judicialização da educação, se refere muito mais a um desconhecimento dos direitos que a própria escola possui do que da inexistência de uma legislação que também garanta as possibilidades de ação para a escola e para os professores (CHRISPINO; CHRISPINO, 2008). Este desconhecimento se efetiva principalmente no que se refere à diferença entre ato de indisciplina e ato infracional, cabendo ações específicas para ambos os casos, desde que não firam o direito dos alunos. No segundo caso, cabe notificação às instituições específicas, como ao conselho Tutelar, ou mesmo à polícia, e a adoção das medidas previstas em lei. É importante notar que diversos atos infracionais presentes no ato do *bullying* estão previstos em lei, como foi exposto anteriormente, porém, não se percebe que possa haver, por parte

dos educadores, responsabilização das crianças ou de seus responsáveis por esses casos (CURY; FERREIRA, 2009).

Já em relação ao problema da indisciplina, não existem posições consensuais sobre quais ações podem ser tomadas, principalmente ao considerarmos o fato de que muitas vezes o que aparece no discurso escolar como indisciplina representa uma defesa do aluno contra um processo de discriminação e de desvalorização de sua cultura (PATTO, 2000; NAIFF, 2009; PIROLA, 2009). Esse ponto nos remete à incapacidade alegada, por parte da escola, de lidar com a questão da indisciplina em função da proibição das punições tradicionais (como repetência ou expulsão). No entanto, tais punições também estão associadas ao fracasso escolar, em função de não gerarem o aprendizado do aluno, mas sua exclusão (MOYSÉS; COLLARES, 1992; AMARAL, 2004; CFP, 2013).

No entanto, como mostra Silveira (2011), embora o judiciário venha cumprindo o importante papel de garantidor do direito de acesso à educação, é importante questionar sua competência para interferir em processos relacionados ao cotidiano educacional, principalmente os referentes aos processos de ensino e aprendizagem, ou decorrentes, como processos de avaliação ou reprovação de alunos. Questões como as referentes ao combate à evasão escolar ou ao cumprimento de elementos básicos, como a presença de merenda escolar nas escolas públicas, podem e devem ser objeto de análise e de fiscalização do poder judiciário, do ministério público e de órgãos como o Conselho Tutelar. Já a participação dessas mesmas entidades em processos técnico-pedagógicos para os quais não estão preparadas tenderia a se dar de forma geralmente instrumentalizada, dentro de uma perspectiva ideológica (SOUZA; TEIXEIRA; SILVA, 2003; FERNANDES; ARAGÃO, 2011).

III – A especificidade do *cyberbullying*

O *cyberbullying* é, basicamente, o *bullying* praticado através de meios digitais ou eletrônicos. Caracterizado como um tipo de *bullying* indireto, é mais comumente realizado por meninas e a violência é perpetrada principalmente à imagem ou à exposição da intimidade do agredido. Segundo Perfeito (2012), essa modalidade seria pior que o *bullying* tradicional, pois além de se dar de forma difusa, sem um agressor identificável em relação a quem se defender, difunde-se de maneira extremamente rápida e ampla, além de não se restringir a um momento ou local específico, podendo ficar armazenado (em um ou vários locais inacessíveis), e sempre podendo retornar. Este aspecto também é ressaltado por Amado et al. (2009), que acrescenta a tais pontos o fato de que nessa modalidade, muitas vezes, o próprio agressor, pela ausência de contato com a vítima, perde a perspectiva do sofrimento que causa, podendo

inclusive não tomar consciência desse sofrimento. Os autores ainda relatam que essa modalidade de *bullying* se dá geralmente entre pessoas conhecidas, estando associado a outras ocorrências de *bullying* escolar.

No entanto, apesar de estar associada às relações sociais estruturadas na escola, a ocorrência do *cyberbullying* não ocorre necessariamente dentro da escola, ou seja, no período em que a criança se encontra sobre a supervisão da escola, ou mesmo dos pais, em casa, dada a grande expansão de tecnologias móveis de acesso à internet. Nesse sentido, a única supervisão constantemente presente seria a dos próprios sites por meio dos quais tais conteúdos são divulgados, que podem criar sistemas de filtragem ou denúncia de tais práticas para buscar minimizar seus impactos. Tal fato, no entanto, não impediria as escolas de buscarem criar ações voltadas para impedir ou minimizar o impacto dessas práticas entre seus alunos (Amado et al., 2009).

Percebe-se também uma tendência na jurisprudência atual (VANCIM; GONÇALVES, 2011) da compreensão de que a responsabilidade pela coibição de tais práticas seria um dever dos sites que o possibilitam. Esta se dá a partir da teoria do risco, adotada pelo artigo 927, do nosso código civil. Obviamente, quando há identificação do perpetrante do *bullying*, principalmente com o auxílio desses sites, essa responsabilidade poderia ser redirigida. Cabe lembrar a característica de manutenção no decorrer do tempo para que possa se caracterizar o *bullying*, o que daria tempo suficiente para que esses sites conseguissem evitar, caso existam espaços para denúncia e essa ocorresse, a transformação de uma ação isolada em uma ação sistemática. Porém, em casos como disseminação viral de vídeos íntimos, por e-mail ou mensagens de celular, fica ainda mais complicada a tipificação descrita acima, ou mesmo à identificação do culpado, a não ser em casos que um dos participantes do vídeo possa ser identificado como o seu divulgador (CONTE; ROSSINNI, 2010).

VI – Considerações finais

O fenômeno do *bullying*, apesar de amplamente divulgado na atualidade, não é consensualmente aceito entre os pesquisadores da área, havendo inclusive críticas à existência do próprio conceito, que, segundo essas críticas, seria somente uma forma de mascarar fenômenos de violência escolar em uma configuração na qual a escola estaria isenta de sua responsabilidade na ocorrência dessa violência. Alguns teóricos chegam inclusive a indicar que o *bullying*, enquanto tal, seria essencialmente motivado pela escola que, através da mobilização subjetiva de alguns alunos com seus valores e práticas, os levariam a agredir os alunos que destoassem dessas predefinições de aluno ideal com o qual a escola gostaria de trabalhar. Essa forma de entendimento,

para além das discussões específicas sobre *bullying*, encontra eco em grande parte da literatura sobre o fracasso escolar e sobre os fenômenos de assujeitamento dos alunos na realidade educacional brasileira.

A busca de uma legislação e as demais ações públicas voltadas para minimizar os danos causados pelo *bullying* adotam, de maneira geral, a concepção que não parte dessa perspectiva crítica do fenômeno, e o tomam como uma verdade estabelecida e pacífica entre os especialistas na área. Pode-se perceber que a legislação existente e as propostas de legislação sobre o tema não abarcam a multiplicidade de bens jurídicos lesados pela prática do *bullying* nem a multiplicidade de práticas que possibilitam sua efetivação. Essa criação de uma legislação estaria mais a serviço de uma tipificação que, assim como na discussão crítica sobre o *bullying*, retira a responsabilidade das escolas (ou de sites no caso do cyberbullying), relegando a causa do problema às crianças ou seus familiares, geralmente portadores de distúrbios psicológicos, se configurando assim de forma semelhante aos discursos ideológicos de culpabilização, que retiram a culpa da escola pelos problemas educacionais.

No entanto, é interessante notar que tal tipificação surgiria em contrário da atual interpretação realizada pelos tribunais, que a partir da legislação já existente conseguem identificar e caracterizar os atos infracionais cometidos assim como a responsabilidade civil deles derivadas, que geralmente se dão em detrimento dos interesses das escolas e empresas de sites. A criação de uma legislação sobre o *bullying*, tal como vem sendo discutida, atuaria no sentido da restrição dos fenômenos abarcados e poderia restringir também as possibilidades de entendimento dos juízes, agindo, da mesma forma que o próprio conceito, de forma a excluir a responsabilidade das escolas.

Cabe então perguntar qual a necessidade da criação de uma legislação sobre o *bullying*. Se essa parte de um afã da sociedade de coibir tais práticas de violência e de discriminação no contexto escolar, talvez a primeira ação devesse partir de uma revisão sistemática da compreensão dessa modalidade de violência, e não da adesão a um conceito amplamente criticado, excluindo do debate os elementos propostos para sua crítica.

Referências

AMADO, João; MATOS, Armanda; PESSOA, Teresa; JÄGER, Tomas. Cyberbullying: um desafio à investigação e à formação. **Revista Interações**, n. 13, v. 1, p. 301-326, 2009. Disponível em: <<http://repositorio.ipsantarem.pt/bitstream/10400.15/360/1/M16.pdf>>. Acesso em: fev. 2014.

AMARAL, Tatiana Platzer do. **Deficiência mental leve: processos de escolarização e de subjetivação**. Tese (Doutorado em Psicologia). Universidade

de São Paulo, São Paulo, 2004. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/47/47131/tde-19022013-085656/pt-br.php>>. Acesso em: mar. 2014.

ANGELUCCI, Carla Biancha, KALMUS, Jaqueline, PAPARELLI, Renata, PATTO, Maria Helena Souza. O estado da arte da pesquisa sobre o fracasso escolar (1991-2002): um estudo introdutório. **Educação e Pesquisa**, n. 30, v. 1, p. 51-72, 2004. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ep/v30n1/a04v30n1.pdf>>. Acesso em: fev. 2014.

ANTUNES, Deborah Christina; ZUIN, Antônio Álvaro Soares. Do Bullying ao ao preconceito: os desafios da barbárie à educação. **Psicologia e Sociedade**, n. 20, v. 1, p. 33-41, 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-71822008000100004>. Acesso em: fev. 2014.

ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SANTA CATARINA. **Lei n. 14.651 de 2009**. Disponível em: <<http://200.192.66.20/ALESC/PesquisaDocumentos.asp>>. Acesso em: fev. 2014.

ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. **Lei n. 13.474 de 2010**. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/209364777/19184-0-Lei-13-474-Bullying-Estado-RS>>. Acesso em: fev. 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: fev. 2014.

_____. **Decreto lei n. 2.848 de 1940** (Código Penal Brasileiro). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: fev. 2014.

_____. **Decreto lei n. 3.688 de 1941** (Lei das Contravenções Penais). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm>. Acesso em: fev. 2014.

_____. **Lei n. 7.716 de 1989** (LPR – Crimes de Preconceito de Raça ou Cor). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm>. Acesso em: fev. 2014.

_____. **Lei n. 8.069 de 1990** (ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: fev. 2014.

_____. **Lei n. 9.394 de 1996** (LDB – Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm>. Acesso em: fev. 2014.

_____. **Lei n. 10.406 de 2002** (Código Civil Brasileiro). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: fev. 2014.

_____. **Projeto de Lei 7.457 de 2010**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=480234>>. Acesso em: fev. 2014.

_____. **Projeto de Lei 283 de 2011**. 2011a. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=491505>>. Acesso em: fev. 2014.

_____. **Projeto de Lei 350 de 2011**. 2011b. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=491724>>. Acesso em: fev. 2014.

_____. **Projeto de Lei 908 de 2011**. 2011c. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=497168>>. Acesso em: fev. 2014.

_____. **Projeto de Lei 1.226 de 2011**. 2011d. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=500387>>. Acesso em: fev. 2014.

_____. **Projeto de Lei 1.633 de 2011**. 2011e. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=509806>>. Acesso em: fev. 2014.

_____. **Projeto de Lei 1.765 de 2011**. 2011f. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=511218>>. Acesso em: fev. 2014.

_____. **Projeto de Lei 1.785 de 2011**. 2011g. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=511619>>. Acesso em: fev. 2014.

_____. **Projeto de Lei 1.841 de 2011**. 2011h. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=512446>>. Acesso em: fev. 2014.

_____. **Projeto de Lei 2.108 de 2011**. 2011i. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=517065>>. Acesso em: fev. 2014.

_____. **Projeto de Lei 2.048 de 2011**. 2011j. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=515954>>. Acesso em: fev. 2014.

_____. **Projeto de Lei 3.036 de 2011**. 2011l. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=533009>>. Acesso em: fev. 2014.

_____. **Projeto de Lei 3.153 de 2012**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=534154>>. Acesso em: fev. 2014.

BRITO, Livia Maria Costa. Noções conceituais sobre o bullying escolar e o bem jurídico a ser tutelado. **Revista do Curso de Direito da UNIFACS**, n. 125, v. 1, p. 1-15, 2010. Disponível em: <<http://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/1773>>. Acesso em: dez. 2013.

CASTRO, Emerson Luiz, JARDIM, Leandro Cesar Barbosa, TEIXEIRA, Karen Myrna de Castro Mendes. A responsabilidade civil das instituições de ensino em face da prática de bullying. **Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva**, n. 19, v. 2, p. 136-152, 2012. Disponível em: <<http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2013/04/D19-14.pdf>>. Acesso em: mar. 2014.

CHRISPINO, Álvaro, CHRISPINO, Raquel S. P. A Judicialização das relações escolares e a responsabilidade civil dos educadores. **Revista Avaliação e Políticas Públicas em Educação**, n. 16, v. 58, p. 9-30, 2008. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ensaio/v16n58/a02v1658.pdf>>. Acesso em: dez. 2013.

CFP – CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. **Subsídios para a campanha não à medicalização da vida**: medicalização da educação. Brasília: CFP, 2013. Disponível em: <http://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2012/07/Caderno_AF.pdf>. Acesso em: dez. 2013.

CONTE, Christiany Pegorari, ROSSINNI, Augusto Eduardo de Sousa. Aspectos Jurídicos do Cyberbullying. **Revista FMU Direito**, n. 24, v. 34, p. 46-65, 2010. Disponível em <<http://www.revistaseletronicas.fmu.br/index.php/RMDIR/article/view/94/9>>. Acesso em: fev. 2014.

CURY, Carlos Roberto Jamil; FERREIRA, Luiz Antonio Miguel. A judicialização da educação. **Revista CEJ**, Brasília, n. 13, v. 45, p. 32-45, 2009. Disponível em: <<http://www.justitia.com.br/artigos/b4783b.pdf>>. Acesso em: dez. 2013.

FERNANDES, Priscila Valverde; ARAGÃO, Elisabeth Maria Andrade. Peculiaridades entre Conselho Tutelar e crianças encaminhadas pela escola. **Fractal: Revista de Psicologia**, n. 23, v. 1, p. 219-232, 2011. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/fractal/v23n1/v23n1a15>>. Acesso em: fev. 2014.

KOSOVSKI, Ester. Fundamentos de vitimologia. **Revista Âmbito Jurídico**, Rio Grande, n. 42, 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1813>. Acesso em: dez. 2013.

MEQUE, Maria de Lourdes Rosinha. **Agressão entre pares (bullying) e vitimação em contexto escolar**. Dissertação (Mestrado em Psicologia). Universidade Lusófona de Humanidades e Tecnologia, Lisboa, 2011. Disponível em: <<http://recil.grupolusofona.pt/bitstream/handle/10437/1697/Tese%20para%20entregar.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 09 dez. 2013.

MOURA, Danilo Rolim de; CRUZ, Ana Catarina Nova; QUEVEDO, Luciana de Ávila. Prevalência e características de escolares vítimas de *bullying*. **Jornal de Pediatria**, n. 87, v. 1, p. 19-23, 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0021-75572011000100004&tlng=pt>. Acesso em: dez. 2013.

MOYSÉS, M. A. A.; COLLARES, C. A. A história não contada dos distúrbios de aprendizagem. **Cadernos Cedes**, Campinas, n. 28, 1992.

NAIFF, Luciana A. M. Indisciplina e violência na escola: reflexões no (do) cotidiano. **Revista de Educação Unisinos**, n. 13, v. 2, p. 110-116, 2009. Disponível em: <<http://p%2Feducacao%2Farticle%2Fview%2F4936%2F2186&ei=bzsCU8rzJMizkAeoy4DICQ&usg=AFQjCNFH5f1eow3XFfURPcPAKl6nmQaw8g&bvm=bv.61535280,d.eW0>>. Acesso em: fev. 2014.

OLWEUS, D. (1999). **Sweden: geography, social and cultural background**. In: SMITH, P. K.; MORITA, Y.; JUNGER-TAS, J.; OLWEUS, D.; CATALANO, R.; SLEE, P. (Orgs). *The nature of school bullying: a cross-national perspective*. London and New York: Routledge, 1999. p 2-27.

PATTO, Maria Helena Souza. **A produção do fracasso escolar: histórias de submissão e rebeldia**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2000.

_____. O fracasso escolar como objeto de estudo: anotações sobre a característica de um estudo. **Cadernos de Pesquisa**, São Paulo, n. 65, v. 1, p. 72-77, 1988. Disponível em: <<http://www.fcc.org.br/pesquisa/publicacoes/cp/arquivos/708.pdf>>. Acesso em: fev. 2014.

PEREIRA, Beatriz Oliveira; LOURENÇO, Lélío; VIEIRA, Marcel; SENRA, Luciana. Fenômenos Sociais, familiares e psicopatológicos associados ao bullying escolar. **Anais do II Seminário Internacional "Contributos da psicologia em contextos educativos"**. 2012. Universidade do Minho, Braga, Portugal. Disponível em: <<http://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/25825/1/Fen%C3%B3menos%20sociais%20c%20>

familiares%20e%20psicopatol%C3%B3gicos%20associados%20ao%20bullying%20escolar..pdf>. Acesso em: dez. 2013.

PERFEITO, Rodrigo Silva. Ambientes escolares e sociais moldados pelo cyberbullying e suas consequências perante crianças e adolescentes. **Revista Adolescência e Saúde**, n. 9, v. 1, p. 59-63, 2012. Disponível em: <www.adolescenciaesaude.com/audiencia_pdf.asp?aid2=308&nomeArquivo=v9n1a10.pdf>. Acesso em: fev.2014.

PIROLLA, Sandra Mara Fulco. **Marcas da indisciplina na escola: caminhos e descaminhos das práticas pedagógicas**. Tese (Doutorado em Educação) – Universidade Metodista de Piracicaba, 2009. Disponível em <https://www.unimep.br/phpg/bibdig/pdfs/2006/OTPCSWFGHKVR.pdf>. Acesso em: fev. 2014.

RODRIGO-LOPES, Hálisson; FANTECELLE, Gylliard Matos. Da tipificação penal do *bullying*: modismo ou crime? **Revista Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 92, 2011. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=10285&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em nov. 2013

SILVEIRA, Adriana Dragone. Judicialização da educação para a efetivação do direito à educação básica. **Jornal de Políticas Educacionais da UFPR**, v. 5, n. 9, p. 30-40, 2011. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs-2.2.4/index.php/jpe/article/view/25173>>. Acesso em: dez. 2013.

