



ISSN 1807-0957

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

# JUIZADO DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE

*ANO VIII  
Nº 20*

*Periodicidade: quadrimestral  
Tiragem: 830 exemplares*

*Impresso em novembro de 2011*

Conselho de Supervisão da  
Infância e Juventude – CONSIJ  
Corregedoria-Geral da Justiça  
Porto Alegre, março de 2010.

# EXPEDIENTE

*Coordenação-Geral:*

Conselho de Supervisão da Infância e Juventude – CONSIJ

*Elaboração:*

Dr. João Batista Costa Saraiva, Juiz do Projeto Justiça Instantânea – Porto Alegre

*Diagramação, Revisão e Impressão:*

Departamento de Artes Gráficas do Tribunal de Justiça

Capa: Paulo Guilherme de Vargas Marques – DAG/TJRS

J93 Juizado da Infância e Juventude / [publicado por] Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Corregedoria-Geral da Justiça. – n. 1 (nov. 2003)-. – Porto Alegre : Departamento de Artes Gráficas do TJRS, 2003-

Quadrimestral.

ISSN 1807-0957

1. Menor – Juizado da Infância e Juventude – Periódico I. Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça. Corregedoria-Geral da Justiça.

CDU 347.157(05)

# **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**

Desembargador LEO LIMA  
Presidente

Desembargador JOSÉ AQUINO FLÔRES DE CAMARGO  
1º Vice-Presidente

Desembargador VOLTAIRE DE LIMA MORAES  
2º Vice-Presidente

Desembargadora LISELENA SCHIFINO ROBLES RIBEIRO  
3ª Vice-Presidente

Desembargador RICARDO RAUPP RUSCHEL  
Corregedor-Geral da Justiça

## **CONSELHO DE SUPERVISÃO DA INFÂNCIA E JUVENTUDE – CONSIJ**

Desembargador RICARDO RAUPP RUSCHEL  
Corregedor-Geral da Justiça – Presidente

Dr. CLEBER AUGUSTO TONIAL  
Juiz-Corregedor – Vice-Presidente

Dra. ELISA CARPIM CORRÊA  
1º Juízo do Juizado Regional da Infância e da Juventude de Porto Alegre

Dr. JOSÉ ANTÔNIO DALTOÉ CEZAR  
2º Juízo do Juizado Regional da Infância e da Juventude de Porto Alegre

Dra. VERA LÚCIA DEBONI  
3º Juízo do Juizado Regional da Infância e da Juventude de Porto Alegre

Dra. CONCEIÇÃO APARECIDA CANHO SAMPAIO GABBARDO  
Juizado Regional da Infância e da Juventude de Osório

Dra. DANIELA FERRARI SIGNOR  
Juizado Regional da Infância e da Juventude de Santa Cruz do Sul

Dr. DALMIR FRANKLIN DE OLIVEIRA JÚNIOR  
Juizado Regional da Infância e da Juventude de Passo Fundo

Dr. LUÍS CARLOS ROSA  
Juizado Regional da Infância e da Juventude de Santo Ângelo

Dr. JOÃO CARLOS CORRÊA GREY  
Juizado Regional da Infância e da Juventude de Novo Hamburgo

Dra. LILIAN PAULA FRANZMANN  
Juizado Regional da Infância e da Juventude de Santa Maria

Dra. ANA BEATRIZ ROSITO DE ALMEIDA FAGUNDES  
Juizado Regional da Infância e da Juventude de Uruguaiana

Dr. LEOBERTO NARCISO BRANCHER  
Juizado Regional da Infância e da Juventude de Caxias do Sul

Dr. CHARLES ABADIE VON AMELN  
Juizado da Infância e da Juventude de Canoas

Dr. NILTON LUIS ELSENBRUCH FILOMENA  
Vara Judicial de Antônio Prado

Dra. BETINA MOSTARDEIRO MÜHLE DE CONSTANTINO  
Vara Judicial de Butiá

Dr. FERNANDO VIEIRA DOS SANTOS  
2ª Vara Judicial de Três Passos

Dr. RICARDO LUIZ DA COSTA TJADER  
2ª Vara Criminal de Cruz Alta

Dra. CAMILA LUCE MADEIRA  
2ª Vara Criminal de São Leopoldo

Dra. ROSSANA GELAIN  
2ª Vara Criminal de Carazinho

Dra. CLECIANA GUARDA LARA PECH  
Justiça Juvenil

Dra. MARIA ELISA SCHILLING CUNHA  
Justiça Instantânea

# SUMÁRIO

## DOCTRINA

21 Anos do Estatuto da Criança e do Adolescente: O Legado de Antonio Carlos Gomes da Costa para a Transformação de “Corações e Mentes” em Defesa dos Direitos Humanos de Crianças e Adolescentes – Irandi Pereira .....	9
A Medida de Internação: Um Compasso para uma “Correria” – Mariana Furtado Vidigal .....	13
Inseminação Artificial e seus Meandros – Família, Anonimato, Direito aos Alimentos – Letícia Thomasi Jahnke .....	19

## JURISPRUDÊNCIA RELATIVA AO DEPOIMENTO ESPECIAL

Órgão Especial – Arguição de Inconstitucionalidade nº 70042148494 – Porto Alegre.....	31
Mandado de Segurança nº 5017910-94.2010.404.7100 – Ministério Público Federal.....	45
Mandado de Segurança nº 2009.71.00.031114-1/RS.....	59

Visite o *site* da Justiça da Infância e da Juventude: [www.tjrs.jus.br](http://www.tjrs.jus.br)  
*Link* Infância e Juventude.