SOUZA, Marilena Proença Rebello; TEIXEIRA, Daniele Caetano da Silva; SILVA, Maria Carolina Yasbek Gonçalves. Conselho Tutelar: um novo instrumento contra o fracasso escolar? **Psicologia em Estudo**, Maringá, n. 8, v. 2, p. 71-82, 2003. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/pe/v8n2/v8n2a07.pdf>>. Acesso em: fev. 2014.

TJMG – TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. **Acórdão n. 1.0024.10.142345-7/002**. 2013. Disponível em: <http://www.vitorhugo.adv.br/attachments/article/130/TJMG_Bullying.pdf>. Acessado em: 10 dez. 2013.

VANCIM, Adriano Roberto; GONÇALVES, José Eduardo Junqueira. Os cybercrimes e o *cyberbullying*: apontamentos jurídicos ao direito da intimidade e da privacidade. **Jurisprudência Mineira**, n. 62, v. 199, p. 21-55, 2011. Disponível em: <<http://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/395/1/D4v1992011.pdf>>. Acesso em: fev. 2014.

WENDT, Emerson. **Legislação brasileira sobre bullying e cyberbullying**. 2012. Disponível em: <<http://www.emersonwendt.com.br/2012/03/legislacao-brasileira-sobre-bullying-e.html>>. Acesso em: out. 2013.

Direito sucessório dos filhos advindos de uma reprodução assistida heteróloga

Joana D'arc dos Santos LIMA¹, joana_santoslima@hotmail.com; **Sonia Maria Dal SASSO²**; **Ana Paola Medeiros de Oliveira CARNEIRO³**

1. Graduada em Direito pela Faculdade de Minas (FAMINAS), Muriaé (MG).
2. Mestre em Letras pelo Centro de Ensino Superior de Juiz de Fora (CES/JF), MG; professora na FAMINAS, Muriaé (MG); e na Universidade do Estado de Minas Gerais (UEMG), Leopoldina (MG).
3. Especialista em Direito Civil e Processual Civil, pela Pontifícia Católica de Minas Gerais (PUC), Belo Horizonte (MG).

RESUMO: O avanço da medicina e as recentes formas de reprodução humana trouxeram novos paradigmas e inúmeros questionamentos ao Direito brasileiro, sobretudo na seara sucessória e familiar. A problemática abordada no presente trabalho tem como enfoque o direito do filho advindo da inseminação artificial heteróloga, discutindo os conceitos a ela relacionados, as omissões legislativas, os aspectos da paternidade sócioafetiva e a análise sucessória, sob o prisma da dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: filiação, reprodução assistida heteróloga, direito sucessório.

ABSTRACT: **Succession right of the children coming from a heterologous assisted reproduction.** The advancement of medicine and the recent forms of human reproduction brought

new paradigms and numerous inquiries to Brazilian law, especially in family and inheritance harvest. The problem addressed in this paper has the focus on the right of child's arising from heterologous artificial insemination, discussing the concepts related to it, the legislative omissions aspects of affective paternity and inheritance analysis from the perspective of human dignity.

Keywords: affiliation, heterologous assisted reproduction, inheritance law.

RESUMEN: Derecho de Sucesión de los niños procedentes de una reproducción asistida heteróloga. El avance de la medicina y las formas recientes de la reproducción humana trajeron nuevos paradigmas y numerosas consultas a la legislación brasileña, sobre todo en la cosecha de la familia y la herencia. El problema abordado en este trabajo tiene el foco en el derecho del hijo derivado de la inseminación artificial heteróloga, la discusión de los conceptos relacionados con ella, las omisiones legislativas, los aspectos de la paternidad afectiva y el análisis de la herencia desde la perspectiva de la dignidad humana.

Palabras clave: afiliación, reproducción asistida heteróloga, derecho de herencia.

Introdução

A evolução da medicina e das técnicas de reprodução artificial vem trazendo constantes inovações às entidades familiares, sobretudo nos campos da filiação e do direito sucessório. O Código Civil de 2002, em seu artigo 1.597, dispõe sobre os filhos concebidos através de técnicas da reprodução humana assistida, preconizando:

Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos [...] III – havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; IV- havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; V –

havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido (BRASIL, 2002).

Já em seu artigo 1.798, prevê o mesmo códex: “Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão” (BRASIL, 2002). Nesta perspectiva, o presente trabalho busca demonstrar que os filhos concebidos através de técnicas artificiais de reprodução humana possuem, ou deveriam possuir, os mesmos direitos, na ordem civil, que aqueles gerados por métodos naturais.

Num primeiro momento, foi analisada a filiação e suas implicações no direito sucessório. Posteriormente, foram abordadas as espécies de reprodução assistida e a forma como a legislação regulamenta cada modalidade. Por fim, o presente estudo teceu considerações acerca do filho advindo de inseminação artificial heteróloga, fato este não delimitado de forma segura e precisa pelo Código Civil de 2002, o que tem gerando discussões quanto à possibilidade deste filho ser herdeiro.

A elaboração desta pesquisa se deu à luz da legislação pátria em vigor no ano de 2013. Realizaram-se pesquisas bibliográficas, jurisprudenciais e em páginas eletrônicas, visando melhor entendimento do aludido tema proposto. Quanto ao método de procedimento, a escolha recaiu sobre o jurídico-interpretativo, pelo qual a visão sistemática do ordenamento jurídico, centrada nas disposições constantes no direito civil e no arcabouço principiológico que lhe é norteador, exigiu acuidade interpretativa de forma a deslindar a questão formulada.

I – Reconhecimento dos filhos e espécies de filiação

A nova ordem jurídica assegurou os mesmos direitos e qualificações entre os filhos adotivos e os havidos, ou não, da relação matrimonial (artigo 227, § 6º, da Constituição Federal, 1988). Afastou-se, assim, a expressão limitadora de direitos contida no Código Civil de 1916, nos artigos 337 e 351, que resguardavam com primazia os filhos concebidos na constância do casamento, filhos estes considerados como legítimos (BRASIL, 2016).

Na esteira da referida previsão constitucional, os incisos III a V do artigo 1.597 do Código Civil de 2002, estabelecem as hipóteses em que se dará a presunção de paternidade no âmbito da reprodução assistida:

Filhos havidos por fecundação artificial homóloga, ainda que nascidos após a morte do marido; filhos havidos por concepção artificial homóloga, provenientes de embriões excedentários; filhos havidos por inseminação artificial

heteróloga, desde que haja prévia autorização do marido (BRASIL, 2002).

1.1 – Reconhecimento voluntário

O reconhecimento dos filhos está previsto no artigo 1.609 do Código Civil de 2002, que assim dispõe:

I – no registro do nascimento; II – por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório; III – por testamento, ainda que incidentalmente manifestado; IV – por manifestação direta e expressa perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido objeto único e principal do ato que o contém (BRASIL, 2002, p. 254).

Enquanto os filhos havidos na constância do casamento não precisam ser reconhecidos, vez que possuem presunção legal de serem descendentes dos cônjuges, os advindos de outras uniões, como a estável, não contam com o mesmo tratamento legal. Assim, ainda que a união estável seja considerada uma entidade familiar, é imprescindível que os frutos nascidos em sua vigência sejam formalmente reconhecidos.

O reconhecimento espontâneo, previsto no artigo supracitado, independe de prova da origem genética. Além disso, “é incondicional, não podendo ser submetido à condição (evento futuro e incerto) ou a termo (evento futuro certo)” (TARTUCI, 2004, p. 1176), sendo um ato solene e público.

O reconhecimento voluntário será feito pelos seguintes meios: registro de nascimento (artigo 1.609, inciso I, do Código Civil de 2002), através da declaração de um ou ambos os pais. Caso o filho já esteja registrado em nome de um deles, o outro poderá, com determinação judicial, usar-se da averbação para incluir-se; escritura pública ou escrito particular (artigo 1.609, inciso II, do Código Civil de 2002), sendo ambas averbadas, podendo ser lavrada exclusivamente para o reconhecimento. No caso do escrito particular, uma cópia permanecerá arquivada em cartório; testamento (artigo 1.609, inciso III, do Código Civil de 2002), ainda que manifestado incidentalmente dentre outras deliberações; direta e expressamente perante o juiz (artigo 1.609, inciso IV, do Código Civil de 2002), por parte do genitor, ainda que o reconhecimento não seja o objeto da ação.

Frise-se que o reconhecimento poderá preceder o nascimento ou se dar posteriormente ao falecimento do filho, caso este tenha deixado descendentes (artigo 1.609, parágrafo único, do Código Civil de 2002).

1.2 – Reconhecimento judicial

Caso o filho não tenha sido reconhecido voluntariamente, poderá obter o reconhecimento judicial, através da ação investigatória de paternidade, de natureza declaratória e imprescritível, tratando-se de direito personalíssimo e indisponível.

A legitimidade para o ajuizamento da ação é do filho, em razão dos direitos personalíssimos, ou do Ministério Público. Em se tratando de menor, a representação será exercida pelo genitor(a) ou tutor(a).

No pólo passivo, figurará o suposto pai ou suposta mãe. Caso o demandado já tenha falecido, a ação será proposta contra os herdeiros. Assim, “admite-se a investigação de maternidade, pela falta de certeza. A investigação da maternidade se dá em situações excepcionais, como no caso de abandono, ocultação, exposição indevida e rapto” (LISBOA, 2012, p. 231).

1.3 – Espécies de filiação

A filiação pode ser classificada como: biológica, por substituição, sócioafetiva e por adoção.

A filiação é biológica quando o filho porta a herança genética tanto do pai como da mãe. Ela é natural se a concepção resultou de relações sexuais mantidas pelos genitores. Mas esse não é o único meio de gerar filho biológico. Também pertence a essa categoria a filiação quando a concepção ocorre *in vitro*. Desde que os gametas tenham sido fornecidos por quem consta do registro de nascimento das pessoas com seu pai e mãe – ainda que esta não tenha feito a gestação, mas outra mulher, a filiação classifica-se como biológica (COELHO, 2012, p.141).

A filiação por substituição, também conhecida por “barriga solidaria”, é a utilização do útero de uma terceira mulher para a gestação do bebê. Neste caso, não haverá a participação genética da mulher que carrega o feto. A formação do embrião se dará por fertilização *in vitro*, mediante a utilização dos gametas do casal, e, posteriormente, será transferido para a mulher que cedeu o útero. Este método é indicado nos casos de impossibilidade natural da mulher de gestar o nascituro.

A filiação sócioafetiva é uma relação de parentesco adquirida com o convívio social, ou seja, tem-se uma relação de afeto em que os pais tratam a criança como se filho fosse, independentemente de laços sanguíneos.

O conceito de paternidade sócioafetiva, funda-se nos laços sociais, culturais e afetivos de relacionamento, que podem ser observados no convívio entre pais e filhos, gerando um forte vínculo, do ponto de vista psicológico, ocasionando interdependência entre os sujeitos relacionados (SILVA, 2010).

Já a adoção é um vínculo de filiação que independe de parentesco consanguíneo ou afim, elevando à condição de filho uma pessoa que passará a integrar uma família, estabelecendo-se o parentesco entre adotante e adotado no primeiro grau em linha reta. É um ato jurídico solene e irrevogável, que deverá obedecer aos requisitos legais, previstos no Código Civil de 2002 e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

II – Direito sucessório

Consoante Gonçalves (2012, p. 17), a palavra sucessão,

em sentido amplo, significa o ato pelo qual uma pessoa assume o lugar de outra, substituindo-a na titularidade de determinados bens. Numa compra e venda, por exemplo, o comprador sucede ao vendedor, adquirindo todos os direitos que a este pertenciam. De forma idêntica, ao cedente sucede o cessionário, o mesmo acontecendo em todos os modos derivados de adquirir o domínio ou o direito.

A sucessão pode ser legítima, testamentária ou mista conforme estabelece o artigo 1.784 do Código Civil de 2002: “Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.” Quando a sucessão ocorre em virtude da lei, tem-se a sucessão legítima. Quando decorre da manifestação de vontade, expressa em testamento, denomina-se sucessão testamentária. Já a sucessão mista dá-se quando a sucessão existe em virtude da lei e do ato de última vontade.

A sucessão legítima, disposta no artigo 1.829 do Código Civil de 2002, apresenta-se na seguinte ordem:

- I – aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime de comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, § único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;
- II – aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;
- III – ao cônjuge sobrevivente;
- IV – aos colaterais.

Por este dispositivo,

encontra-se na primeira classe de familiares sucessíveis os “descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens”, e salvo “se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares” (inciso I). Na segunda classe, acomodam-se os “ascendentes, em concorrência com o cônjuge” (inciso II). O familiar sucessível de terceira classe, segundo esse dispositivo, é o “cônjuge sobrevivente” (inciso III). E a quarta e última classe alberga os parentes “colaterais” até o quarto grau (inciso IV) (COELHO, 2012, p. 232).

Nota-se que os descendentes, os ascendentes e o cônjuge são herdeiros de primeira classe da ordem de vocação, ou seja, herdeiros necessários com direito a 50% do patrimônio do autor da herança (artigo 1846, Código Civil de 2002). Conforme Coelho (2012, p. 234):

As regras de concorrência do cônjuge e os descendentes do falecido variam segundo dois fatores. De um lado, o regime de bens do casamento. Dependendo do regime patrimonial adotado pelos cônjuges, existe ou não concorrência; e, mesmo quando existe, pode alcançar apenas parte da herança em função ainda do regime patrimonial adotado. De outro lado, variam as regras da concorrência de acordo com a natureza da descendência deixada pelo falecido. Porções diversas da herança são destinadas aos concorrentes quando do concurso participam apenas descendentes comuns (todos são filhos

do cônjuge e do falecido) ou somente descendentes exclusivos (todos são filhos do falecido, mas nenhum é o cônjuge) e no caso de descendência híbrida (alguns dos descendente são comuns e outros, exclusivos).

Havendo herdeiros necessários, tais como ascendentes, descendentes ou cônjuge, a sucessão testamentária dar-se-á por meio da divisão da herança em duas partes iguais, onde o testador poderá dispor apenas da metade, tida como porção disponível. Assim, irá outorgá-la a herdeiros facultativos, como é o caso do parentesco colateral até quarto grau (irmão, tios, sobrinhos, primos, tios-avôs e sobrinhos-netos) e outros, que não possuem proteção e acesso à legítima (a outra metade patrimonial).

Possuem aptidão para suceder os nascidos ou já concebidos ao tempo da abertura da sucessão (artigo 1.798 do Código Civil de 2002). O dispositivo anteriormente mencionado trouxe inovações à ordem jurídica, ao reconhecer direitos sucessórios ao nascituro já concebido.

O referido artigo, em tese, excluiria da participação na sucessão, o nascido através de inseminação artificial após a morte do autor da herança posto que nesse caso, não teria havido prévia concepção daquele. Isto porque, resta expressamente assinalado, dentro do Direito das Sucessões que, o herdeiro deve existir, de fato, ao tempo da morte do de cujus, ou, pelo menos, deve estar concebido ao tempo da abertura da sucessão para que possa ser reconhecido como nascituro e, consequentemente herdeiro (COCO, 2012).

De forma esclarecedora, o artigo 1.597 do Código Civil de 2002, preceitua que:

Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

- I – nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;
- II – nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;
- III – havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;
- IV – havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de

embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V – havidos por inseminação heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

III – Reprodução assistida: conceito e legislação

Para melhor entendimento do tema, é importante fazer uma diferenciação entre a fertilização e a inseminação artificial. A fertilização artificial nada mais é do que um procedimento realizado pela junção do espermatozoide com o óvulo, para a formação do zigoto. Já a inseminação artificial é a introdução do espermatozoide no interior do útero, por métodos não naturais. Não se deve confundir inseminação artificial com fertilização *in vitro*, pois na fertilização *in vitro* temos o óvulo fecundado pelo sêmen fora do órgão genitor da mulher.

A inseminação artificial pode ser homóloga e heteróloga.

O que diferencia a inseminação artificial homóloga da heteróloga é a origem do material genético masculino utilizado no procedimento. Ou seja, na inseminação homóloga, o material genético masculino (sêmen) é fornecido pelo próprio marido, ao passo que na inseminação heteróloga, o referido material genético é doado por terceiro alheio à relação marital.

IV – Herdeiros *post mortem*

O Código Civil de 2002, em seu artigo 1.799, preceitua que: “Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder: I – os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão”.

Assim, “não se trata mais do nascituro (*conceptus*), mas do *nondum conceptus*, ou seja, de indivíduo nem ainda concebido. Em tais casos, a transmissão hereditária é condicional, subordinando-se a aquisição da herança a evento futuro e incerto” (GONÇALVES, 2012, p. 65).

A problemática sobre o direito sucessório dos herdeiros *post mortem* encontra referência no artigo suso transcrito, quando são prestigiados os filhos não concebidos de terceiros indicados pelo testador. Porém, carece de previsão legal o direito sucessório do herdeiro *post mortem* do próprio autor da herança. Nestes casos, o princípio da igualdade de filiação pode ser invocado para alcançar tais filhos, possibilitando a eles o direito de herdar.

4.1 – Consequências no âmbito sucessório

Consagra o artigo 1.784 do Código Civil que: “Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários” (BRASIL, 2002).

A herança engloba, além dos bens, os créditos e os débitos do *de cujus*, inclusive as ações que foram propostas contra o falecido e aquelas em que era titular.

Os herdeiros devem providenciar o inventário, que poderá tramitar judicial ou extrajudicialmente, por escritura pública, conforme o caso. Exigência para o inventário extrajudicial é que não haja testamento ou interessados incapazes.

A abertura da sucessão importa na transmissão imediata dos bens deixados pelo *de cujus* em favor dos seus herdeiros, cujas administração e posse serão exercidas, via de regra, pelo cônjuge supérstite ou sobrevivente até a ulterior partilha.

Trata-se do *droit de saisine*, que se constitui a partir da relação jurídica estabelecida entre a pessoa que veio a falecer (o *de cujus*) e a pessoa que procede à apropriação dos bens que integravam o patrimônio do defunto (o sucessor). Tal vínculo, preceitua a norma jurídica, viabiliza a apreensão da coisa em virtude da transferência do objeto (LISBOA, 2012, p. 293).

O artigo 1.798 do Código Civil de 2002, quando estabelece, dentre os “legitimados a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”, não abarca a situação do herdeiro que nasce após a morte do autor da herança, por meio de reprodução assistida, o que afastaria a sua participação na sucessão. Assim, apenas na hipótese de já ter sido concebido, este herdeiro figurará, de acordo com a lei, como herdeiro necessário.

V – A reprodução assistida heteróloga no aspecto legislativo

Estabelecida a distinção entre os tipos de reprodução assistida, analisou-se a legislação pertinente ao tema em estudo.

Inicialmente, convém destacar que o Código Civil de 2002 não fixou os parâmetros relativos à matéria, já que não autoriza, nem regulamenta,

a reprodução assistida, apenas tratando, de forma limitada, dos aspectos envolvendo a paternidade.

Assim, o artigo 1.597 Código Civil de 2002 preceitua tão somente as formas de inseminação artificial, dispondo, no inciso III, sobre a presunção de paternidade dos filhos fecundados através de inseminação artificial homóloga. Neste caso, não há divergência doutrinária ou jurisprudencial, visto que o material genético utilizado no procedimento pertence ao próprio casal.

Dúvidas exsurtem em relação à aplicabilidade do inciso V do mesmo dispositivo legal, no qual se encontra prevista a inseminação artificial heteróloga, entendida como aquela realizada diante da impossibilidade de se aproveitar os gametas do marido ou da esposa, devendo-se recorrer à utilização do material genético de terceiros.

Neste caso, a única exigência imposta é a prévia autorização do marido quanto à ocorrência da inseminação. No mesmo sentido, a resolução 1.957/2010 do Conselho Federal de Medicina (CFM, 2010). Dada a carência de regulamentação legislativa, diversos projetos de lei surgiram para subsidiar e equacionar a questão controvertida.

A resolução 1.957/2010, do Conselho Federal de Medicina, não faz qualquer restrição ao uso de tecnologias reprodutivas com base na existência, ou não, de casamento ou união estável. Em sentido contrário, posta-se o Projeto de Lei n. 90/99, apresentado pelo senador Lúcio Alcântara, tendo por finalidade regulamentar a procriação medicamente assistida, propondo que os referidos procedimentos só possam ser realizados em casais com vínculo jurídico constituído, seja casamento ou união estável, seguindo assim o modelo alemão (BRASIL, 1999).

Existe, ainda, a Resolução 1.358/92, do Conselho Federal de Medicina, que, embora não tenha força de lei, expõe normas éticas para o uso das técnicas de reprodução assistida.

Nosso ordenamento jurídico conta, também, com a Lei de Biossegurança (11.105/05), que regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do artigo 225 da Constituição da República, estabelecendo normas de segurança e mecanismos de fiscalização destas atividades.

No campo dos projetos de lei que tramitam no Congresso Nacional, existe o PL 4686/2004, de autoria do deputado federal José Carlos Araújo, onde a solução referente aos filhos concebidos através de inseminação artificial heteróloga é adicionar o artigo 1.577-A ao Código Civil, com a seguinte redação:

À pessoa nascida pelo processo a que alude este artigo é o acesso, a qualquer tempo, diretamente ou por meio de representante legal, e desde que manifeste sua vontade,

livre e consciente, a todas as informações sobre o processo que a gerou, inclusive a identidade civil do doador e mãe biológica, obrigando-se o serviço de saúde responsável a fornecer as informações solicitadas, mantidos os segredos profissionais e de justiça (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2010).

Ao abordar a matéria, a I Jornada de Direito Civil, em seu enunciado 104, prescreveu que:

no âmbito das técnicas de reprodução assistida envolvendo o emprego de material fecundante de terceiros, o pressuposto fático da relação sexual é substituído pela vontade (ou eventualmente pelo risco da situação jurídica matrimonial) juridicamente qualificada, gerando presunção absoluta ou relativa de paternidade no que tange ao marido da mãe da criança concebida, dependendo da manifestação expressa (ou implícita) da vontade no curso do casamento (STJ, s/d).

No mesmo diapasão, vale colacionar o seguinte julgado:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. ART. 226 DA CF E LEI Nº 9.263/96. DIREITO AO PLANEJAMENTO FAMILIAR. INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL. TRATAMENTO. DIREITO SUBJETIVO CONSTITUCIONAL. INEXISTÊNCIA. URGÊNCIA. INOCORRÊNCIA. I – A norma constitucional que cuida do planejamento familiar (art. 226, da CF), bem como a Lei nº 9.263/96, que o regula em nível infraconstitucional, determinam o respeito à liberdade de decisão do casal acerca da prole e, abarcados nessa seara, o dever estatal de propiciar recursos (educacionais e científicos) para o exercício desse direito, assim como, por consectário lógico, a vedação de qualquer mecanismo coercitivo por parte das instituições oficiais ou privadas que impeçam a implementação do planejamento familiar. II – Nessa esfera de respeito e garantia à liberdade de planejamento familiar assegurados constitucionalmente, que se insere o dever estatal (educacional e científico) previsto no tratamento normativo. Não se olvida que ao

Estado incumbe, em seu papel solidarista e humanista, dispensar a assistência necessária ao exercício do direito de planejamento familiar, inserida nesse contexto a assistência à concepção e à contracepção. Tal dever de assistência, todavia, não inclui nem autoriza direito subjetivo constitucional à reprodução *in vitro*. III – Não se vislumbra imprescindibilidade à saúde da Autora do tratamento pleiteado (inseminação artificial), de forma a comprometer a sua integridade física, não obstante respeitar-se a louvável pretensão deduzida, a maternidade (TRF-2, 2007).

Trata-se de uma apelação interposta por Lilian Rocha Rosa, em ataque à sentença proferida pelo Juízo da 27ª Vara Federal do Rio de Janeiro, a qual julgou improcedente o pedido autoral de fornecimento de tratamento de fecundação (fertilização *in vitro*), exames, medicamentos e médicos especializados.

Na presente demanda, alegou a autora ter sido vítima de erro médico, devido a um diagnóstico tardio de endometriose, tratada equivocadamente como tumor de ovário (extirpado em intervenção cirúrgica realizada no Hospital dos Servidores do Estado do Rio de Janeiro). Em razão disso, sofreria de obstrução de trompas, o que a impossibilitaria de engravidar naturalmente, razão pela qual pleiteou o custeio de tratamento médico de fertilização *in vitro*, figurando como réus a União e o Estado do Rio de Janeiro.

O acórdão que negou provimento ao recurso fundamentou-se na ideia de que, embora a família possua proteção do Estado, o planejamento familiar é livre decisão do casal, cabendo ao Estado oferecer os recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, sendo vedada qualquer forma coercitiva por parte das instituições oficiais ou privadas.

Entende-se por planejamento familiar um conjunto de ações de regulação de fecundidade, que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem, ou pelo casal. Assim o Poder Público tem a obrigação de efetuar a assistência ao planejamento familiar e não a obrigação de fornecer o tratamento específico requerido pela autora.

A Constituição da República, em seu artigo 226, § 7º, dispõe sobre o planejamento familiar, consagrando os seguintes princípios fundamentais inerentes à família: da liberdade de planejamento familiar; da paternidade responsável; da dignidade da pessoa humana; da isonomia jurídica entre os filhos; da proteção integral da família e da proteção especial da criança e do adolescente.

Logo, o relator manteve a r. sentença pelos fundamentos acima citados, sustentando, ainda, que no caso em análise não foi possível visualizar a imprescindibilidade à saúde da autora ao tratamento requerido (inseminação artificial), de forma a comprometer a sua integridade física.

VI – Considerações finais

Os avanços científicos das técnicas de reprodução humana assistida trouxeram, para muitos casais, a esperança de terem filhos através do fornecimento de material genético.

A opção pela reprodução artificial varia entre a homóloga e a heteróloga. A problemática reside na fertilização heteróloga, que enseja uma filiação socioafetiva, dissociada do material genético do pai, figurando como tal aquele que a lei determina sê-lo, tendo por base os princípios da afetividade e do melhor interesse da criança e do adolescente.

Na paternidade socioafetiva, a filiação decorre de laços afetivos construídos no cotidiano de pai e filho. A filiação afetiva surge do desejo do pai para com o filho, da convivência familiar, dos laços de solidariedade.

Para que o casal utilize o material genético de um doador anônimo, é necessária a prévia autorização do cônjuge ou companheiro, conforme dispõe o Código Civil de 2002 e a Resolução n. 1358/92 do Conselho Federal de Medicina. Assim, a paternidade será estabelecida a partir da expressa manifestação de vontade do futuro pai, sem possibilidade de arrependimento posterior.

Nesse contexto, há que se considerar o reconhecimento e a valorização da paternidade socioafetiva na sociedade moderna, tão ou mais importante que aquela proveniente do mero fornecimento de material genético.

É com fulcro no planejamento familiar que se permite ao casal, ao homem e à mulher, a escolha de querer ter um filho, educando-o segundo sua condição social, princípios e valores.

Como foi visto, ao Estado compete propiciar recursos educacionais, financeiros e científicos para o planejamento familiar, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas.

Quanto ao direito sucessório do filho concebido através de inseminação artificial heteróloga, surgem diversos posicionamentos na doutrina, em razão da omissão legislativa. A dissonância entre os artigos 1.798 e 1.799, inciso I, do Código Civil, faz com que muitos autores interpretem, de maneiras diferentes, a presente questão.

O artigo 1.798 do Código Civil atribui legitimidade para suceder apenas às pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da

sucessão. Por outro lado, o artigo 1.799, inciso I, do Código Civil, possibilita os filhos ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, a sucederem. Contudo, não há qualquer autorização, ou vedação, à sucessão de filhos não concebidos do próprio *de cujus*, provenientes de reprodução assistida. Existe apenas a menção, no Código Civil de 2002, acerca da possibilidade de inseminação artificial *post mortem*, restando aos estudiosos do direito posicionar-se quanto aos aspectos referentes à sucessão.

Logo, surge a clara possibilidade jurídica de atribuição de direitos sucessórios aos filhos concebidos *post mortem*, seja em razão da expressa manifestação de vontade dos pais de efetivarem um projeto parental, seja em razão dos princípios constitucionais da igualdade entre os filhos (vedada qualquer espécie de tratamento discriminatório), da dignidade da pessoa humano e do livre planejamento familiar.

Referências

BRASIL. **Código Civil (2002)**. Vade Mecum Saraiva. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Código Civil (1916)**. Vade Mecum Saraiva. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Projeto de Lei n. 90/99**. Apresentado pelo senador Lúcio Alcântara. Disponível em: <http://www.ghente.org/doc_juridicos/pls90subst.htm>. Acesso em: 12 nov. 2013.

COCO, Bruna Amarijo. **Reprodução assistida *post mortem* e seus aspectos sucessórios**. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/21747/reproducao-assistida-post-mortem-e-seus-aspectos-sucessorios/2>>. Acesso em: 26 set. 2013.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito civil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CFM – Conselho Federal de Medicina. **Resolução n. 1.957/2010**. Dispõe sobre reprodução assistida. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm>. Acesso em: 12 nov. 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro: Direito das sucessões**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LISBOA, Roberto Senise. **Direito de família e sucessões**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SILVA, André Ribeiro Molhano et al. Sócio-afetividade e filiação. **Revista Eletrônica Domtotal**, 2010. Disponível em: <<http://www.domtotal.com/>>

direito/pagina/detalhe/29391/socio-afetividade-e-filiacao>. Acesso em: 25 set. 2013.

STJ - Supremo Tribunal de Justiça. **Jornada de Direito Civil**. 1. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/publicacaoinstitutional/index.php/jornada/article/viewFile/2611/2689>>. Acesso em: 25 set. 2013.

TRF-2. **Direito ao planejamento familiar**. Inseminação artificial. Tratamento. Direito subjetivo constitucional. AC: 398948 RJ 2005.51.01.004958-3. Rel. Desembargador Federal Sergio Schwaitzer. Data de julgamento: 11/07/2007, SÉTIMA TURMA ESPECIALIZADA, Data de Publicação: DJU – Data:24/07/2007 – Página: 595. Disponível em: <<http://trf-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1205416/apelacao-civel-ac-398948-rj-20055101004958-3>>. Acesso em: 05 out. 2013.

Implicações da tecnologia da informação sobre a disciplina dos títulos de crédito

Alina Tereza de Mattos AZEVEDO¹, alina.azevedo@hotmail.com; **Poliana Aroeira Braga Duarte FERREIRA**², poli.braga@hotmail.com

1. Graduanda em Direito pela Faculdade de Minas (FAMINAS), Muriaé (MG).
2. Mestre em Direito Empresarial pela Faculdade Milton Campos, Nova Lima (MG); professora e coordenadora do curso de Direito da FAMINAS, Muriaé (MG); professora na Faculdade Novos Horizontes (FNH), Belo Horizonte (MG), e na Fundação Presidente Antônio Carlos (FUPAC), Nova Lima (MG).

RESUMO: Este artigo analisou, sem a finalidade de esgotar o tema, a possibilidade de compatibilização da disciplina cambiária com as inovações trazidas pela tecnologia da informação, à luz dos princípios regentes dos títulos de crédito e das disposições do Código Civil brasileiro de 2002 a eles atinentes, sem perder de vista o fato de que o estudioso não pode guiar-se pela temeridade.

Palavras-chave: títulos de crédito, tecnologia da informação, disciplina cambiária.

ABSTRACT: **Implications of information technology on the subject of securities.** This paper analyzed, without the purpose of exhausting the subject, the possibility of reconciling the rate of exchange subject to the innovations brought by information technology in light of the governing principles of securities and the provisions of the Brazilian Civil Code of 2002 relative to them,

without losing the sight of the fact that the students cannot guide themselves by recklessness.

Keywords: securities, information technology, discipline rate of exchange.

RESUMEN: Implicaciones de la tecnología de la información sobre el tema de los valores. En este trabajo se analiza, sin el propósito de agotar el tema, la posibilidad de conciliar la tasa de cambio sujeto a las innovaciones traídas por la tecnología de la información a la luz de los principios rectores de los valores y las disposiciones del Código Civil Brasileño de 2002 en relación con ellos, sin perder de vista el hecho de que los estudiantes no pueden guiarse por imprudencia.

Palabras clave: valores, tecnología de la información, disciplina de la tasa de cambio.

Introdução

Bastante nítida tem sido, atualmente, a relação de interdependência existente entre o ser humano e a tecnologia da informação. Em uma sociedade capitalista, tempo costuma ser, na maioria dos casos, sinônimo de dinheiro, e o homem moderno vê nessa área do saber a possibilidade de conseguir a agilidade e a praticidade de que tanto necessita.

Visando regular a vida em sociedade, aparece o Direito com suas regras e princípios, que precisa se adaptar à celeridade do aprimoramento das relações sociais. Com relação especificamente ao Direito cambiário, a influência gerada pela tecnologia da informação sobre o instituto dos títulos de crédito vem provocando inúmeras discussões, pois esta disciplina é regida por regras e princípios que não podem ser simplesmente descartados ou modificados levemente.

Dados da Idade Média, os títulos de crédito foram criados para facilitar a circulação de riquezas, estruturando-se para tanto sobre três principais princípios: cartularidade, literalidade e autonomia. A desmaterialização dos títulos de crédito bem como o uso da assinatura digital constituem inovações que afetam diretamente essa estrutura.

O operador do Direito deve ser prudente ao introduzir modificações ao instituto, visando sempre a sua compatibilização com o que se encontra estabelecido, seja no Código Civil ou nas legislações específicas. A busca por

inovações não pode de maneira nenhuma fadar ao insucesso um instituto, comprometendo dessa forma o equilíbrio das relações sociais.

Objeto deste artigo, a disciplina dos títulos de crédito será analisada sob o ponto de vista de especialistas em Direito cambiário, buscando-se abordar as principais discussões acerca da compatibilização ou não do instituto com as inovações trazidas pela tecnologia da informação, salientando-se ainda a introdução ao ordenamento jurídico da chamada letra financeira pela Lei n. 12.249/10 (BRASIL, 2010).

I – Breve noção histórica dos títulos de crédito

De acordo com o professor Wille Duarte Costa (2003), o primeiro título de crédito que se tem notícia é a chamada letra de câmbio. Não é possível precisar exatamente a origem desse título, porém é certo que o mesmo data da Idade Média.

O período medieval foi marcado pela existência de inúmeros pequenos Estados, os quais possuíam organizações econômicas e políticas diferentes – diferenças que, por óbvio, alcançavam as moedas. O comércio era realizado em mercados e feiras frequentados por comerciantes de lugares distintos. Nesse contexto, a diversidade entre as moedas impossibilitava a consecução dos negócios, fato que acabava por obrigar os comerciantes a efetuarem a troca de seus câmbios pelos do local em que ocorreriam as negociações (COSTA, 2003).

Sabe-se que, devido à precariedade dos meios de transportes e das estradas da época, a possibilidade de ocorrer um assalto durante o deslocamento de uma cidade para outra era grande, o que tornava inviável ao comerciante trazer consigo maiores somas de dinheiro a fim de realizar as trocas. Por tudo isso, tornou-se frequente a conduta dos comerciantes de entregarem as moedas ao banqueiro de sua cidade, recebendo do mesmo uma carta contendo um comando ao banqueiro da cidade de destino para que entregasse as quantidades de moedas correspondentes as que haviam sido depositadas. Em momento posterior, os banqueiros dos locais distintos faziam a compensação entre as cartas emitidas e recebidas. Originou-se, por essa forma, a letra de câmbio (COSTA, 2003).

Preleciona, nesse sentido, o professor Wille Duarte Costa:

Certamente algum banqueiro lembrou-se de criar uma carta (*littera*) que seria levada até seu correspondente em determinada cidade, informando-lhe que o portador da correspondência tinha deixado com ele moedas locais correspondentes às moedas do destino, onde estava o

correspondente ou representante do banqueiro, que podiam ser a ele repassadas. E assim, o adquirente das moedas tranquilizava-se em relação aos assaltos então existentes, pois havia mais segurança ou relativa segurança (2003, p. 8-9).

Cumpre-se mencionar, ainda que brevemente, o fato de que a história dos títulos de crédito pode ser dividida em quatro fases. A primeira delas, marcada pela diversidade de moedas e pelo deslocamento do titular da letra de câmbio, remonta ao período italiano. No período francês, há o surgimento da cláusula à ordem – origem do instituto do endosso, o qual corresponde a segunda fase. A terceira fase, chamada de período alemão, dá-se por volta de 1848, quando ocorre a consolidação da letra de câmbio e outros títulos de crédito com a edição da Ordenação Geral do Direito Cambiário. Por fim, na quarta fase, tem-se o período uniforme com a realização em 1930 da Convenção de Genebra, em que diversos países se comprometeram em adotar uma lei uniforme sobre a letra de câmbio e a nota promissória (COSTA, 2003).

O Brasil aderiu à Convenção de Genebra em 1942, introduzida ao ordenamento pátrio através do decreto 57.663/66. Anteriormente a este decreto, já havia no país uma legislação cambiária, o decreto 2.044/1908. Esse decreto é utilizado de maneira supletiva ao decreto 57.663/66. Além disso, atualmente, a legislação cambiária brasileira conta com disposições do Código Civil brasileiro de 2002 e com legislações específicas atinentes aos títulos não abarcados pelo decreto 57.663/63, como a lei do cheque e a lei da duplicata (COSTA, 2003).