**DOUTRINA**



# **21 ANOS DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: O LEGADO DE ANTONIO CARLOS GOMES DA COSTA PARA A TRANSFORMAÇÃO DE “CORAÇÕES E MENTES” EM DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES**

IRANDI PEREIRA

Educadora, ex-membro do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA) e do Fórum Nacional DCA. Ativista pelos direitos humanos de crianças e adolescentes. (irandip@gmail.com)

Todos os anos sou instada por diversos meios (mídia, centros de estudos, movimento social, conselhos de direitos, discentes) a fazer balanço sobre a implementação do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) no território brasileiro. Nesse especial dia de comemoração de 21 anos de sua promulgação, fiz a opção de homenagear um dos principais “Redatores do ECA”, o mestre Antonio Carlos Gomes da Costa, por sua trajetória *antes, durante e depois* da aprovação da lei. Peço licença aos demais redatores e colegas ativistas do movimento social pelos direitos da criança e do adolescente por essa escolha e, também, desculpas pelo tom emocional a que me dirijo nesse momento de comemoração de uma lei que representa a garantia dos direitos de crianças e adolescentes.

A transformação de minha prática na área da defesa dos direitos de crianças e adolescentes se deve à presença constante do educador social Antonio Carlos Gomes da Costa desde os anos de 1980. Eu, no meu retorno à Fundação Estadual do Bem-Estar do Menor de São Paulo (hoje, Fundação CASA), e ele, na Fundação Estadual do Bem-Estar de Minas Gerais.

Essa aproximação se deveu à persistência da ativista pelos direitos humanos de crianças e adolescentes Maria Ignês Bierrenbach, que ocupava, à época, o cargo de Presidente da FEBEM/SP na gestão do Governador Franco Montoro quando se buscava a revisão política e institucional da área, através do projeto “FEBEM: uma instituição que se revê”. Muitos foram os espaços abertos para a reflexão, debate e difusão de ideias, concepções e práticas sobre a política pública de atenção à infância e adolescência brasileira que se encontrava à margem de patamares mínimos de dignidade humana.

O País ainda vivia sob a égide da doutrina da segurança nacional adotada pelo regime militar ditatorial que se iniciara em 1964 e perdurara até 1985. Este período para o segmento infanto-juvenil foi marcado pela adoção da doutrina da situação irregular amparada pelo Código de Menores (1979) e pela Política Nacional de

Bem-Estar do Menor (1964), que colocava esse grupo na condição de objetos ou de tutela da intervenção estatal.

Num desses raros momentos e espaços da luta política em favor dos direitos humanos da criança e do adolescente, apareceu Antonio Carlos Gomes da Costa, presidente da FEBEM de Minas Gerais, com ideias revolucionárias no olhar e no trato dos que viviam nos porões, sótãos e/ou masmorras dos grandes complexos institucionais de atendimento espalhados pelo País.

Lembro bem do dia, ou melhor, da tarde em que ele chegou ao antigo complexo “Quadrilátero Tatuapé” (FEBEM/SP) para conhecer a Fundação (a maior de todas as Fundações) e dialogar, a partir da troca de experiência, com os socioeducadores sobre as possibilidades de transformação do sistema de atendimento, portanto, das concepções e práticas vivenciadas até então pelas crianças e adolescentes, considerados historicamente como “menores” delinquentes, carentes, órfãos e abandonados.

Ele olhava tudo e todos naquele gigantesco espaço que se constituía o “Quadrilátero Tatuapé” até chegar ao Auditório Modelo, local que, na ocasião, servia como palco para a realização de grandes eventos incluindo as assembleias de trabalhadores (socioeducadores) da Fundação. O espaço estava lotado de colegas – assessores, diretores, equipe técnica, professores, vigilantes, cozinheiras, copeiras, lavadeiras, pessoal do administrativo – e de alguns convidados. Começou sua primeira aula dialogada, numa série de muitas outras sobre a presença do educador na vida dos meninos e meninas institucionalizados em espaços públicos com pouca ou nenhuma capacidade de convivência humana digna. Ele apostava na capacidade do socioeducador de intervir em espaços como esses argumentando que a liberdade de pensamento é muito difícil de ser subtraída dos “corações e mentes”, sobretudo de crianças e adolescentes.

Toda vez que se dirigia ao seu público – educadores sociais, gestores, autoridades do sistema de justiça –, mirava seu olhar para um ponto no espaço em que se encontrava como que buscando a inspiração ou mesmo aprovação dos colegas para a construção dos princípios da “pedagogia da presença”.

Em suas centenas e centenas de aulas dialogadas e diante de uma platéia especial, educadores sociais, contava sobre as dificuldades que teve na condição de Presidente da FEBEM/MG no trato da discricionariedade e violação dos direitos humanos de crianças e adolescentes. No enfrentamento da questão, promovia eventos como as “Quintas em Debate” na instituição como uma das possibilidades de reflexão e questionamento dos princípios doutrinários da situação irregular presente na legislação (Código de Menores), em documentos de políticas públicas (PNBEM) como também nos conteúdos de Portarias, Provimentos e Regimentos da época e, em especial, nas práticas do então sistema público de bem-estar.