II – Conceituação dos títulos de crédito

O conceito de título de crédito atualmente utilizado e reproduzido com adaptações no Código Civil brasileiro de 2002 em seu artigo 887 possui autoria atribuída ao comercialista italiano Cesare Vivante. Segundo ele, “título de crédito é o documento necessário para o exercício do direito literal e autônomo nele mencionado” (VIVANTE apud COSTA, 2003).

A análise detalhada do conceito supracitado permite a retirada de alguns elementos e princípios que alicerçam a disciplina dos títulos de crédito.

Segundo o professor Wille Duarte Costa (2003), a palavra crédito pressupõe a conjugação de confiança e tempo. Sendo assim, só haverá a materialização da relação creditícia caso o credor confie no devedor e lhe conceda tempo para que o débito seja liquidado. Avançando na análise, Fábio Ulhoa Coelho (2012) entende que o título de crédito “como documento

reporta um fato, ele diz que alguma coisa existe, em outros termos, o título prova a existência de relação jurídica, especificamente duma relação de crédito”. Documento, portanto, é aquilo que tem o poder comprobatório da relação existente entre o credor e o devedor.

Quando Vivante estabelece que “título de crédito é o documento necessário” está se referindo a um princípio – o princípio da cartularidade. Tal princípio significa dizer que para o exercício do direito de crédito há a necessidade de que seu beneficiário esteja na posse de um título. Porém, para que seja possível entender o verdadeiro alcance desse princípio, há a necessidade de esclarecer o que vem a ser título. Conforme preconiza Mamede:

Em sua origem latina, a palavra títulos traduz-se por inscrição, refere-se, portanto, ao texto que dá identidade, ou adjetivação à coisa, ao fato ou à pessoa. Em latim chartula é o diminutivo de charta (papel que, na antiguidade, era feito da entrecasca do papiro); traduz ideia de pequeno papel no qual se lança um escrito de pouca extensão, características tradicionalmente predominantes nos instrumentos de crédito, resumindo operações às informações essenciais para sua representação, com o que se pretende garantir a simplicidade necessária para a confiabilidade do documento no mercado, permitindo sua circulação (2008, p. 5-7).

Por fim, quando Vivante diz “para o exercício do direito literal e autônomo” está se referindo a dois outros princípios, quais sejam: o da literalidade e o da autonomia. O primeiro significa que somente produzirão efeitos os atos lançados no corpo do título. Já o segundo desdobra-se em dois subprincípios: a abstração e a inoponibilidade de exceções pessoais aos terceiros de boa-fé.

Abstração quer dizer que, uma vez colocado em circulação, o título desvincula-se da obrigação que lhe deu origem. Portanto, os vícios que eventualmente existirem na obrigação fundamental não se estendem ao terceiro portador de boa-fé. Exatamente por isso, documentando o título várias obrigações e sendo eventualmente executado, o devedor poderá opor ao terceiro de boa-fé somente as matérias de defesa que não forem estranhas à sua relação direta com este último.

Em reforço ao exposto, o professor Jean Carlos Fernandes traz a explicação elaborada pelo próprio Vivante (1934), no que se refere à literalidade e à autonomia:

O direito contido no título é um direito literal, porque seu conteúdo e os seus limites são determinados nos precisos termos do título; é um direito autônomo, porque todo o possuidor o pode exercer como se fosse um direito originário, nascido nele pela primeira vez, porque sobre esse direito não recaem as exceções, que diminuiriam o seu valor nas mãos dos possuidores precedentes (2007, p. 128).

Dentre os três princípios supra mencionados, resta salientar que o princípio da cartularidade vem gerando a maior parte das controvérsias entre os doutrinadores. Isso por se encontrar intimamente relacionado com a questão da desmaterialização dos títulos de crédito e ainda com a possibilidade ou não de introdução dos títulos eletrônicos à legislação cambiária brasileira.

III – Disposições do Código Civil brasileiro de 2002 referentes aos títulos de crédito

Conforme estabelece o Código Civil brasileiro de 2002, em seu artigo 887, “o título de crédito, documento necessário ao exercício do direito literal e autônomo nele contido, somente produz efeito quando preenche os requisitos da lei”. A exigência legal de que o título preencha os requisitos da lei faz alusão ao chamado princípio da legalidade ou tipicidade, que também rege os títulos de crédito.

Nesse sentido, existe na disciplina cambiária a classificação dos títulos em típicos e em atípicos. Os títulos que possuem legislação específica são classificados como típicos, ao passo que aqueles que não a possuem – sendo, portanto, regidos pelo Código Civil – são classificados como atípicos.

De acordo com Newton de Lucca (1979), citado por Jean Carlos Fernandes (2007), “título atípico é aquele que não possui um modelo legal. Se existisse uma lei especial que o regulasse ele não seria um título atípico”.

Como exemplo de títulos típicos tem-se a letra de câmbio, a nota promissória, o cheque, a duplicata. Ainda no que se refere aos títulos típicos, o Código assenta em seu artigo 903 que suas disposições somente serão a eles aplicadas quando a legislação específica que os regem não dispuser de forma diversa.

Já o artigo 889 do Código Civil traz os requisitos essenciais aos títulos de crédito, devendo sempre ser lido em cotejo com o artigo 903. Porém, o que gera grande divergência na doutrina é seu parágrafo terceiro. O mesmo dispõe que “o título poderá ser emitido a partir dos caracteres

criados em computador ou meio técnico equivalente e que constem da escrituração do emitente, observados os requisitos mínimos previstos neste artigo.” A divergência que aqui se instala é no sentido de ter o parágrafo terceiro do artigo 889 permitido ou não a criação dos chamados títulos de crédito eletrônicos. Segundo Jean Carlos Fernandes:

Não se cuida aqui da criação do chamado ‘título virtual’, arredando a euforia de pequena parte da doutrina, mas apenas a possibilidade de se criar um título a partir dos dados colhidos nos meios informatizados, sendo certo que o exercício do direito pelo portador do título não dispensará a emissão do documento, como determina o artigo 887 do Código Civil, muito menos a assinatura do emitente, requisitos essencial disposto no artigo 889 do mesmo diploma legal (2007, p. 135).

No mesmo sentido, corroborando a ideia de Jean Carlos, o professor Wille Duarte Costa esclarece que:

Não se deve esquecer que o título de crédito surge por força da lei que o regula. Dessa forma, não se pode admitir a criação de um novo título, sem base legal. Mesmo se existentes não podem receber outros requisitos não previstos, ou modificações capazes de alterar-lhes a substância, sem lei. Por isso, a maioria dos títulos de crédito corresponde a títulos formais, entendido no sentido de que devem atender, obrigatoriamente, a certas formalidades impostas pela norma jurídica (2007, p. 79).

Ao que tudo indica, portanto, caso o legislador intentou possibilitar a criação dos títulos de crédito eletrônicos por meio do artigo 889, § 3º, CC/02, teve por frustrado ser desiderato. Conforme demonstrado pelos mestres no assunto, título de crédito eletrônico é algo que demanda análise complexa e aprofundada para sua criação, necessitando de lei regente específica, e não um mero parágrafo de um artigo.

IV – A desmaterialização dos títulos de crédito e o princípio da cartularidade

Os títulos de crédito na forma pela qual inicialmente foram criados necessitam de um suporte corpóreo, normalmente o papel, para que possam

reportar uma relação jurídica creditícia. O chamado princípio da cartularidade refere-se exatamente a esse ponto.

Em um primeiro momento, o que a tecnologia da informação ataca é especificamente a noção de haver a necessidade de um suporte corpóreo para o exercício do direito de crédito. Isso porque o mundo eletrônico se baseia na ideia do incorpóreo, do imaterial. Trazer as inovações tecnológicas à disciplina dos títulos de crédito faz com que surja o fenômeno chamado pela doutrina de desmaterialização do título de crédito. E é essa desmaterialização que fez e está fazendo com que os doutrinadores se debrucem a pensar no futuro do princípio da cartularidade.

Alguns doutrinadores militam pelo fim do referido princípio e outros defendem sua releitura e readequação. Entre os primeiros encontra-se Fábio Ulhoa Coelho (2012), que afirma que a desmaterialização dos títulos de crédito faz com que o princípio da cartularidade perca sua razão de ser, visto que se o documento não é emitido no suporte papel não há sentido algum em condicionar a cobrança do crédito à posse de um documento que não existe no plano fático. Note-se que Fábio Ulhoa (2012) não analisa a situação na qual se encontrarão os títulos de crédito regidos por legislação especial em decorrência do desaparecimento do princípio da cartularidade.

Em contrapartida, Jean Carlos Fernandes (2013) apresenta uma releitura do princípio da cartularidade através do chamado princípio da documentabilidade (cartular ou eletrônica). Nesse ponto, estabelece o professor:

Para a teoria contemporânea dos títulos de crédito, portanto, a documentabilidade, a literalidade e a autonomia não são meras características, requisitos, elementos ou atributos, mas verdadeiramente princípios, ou seja, normas voltadas, sobretudo para uma comunidade personificada, como sugere a tese dworkiana (FERNANDES, 2012, p. 45).

Ao realizar maior análise do tema, Jean Carlos Fernandes (2013) enfatiza a diferenciação existente no Direito cambiário brasileiro entre os títulos de crédito típicos e os atípicos, dando-lhes, de acordo com suas peculiaridades, uma mais adequada leitura do princípio da documentabilidade.

Em se tratando dos títulos de crédito típicos, o princípio da documentabilidade deverá ser lido em sua vertente cartular, ou seja, continuará sendo indispensável a apresentação do título para o exercício do direito nele mencionado. Já no que se refere aos títulos de crédito atípicos, quando forem emitidos sem a utilização do suporte papel, tal princípio deverá

ser lido em sua vertente eletrônica, servindo, nesses casos, como base para o exercício do direito cambiário, os registros eletrônicos ou a apresentação de certidão expedida pela instituição registradora.

Atualmente, tem-se como exemplo da aplicação do princípio da documentabilidade em sua vertente eletrônica a chamada letra financeira, uma vez que sua emissão não é feita no suporte papel.

V – As influências da informática sobre os princípios da literalidade e da autonomia

Tanto as legislações especiais quanto o Código Civil trazem disposições no sentido da obrigatoriedade da assinatura do emitente, sendo, portanto, requisito indispensável para a formação do título. Nesse ponto cabe a análise do princípio da literalidade.

Para os títulos que utilizam o suporte papel parece não haver maiores problemas: no momento da emissão do título, o emitente lança na cártula sua assinatura a próprio punho cumprindo a exigência legal e a mesma produz efeitos por força do princípio da literalidade. Porém, o mesmo não ocorre quando estamos diante de títulos que não utilizam o suporte papel. Dada a indispensabilidade da assinatura do emitente para a formação do título e a desmaterialização dos títulos de crédito ocasionada pela tecnologia da informação, surgem discussões doutrinárias acerca da maneira pela qual ocorrerá o atendimento da referida exigência com vistas ao princípio da literalidade.

Uma possível maneira de adequação poderia dar-se através da chamada assinatura digital. De acordo com o professor Carlos Alberto Rohrmann (2005), a assinatura digital decorre de um sistema de criptografia assimétrica constituído por duas chaves, uma pública e outra privada, possuindo, ainda, uma autoridade certificadora que garante a confiabilidade das informações trocadas através da rede de computadores.

Sobre o método de chaves públicas e privadas no sistema de criptografia assimétrica, Menke esclarece:

A chave privada é de único e exclusivo domínio do titular da chave de assinatura, enquanto que a chave pública poderá ser amplamente divulgada. Elas constituem combinação de letras e números bastante extensa, que não são criadas por usuário, mas sim por programas de computador. O que interessa saber é que as chaves se complementam e atuam em conjunto. O remetente

‘assina’ a sua mensagem aplicando a ela a sua chave privada (o que fica armazenada usualmente em cartões inteligentes, dispositivos similares a um cartão de crédito), enquanto que o receptor, ao receber a mensagem, aplicará a chave pública do remetente para verificar se ela efetivamente dele se originou (2005, p. 46).

No que tange à autoridade certificadora, no Brasil, foi criada a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP-Brasil. O artigo 1º da Medida Provisória 2200-2, de 24 de agosto de 2001, citado por Alexandre Bueno Cateb, dispõe sobre a finalidade da criação da ICP-Brasil:

A instituição da Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP-Brasil, criada “para garantir a autenticidade, a integridade e validade jurídica de documentos em forma eletrônica, das aplicações de suporte e das aplicações habilitadas que utilizem certificados digitais, bem como a realização de transações eletrônicas seguras” (2011, p. 14-15).

A ICP-Brasil é mantida por uma autarquia federal, o Instituto Nacional de Tecnologia da Informação (ITI). Em uma cadeia de certificação, o ITI é a primeira autoridade certificadora, sendo por isso chamada de Autoridade Raiz (AC Raiz).

Ainda nos dizeres de Alexandre Bueno Cateb:

É de se concluir que um documento eletrônico, devidamente assinado com certificado digital válido, criado na forma prevista na legislação vigente, equivale a um documento físico em todos os seus termos, materializando o título de crédito em sua versão eletrônica (2011, p. 16).

Já no que se refere ao princípio da autonomia, parece não haver discordância doutrinária quanto à possibilidade de sua compatibilização com os meios eletrônicos. Nesse sentido, discorre Fábio Ulhoa Coelho:

O único dos três princípios da matéria que não apresenta incompatibilidade intrínseca com o processo de desmaterialização dos títulos de crédito é o da autonomia das obrigações cambiais, e os seus desdobramentos no

da abstração e inoponibilidade das exceções pessoais aos terceiros de boa-fé. Será a partir dele que o direito poderá reconstituir a disciplina da ágil circulação do crédito, quando não existirem mais registros de sua concessão em papel (2012, p. 452).

Por fim, cumpre-se salientar que as principais divergências existentes em torno do princípio da literalidade no meio eletrônico não se esgotam nesse tópico devido à possibilidade de um mesmo título receber, além da assinatura lançada no momento de sua formação, outras assinaturas através dos institutos: aceite, endosso e aval.

VI – Saque ou emissão, aceite, endosso e aval em meio eletrônico

Conforme salientado, a finalidade dos títulos de crédito é a circulação de riquezas. Para tanto, fazem-se necessárias algumas declarações cambiais, que segundo Alexandre Bueno Cateb (2011) “são fundamentais para garantir a circulação dos títulos de crédito”. Essas declarações correspondem ao saque ou emissão, aceite, endosso e aval, e devido à importância que possuem é mister conceituá-las. Cateb, resumidamente, estabelece que:

O saque ou emissão, consistente na assinatura que dá origem e cria os títulos de crédito; o aceite, não previsto em todos os títulos de crédito passível de suprimimento se observadas as exigências legais; o aval, forma de garantia do título de crédito, fundamental para sua credibilidade; e o endosso, meio de transmissão da titularidade do título de crédito de maneira rápida, ágil e prática (2011, p. 16-17).

A grande problemática em torno dessas declarações cambiais é relacionada à forma de inseri-las em um título criado em meio eletrônico. Como já foi dito anteriormente, a assinatura no momento da criação do título é considerada, tanto pelas legislações especiais quanto pelo Código Civil, requisito essencial, ou seja, indispensável. A possível solução apresentada pela doutrina para suprir tal requisito é a assinatura digital. Porém, um título pode receber várias assinaturas: a primeira quando do saque ou emissão, a segunda corresponderia ao aceite, podendo ainda receber o aval e o endosso.

Explicando o funcionamento da assinatura digital, Cateb demonstra a impossibilidade de inserir novas assinaturas em título criado em meio eletrônico:

Para resguardar e garantir a autenticidade das mensagens eletrônicas, esse mesmo sistema de criptografia assimétrica acusa qualquer modificação do conteúdo de um documento eletrônico previamente assinado digitalmente. A chave pública, que acompanha o documento, não é hábil para destravar o documento e permitir qualquer modificação de seu conteúdo. Para que se garanta a autenticidade de um documento assinado digitalmente, mister se faz que o sistema eletrônico de autenticação digital impeça a modificação não autorizada (vale dizer, por quem não seja o autor do documento eletrônico). Na eventualidade de se tentar alterar o documento eletrônico assinado digitalmente, a chave pública se inutilizará, acusando a fraude tentada (2011, p. 20).

Feitas tais considerações, é possível observar com clareza que a tecnologia da informação precisa, ainda, evoluir em alguns pontos de modo a proporcionar aos títulos de crédito sua criação e circulação em meio eletrônico, garantindo segurança aos que deles utilizarem.

VII – Inovação no Direito cambiário brasileiro – a letra financeira

Antes que se faça qualquer disposição sobre a letra financeira, é mister tecer breve consideração sobre a distinção apresentada pela doutrina entre título próprio e título impróprio.

Os títulos de crédito possuem disciplina formada por normas e por princípios – cartularidade, literalidade e autonomia. Os títulos próprios, segundo Fábio Ulhoa Coelho (2012), são aqueles que aproveitam na totalidade os elementos do regime jurídico-cambial, ao passo que os títulos impróprios os aproveitam somente em parte.

O referido autor traz, ainda, uma classificação dos títulos impróprios em quatro categorias: títulos de legitimação, títulos de investimento, títulos representativos e títulos de financiamento – sendo que nesse momento interessa-nos somente os títulos de investimento (COELHO, 2012).

Títulos de investimento, nos dizeres de Fábio Ulhoa Coelho:

Os instrumentos jurídicos dessa categoria de título impróprio se destinam à captação de recursos pelo emitente. Representam-se, pode-se dizer, a parcela de um contrato de mútuo celebrado entre o sacador do título e os seus portadores. Para estes últimos, a aquisição do título tem o sentido de um investimento, emprego de capital no desenvolvimento de certa atividade econômica com intuito lucrativo (2012, p. 538).

Enquadrando-se como título de crédito impróprio de investimento, a letra financeira foi criada em meio à escassez de crédito gerada pela crise econômica mundial de 2008. Necessitando captar recursos, as instituições financeiras viram na letra financeira a possibilidade de movimentação de capital no mercado. Nesse sentido, foi introduzida ao ordenamento brasileiro, inicialmente pela Medida Provisória n. 472, em dezembro de 2009, sendo posteriormente convertida na Lei n. 12.249, de 20 de junho de 2010. Nos artigos 37 a 42 dessa lei, é possível encontrar o conceito, os requisitos e as características mais importantes da letra financeira.

Além de cumprir satisfatoriamente a finalidade para qual foi criada, a grande inovação desse título de crédito é a forma que a lei determinou para sua emissão. De acordo com o artigo 42 da Lei n. 12.249/10, a “letra financeira será emitida exclusivamente sob a forma escritural”. Isso significa dizer que a letra financeira não utiliza o suporte papel, sendo criada totalmente em meio eletrônico.

Jean Carlos Fernandes, citando Carlos Alberto Rohrmann (1999), salienta que:

A realidade dos títulos escriturais decorrentes dos avanços tecnológicos, como esclarece Carlos A. Rohrmann, demonstra que ‘o meio virtual oferece inúmeras oportunidades para o comércio em geral, que já são mundialmente utilizadas’, cabendo ao Direito ‘prover instrumentos capazes de viabilizar a segurança das relações humanas, adaptar-se a essa nova realidade tecnológica’ (2012, p. 55).

Por todo o exposto é possível dizer que através da letra financeira a desmaterialização já é realidade no Direito cambiário brasileiro, ainda que de

forma bastante embrionária. Também é necessário apontar que, além de já existente, a desmaterialização dos títulos de crédito é a tendência da moderna disciplina cambiária brasileira.

VIII – Considerações finais

Em um mundo onde os anseios por praticidade e rapidez são cada vez maiores, torna-se impossível estar alheio aos avanços proporcionados pela tecnologia da informação. Em todas as áreas do saber, mostra-se flagrante a influência das inovações tecnológicas. E o Direito, sendo uma dessas áreas, por óbvio sofreu e vem sofrendo com as modificações trazidas pelo mundo eletrônico. Nesse ponto, deve-se ter em mente que o Direito possui um arcabouço teórico e que, por mais atraentes que possam parecer os avanços trazidos pela tecnologia da informação, o que se encontra posto pela ciência do Direito não pode ser simplesmente desprezado.

O exegeta deve se guiar pela prudência, tendo em vista que, mais do que qualquer outra área do saber humano, o Direito pugna pela segurança jurídica e pela paz social. Isso corresponde dizer que os operadores do Direito devem sempre procurar um equilíbrio em busca do bem comum. Modificações temerárias podem levar ao caos social.

A tecnologia da informação necessita aprimorar-se em alguns pontos da disciplina cambiária, principalmente no que se refere às declarações cambiais. Outro ponto que não se pode perder de vista é a segurança que o meio eletrônico deve proporcionar àqueles que utilizam dos títulos de crédito. Os títulos de crédito em meio eletrônico são tendência, e a letra financeira já é exemplo disso, porém, para que cumpram com as suas finalidades, ainda há a necessidade de amplos debates entre os estudiosos do Direito e da Tecnologia da Informação para que, entre outras coisas, as inovações não corram ações fraudulentas.

Referências

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Código Civil brasileiro. In: Vade mecum. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Lei n. 12.249 de 2010.** Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/leis/2010/lei12249.htm>> Acesso em: 8 mar. 2014.

CATEB, Alexandre Bueno. Declarações Cambiais em títulos de crédito eletrônicos. In: FERNANDES. (Coord.). **Títulos de crédito:** homenagem ao professor Wille Duarte Costa. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito comercial**. v. 1. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

COSTA, Wille Duarte. **Títulos de crédito**: de acordo com o novo código civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. **Títulos de crédito**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

FERNANDES, Jean Carlos. **Direito empresarial aplicado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____. **Teoria contemporânea dos títulos de crédito**: imperativos principiológicos sob a ótica das teorias pós-positivistas. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

_____. **A definição de títulos de crédito e a readequação de seus princípios na contemporaneidade**. 03 jan. 2013. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/a-definicao-de-titulos-de-credito-e-a-readequacao-de-seus-principios-na-contemporaneidade/10162>>. Acesso em: 6 jul. 2013.

MAMEDE, Glasdton. **Direito empresarial brasileiro**: títulos de crédito. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MENKE, Fabiano. **Assinatura eletrônica no Direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ROHRMANN, Carlos Alberto. **Curso de direito virtual**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.



Interrupção terapêutica da gestação de feto anencéfalo após arguição da ADPF n. 54 de 2012

Miriam da Consolação CARVALHO¹, miriam_up@hotmail.com; **Francisco Carvalho CORREA**².

1. Graduanda do 10º período do curso de Direito da Faculdade de Minas (FAMINAS), Muriaé (MG); aprovada no XIV Exame de Ordem.
2. Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil pela Universidade Veiga de Almeida (UVA), Rio de Janeiro (RJ); professor na FAMINAS, Muriaé (MG).

RESUMO: Analisou-se a interrupção terapêutica da gestação de feto anencéfalo à luz da Constituição. O assunto é matéria polêmica, na medida em que o Supremo Tribunal Federal legaliza uma ação de descumprimento de preceito fundamental e torna legal a interrupção terapêutica de feto anencéfalo. A ação constitucional teve como objetivo uma nova interpretação acerca dos direitos da gestante de antecipar o parto, devidamente diagnosticado por médico habilitado.

Palavras-chave: feto anencéfalo, interrupção de gestação, princípios constitucionais.

ABSTRACT: **Therapeutic interruption of pregnancy of anencephalic fetus after argumentation of ADPF n. 54, 2012.** We analyzed the therapeutic interruption of anencephalic fetus pregnancy in light of the Constitution. The subject matter is controversial, in that the

Supreme Court legalizes an action for breach of a fundamental precept and makes cool the therapeutic interruption of anencephalic fetus. The constitutional action aimed a new interpretation about the rights of pregnant women to anticipate the parturition, properly diagnosed by a skilled physician.

Keywords: anencephalic fetus, termination of pregnancy, constitutional principles.

RESUMEN: **Interrupción terapéutica del embarazo de feto anencefálico después de la argumentación de la ADPF n. 54, 2012.** Se analizó la interrupción terapéutica del embarazo de feto anencefálico a la luz de la Constitución. El tema es polémico, en que el Tribunal Supremo legaliza una acción por incumplimiento de un precepto fundamental y hace que se enfríe la interrupción terapéutica del feto anencefálico. La acción constitucional dirigido una nueva interpretación sobre los derechos de las mujeres embarazadas a anticipar el parto, debidamente diagnosticada por un médico experto.

Palabras clave: feto anencefálico, interrupción del embarazo, principios constitucionales.

Introdução

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal julgou, em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), a questão da interrupção terapêutica da gestação com feto anencéfalo a qual, constantemente discutida pela doutrina e pela jurisprudência, foi de certa forma pacificada, uma vez que a decisão proferida pelo Supremo tem caráter vinculante. Cumpre trazer, em princípio, algumas considerações sobre o tema.

Segundo consta da petição inicial da arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 54, da autoria do professor Luís Roberto Barroso:

a anencefalia é definida na literatura médica como má-formação fetal congênita por defeito do fechamento do tubo neural durante a gestação, de modo que o feto

não apresenta os hemisférios cerebrais e o córtex, havendo apenas resíduos do tronco encefálico (NASCIMENTO, 2010).

De acordo com o Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo (CREMESP):

O diagnóstico de anencefalia fetal pré-anuncia uma situação de impossibilidade de vida prolongada, após o nascimento. A ciência não oferece recursos para a correção desta anomalia, até mesmo para o prolongamento da vida de um anencéfalo: muito menos, ao que se sabe para atenuar os danos no seu neuro-psiquismo. [...] Em termos científicos, não existe qualquer perspectiva de vida do anencéfalo (KIPPER; SAAD, 2012).

Deve-se esclarecer, também, que a nomenclatura correta é interrupção terapêutica, e não aborto, visto que como o feto não tem cérebro, não há vida em sentido técnico e jurídico. Então, não se enquadra na definição de aborto do Código Penal.

Cabe informar que, de acordo com estudo da Universidade de Brasília, quase metade dos países membros da Organização das Nações Unidas (ONU) permite a interrupção da gravidez em casos de anencefalia. São 94 países – entre eles Austrália, Estados Unidos, Alemanha, Bélgica, Canadá, África do Sul e França (ESTADÃO, 2012).

Nesse contexto, o presente artigo visa abordar os conceitos de anencefalia, sob a ótica da legalidade, autonomia da vontade, liberdade e dos princípios constitucionais, bem como suas consequências emocionais e psicológicas para a gestante e fisiológicas para o feto. Também foi objeto de discussão a repercussão social da decisão supracitada.

I – Anencefalia frente às questões constitucionais

A Constituição Federal é a principal fonte do direito brasileiro. Nela estão presentes os mais importantes princípios norteadores para interpretação das normas jurídicas em geral. Entre eles, podem ser citados os referentes à dignidade da pessoa humana, legalidade, autonomia da vontade, liberdade e direito à vida.

A questão da antecipação terapêutica de feto anencéfalo engloba de maneira polêmica todos os princípios supracitados, uma vez que a comunidade jurídica apoia-se neles para respaldar suas opiniões.

O princípio da dignidade constitui um dos fundamentos mais importantes para sustentar a possibilidade da antecipação terapêutica do

parto de feto anencéfalo, pois este prega o respeito que se deve dar a todos os indivíduos, em todos os aspectos, tais como liberdade, vida, integridade física e psicológica. Características que se mostram totalmente contrárias à ideia de obrigar uma gestante levar à frente uma gestação de um feto sem possibilidade de sobrevivência, sendo certo que ao prosseguir-la, resultaria à gestante danos à sua integridade moral e psicológica, bem como, riscos físicos reconhecidos pela medicina.

De acordo com o princípio da legalidade, o Estado não pode exigir qualquer ação, nem impor qualquer abstenção, senão em razão de lei. Como a lei penal não estabelece nenhuma tipicidade para casos de anencefalia, pode-se considerar como uma ofensiva interferência do Estado a proibição da decisão de interrupção da gestação de feto anencéfalo, pois seria uma verdadeira proibição à mulher de exercer seu direito de liberdade e autonomia de vontade.

Outro direito a ser citado é o da saúde, assegurado no art. 6º da Constituição Federal de 1988, que engloba a situação física e mental. Nesse contexto, coloca-se em voga a questão emocional, uma vez que uma gravidez inviável, já que é de um feto anencéfalo, potencializa um transtorno psicológico para a gestante, fato que fere o direito supracitado.

1.1 – Aquisição de direito sucessório

O legislador constituinte atribuiu à vida humana uma posição de elevada superioridade dentre os bens jurídicos que o sistema brasileiro protege. Neste sentido, o nascimento com vida do bebê anencéfalo é requisito indispensável à aquisição da personalidade jurídica, bem como o direito à herança e à sucessão que se inicia desde a concepção no ventre materno, conforme preceitua o art. 1.798 do Código Civil de 2002: “Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”.

Outro aspecto relevante a ser levado em consideração é que o Brasil, segundo pesquisas da Organização Mundial da Saúde (OMS), é o quarto maior país do mundo com maior prevalência de nascimentos de bebês com anencefalia. A incidência é de cerca de um caso para cada 700 nascimentos. O primeiro lugar é ocupado pelo País de Gales, onde são registrados de 5 a 7 casos para cada 1.000 nascimentos (PRONIN, 2012). Isso reforça que as questões patrimoniais podem vir a ser relevantes.

Assim sendo, para que o bebê anencéfalo adquira o direito de herdar, tem que estar vivo ao momento do óbito do autor da herança, se ele nasce com vida possui direitos irrenunciáveis quanto a sua personalidade. Esses direitos lhes são negados quando ocorre a interrupção da gravidez.

II – Análise constitucional: posição do STF

2.1 – Ministros a favor

O Supremo Tribunal Federal juntamente com a medicina defendem a tese que considera o feto anencéfalo um natimorto cerebral, excluindo a hipótese de crime de aborto.

Segundo a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54, foi acrescentada mais uma forma de interrupção da gestação, a de anencefalia cerebral. Esta decisão foi muito polemizada uma vez que entra em contradição com vários preceitos, principalmente os religiosos.

Vale ressaltar que a interrupção da gravidez de feto anencéfalo não configuraria o crime de aborto do art.124 do Código Penal (“Provocar aborto em si mesma ou permitir que outrem lhe provoque”), tendo em vista que, de acordo com a medicina, o feto encéfalo não terá expectativa de vida, por isso a interrupção da gravidez ou o adiantamento do parto seriam condutas atípicas. Para o ministro Cezar Peluso, foi a mais importante decisão da história do Supremo Tribunal Federal que, por maioria de votos (8 x 2), julgou procedente o pedido veiculado na ADPF 54.

O relator da ADPF, ministro Marco Aurélio alegou: “o feto anencéfalo é incompatível com a vida e, por isso, não é proporcional defender o feto – que não vai sobreviver – e deixar sem proteção a saúde da mulher – principalmente a mental” (BRASIL, 2013).

A questão objeto de discussão envolve alguns princípios constitucionais, quais sejam a autonomia da vontade, o direito à vida e o direito à saúde, sendo que o confronto maior ocorre entre os dois primeiros. Cumpre esclarecer que entre as normas constitucionais não existe hierarquia e que, portanto, seria o conflito aparente entre as normas constitucionais resolvidos apenas no caso concreto; não se pode, portanto, estabelecer que sempre uma norma irá se sobrepor a outra. No caso da anencefalia, o princípio que nos parece que prevaleceu foi da autonomia da vontade, tendo em vista que na maior parte do tempo os ministros defenderam que deverá ser levada em conta a decisão da gestante.

É relevante afirmar que o STF apenas facilitou a vida das mulheres. Antes era necessário que a gestante solicitasse uma autorização judicial para a realização de tal prática. A partir dessa decisão, fica facultado a mulher decidir, em virtude de sua dignidade e diminuição de seu sofrimento, pois, o feto não terá expectativa de vida. Com isso, fica claro que cabe a gestante a decisão final, haja vista que somente ela tem condições de medir o sofrimento da situação tão difícil, uma vez que ela tem de optar entre levar adiante uma gestação, cujo produto não sobreviverá, ou antecipar o parto.

2.2 – Ministros contra

Quando o assunto é a antecipação terapêutica do parto de feto anencéfalo, as opiniões se dividem muito. O tema é problemático. Com a legalização aprovada pelo Supremo Tribunal Federal, várias manifestações ocorreram.

Durante o julgamento, o termo “aborto” quase não foi utilizado, sendo substituído por antecipação terapêutica do parto, gerando assim uma grande polêmica e diversas críticas por parte dos adeptos da causa contra a legalização. Esses adeptos e cristãos protestaram e fizeram campanha contra, argumentando que hoje seria a legalização da antecipação terapêutica de feto anencéfalo, depois seria o de qualquer bebê que possua alguma deficiência, qualquer que seja, tornando uma prática comum e eliminando, assim, o direito à vida.

Entre os dez ministros que analisaram o tema, apenas os ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso se manifestaram contra o aborto de fetos sem cérebro.

Para Lewandowski, o Supremo não pode interpretar a lei com a intenção de “inserir conteúdos”, sob pena de “usurpar” o poder do Legislativo, que atua na representação direta do povo. Ele afirmou que o assunto e suas consequências ainda precisam ser debatidos pelos parlamentares:

Uma decisão judicial isentando de sanção o aborto de fetos anencéfalos, ao arrepio da legislação existente, além de discutível do ponto de vista científico, abriria as portas para a interrupção de gestações de inúmeros embriões que sofrem ou viriam sofrer outras doenças genéticas ou adquiridas que de algum modo levariam ao encurtamento de sua vida intra ou extrauterina (BRASIL, 2013, 2012).

Já Cezar Peluso comparou o aborto de fetos sem cérebro ao racismo e também falou em “extermínio” de anencéfalos. Para o presidente do STF, permitir o aborto de anencéfalo é dar autorização judicial para se cometer um crime.

Ao feto, reduzido no fim das contas à condição de lixo ou de outra coisa imprestável e incômoda, não é dispensada de nenhum ângulo a menor consideração ética ou jurídica nem reconhecido grau algum da dignidade jurídica que lhe vem da incontestável ascendência e natureza humana. Essa forma de discriminação em nada

difere, a meu ver, do racismo e do sexismo e do chamado especismo (BRASIL, 2013, 2012).

III – Interrupção terapêutica frente aos valores religiosos

A questão da anencefalia sempre foi objeto de muita discussão e, apesar da decisão do Supremo servir de parâmetro para os demais casos, ela não agradou a todos, sendo que a maior parte dos membros da Igreja Católica é contra a posição tomada pela maioria dos ministros.

A Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), durante a assembleia geral anual dos bispos, discutiu a decisão do Supremo a respeito da interrupção terapêutica de fetos anencéfalos. Os bispos afirmaram que os ministros não pensaram corretamente antes de proferirem a decisão, visto que para este julgamento exige-se conhecimento médico e psicológico e, por este motivo, a Igreja continuará a debater o tema. Segundo o bispo auxiliar do Rio de Janeiro, Dom Antonio Augusto Dias, é interessante conhecer a realidade das gestantes que sofrem com o problema e é preciso saber se essas mães estão sendo amparadas pela sociedade e pelo governo (DIAS, 2012).

Na nota divulgada pela CNBB lamenta a decisão do Supremo que descriminalizou o aborto de feto com anencefalia. A Igreja fundamenta sua posição na defesa do direito à vida dos anencefálicos, com base em argumentos éticos, jurídicos e antropológicos.

Os princípios da “inviolabilidade do direito à vida”, da “dignidade da pessoa humana” e da promoção do bem de todos, sem qualquer forma de discriminação (cf. art. 5º, caput; 1º III e 3º IV, Constituição Federal¹), referem-se

1. Art. 5º: todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.

Art. 1º: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como Fundamentos:

III – a dignidade da pessoa humana

Art. 3º: Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

tanto à mulher quanto aos fetos anencefálicos. Quando a vida não é respeitada, todos os outros direitos são menosprezados, e rompem-se as relações mais profundas (ASSIS; STEINER, 2012).

Há divergência no posicionamento da CNBB, que é totalmente contra a descriminalização e do representante da Igreja Universal que, assim como o STF, acredita ser uma escolha da gestante e que a descriminalização deve ocorrer. De acordo com o bispo da Universal, Carlos Macedo de Oliveira, deve prevalecer o desejo da mulher e a decisão não deve esbarrar no radicalismo da Igreja. Já o padre Luiz Antônio Bento declarou que “a anomalia não diminui a dignidade da pessoa e que a Igreja não é insensível ao sofrimento da mãe, porém a decisão também não justifica o sofrimento do filho” (CRUZUÉ, 2008).