Dentre suas contribuições cabem destaque a temas relativos à Educação (educação escolar e socioeducação), Educação Profissional e Trabalho, que ocuparam parte substantiva de seu tempo. Quem não se lembra de questões como “educação *para* o trabalho, educação *no* trabalho e educação *pele* trabalho” de adolescentes e jovens como da tese da participação social de crianças, adolescentes e jovens nos diversos espaços da vida coletiva conhecida como “protagonismo infanto-juvenil” e ainda sobre a política socioeducativa, especialmente no que se refere às metodolo-

gias de intervenção ao adolescente em conflito com a lei. A construção da categoria socioeducador foi para mim uma de suas maiores preocupações porque tem possibilitado rupturas paradigmáticas no olhar e no trato cotidiano com adolescentes em conflito com a lei: de “funcionários” de um sistema de bem-estar, que, apesar da nomenclatura, na prática se deu o oposto, para a de socioeducadores de um sistema fundado na ética e prática de direitos humanos como toda sociedade moderna e justa deseja.

O desenho sobre a política de atenção à infância e à adolescência sob a ótica dos direitos humanos e, portanto, da garantia da proteção integral teve no mestre Antonio Carlos Gomes da Costa seu principal construtor quando participou do Grupo de Redação para a elaboração do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Ele mesmo contava que a maioria das reuniões do Grupo acontecia num espaço exíguo no centro da cidade de São Paulo, tendo à disposição dos redatores um microcomputador para registro dos debates, propostas e retroalimentação das contribuições advindas de todas as regiões do Brasil.

Numa de suas últimas aulas dialogadas em São Paulo, comentou da premissa de guardar parte de seu tempo para melhor aprofundamento conceitual e caracterização de cada uma das medidas socioeducativas estabelecidas no Estatuto do ponto de vista dos princípios fundamentais da política de direitos humanos e sua relação estreita com a socioeducação. Ele afirmava sempre que para ser educador era preciso ser justo. Por isso era necessário ao socioeducador estudar e vivenciar práticas que pudessem romper com o olhar e o trato discricionário sobre meninos e meninas em conflito com a lei por considerar que isso atrapalha a visão de todos no enfoque da questão. Na condição de mestre, nos orientava para navegar em águas seguras, mas não sem conflitos. Sua morte prematura nos deixa esse desafio.

A “aventura pedagógica” de Antonio Carlos está presente na sua vasta e diversificada produção (bibliográfica e técnica). São mais de 80 publicações entre livros, artigos, resenhas, material didático e pedagógico e em diferentes áreas do conhecimento (filosofia, história, sociologia, pedagogia, direitos) e até literatura. Em sua produção podemos perceber o olhar interdisciplinar na construção do conhecimento sobre infância, adolescência e juventude e políticas públicas. Se hoje temos uma literatura na área, mesmo que incipiente, devemos isso à militância cotidiana de Antonio Carlos. Como educador nos advertia da necessidade constante da reflexão sobre a nossa prática cotidiana no sentido de promover hoje a diferença em relação a um passado não tão distante. Ele tem nos inspirado à sistematização do conhecimento e também das diferentes práticas que acontecem na ação socioeducativa, pois em seu entendimento a nossa capacidade de escuta e tomada de decisão sobre/com os projetos de vida de cada adolescente devem romper com modelos excludentes e discricionários que tanto combatia. Acredito que a sua busca residia na ideia de que o tema da socioeducação pudesse ganhar vez e voz também no mundo acadêmico brasileiro.



## **A MEDIDA DE INTERNAÇÃO: UM COMPASSO PARA UMA “CORRERIA”**

MARIANA FURTADO VIDIGAL

Diretora de Orientação Socioeducativa da Subsecretaria de Atendimento às Medidas Socioeducativas, da Secretaria de Estado de Defesa Social de Minas Gerais.

O discurso jurídico é o que inaugura e antecede nossa prática. Somos executores da medida socioeducativa de internação em Minas Gerais, aplicada pela autoridade competente do Poder Judiciário. As medidas socioeducativas estão previstas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), criado em 1990, como resposta ao ato infracional. Uma infração é um ato análogo ao crime ou contravenção penal, praticado por adolescente – pessoa na faixa etária dos 12 aos 18 anos. De acordo com o ECA, deverá ser respeitada sua “condição peculiar de pessoa em desenvolvimento”; por isso, diferentemente de uma pena, serão aplicadas as medidas socioeducativas. As medidas socioeducativas são as seguintes: advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de serviço à comunidade, liberdade assistida, semiliberdade e internação.

Portanto, o Estatuto da Criança e do Adolescente apresenta uma construção da responsabilidade jurídica para os adolescentes, representada pelas medidas socioeducativas. Pela “condição peculiar de pessoa em desenvolvimento”, os adolescentes são penalmente inimputáveis; isso quer dizer que os adolescentes não respondem perante o Código Penal, como os adultos. Mas não se pode dizer que os adolescentes sejam irresponsáveis e muito menos impunes diante da autoria de um ato infracional: eles respondem perante o ECA e suas medidas socioeducativas.