As decisões de cunho religioso não podem servir de instrumento para fundamentar leis ou as decisões do judiciário, porém elas se tornam um empecilho para as discussões, principalmente as que visam os direitos democráticos das mulheres. As entidades religiosas temem uma mudança na legislação e que esta venha facilitar a descriminalização do aborto no Brasil. O representante da Federação Espírita Brasileira, Jaime Lopes, reforça o pedido de respeito à visão religiosa nas discussões sobre eutanásia e, também, a anencefalia (OLIVEIRA, 2010).

De acordo com a Constituição Federal de 1988, o Brasil é um Estado laico, portanto, o posicionamento da Igreja não é passível de aceitação, visto que as entidades religiosas não têm direito de interferir nas decisões do legislativo. Porém, a Igreja argumenta que, por este mesmo motivo, ela tem direito de se posicionar.

IV – Reflexos da anencefalia na medicina

Sobre a opinião dos médicos com relação à decisão do Supremo Tribunal Federal não há muita divergência, tendo em vista que foi a Confederação Brasileira dos Trabalhadores em Saúde (CBTS) a autora da ADPF 54. Destaca-se que, antes de analisar a posição médica e jurídica da Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia (FEBRASGO), são analisados alguns pontos sobre o assunto.

O primeiro é o conceito de anencefalia, publicado pela própria FEBRASGO:

Anencefalia consiste em malformação congênita caracterizada pela ausência total ou parcial do encéfalo e

da calota craniana, proveniente de defeito de fechamento do tubo neural durante a formação embrionária, entre os dias 23 e 28 da gestação. Ocorre com maior frequência em fetos femininos, pois, parece estar ligado ao cromossomo X (ADALAFT NETO, 2007).

Tal conceito serve para orientar e corrigir um erro comum que é chamar o feto anencéfalo de “sem cérebro”. Outro ponto importante, também esclarecido pela medicina é a nomenclatura dada para a conduta no caso de anencefalia, pois não pode ser chamada de aborto e, sim, de interrupção terapêutica, uma vez que o feto não tem expectativa de vida extra-uterina ou é apenas de algumas horas. Considerando esse aspecto, existe uma recomendação de conduta após esse diagnóstico: “a orientação dada ao casal deve sempre ser esclarecedora, demonstrando que se trata de patologia fetal letal em 100% dos casos, e que o recém-nato poderá falecer minutos após o parto” (ADALAFT NETO, 2007).

Além da gestação de feto anencéfalo ser bem mais complicada do que a de um feto normal, outro fator relevante é o psicológico, pois existe um abalo emocional muito grande, visto que a gestante deve decidir entre duas opções difíceis: levar adiante a gestação de um feto que não sobreviverá ou interromper sua gravidez.

Como foi dito, a questão não é objeto de muita divergência entre os profissionais da saúde, que recomendam, na maioria das vezes, a antecipação do parto.

A posição da FEBRASGO, manifestada pela publicação do médico Jorge Adalaft Neto é a seguinte:

Do ponto de vista dos direitos sexuais e reprodutivos, buscando não restringir a autonomia das mulheres, somos favoráveis à livre decisão pela antecipação do parto na anencefalia. Do ponto de vista clínico e obstétrico há evidências muito claras de que a manutenção da gestação pode elevar o risco de morbi-mortalidade materna, justificando-se, deste modo, a livre decisão de médicos e pacientes pela antecipação do parto (ADALAFT NETO, 2007).

Como visto, a sociedade médica também considera como o mais importante, nesses casos, a vontade da gestante, cabendo a ela a decisão de interromper ou não sua gestação.

V – Aspectos sóciojurídicos

O Direito Penal é uma ciência que tem como principal função proteger os bens juridicamente tutelados. Ressalta-se que assim como os outros segmentos internos do Direito, como ciência em geral, ele deve servir como instrumento para gerar a paz e harmonia nas relações interpessoais.

Deve-se destacar que cada relação social é complexa e exige uma interpretação pormenorizada do caso e é por isso que, nesta ciência, encontram-se muitas opiniões divergentes sobre o mesmo assunto.

Nesse contexto, faz-se necessário mencionar que, anteriormente à decisão do Supremo Tribunal Federal, ocorrida no dia 12 de abril de 2012, existiam jurisprudências em todos os sentidos possíveis, o que se pode conferir com os julgados a seguir:

EMENTA: ALVARÁ JUDICIAL. ANTECIPAÇÃO TERAPÊUTICA DO PARTO. FETO ANENCEFÁLICO. Configura clara afronta ao princípio da dignidade humana submeter a gestante a sofrimento grave e desnecessário de levar em seu ventre um filho, que não poderá sobreviver. No caso de anencefalia, dada a ausência de parte vital do cérebro e de qualquer atividade encefálica, é impossível se cogitar em vida, na medida em que o seu contraponto, a morte, está configurado (TJMG, AC 1.0297.07.006271-8/001. Rel. Mota e Silva).

EMENTA HABEAS CORPUS. PENAL. PEDIDO DE AUTORIZAÇÃO PARA A PRÁTICA DE ABORTO. NASCITURO ACOMETIDO DE ANENCEFALIA. INDEFERIMENTO. APELAÇÃO. DECISÃO LIMINAR DA RELATORA RATIFICADA PELO COLEGIADO DEFERINDO O PEDIDO. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. IDONEIDADE DO WRIT PARA A DEFESA DO NASCITURO (TJRJ, HC 2003/0219840-5, Rel. Min. Laurita Vaz).

Todavia, finalmente, como já mencionado alhures, o plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu, por 8 votos a 2, que mulheres que decidem abortar fetos anencefálicos e médicos que provocam a interrupção da gravidez não cometem crime. A discussão iniciada há oito anos no STF foi encerrada em dois dias de julgamento, decidindo, finalmente, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54:

ADPF - ADEQUAÇÃO - INTERRUÇÃO DA GRAVIDEZ - FETO ANENCÉFALO - POLÍTICA JUDICIÁRIA - MACROPROCESSO. Decisão: Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, por maioria, entendeu admissível a arguição de descumprimento de preceito fundamental e, ao mesmo tempo, determinou o retorno dos autos ao relator para examinar se é caso ou não da aplicação do artigo 6º, § 1º da Lei nº 9.882/1999, vencidos os Senhores Ministros Eros Grau, Cezar Peluso, Ellen Gracie e Carlos Velloso, que não a admitiam. Votou o Presidente, Ministro Nelson Jobim. Plenário. (STF, ADPF 54 QO / DF - DISTRITO FEDERAL QUESTÃO DE ORDEM NA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. Relator: Min. MARCO AURÉLIO).

Casos recentes de anencefalia já foram julgados em consonância com a decisão supracitada do STF, como é o caso de uma gestante de Brumadinho, na região metropolitana de Belo Horizonte, que conseguiu na Justiça o direito de interromper a gravidez de um feto anencéfalo:

A permissão para o aborto, julgada na 18ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), é a primeira informada no Estado depois da decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) que, no último 12 de abril, julgou por 8 votos a 2 que o procedimento não será mais considerado crime (CAMPOS, 2012).

VI – Critérios de interrupção definidos pelo CFM

O Conselho Federal de Medicina (CFM) criou a pedido do STF uma comissão de especialistas em ginecologia, obstetrícia, genética e bioética, para definir os critérios da interrupção da gravidez de fetos sem cérebro, os chamados anencéfalos. São eles:

1. a interrupção só deve ocorrer após um exame de ultrassom detalhado feito a partir da 12ª semana de gestação, ou seja, a partir do terceiro mês de gestação e de um laudo assinado por dois médicos;
2. caberá a gestante a decisão de manter ou não a gravidez;
- e 3. caso

a gestante faça a opção pela cirurgia, a retirada do feto deve ocorrer em hospital com estrutura adequada (CFM, 2012).

Sobre os critérios não há muito que discutir, pois em todo o julgamento da ADPF 54 sempre ficou claro que, após o diagnóstico, a vontade da gestante de seguir ou não com a gestação seria o mais importante.

O tempo de gestação mínimo também não deve ser objeto de divergência, tendo em vista que antes de três meses de gestação a anencefalia pode ser confundida com outra anomalia.

A anomalia pode ser diagnosticada, com muita precisão, a partir de 12 semanas de gestação, através de exame ultrassonográfico, quando já é possível a visualização do segmento cefálico fetal. De modo geral, os ultrassonografistas preferem repetir o exame em uma ou duas semanas para a confirmação diagnóstica. A ressonância magnética, ao lado da ultra-sonografia de nível três, tem se mostrado importante meio diagnóstico na identificação desta e de outras malformações dos fetos [...] (NOGUEIRA, 2005).

VII – Considerações finais

A decisão sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental foi a mais importante da história em casos envolvendo fortes situações de risco. Ela envolveu muita discussão acerca de diversos princípios constitucionais, dentre eles a autonomia da vontade, o direito à vida, dignidade da pessoa humana e direito à saúde. Além disso, a decisão repercutiu em diversos setores da sociedade, gerando alívio para uns e desconforto a outros.

Pela análise da votação, pode-se compreender que para se chegar a essa decisão o princípio fundamental foi o da dignidade da pessoa humana e, em segundo plano, o da autonomia da vontade, pois conforme as alegações dos ministros, seria injusto levar uma gestação até o fim, sendo que seu produto não teria condições de sobreviver fora do útero.

Sob este aspecto, o princípio da dignidade da pessoa humana em relação à gestante se sobrepõe à dignidade do feto, sopesando o sofrimento da gestante, havendo uma individualização do bem estar da mãe em detrimento da vida do feto anencéfalo, decorrente da situação moral e psicológica, pois este princípio prega o respeito que se deve dar a todos os indivíduos, em todos os aspectos.

Trata-se de uma realidade social, com a consequente adequação da legislação à sociedade. Sendo o Brasil um Estado laico, diante da decisão do STF, hospitais que se negarem a realizar procedimentos legais da interrupção da gestação podem ser acionados na Justiça, a fim de que se possa regulamentar efetivamente a instabilidade jurídica antes enfrentada pelas mulheres.

Passado um ano desde que o Supremo Tribunal Federal autorizou o aborto em casos de gravidez de fetos anencéfalos, pacientes brasileiras estão tendo acesso mais fácil e rápido ao procedimento, além de receber orientação psicológica e ter tempo de amadurecer a decisão. Por fim, fica como o mais importante dizer que se trata de uma autorização para interromper a gravidez, não uma imposição por parte do Judiciário, sendo que a decisão final de antecipar ou não o parto pertence a gestante.

Referências

ADALAFT NETO, Jorge Adalaft. **Anencefalia**: posição da Febrasgo. 2007. Disponível em: <http://www.bioeticaefecrista.med.br/textos/anencefalia_febrasgo.pdf>. Acesso em: 12 maio 2013.

ASSIS, Raymundo Damasceno; STEINER, Leonardo Ulrich. **“Legalizar o aborto de fetos com anencefalia, erroneamente diagnosticados como mortos cerebrais, é descartar um ser humano frágil e indefeso”, afirma nota da CNBB**. Disponível em: <<http://www.cnbb.org.br/imprensa/noticias/9040-qlegalizar-o-aborto-de-fetos-com-anencefalia-erroneamente-diagnosticados-como-mortos-cerebrais-e-descartar-um-ser-humano-fragil-e-indefesoq-afirma-nota-da-cnbb>>. Acesso em: 12 maio 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF**: arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 54. 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.aspbase=ADPF.54=anencefaliaeprocess=54>>. Acesso em: 20 fev. 2013.

CAMPOS, Emerson. Justiça autoriza aborto de anencéfalo em Minas Gerais. **Estado de Minas Digital**, Belo Horizonte, 24 abr. 2012. Disponível em: <http://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2012/04/24/interna_gerais,290779/justica-autoriza-aborto-de-anencefalo-em-minas-gerais.shtml>. Acesso em: 12 maio 2013.

CFM - Conselho Federal de Medicina. **Resolução n. 1.989/2012**. Publicada no D.O.U. de 14 de maio de 2012, Seção I, p. 308 e 309. Dispõe sobre o diagnóstico de anencefalia para a antecipação terapêutica do parto e dá outras providências. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1989_2012.pdf>. Acesso em: 12 maio 2013.

CNBB. Conferencia Nacional dos Bispos do Brasil. **Comunidade de comunidade**: uma nova paróquia. 13 abr. 2012. Disponível em: <<http://cnbb.org.br/site/imprensa/noticias/9040>>. Acesso em: 22 jan. 2013.

ESTADÃO. O aborto de anencéfalos no mundo. **Estadão**, São Paulo, 12 abr. 2012. Saúde. Disponível em: <<http://saude.estadao.com.br/noticias/geral,o-aborto-de-anencefalos-no-mundo,860282>>. Acesso em: 15 maio 2013.

CRUZUÉ, João. **Aborto de anencéfalos**: opiniões das Igrejas Universal e Católica. 26 ago. 2008. Disponível em: <<http://olharcristao.blogspot.com.br/2008/08/aborto-de-anencefalos-opinioes-das.html>>. Acesso em: 15 maio 2013.

KIPPER, Délio Hossne; HOSSNE, William Saade. Caso clínico. **Revista Bioética**, Brasília, v. 6, n. 2, nov. 2009. Disponível em: <http://www.revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/351/418>. Acesso em: 31 jun. 2013.

NASCIMENTO, Joseilton Silveira. **Interrupção de gravidez de feto anencéfalo**. 29 abr. 2010. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/interruptao-de-gravidez-de-feto-anencefalo/36971/>>. Acesso em: 30 mai. 2013.

NOGUEIRA, Sandro D'Amato. **Ainda sobre a antecipação terapêutica do parto nos casos de anencefalia e a visão do STF**. 2005. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/site/artigos/_imprime.php?jur_id=8380>. Acesso em: 17 jun. 2013.

OLIVEIRA, José Carlos. **Religiosos e OAB divergem sobre aborto de fetos anencéfalos**. 25 mar. 2010. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/SAUDE/146255-RELIGIOSOS-E-OAB-DIVERGEM-SOBRE-ABORTO-DE-FETOS-ANENCEFALOS.html>>.

PRONIN, Tatiana. **Brasil é o quarto país com maior número de casos de anencefalia**. São Paulo, 11 abr. 2012. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/ciencia/ultimas-noticias/redacao/2012/04/11/brasil-e-o-quarto-pais-com-maior-numero-de-casos-de-anencefalia.htm>>. Acesso em: 22 maio 2013.

O direito de greve e o direito à educação: a ponderação de interesses sociais à luz da Constituição Cidadã

Gabriel Brandão Cabral DUTRA¹, gabrielbcdutra@yahoo.com.br; **Ricardo Resende BERSAN**²

1. Bacharelado em Direito pela Faculdade de Minas (FAMINAS), Muriaé (MG).
2. Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília (UCB/DF); professor na FAMINAS, Muriaé (MG); procurador jurídico do município de Muriaé (MG).

RESUMO: Analisou-se o atual quadro de completo descaso com a docência, abordando as características do movimento paredista desta classe, em ponderação ao direito à educação dos milhões de alunos existentes no Brasil. Ante os imensos reflexos negativos ocasionados pelas greves do magistério brasileiro, caberá ao exegeta sopesar os direitos envolvidos, de modo a fortalecer a classe dos professores sem gerar prejuízos àqueles que necessitam da educação, que, como direito fundamental, deve ser assegurada pelo Estado.

Palavras-chave: educação, greve, professor, ponderação de interesses.

ABSTRACT: The right to strike and the right to education: social interest weighting the light of the Citizen Constitution. The current picture of complete neglect of teaching, approaching the characteristics of the strike movement of this class,

considering the right to education of millions of existing students in Brazil was analyzed. Faced with the immense negative effects caused by the strikes of the Brazilian teaching professionals, it will be the exegete role to weigh the rights involved, in order to strengthen the teachers union without causing harm to those in need of education, which, as a fundamental right must be ensured by the State.

Keywords: education, strike, teacher, balancing of interests.

RESUMEN: El derecho de huelga y el derecho a la educación: la ponderación de interés social a la luz de la Constitución Ciudadana. Se analizó la imagen actual de abandono completo de la enseñanza, que se acerca a las características del movimiento de huelga de esta clase, teniendo en cuenta el derecho a la educación de millones de estudiantes existentes en Brasil. Frente a los inmensos efectos negativos causados por las huelgas de los profesionales de la enseñanza brasileña, será el papel exegeta que sopesar los derechos en cuestión, con el fin de fortalecer el sindicato de maestros sin causar daño a las personas necesitadas de la educación, que, como un fundamental derecho debe ser garantizado por el Estado.

Palabras clave: educación, huelga, profesor, equilibrio de intereses.

Introdução

Tema que ganhou bastante relevo no cenário das mídias nacionais, a greve dos professores, que nunca deixou de frequentar as linhas da imprensa brasileira, recentemente ganhou papel de destaque nos jornais e revistas.

Não excluindo qualquer ator social da disputa em questão, o movimento paredista deflagrado pelo magistério brasileiro nas diversas esferas políticas brasileiras, vem se arrastando por décadas a nível nacional, atingindo escolas de ensino fundamental, médio e até universidades públicas.

Ocorre que a greve travada entre a administração pública, conquanto já seja bastante desgastante para ambas as partes, acaba por gerar efeitos a diversos alunos em todo o Brasil, fazendo com que o ensino público brasileiro comece a ruir ainda mais.

Neste cenário caótico, surge a necessidade de se debruçar na matéria e refletir, do ponto de vista jurídico, acerca da ponderação dos interesses entre o direito ao movimento grevista e o direito à educação à luz da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

I – A importância do professor e os reflexos da negligência com a educação

Talvez não exista qualquer outro profissional que tenha a importância de um professor. Afinal, no caminho construído por médicos, engenheiros e juristas, entre outras atividades que gozam de grandioso prestígio perante a sociedade moderna, o educador sempre foi e vai continuar sendo figura imprescindível para qualquer tipo de formação técnica-profissional.

Na construção de qualquer caminho, seja ele intelectual ou mecânico, o professor faz às vezes de válvula propulsora para a sua construção e desenvolvimento, porquanto, por mais que seja cada vez mais frequente o uso da expressão “ser autodidata no mundo de hoje”, com tantos avanços, mudanças e transformações, chega a ser inimaginável.

Nesta mesma trilha de pensamento, durante todo o processo evolutivo da sociedade, o professor fez com que o homem deixasse de ser mero espectador para se tornar personagem atuante na transformação social, pois, nas palavras de Paulo Gomes Lima:

Esta educação transformadora promove a consciência de quem desenvolve o trabalho pedagógico – o professor, a equipe técnica e colaboradores, bem como o desenvolvimento do estudante; todos são participantes de uma história construída por meio de vez, voz e voto e mais do que isso, os saberes que são adquiridos e desdobrados passam a ter um outro sabor: uma ênfase na construção do homem como ator social e não como sujeito passivo que deve, simplesmente, consumir um conhecimento intelectual linearizado. É claro que isto não é fácil e não acontece de um dia para o outro; pelo contrário, é uma tarefa diária em que, pela disposição de todos os atores sociais ninguém pode desistir se dando por esgotado ou derrotada (LIMA, s/d).

Ademais, a educação é, sem dúvida alguma, a pedra principal de todo o desenvolvimento de uma nação, pois é a partir dela que as outras áreas imprescindíveis ao avanço político, social e econômico se dão.

Nesta senda, servindo para corroborar com a tese abordada, convém ressaltar que o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), tão almejado hodiernamente pelas superpotências, leva em consideração o grau de escolaridade da população de um país, além de outros fatores que, como a renda *per capita*, a expectativa de vida ao nascer e o PIB, estão intimamente ligados à educação. Tais informes são tão verdadeiros que, após minuciosa análise dos países que figuram no cume e na incômoda base do IDH, percebemos que existe uma proporcionalidade entre o grau de escolaridade e o desenvolvimento humano de uma nação, mormente em virtude de aquele ser um dos critérios de avaliação deste.

Ademais, em âmbito global, muitos países, o que infelizmente não é o caso do Brasil, verdadeiramente cultuam a figura do docente, colocando-o merecidamente em posição de destaque. A título de exemplo, pode-se destacar o exemplo japonês, país ícone de desenvolvimento social e econômico, onde o imperador apenas se curva diante de seu professor.

Doutra banda, inegavelmente, o Brasil, tomando como partida tempos anteriores, muito melhorou e se modernizou com relação à educação, mas, certamente, ainda tem muito que caminhar e trabalhar nos anos vindouros, caso queira se consolidar, de uma vez por todas, entre os países que gozam de maior prestígio na ordem econômica e política mundial.

Entretanto, de encontro a quase todos os outros países que vêm ocupando o cenário de destaque no mundo inteiro, o Brasil, a cada dia, vem desprestigiando a figura do professor, fornecendo-lhes poucas condições de trabalho, salários irrisórios, tirando-lhes direitos, em que pese a educação ser um direito consagrado no artigo 6º da Constituição da República Federativa do Brasil.

Certo é que cada vez que o Estado desprestigia a atuação de um professor, acaba, por ventura, rebatendo em milhões de brasileiros que necessitam do acesso à educação. *Ex positis*, se o governo atira contra a classe docente, faz com que o próprio tiro acerte sua Carta Política e, por conseguinte, manche o desenvolvimento humano, social, político e econômico brasileiro.

II – O direito de greve

Termo que causa arrepios nos governos desde tempos imemoriais, e hoje continua amedrontando grande parte dos empregadores que não cumprem com a maioria de suas obrigações, a greve, como bem já disciplinou

o artigo 2º da Lei de Regência, “é a suspensão coletiva, temporária e pacífica, total ou parcial, de prestação pessoal de serviços a empregador”.

Nas melhores palavras do professor trabalhista Sérgio Pinto Martins, a greve merece ser entendida como:

suspensão coletiva, pois a suspensão do trabalho por apenas uma pessoa não irá constituir greve, mas poderá dar ensejo a dispensa por justa causa. A greve é, portanto, um direito coletivo e não de uma única pessoa. Só o grupo, que é o titular do direito, é que irá fazer greve. Deve haver, portanto, paralisação dos serviços, pois, de acordo com a lei, se inexistir a suspensão do trabalho não há greve. Isso mostra que a greve de zelo, em que os empregados cumprem à risca as determinações e regulamentos da empresa, esmerando-se na prestação dos serviços para provocar demora na produção, ou a “operação tartaruga”, em que os trabalhadores fazem o serviço com extremo vagar não podem ser consideradas como greve diante de nossa legislação, pois não há suspensão do trabalho (MARTINS, 2012).

Cumpre-se ressaltar que a greve deve ser temporária, pacífica, de maneira total ou parcial, que provoca a suspensão (salvo pacto em contrário) do contrato de trabalho.

Ademais, à margem de todas estas considerações, nossa *Lex Fundamental* ainda elevou o direito à greve, que antigamente era vedado e, por vezes, tratado como um delito, à uma garantia fundamental, porquanto esteja inserido no Título II, “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, de seu texto. Assim, acerta Alexandre de Moraes ao asseverar que o direito de greve é “auto-aplicável, não podendo ser restringido ou impedido pela legislação infraconstitucional” (MORAES, 2009).

Uma vez estando regulamentada em lei, a greve, ao contrário do que muito se lê, principalmente na imprensa, não pode ser ilegal, com exceção do caso dos militares por haver expressa vedação constitucional (art. 142, §3º, IV, CRFB/88), mas, sim, abusiva. Esta abusividade se dá quando os movimentos paredistas não observam os requisitos elencados na lei n. 7.783/89 ou violam direito de outrem constitucionalmente assegurado.

A importância do direito de greve está intimamente ligada com os interesses a que ela visa defender. Neste sentido, convém trazer, uma vez mais, os precisos ensinamentos do professor trabalhista:

Num primeiro momento poder-se-ia dizer que o interesse a ser defendido por meio de greve seria ilimitado, porém não é isso que ocorre. Os limites desse interesse podem ser encontrados na própria Constituição, ao analisá-la sistematicamente. Se o direito de greve está inserido no Capítulo II, dos Direitos Sociais, do Título I, já é possível dizer que os interesses são sociais, dizendo respeito às condições de trabalho, à melhoria das condições sociais, inclusive salariais” (MARTINS, 2012).

Além dessa importância atinente aos direitos sociais, o direito de greve está, como todos os outros direitos, baseado no princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que o trabalhador depende do mínimo necessário para uma vida digna, tendo sentido, como já elucidou Immanuel Kant, no fato da pessoa ter o direito de ser tratada como um fim em si mesma, e não como um meio.

Por derradeiro, é importante frisar que o direito ao movimento paredista é, por vezes, a única arma eficaz que o trabalhador tem contra arbitrariedades ou negligências do empregador, sendo tal direito, desta forma, um direito social lastreado em uma garantia fundamental.

III – A greve no serviço público e a suspensão do contrato de trabalho

Em virtude da referida omissão legislativa, o movimento paredista no plano do serviço público acaba por encarar outra dificuldade: a suspensão, ou não, do contrato de trabalho durante o exercício deste direito constitucionalmente assegurado.

Conforme já abordado, a greve, em primeiro plano,

possui como principal efeito a suspensão do contrato de trabalho conforme dispõe o art. 7º da Lei n. 7.783/89. Como o contrato de trabalho fica suspenso, não há obrigação dos empregados em prestar os serviços, assim como inexistente o dever dos empregadores em efetuar o pagamento da contraprestação devida (LOURO, 2010).

Neste diapasão, convém trazer à baila o entendimento do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do Mandado de Injunção 708:

EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO. GARANTIA FUNDAMENTAL (CF, ART. 5º, INCISO LXXI). DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS (CF, ART. 37, INCISO VII). EVOLUÇÃO DO TEMA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). DEFINIÇÃO DOS PARÂMETROS DE COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL PARA Apreciação NO ÂMBITO DA JUSTIÇA FEDERAL E DA JUSTIÇA ESTADUAL ATÉ A EDIÇÃO DA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA PERTINENTE, NOS TERMOS DO ART. 37, VII, DA CF. EM OBSERVÂNCIA AOS DITAMES DA SEGURANÇA JURÍDICA E À EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL NA INTERPRETAÇÃO DA OMISSÃO LEGISLATIVA SOBRE O DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS, FIXAÇÃO DO PRAZO DE 60 (SESENTA) DIAS PARA QUE O CONGRESSO NACIONAL LEGISLE SOBRE A MATÉRIA. MANDADO DE INJUNÇÃO DEFERIDO PARA DETERMINAR A APLICAÇÃO DAS LEIS Nos 7.701/1988 E 7.783/1989. 1. SINAIS DE EVOLUÇÃO DA GARANTIA FUNDAMENTAL DO MANDADO DE INJUNÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL [...]

6.4. Considerados os parâmetros acima delineados, a par da competência para o dissídio de greve em si, no qual se discuta a abusividade, ou não, da greve, os referidos tribunais, nos âmbitos de sua jurisdição, serão competentes para decidir acerca do mérito do pagamento, ou não, dos dias de paralisação em consonância com a excepcionalidade de que esse juízo se reveste. Nesse contexto, nos termos do art. 7º da Lei no 7.783/1989, a deflagração da greve, em princípio, corresponde à suspensão do contrato de trabalho. Como regra geral, portanto, os salários dos dias de paralisação não deverão ser pagos, salvo no caso em que a greve tenha sido provocada justamente por atraso no pagamento aos servidores públicos civis, ou por outras situações excepcionais que justifiquem o afastamento da premissa da suspensão do contrato de trabalho (art. 7º da Lei n. 7.783/1989, in fine) (sem destaques no original) (STF, 2014).

Assim, em consonância com o disposto pela Carta Política de 1988, cumulado com o extraído da Lei n. 7.783/89 e da Consolidação das Leis Trabalhistas, o Supremo Tribunal Federal acabou por entender que a partir do momento em que os servidores públicos iniciassem o movimento paredista, haveria, de plano, a suspensão do contrato de trabalho.

Ocorre que este não foi o entendimento de parte da doutrina pátria, quando direcionadas as atenções ao serviço público federal e aos demais entes políticos que se utilizam das regras estatutárias para regular as diretrizes de seus servidores públicos.

Após a decisão da Suprema Corte brasileira, v.g., o Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário Federal no Estado da Paraíba (Sindjuf-PB), publicou em seu domínio eletrônico um parecer jurídico comentando acerca do tema, argumentando, principalmente, que o servidor público não celebra contrato de trabalho e não estão regidos pelo regime celetista:

Em caso de greve, não há o que se falar em suspensão de contrato de trabalho de servidor disciplinado pela Lei n. 8.112/1990, diploma esse que não contempla os funcionários celetistas, justamente porque servidor estatutário não firma contrato de trabalho, investe-se em cargo público, menor unidade do poder do Estado, após formalidades previstas em lei, assinando, sim, termo de posse, após nomeação ao cargo cuja concorrência a todos foi disponibilizada em edital, tendo ainda sua vida funcional regrada em deveres e direitos previstos em estatuto próprio.

Embora não vige mais o regime jurídico único, forma abandonada na EC n. 19/1998, deixando aberta a possibilidade de contratação de empregados públicos celetistas, os servidores estatutários federais não celebram contrato de trabalho, que é um ato formal típico de vínculo empregatício entre empresa de direito privado e o trabalhador celetista, decorrendo daí direitos trabalhistas específicos dessa categoria como FGTS, aviso prévio, negociação coletiva e data base, este último o sonho dos servidores públicos que não têm reposição inflacionária (Sindjuf-PB, s/d).

Noutra banda, urge ressaltar que o projeto de lei que tramita perante o Congresso Nacional para disciplinar e viabilizar o direito de greve dos servidores públicos prevê, em seu artigo 10, que “os dias de greve serão

contados para todos os efeitos, inclusive remuneratórios, desde que, após o encerramento da greve, sejam repostas as horas não trabalhadas, de acordo com o cronograma estabelecido pela Administração, com a participação da entidade sindical” (Sindjuf-PB, s/d).

Com efeito, conquanto assumo o risco de ficar repetitivo, cumpre repisar que, apesar da recente decisão do Supremo Tribunal Federal, a questão só será, em tese, perfeitamente solucionada após a edição da legislação pertinente acerca da matéria, prestando homenagem ao princípio da segurança jurídica, que, de fato, é clamado pelos servidores públicos brasileiros.

Teorias e doutrinas à parte, certo é que na greve que os professores de universidades federais deflagraram no ano de 2012, mesmo após se passado três meses da paralisação das atividades, o Governo Federal ainda não havia cortado o ponto de seus servidores.

IV – A não essencialidade da educação

O art. 9º da Carta Política de 1988 assegura o direito de greve, sendo de competência dos trabalhadores a decisão acerca da oportunidade de exercê-lo. Determina no § 1º “que a lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade” e no § 2º que “os abusos cometidos sujeitam os responsáveis às penas da lei” (BRASIL, 1988).

A seu turno, reza o artigo 11 da Lei n. 7.783/89 que “nos serviços ou atividades essenciais, os sindicatos, os empregadores e os trabalhadores ficam obrigados, de comum acordo, a garantir, durante a greve, a prestação dos serviços indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade”. Aqui o legislador quis, após abarcar o direito daqueles que lutam por seus direitos sociais e garantias constitucionais, também evitar que todos os cidadãos fossem afetados com o movimento paredista. Para melhor elucidação, convém trazer à lume os serviços em que o legislador elencou como essenciais:

Art. 10 São considerados serviços ou atividades essenciais:

I – tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis;

II – assistência médica e hospitalar;

III – distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos;

IV – funerários;

V – transporte coletivo;

VI – captação e tratamento de esgoto e lixo;

- VII – telecomunicações;
- VIII – guarda, uso e controle de substâncias radioativas, equipamentos e materiais nucleares;
- IX – processamento de dados ligados a serviços essenciais;
- X – controle de tráfego aéreo;
- XI – compensação bancária.

A importância de se definir a essencialidade ou não de um serviço, como bem já explanado, traduz-se na ideia de garantir à população o necessário acesso e garantia de seus direitos.

Ocorre que, lamentavelmente, o legislador não elencou a educação, que, como visto, é a válvula propulsora de toda uma nação, à categoria de serviço essencial. Não se sabe se tal omissão se deu por questões políticas ou mero descaso com tal direito, sendo o que se pode concluir é que, hodiernamente, o governo, ao limitar direitos sociais e garantias fundamentais da classe docente, acaba, por consequência, prejudicando milhões de estudantes em todo o território brasileiro. Afinal, se os professores estão em greve, quem será o responsável por garantir o acesso à educação para a classe discente?

V – Os números do magistério no Brasil

Na tentativa de uniformizar o magistério em todo o território brasileiro, o governo federal editou a lei n. 7.738/2008, que ficou conhecida como a “Lei do Piso”. Neste ano de 2012, o piso nacional da classe foi reajustado para R\$ 1.451,00 (mil quatrocentos e cinquenta e um reais), para uma jornada de 40 horas semanais.

Em virtude de a jornada docente ser bastante diferente daquelas estabelecidas pelas demais profissões, a Lei do Piso ainda determinou “que todos os estados e municípios brasileiros aprovem planos de carreira e assegurem que 1/3 da jornada dos docentes seja destinada a atividades extraclasse, como correção de provas e trabalhos e planejamento de aulas”.

Em razão dessa obrigatoriedade, além de rios de tintas serem derramados acerca do controvertido tema, foi proposta junto ao Supremo Tribunal Federal a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade de n. 4167 contra o aludido diploma legal. Os fundamentos trazidos pelos requerentes da ação, governadores dos Estados do Mato Grosso do Sul, Paraná, Santa Catarina, Rio Grande do Sul e Ceará, foram, principalmente, incompetência para regulamentação da matéria, porquanto a competência extraordinária não abarcaria tal matéria, mas, apenas a fixação do piso salarial, descumprimento do princípio da autonomia dos entes federados e afronta ao princípio

da proporcionalidade, tendo em vista que a regulamentação poderia sobrecarregar os cofres públicos estatais e municipais.

Entretanto, em que pese tais posicionamentos, o Supremo Tribunal Federal acabou considerando constitucional a lei n. 7.738/2008, sob o argumento de que é de competência da União dispor acerca de normas gerais relativas ao piso salarial do magistério (fulcrado nos artigos 22, XXIV, 24, IX e 214, III, todos da Constituição da República Federativa do Brasil), bem como entendeu ser “constitucional a norma geral federal que reserva o percentual mínimo de 1/3 da carga horária dos docentes da educação básica para dedicação às atividades extraclasse”:

Ementa: CONSTITUCIONAL. FINANCEIRO. PACTO FEDERATIVO E REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIA. PISO NACIONAL PARA OS PROFESSORES DA EDUCAÇÃO BÁSICA. CONCEITO DE PISO: VENCIMENTO OU REMUNERAÇÃO GLOBAL. RISCOS FINANCEIRO E ORÇAMENTÁRIO. JORNADA DE TRABALHO: FIXAÇÃO DO TEMPO MÍNIMO PARA DEDICAÇÃO A ATIVIDADES EXTRACLASSE EM 1/3 DA JORNADA. ARTS. 2º, §§ 1º E 4º, 3º, CAPUT, II E III E 8º, TODOS DA LEI 11.738/2008. CONSTITUCIONALIDADE. PERDA PARCIAL DE OBJETO. 1. Perda parcial do objeto desta ação direta de inconstitucionalidade, na medida em que o cronograma de aplicação escalonada do piso de vencimento dos professores da educação básica se exauriu (arts. 3º e 8º da Lei 11.738/2008). 2. É constitucional a norma geral federal que fixou o piso salarial dos professores do ensino médio com base no vencimento, e não na remuneração global. Competência da União para dispor sobre normas gerais relativas ao piso de vencimento dos professores da educação básica, de modo a utilizá-lo como mecanismo de fomento ao sistema educacional e de valorização profissional, e não apenas como instrumento de proteção mínima ao trabalhador. 3. É constitucional a norma geral federal que reserva o percentual mínimo de 1/3 da carga horária dos docentes da educação básica para dedicação às atividades extraclasse. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente. Perda de objeto declarada em relação aos arts. 3º e 8º da Lei 11.738/2008 (STF, 2014).

Com a decisão da Corte Suprema brasileira, esperava-se haver uma trégua na guerra entre professores e o Estado. Contudo, não foi o que de fato aconteceu.

Após a aludida decisão, o sítio eletrônico do **Portal Terra** publicou uma matéria em seu domínio virtual informando que vários estados brasileiros, como Minas Gerais, Rio Grande do Sul, Pará, Maranhão e Amapá, não estavam pagando o piso salarial estabelecido em lei. Destarte, greves a todo instante são deflagradas em todo o território brasileiro, conquanto até os professores do Distrito Federal, que paga o maior piso no país, também tenha frequentemente realizado o movimento paredista em busca de melhores condições (PORTAL TERRA, s/d).

Não se sabe quando esse conflito irá acabar, só tendo a certeza que, não obstante o desgaste que o magistério vem sofrendo, as maiores vítimas deste choque estão sendo os estudantes brasileiros.

VI – Direito de greve do servidor público

Antes de adentrarmos ao tema central do tópico em epígrafe, convém registrar que o legislador constituinte, a partir da redação dada pela Emenda Constitucional 19 de 1998, nunca se quedou em garantir o direito de greve aos servidores públicos.