Mediante o cometimento de um ato infracional, é dever do Estado, representado pelo Poder Judiciário, convocar o adolescente a responder segundo as leis que regem a vida em sociedade. Para Emilio García Méndez (2006), a responsabilidade jurídica do adolescente é um componente central de seu direito a uma plena cidadania. Nesse sentido, é fundamental que o adolescente possa responder por seus atos para que ele seja um sujeito de direitos e deveres.

Hannah Arendt, em seu livro *Sobre a violência* (2009), ao abordar diversas concepções de poder em contraponto com a violência, dirá que é fundamental, para efetivar o poder, que haja o apoio dos cidadãos às leis para as quais eles próprios haviam dado consentimento. E complementa que “é o apoio do povo que confere poder às instituições de um país, e esse apoio nada mais é do que a continuação do consentimento que trouxe as leis à existência” (Arendt, 2009, p. 57).

Arendt (2009) utiliza-se de uma preciosa comparação que faz Passerini d’Entrèves (nota 67) entre a lei com “as regras válidas do jogo” para dizer que não se trata de aceitá-las ou de reconhecer sua validade, mas trata-se do desejo de jogar e, “posto que os homens existem apenas no plural, o meu desejo de jogar é idêntico ao

meu desejo de viver” (Arendt, 2009, p. 123). Arendt sinaliza que todo homem nasce em uma comunidade dotada de leis preexistentes às quais ele obedece por não haver outra maneira de entrar “no grande jogo do mundo”:

*Posso desejar mudar as regras do jogo, como fazem os revolucionários, ou abrir uma exceção em meu nome, como fazem os criminosos; porém negá-las a princípio não implica a mera “desobediência”, mas a recusa a entrar para a comunidade humana. (Arendt, 2009, p. 122)*

Dito de outro modo, trata-se de consentir em perder algo que é da ordem de uma única e própria satisfação, condição para compartilhar do discurso que regula uma dada sociedade, em nome do estabelecimento do laço social.

Sigmund Freud, em *O Mal-Estar na Civilização* (1930), afirma que a substituição do poder do indivíduo pelo poder de uma comunidade constitui o passo decisivo da civilização. Destaca que a vida humana em comum só se torna possível quando se reúnem pessoas em uma comunidade e estas se voltam contra os indivíduos isolados. Dessa forma, o poder dessa comunidade é estabelecido “direito”, em oposição ao poder do indivíduo. E enfatiza que sua essência

*reside no fato de os membros da comunidade se restringirem em suas possibilidades de satisfação, ao passo que o indivíduo desconhece tais restrições. A primeira exigência da civilização, portanto, é a da justiça, ou seja, a garantia de que uma lei, uma vez criada, não será violada em favor de um indivíduo. (Freud, 1930, p. 115)*

Como vimos com Arendt e Freud, é imprescindível, para a regulação dos relacionamentos sociais, que todos consintam com a lei que a ordena. Ao mesmo tempo, esse elemento civilizatório que regula as relações é feito de ideais (dados pela religião, pelos valores morais, pela escola, etc.). Para tanto, é preciso que o indivíduo abra mão da satisfação irrestrita de seus próprios desejos em nome desses ideais sociais. Freud também nos adverte que essa satisfação irrestrita se apresenta como o método mais tentador de conduzir nossas vidas, mas que, por outro lado, “significa colocar o gozo antes da cautela, acarretando logo o seu próprio castigo” (Freud, 1930, p. 115).

No entanto, assistimos, ao longo dos anos, à desvalorização gradativa desses ideais. No mundo contemporâneo, houve uma queda desses ideais que regulavam as relações sociais e o enfraquecimento das figuras de autoridade, os quais podemos denominar de grande Outro.

Sendo assim, se não há mais um ideal comum a todos, um ideal que promova a unificação de uma comunidade, em detrimento dos desejos individuais, o que tem regulado a sociedade, atualmente? O que nos tem orientado?

Aquilo que Freud advertiu sobre colocar a cautela na frente da satisfação irrestrita e individual é, precisamente, o que também está subvertido no mundo contemporâneo. Localiza-se aí um curto-circuito na relação com o Outro e seus ideais. A partir do discurso capitalista, que é predominante atualmente, há uma determinação de que cada um aproveite o máximo sua vida, que cada um garanta a sua parcela de satisfação, não importa a que preço. “Goze! Satisfaça-se!”: esse é o imperativo de nossos tempos, é o que tem orientado o mundo contemporâneo: objetos que prometem satisfação.

Para sustentar esse imperativo, o capitalismo oferta objetos de consumo que são transformados em objetos para uma satisfação imediata e que rapidamente

serão descartados e substituídos por outro. Assim que um objeto é lançado no mercado, o indivíduo, provavelmente, concluirá que sempre precisou dele. O discurso do capitalismo nos faz acreditar que necessitamos dos objetos de consumo ofertados nos meios de comunicação em massa e que nossa felicidade depende deles.

Vemos com isso que os objetos efêmeros ofertados pelo capitalismo nos empuxam a consumir e a nos satisfazer. E todos, inclusive os adolescentes, são afetados por esses ordenamentos de consumo e de satisfação a qualquer preço. Os efeitos podem ser localizados no crescente número de adolescentes e jovens que se oferecem como soldados do tráfico de drogas em busca de dinheiro e satisfação rápidos. E nesse caso, o “a qualquer preço” é levado às últimas consequências, já que muitos desses jovens pagam com suas próprias vidas. Não é pouco comum escutar desses jovens: “a vida do crime é curta”, “sei que vou morrer com 21 anos, mas não me importo, vou curtir tudo até lá”.

Acrescentam-se a isso as questões surgidas pelo próprio momento da adolescência por ser uma fase de transição da vida infantil para a vida adulta. Para atravessar esse momento, é imprescindível que o adolescente questione o lugar que ocupava na vida e no desejo de seus pais para construir sua própria identidade. Sendo assim, a própria adolescência traz algo do questionamento da autoridade e do lugar do Outro.

Afetados por esse real e com o enfraquecimento das figuras de autoridade, ou seja, da lei e dos ideais simbólicos que orientavam os indivíduos, os atos tornam-se uma via privilegiada. Sem o recurso ao simbólico, às palavras, restam as atuações.

Nos casos em que esses atos são considerados uma contravenção da lei jurídica, as medidas socioeducativas são uma modalidade de resposta a este ato infracional praticado por um adolescente. Não se trata de excluir o criminoso da comunidade por ter infracionado a lei que a constitui, como acontecia nos primeiros sistemas penais, e, sim, de dar a oportunidade que o infrator possa responder por seus atos a partir das sanções legais estabelecidas.

Dessa forma, quando convocado a responder pela autoria de ato infracional, o adolescente é incluído nas leis que regulamentam a sociedade, ou seja, no discurso universal do jurídico, incluindo a garantia de seus direitos. O Outro se torna destinatário desse ato infracional e vai se colocar como aparelho regulador dessas atuações desmedidas.

Para que o sujeito seja incluído no universal da lei, é importante que ele consinta com essa lei que regula a sociedade da qual ele faz parte, como já abordado anteriormente. Assentir com a aplicação da medida socioeducativa em resposta ao ato infracional é um passo importante na responsabilização pela infração cometida.

Por outro lado, cabe à execução de uma medida socioeducativa o dever de proporcionar ao adolescente condição para o cumprimento da mesma. Além disso, trabalhar no tempo mais breve possível, no sentido de ser uma intervenção que possibilite ao sujeito construir outras formas de resposta aos impasses da adolescência, aos imperativos do mundo contemporâneo e, principalmente, de suas questões mais singulares que o levam a atuar no lugar de dizer.

Cada sujeito será afetado de uma forma e responderá de maneira singular. Portanto, como nos indica Philippe Lacadée, em *Passagem ao ato nos adolescentes* (2007), é importante que nos façamos uma pergunta buscando saber por que, num dado momento, “o adolescente não pode não fazer de outra forma senão deixar-se

capturar por esta atração de um ato a ser efetuado, como se ele fosse mais autêntico do que as palavras”.

Para se tornar uma intervenção, um recurso para dar uma medida às atuações, a execução deve se balizar por uma pergunta e não por respostas pré-estabelecidas sobre o adolescente. Apostar que o saber sobre o ato está do lado do sujeito e não da instituição, por ser uma resposta singular. Somente nesse sentido o sujeito pode ser responsabilizado, na medida em que é ele quem pode responder por seus atos.

A responsabilização pelo ato infracional é um dos maiores objetivos da medida socioeducativa. Temos nos deparado na execução da medida socioeducativa de internação com muitos adolescentes com repetidas atuações infracionais e que passaram por diversas medidas socioeducativas que parecem não ter sido suficientes para dar uma medida para os atos e para sua forma excessiva de satisfação.

Vale ressaltar que temos encontrado, com frequência, um impasse ainda maior. Para além do conflito com a lei, nos deparamos com sujeitos colocando seus corpos para a morte, inseridos num circuito mortífero. Esses adolescentes vão nos dizer da lógica em que estavam na “correria do mundão”:<sup>1</sup> a do matar ou morrer. A busca da satisfação irrestrita, que passa por um excesso, tem levado os jovens à morte. Como disse um adolescente, certa vez, “eu estava na correria do mundão e acho que se eu não tivesse vindo parar aqui, já tinha morrido como meus colegas”. Outros dizem: “não tava nem aí para a vida” ou “não tava nem ligando se ia morrer ou não até chegar aqui”.

A medida de internação, que determina a privação de liberdade, poderá ter um efeito de corte nesse circuito mortífero. Ou seja, estabelecer um tempo para compreender, colocar uma pergunta para o sujeito sobre o que o impulsiona a infracionar e a colocar sua vida em risco. A medida socioeducativa pode ofertar, a partir do atendimento técnico e de ofertas tais como a escola, cursos, oficinas, atividades de lazer e culturais, que o sujeito possa construir uma medida, no sentido de um compasso para essa correria. Ofertar o laço social e, principalmente, o enlace com algo da vida.

Nesse sentido, que o adolescente possa, no encontro com a lei e a partir dos atendimentos que lhe são ofertados ao longo do cumprimento de sua medida socioeducativa, se organizar e ter clareza daquilo que o faz entrar na “correria”. É por isso que ele deve se responsabilizar, pelo que, em sua forma de satisfação, o leva a infracionar e a romper com seus laços.