O artigo 37 da Carta Política, que trata da Administração Pública e também dos servidores públicos, em seu inciso XII, disciplina que “o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica”, sendo, de tal sorte, uma norma constitucional de eficácia limitada.

Ocorre que, malgrado tenham se passado doze anos desde a entrada em vigor da aludida emenda constitucional, o Poder Legislativo ainda não se preocupou em redigir a famigerada lei específica para regular o direito de greve dos servidores públicos, conferindo, em princípio, à administração pública posição privilegiada quando comparada aos demais empregadores do setor privado. Afinal, ao não redigir a aludida lei, o legislador acabou criando obstáculos no caminho do servidor ao tentar fazer valer seus direitos regulados por Estatuto, pela CLT e, mormente, pela Constituição Federal.

Em melhores palavras, com a devida precisão que lhe é peculiar, o ministro do Supremo Tribunal Federal, Eros Grau, por ocasião de seu voto no Mandado de Injunção 712-8/PA, aduziu que:

Entendido como norma de eficácia limitada, o texto normativo constitucional depende da emissão de

normatividade futura, que lhe integre eficácia, dando-lhe capacidade de execução. Reclama-se, portanto, para fins de plena incidência do preceito, atuação legislativa que dê concreção ao comando positivado no texto da Constituição (STF, 2007).

Irresignados com a omissão legislativa, os servidores públicos, de diversos estados federados, passaram a lançar mão do remédio constitucional adequado à situação em comento: o mandado de injunção, que, nas palavras do professor,

consiste em uma ação constitucional de caráter civil e de procedimento especial, que visa suprir uma omissão do Poder Público, no intuito de viabilizar o exercício de um direito, uma liberdade ou uma prerrogativa prevista na Constituição Federal (MORAES, 2009).

De fato, ante tal situação fática, estamos verdadeiramente diante de uma situação em que não existe norma reguladora de uma previsão constitucional e há efetiva “inviabilização do exercício dos direitos e liberdades constitucionais” (MORAES, 2009).

Ao enfrentar o tema pela primeira vez, o Supremo Tribunal Federal “entendeu que os servidores públicos civis não podem exercer o direito de greve antes da edição da lei complementar mencionada pelo inciso VII do artigo 37 da Constituição Federal (MI. 20-4-DF; Rel. Min. Celso de Mello, j. 19-5-94, LTr 58-06/647)” (MARTINS, 2012).

Hodiernamente, entretanto, ao encarar mais uma vez o tema em questão, através do Mandado de Injunção, o Supremo Tribunal Federal, modificando seu anterior posicionamento, julgou procedente o indigitado remédio constitucional adotando a posição concretista geral – fazendo com que a decisão, nas palavras do professor constitucionalista, “tenha efeito erga omnes, implementando o exercício da norma constitucional através de uma normatividade geral até que a omissão seja suprida pelo poder competente” (MORAES, 2010). Com efeito, a Corte se posicionou no sentido de suprir a omissão legislativa, determinando que seja conferido o direito de greve aos servidores públicos, mediante à aplicação da lei n. 7.783/89, ou seja, do diploma legal que confere o direito ao movimento paredista aos trabalhadores do setor privado.

VII – Direito à greve *versus* direito à educação: uma ponderação de interesses à luz da Constituição da República Federativa do Brasil

Ab initio, antes de traçar quaisquer considerações atinentes ao tema em epígrafe, urge analisar o que seria esta ponderação de interesses à luz da Constituição Federal. Ponderar, de acordo com o “Dicionário Houaiss”, “é pesar os prós e os contras”, sendo que, nos ensinamentos do mesmo léxico, ponderação é agir com “bom senso, prudência” (HOUAISS, s/d).

Quando se propõe analisar o presente tema, o jurista deve, genuinamente, sopesar os bens jurídicos que estão em conflito à luz da *Lex Fundamentalis* em vigor, dispensando total precaução com fincas a verificar pra qual lado a balança irá pender. Em melhores palavras, melhor disse Daniel Sarmento:

O pluralismo de ideias existente na sociedade projeta-se na Constituição, que acolhe, através de seus princípios, valores e interesses dos mais diversos matizes. Tais princípios (...) entram às vezes em tensão na solução de casos concretos. Como observou Karl Engish, a contradição principiológica é um fenômeno inevitável, na medida em que constitui um reflexo natural das desarmonias que surgem numa norma jurídica pelo facto de, na constituição desta, tomarem parte diferentes ideias fundamentais entre as quais se pode estabelecer o conflito. Assim, a ponderação de interesses consiste justamente no método utilizado para a resolução destes conflitos constitucionais. Tal método caracteriza-se pela sua preocupação com a análise do caso concreto em que eclodiu o conflito, pois as variáveis fáticas (...) afiguram-se determinantes para a atribuição do ‘peso’ específico a cada princípio em confronto, sendo, por consequência, essenciais à definição do resultado da ponderação” (SARMENTO, 2002).

Elucidando, ainda mais, o tema, o professor constitucionalista ainda infere que o método ponderador só se torna imprescindível quando estiver

caracterizada a colisão entre pelo menos dois princípios constitucionais incidentes sobre o caso concreto. Assim, a

primeira tarefa que se impõe ao intérprete, diante de uma possível ponderação, é a de proceder à interpretação dos cânones envolvidos, para verificar se eles efetivamente se confrontam na resolução do caso, ou se, ao contrário, é possível harmonizá-los (SARMENTO, 2002).

Destarte, é comezinho que havendo o conflito entre dois direitos ou princípios, cabe ao exegeta se valer do método de ponderação de interesses com o fito de verificar qual deles têm mais “peso” para a relação jurídica, malgrado seja cediço que não há hierarquia entre os princípios constitucionais. Neste sentido, melhor disse Chamone:

As normas constitucionais têm igual dignidade; em outras palavras: não há normas constitucionais meramente formais, nem hierarquia de supra ou infra-ordenação dentro da Constituição, conforme asseverou CANOTILHO. Existem, é certo, princípios com diferentes níveis de concretização e densidade semântica, mas nem por isso é correto dizer que há hierarquia normativa entre os princípios constitucionais. Com efeito, como decorrência imediata do princípio da unidade da Constituição, tem-se como inadmissível a existência de normas constitucionais antinômicas (inconstitucionais), isto é, completamente incompatíveis, conquanto possa haver, e geralmente há, tensão das normas entre si (CHAMONE, 2006).

No caso em comento, pode-se visualizar o confronto direto entre direitos fundamentais elencados na CRFB/88, isto é, o direito à greve e o direito à educação. Durante o transcorrer do presente trabalho, foi possível traçar apertadas sínteses acerca da importância destes valores, não podendo o exegeta se olvidar de suas aplicações e garantias.

No entanto, a indagação trazida pelo título da presente abordagem necessita que as atenções sejam a ela voltadas com bastante acuidade, sendo mister verdadeiramente ponderar os interesses sem que a balança penda para um lado de forma desproporcional e injusta.

Prima facie, não se pode simplesmente deixar de tutelar o direito à greve dos profissionais de educação, tendo em vista sua legalidade e todos os demais motivos já dispostos no presente trabalho. Afinal, como cediço, o movimento grevista é, muitas vezes, a única arma que o servidor público tem contra as arbitrariedades da Administração Pública.

Noutra banda, voltando os olhos para a questão salarial, que é a principal reivindicação de quase todas greves, não se pode, sobremaneira, perder da memória o caráter alimentar do salário ou remuneração, o que legitima, mais ainda, o exercício do direito ao movimento paredista.

Entrementes, a questão não é tão simples assim.

Ora, inúmeros são os dispositivos constitucionais, e, sem deslembrar dos infraconstitucionais, que citem e clamem proteção à educação, o que, como sabido e ressabido, não poderia ser diferente. Afinal, se tal direito é, como defendido por estudiosos e políticos, a base de toda a sociedade, deveria, em tese, estar um degrau acima de diversos outros direitos assegurados pela Carta Magna de 1988.

Neste norte, a paralisação das atividades dos profissionais de educação acarreta um dano irreparável, ou de difícilíssima reparação, para diversos estudantes em todo o território nacional. Desta feita, uma vez ferido o tronco do ensino público brasileiro, o Brasil corre o grande risco de ver sua árvore, que já não inspira solidez, estagnar seu florescimento.

O ideal, de certa forma, seria encontrar outra maneira de os professores lutarem pelos seus direitos – que não devem ser suprimidos ou deixados de lado -, sem, contudo, afetar milhões de alunos que carecem de um ensino público de qualidade, por mais utópico que tal afirmação pareça ser nos dias atuais.

Destarte, a greve deve, o que não quer dizer que já não é, a *ultima ratio* de tutela aos direitos dos profissionais da educação, de modo a não causar danos irreversíveis ao ensino público nacional e aos estudantes que dele necessitam para um futuro melhor.

Noutro giro, é de notória sabedoria de todos que muitos alunos frequentam a escola diariamente para, além de aprender um pouco mais para sua formação profissional, ter um prato de comida na mesa, que, muitas vezes, pode ser a única refeição que terão no decorrer do dia.

Olhando por este norte, imperioso se faz notar que a greve dos profissionais de educação, em que pese afete gravemente o ensino público brasileiro, acaba trazendo um problema ainda mais grave para o desenvolvimento do país, à vista dos problemas estruturais de extrema miséria e falta de alimentação digna nas mesas das famílias brasileiras.

Assim, um movimento paredista que afronte tais direitos e garantias fundamentais corre imensurável risco de dar as mãos à abusividade. Lado outro, a restrição ao direito de greve também tem o condão de impor aos prejudicados graves restrições aos mesmos direitos.

Ex positis, cabe ao Direito tentar, até a última instância, harmonizar o duelo entre os direitos, sendo que, não sendo possível tal situação, realizar uma justa ponderação de interesses de modo a satisfazer o bem máximo da

sociedade, que, muito além de discussões doutrinárias, jurisprudenciais e sociológicas, deve ser a Justiça!

Considerações finais

Como visto, a discussão acerca do direito de greve dos professores em confronto com a necessidade de preservação do direito à educação dos estudantes brasileiros está longe de ser pacificada na doutrina e na jurisprudência. Ademais, nem mesmo o legislador, em virtude da omissão constituinte, foi capaz de se posicionar acerca do tema. Desta maneira, as discussões fervorosas sempre existiram, subsistem e, dificilmente, deixaram de se fazer presentes no âmbito político brasileiro.

Paralelamente à tais questões, o ensino público vem ruindo gradativamente, sobretudo em virtude da inércia legislativa e da rotineira falta de recursos endereçados ao Ministério da Educação e aos demais entes políticos brasileiros.

Desta feita, as greves se intensificam a todo o momento no Brasil, fazendo com que os professores se desgastem perante à Administração Pública e os alunos deixem de ter acesso a um direito fundamental imprescindível para sua formação profissional, qualidade de vida e, indiretamente, o desenvolvimento de toda nação.

Isso posto, em virtude das questões levantadas durante toda a abordagem, conclui-se que caberá ao Direito, no caso concreto, estabelecer uma ponderação entre o direito à greve e o direito à educação para que o magistério brasileiro tenha uma remuneração digna e proporcional à importância de sua existência e os alunos não tenham que se preocupar com questões alheias aos seus domínios, passando a se concentrar, tão somente, nos livros e cadernos.

Referências

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 30 ago. 2012.

CHAMONE, Marcelo Azevedo. Estudos sobre interpretação constitucional. Jus Navigandi, Teresina, 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/9032>>. Acesso em: 30 ago. 2012.

HOUAISS. **Grande dicionário Houaiss da língua portuguesa**. s/d. Disponível em: <<http://houaiss.uol.com.br/>>.

LIMA, Paulo Gomes. A importância do papel do professor para o sucesso da educação. s/d. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/13500666/A-IMPORTANCIA-DO-PAPEL-DO-PROFESSOR-PARA-O-SUCESSO-DA-EDUCACAO-PROF-DR-PAULO-GOMES-LIMA-UFGD>> Acesso em: 09 jul 2012.

LOURO, Henrique da Silva. Os efeitos jurídicos decorrentes da aprovação do “estado de greve”. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2590, 4 ago. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/17053>>. Acesso em: 7 ago. 2012.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 28. ed. Atlas: São Paulo, 2012.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2010.

PORTAL TERRA. **Mapa dos pisos dos professores**. Disponível em: <<http://www.terra.com.br>>. Acesso em: 20 jun. 2012.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002.

SINDJUF-PB. **É legal a suspensão do contrato de trabalho de servidor público federal?** s/d. Disponível em: <<http://sindjufpb.org.br/node/2350>>. Acesso em: 16 jun. 2012.

STF – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Mandado de Injunção – 712-8/PA**. Relator Ministro Eros Grau. Acórdão 12/04/2007. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/282_MI712_-_Eros_Grau.pdf>.

STF – Supremo Tribunal Federal. **Diário Oficial**. 20 ago. 2014. p. 1901. Disponível em <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/75181225/stj-20-08-2014-pg-1901>>. (TEXTO DO 2012)

Normas técnico-editoriais para submissão de artigos à Revista Jurídica da FAMINAS

1 – Submissão de artigos

- a) O artigo deve ser enviado para o e-mail **editora@faminas.edu.br**, acompanhado do **formulário de dados do(s) autor(es)**, disponível no site da FAMINAS (www.faminas.edu.br), na aba Muriaé / Publicações / Revista Jurídica da FAMINAS.
- b) O artigo será protocolado, e o(s) autor(es) receberão o número do protocolo por e-mail.

2 – Normas técnicas para submissão de artigos

- a) Os artigos devem ser enviados no formato Microsoft Word.
- b) Cada artigo deverá conter no máximo 20 páginas, com a seguinte formatação:
 - Tamanho do papel: A4.
 - Configuração de página: superior, 2 cm; inferior, 2 cm; esquerda, 3 cm; direita, 2 cm.
 - Fonte: Times New Roman, corpo (tamanho) 12, e espaço duplo entre as linhas.
- c) Os artigos deverão ser enviados com a devida correção ortográfica.
- d) As notas e as referências bibliográficas deverão estar em acordo com as normas da ABNT.

- e) Figuras e tabelas devem ser numeradas.
- f) Quaisquer imagens, gráficos ou similares inseridos nos artigos deverão também ser enviados separadamente, no seu programa original.

3 – Normas editoriais para submissão de artigos

- a) Os artigos, publicados ou não, não serão devolvidos.
- b) Os autores cujos textos forem aprovados para publicação receberão um exemplar da edição em que o material foi publicado.
- c) Cabe ao Conselho Editorial a decisão de publicar ou não os trabalhos recebidos.

4 – Estrutura do artigo

- a) **Título do artigo:** Deve ser claro e objetivo, podendo ser completado por um subtítulo. Deve ser escrito em português, espanhol e inglês (se o autor não enviar o título em espanhol e inglês, ele será feito pela Editora).
- b) **Nome, titulação e funções acadêmicas do(s) autor(es):** Indicar o nome por extenso, a titulação acadêmica e as credenciais (referentes ao assunto do artigo) do autor.
- c) **E-mail do autor principal** (primeiro autor).
- d) **Resumo e palavras-chave em português:** O resumo deverá conter até cem palavras e estar acompanhado de 3 (três) a 5 (cinco) palavras significativas do conteúdo do artigo.
- e) **Resumo e palavras-chave em espanhol:** Correspondente ao em português (se o autor não enviar o resumen e as palabras clave, eles serão feitos pela Editora a partir do resumo).
- f) **Resumo e palavras-chave em inglês:** Correspondente ao em português (se o autor não enviar o abstract e as keywords, eles serão feitos pela Editora a partir do resumo).

- g) **Agradecimento(s) de caráter acadêmico:** Opcional. Texto conciso e que seja realmente indispensável.
- h) **Corpo do texto:** Geralmente contém três partes básicas: introdução, desenvolvimento e considerações finais.
- **Introdução:** “exposição breve do tema tratado, apresentando-o de maneira geral e relacionando a literatura consultada com o assunto do artigo. A introdução deve expor preliminarmente o tema; apresentar definições, conceituações, pontos de vista e abordagens; justificativa da escolha do tema; objetivos e plano adotado para o desenvolvimento da pesquisa ou do estudo; deve situar o problema da pesquisa no contexto geral da área e indicar os pressupostos necessários à sua compreensão. Não se aconselha a inclusão de ilustrações, tabelas e gráficos na introdução”.
 - **Revisão de literatura:** “pode ser incluída na introdução ou apresentada separadamente. Deve citar textos que tenham embasado o desenvolvimento do trabalho. A revisão da literatura citada deve ser apresentada preferencialmente em ordem cronológica, conforme evolução do assunto, observando-se as normas para citação no texto”.
 - **Desenvolvimento:** “núcleo do trabalho em que o autor expõe, explica e demonstra o assunto em todos os seus aspectos. Deve-se adotar o sistema de numeração progressiva para a divisão do tema. Para relatos de pesquisa, o artigo pode apresentar a seguinte subdivisão”:
 - **Material e métodos (metodologia):** “descrição do material e dos métodos para o desenvolvimento da pesquisa e indicação breve das técnicas e processos utilizados na investigação. Modelos de questionários, entrevistas ou qualquer outro material complementar usado na pesquisa devem ser apresentados em anexo”;
 - **Resultados e discussão:** “este item visa discutir, confirmar ou negar hipóteses e/ou confirmar resultados da pesquisa indicados anteriormente na introdução. Expõe de forma detalhada, racional, objetiva e clara o resultado da pesquisa, permitindo ao leitor completa assimilação da investigação realizada. Dependendo do estilo do autor ou da necessidade, o item ‘discussão’ pode ser apresentado separadamente dos resultados”.
 - **Considerações finais:** “é a parte final do trabalho e deve incluir, antes de tudo, uma resposta para a problemática do tema proposto na introdução. É uma decorrência lógica e natural

de tudo que a precede. Deve ser breve, concisa e referir-se às hipóteses levantadas e discutidas anteriormente. O autor pode expor seu ponto de vista com base nos resultados que avaliou e interpretou. Esse item pode incluir também recomendações e/ou sugestões de outras pesquisas na área”.

- i) **Notas:** Devem ser colocadas em rodapé. Além das usuais, a primeira página do artigo poderá conter as seguintes notas:
à quando for material elaborado sob orientação, citar nome e titulação do professor orientador e do co-orientador, quando houver;
à caso a pesquisa tenha apoio financeiro de alguma instituição, mencionar seu nome.
- j) **Anexos e/ou apêndices:** “Constituindo-se de material complementar ao texto, devem ser incluídos somente quando imprescindíveis à sua compreensão”.
- k) **Referências bibliográficas:** Relação das fontes utilizadas pelo autor, de acordo com as normas da ABNT.

— |

| —

— |

| —