A aplicação da medida privativa de liberdade, por si só, não garante essa responsabilização subjetiva. É preciso que a instituição executora esteja atenta à sua função no atendimento dos adolescentes acautelados. Fazer com que a medida socioeducativa seja um dispositivo para que o sujeito possa dar outra direção a esse modo de gozo, a esse modo de satisfação irrestrita. Acima de tudo, a medida socioeducativa pode ser uma medida no sentido de estabelecer um compasso para essa correria.

Como nos disse Hannah Arendt, que o adolescente deseje seguir “as regras do jogo do mundo”; contudo, que ele consinta em perder algo dessa satisfação desmedida

---

1 – Gíria dos adolescentes para dizer do mundo da criminalidade.

para que possa fazer um uso singular do que o social pode lhe ofertar. Sobretudo, estabelecer relações sociais, e não respostas violentas que promovem rupturas.

É possível que uma intervenção do Outro da lei faça um corte nesse circuito que pode ter efeito de suspensão dessa “carrera” e da instauração de um tempo para que o sujeito se repositone e se responsabilize pelas consequências de seus atos, mas, principalmente, por sua vida.

### Referências bibliográficas

ARENDETT, Hannah. *Sobre a violência*. Trad. André de Macedo Duarte. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009. 167 p.

FREUD, Sigmund (1930). *O Mal-Estar na Civilização*. Edição Standard Brasileira das Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud, vol. 21. Rio de Janeiro: Imago, 1969.

GARCIA, Célio. *Psicologia Jurídica: Operadores do Simbólico*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. 184 p.

LACADÉE, Philippe. A passagem ao ato nos adolescentes. *Asephalus: Revista Eletrônica do Núcleo Sephora*, v. 02, n. 04, maio a outubro de 2007.

MÉNDEZ, Emilio García. Evolución histórica del derecho de la infancia: Por que una historia de los derechos de la infancia? In: ILANUD; ABMP; SEDH; UNFPA (orgs). *Justiça Adolescente e ato infracional: socioeducação e responsabilização*. São Paulo: ILANUD, 2006. 592 p.

MILLER, Jacques-Alain. Nada é mais humano que o crime. Intervenção realizada em uma mesa redonda em 29 de abril de 2008, no Anfiteatro da Faculdade de Direito de Buenos Aires.

In: \_\_\_\_\_. Uma fantasia. *Opção Lacaniana: Revista Brasileira Internacional de Psicanálise*, n. 42. São Paulo, Eolia, 2005.

MORELLI, Antonio. Responsabilidade: medida do homem; questão para o sujeito. *Lacan e a Lei*. Curinga, n. 17, 2001.

RODRIGUES, Valéria da Silva. O princípio da excepcionalidade: como evitar que a exceção se torne regra? In: CAMPOS Jr., Maurício *et al.* *Seminário Estadual de Medidas Socioeducativas de Minas Gerais*. Secretaria do Estado de Defesa Social de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2009. 88 p.

SALUM, Maria José Gontijo. Invenção e responsabilidade na psicanálise aplicada ao Judiciário. *Assephalus: Revista Eletrônica do Núcleo Sephora*, ano 2, n. 03, novembro de 2006 a abril de 2007. Disponível em: <[http://www.nucleosephora.com/asephalus/numero\\_03/index.htm](http://www.nucleosephora.com/asephalus/numero_03/index.htm)>.



# **INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL E SEUS MEANDROS – FAMÍLIA, ANONIMATO, DIREITO AOS ALIMENTOS**

LETÍCIA THOMASI JAHNKE

Bacharel em Direito pela Universidade Luterana do Brasil – Campus Santa Maria.  
Aluna do Curso de Pós-Graduação em Processo Civil, ULBRA – SM. Aluna  
do Curso de Pós-Graduação em Direito Civil: ênfase em Família,  
Sucessões e Mediação, ULBRA – SM.

**RESUMO:** Os avanços da ciência tornaram possíveis de serem realizados os sonhos de diversos casais. Com a reprodução assistida, inseminação artificial heteróloga especificamente, o que era quase impossível de se imaginar tornou-se real: casais inférteis e mulheres sem companheiro conceberem um filho. Mas a utilização desta prática está produzindo seus ônus atualmente com o conflito do direito ao anonimato do doador e o princípio da dignidade da pessoa humana, onde se insere o direito à identidade genética do filho concebido e também sobre o pleito de pensões.

**PALAVRAS-CHAVE:** Reprodução artificial. Inseminação artificial heteróloga. Anonimato. Identidade genética.

## **1. INTRODUÇÃO**

O desejo de constituir uma família, de deixar seus descendentes é um sentimento que engloba satisfação e bem-estar. Mas muitas vezes esse desejo é barrado pela frustração que impossibilita a geração de um filho.

A infertilidade conjugal é considerada um problema de saúde mundial. A questão da impossibilidade de ter filhos abrange entre 8% e 15% dos casais. Na esfera mundial os números ficam entre 60 e 80 milhões de casais e no Brasil ultrapassa os 278 mil casais, de acordo com a Organização Mundial da Saúde<sup>1</sup>.

Para contornar essa variação de indivíduos inférteis, a ciência busca técnicas e práticas cada vez mais eficazes para realizar com sucesso o processo de fertilização. Sendo intensos os avanços obtidos pela ciência, parecendo não haver barreiras para o aperfeiçoamento, que outrora eram inalcançáveis pela sociedade.

As técnicas de Reprodução Assistida (RA) consistem em um conjugado de métodos para o tratamento da infertilidade que envolva mecanismos laboratoriais para o manuseio de ao menos um dos gametas (óvulo ou espermatozóide).

A técnica da Inseminação Intrauterina (IIU), mais conhecida como Inseminação Artificial (IA), é a de menor potencial de complexidade e incide no depósito do sêmen diretamente no interior do útero da mulher, por meios mecânicos, sendo que

---

1 – Dados da OMS disponibilizados no site [http://portal.saude.gov.br/portal/sas/mac/area.cfm?id\\_area=832](http://portal.saude.gov.br/portal/sas/mac/area.cfm?id_area=832). Acessado em 5 de maio de 2011.

a fecundação do óvulo pelo espermatozóide ocorre de forma natural na região da trompa, ou seja, “*in vivo*”<sup>2</sup>, a fim de substituir ou facilitar alguma etapa que seja deficiente no processo reprodutivo normal<sup>3</sup>.

A IA possui duas modalidades: homóloga e heteróloga. A homóloga utiliza materiais genéticos do casal que se submete à técnica. Na heteróloga é utilizado material de um terceiro, alheio ao casal envolvido.

No entanto, todos estes bônus programados trazem, muitas vezes, algumas situações não previstas pela nossa legislação, gerando assim um ônus no universo sociojurídico.

Por exemplo, como resolver o conflito entre o anonimato do doador de sêmen e o direito do “filho”, gerado através de reprodução assistida heteróloga, de conhecer sua origem biológica? Ou a mãe solteira que não possui mais condições de dar uma vida digna, nos termos da lei, a seu filho, é direito do mesmo exigir alimentos do doador do material genético?

Sobre outra ótica, pode-se verificar, através do princípio da dignidade da pessoa humana, o direito do “filho” em conhecer sua identidade genética, quando existe um pai e uma mãe, mas o material genético não provém dos mesmos ou, ainda, em famílias monoparentais, como é o caso das mães solteiras. Podendo evitar o agravamento de uma doença genética ou até relações incestas, se for o caso.

O impasse está instalado através da movimentação dos filhos concebidos através do banco de sêmen, buscando o direito de conhecer seus genitores. Cabe ressaltar a importância de se haver uma legislação mais específica para resolver/amenizar certas divergências, como: é possível exigir alguma relação de afeto do pai para com o filho concebido, se existe a possibilidade de serem devidos alimentos, entre outras.

## 2. FAMÍLIA, SUAS DIVERSAS FACES

A Constituição da República Federativa do Brasil<sup>4</sup> em seu art. 5º elenca que “todos são iguais perante a lei”, logo o poder familiar é exercido por ambos. Maria Berenice Dias<sup>5</sup> sintetiza a família sendo:

uma construção social organizada através de regras culturalmente elaboradas que conformam modelos de comportamento. Dispõe de uma estruturação psíquica na qual cada um ocupa um lugar, possui uma função. Lugar do pai, lugar da mãe, lugar dos filhos, sem, entretanto, estarem necessariamente ligados biologicamente.

2 – FRANTZ, Nilo. Disponibilizado no site <http://www.nilofrantz.com.br/site/content/conteudo/index.php?id=7&gclid=CNz6597076gCFaRI7AodhpaFg>. Acessado em 5 de maio de 2011.

3 – FERNANDES, Sílvia da Cunha. *As técnicas de reprodução humana assistida e a necessidade de sua regulamentação jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 28.

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

5 – DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 25.

Sendo que a entidade familiar oferece o amparo irrestrito, fonte da sua própria felicidade<sup>6</sup>, havendo exceções.

Na atual conjuntura social, fica cada vez mais fácil encontrar novas formas de constituições de famílias. A ideia patriarcal de família, com vários membros, sofreu alterações. A mulher ocupa em várias famílias o papel central, tanto por direitos adquiridos com o passar dos anos que figurou como coadjuvante, buscando trabalho e maior qualificação.

A família de hoje pode ser pensada na figura de um camaleão, pois pode ser formada por um pai e uma mãe, apenas um dos pais (monoparental), por parentes ou não parentes, mas que configuram essa ideia (anaparental), por exemplo.

Discorre Maria Berenice<sup>7</sup>:

O novo modelo da família funda-se sob os pilares da repersonalização, da afetividade, da pluralidade e do eudemonismo, impingindo uma nova roupagem axiológica ao direito de família. Agora, a tônica reside no indivíduo, e não mais nos bens ou coisas que guarnecem a relação familiar.

A configuração de família monoparental se dá quando há uma separação ou divórcio entre os pais, por meio de adoção por indivíduo solteiro, mas também quando um dos pais vem a falecer, a inseminação artificial por mulher solteira. Portanto vínculo jurídico se estabelece exclusivamente com relação à que procedeu ao registro, trata-se de uma família monoparental<sup>8</sup>.

Os gays e lésbicas também constituem famílias monoparentais. No caso dos gays, ambos colhem o material, ocorre a fecundação, há a utilização temporária de um útero, de acordo com a Resolução<sup>9</sup>, mas na hora do registro apenas um dos pais pode constar no registro da criança. Com as lésbicas há a mesma lógica. A doadora do material não é a mesma que irá gestar o filho. O registro sairá em nome da parceira que deu à luz.

### 3. NORMAS JURÍDICAS SOBRE A REPRODUÇÃO ASSISTIDA

O Código Civil de 2002, em seu art. 1.597 e seus incisos, arrazoia acerca da presunção de maternidade/paternidade. Havendo a inserção de matéria, comparando com o Código Civil de 1916, norteando a respeito das técnicas de reprodução assistida:

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

6 – ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *O reconhecimento legal do conceito moderno de família*. Disponível no site <http://jus.uol.com.br/revista/texto/9138/o-reconhecimento-legal-do-conceito-moderno-de-familia>. Acessado em 5 de maio de 2011.

7 – DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 41.

8 – DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 196.

9 – Resolução CFM nº 1.957/10. Disponível no site [http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957\\_2010.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm). Acessado em 6 de maio de 2011.

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 artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Analisando o conteúdo do inc. V, citado acima, com a concordância expressa, o marido assume a condição de pai em todos os sentidos. Tal referência não basta para preencher essa e outras lacunas que cercam a reprodução assistida. Pois são muitos os casos, muitas as possíveis variações, sendo um caso com suas especificidades, sendo necessária uma abrangência maior e mais específica sobre o assunto.

Discorre Sílvio de Salvo Venosa<sup>10</sup>:

advirta-se, de plano, que o Código de 2002 não autoriza nem regulamenta a reprodução assistida, mas apenas constata lacunosamente a existência da problemática e procura dar solução ao aspecto da paternidade. Toda essa matéria, que é cada vez mais ampla e complexa, deve ser regulada por lei específica, por um estatuto ou microsistema.

A única normatização acerca do tema é a Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.957/10, que entrou em vigência após 18 anos (CFM nº 1.358/92). A Reprodução Assistida possui o papel de auxiliar na resolução dos problemas de reprodução humana, facilitando o processo de procriação quando outras terapêuticas tenham se revelado ineficazes ou consideradas inapropriadas<sup>11</sup>.

Uma das principais alterações da CFM nº 1.957/10 é o número de embriões que podem ser utilizados em cada tentativa. Na Resolução revogada eram 4, agora:

*I – Princípios Gerais: [...] 6 - O número máximo de oócitos e embriões a serem transferidos para a receptora não pode ser superior a quatro. Em relação ao número de embriões a serem transferidos, são feitas as seguintes determinações: a) mulheres com até 35 anos: até dois embriões; b) mulheres entre 36 e 39 anos: até três embriões; c) mulheres com 40 anos ou mais: até quatro embriões.*

Essa mudança foi ocasionada porque há muitos nascimentos de múltiplos, o que causa diversos riscos às mães e aos bebês.

A Resolução também explicita que:

todas as pessoas capazes, que tenham solicitado o procedimento e cuja indicação não se afaste dos limites desta resolução, podem ser receptoras das técnicas de RA desde que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos sobre o mesmo, de acordo com a legislação vigente.

10 – VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: direito de família*. 5ª ed., v. 6. São Paulo: Atlas, 2005, p. 256.

11 – Resolução CFM nº 1.957/10. Disponibilizado no site [http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957\\_2010.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm). Acessado em 6 de maio de 2011.

Ressaltando então que casais heterossexuais, homossexuais e solteiros podem se beneficiar da norma. A barriga de aluguel continua proibida<sup>12</sup>. Caso não haja o vínculo familiar, é necessária a autorização prévia do Conselho de Medicina do Estado correspondente ao casal que pleiteia, a fim de coibir a comercialização de “barrigas de aluguel”. Outra prática que continua proibida é a seleção de sexo, exceto se tiver a finalidade de evitar doenças ligadas ao sexo do bebê que venha a nascer.

E o conflito entre o anonimato do doador de sêmen e o direito do “filho” gerado através de reprodução assistida heteróloga, de conhecer sua origem biológica.

Esta questão está disposta igualmente:

2 - Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa.

3 - Obrigatoriamente será mantido o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões, bem como dos receptores. Em situações especiais, as informações sobre doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do doador.

Neste conflito há um choque de direitos fundamentais. Existem quatro gerações de direitos fundamentais, na atual doutrina constitucional. A primeira geração refere-se às garantias e direitos fundamentais, a segunda aos direitos sociais e culturais, a terceira aos direitos coletivos (solidariedade e fraternidade), para Paulo Bonavides<sup>13</sup>, os direitos da quarta geração compendiam o futuro da cidadania e o porvir da liberdade de todos os povos. Tão somente com eles será legítima e possível a globalização política.

#### 4. O ANONIMATO

O embate entre princípios constitucionais, tendo o doador do material genético o direito ao anonimato, direito à intimidade. E o filho gerado através desse material, o direito de conhecer sua ascendência, direito à identidade.

O direito à intimidade está esculpido na Constituição Federal em seu art. 5º, Capítulo I do Título I, capitulado pelos Direitos e Garantias Fundamentais:

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Esse direito assegurado na Carta Magna consiste em preservar o cidadão do conhecimento alheio, poupando a própria existência digna.

Por sua vez, Robert Alexy<sup>14</sup> afirma que é possível identificar três campos sobre o direito à intimidade, de acordo com graus de proteção. São elas: a esfera mais interna corresponde a vida privada, abarcando os assuntos confidenciais que não devem chegar à ciência de outrem, devido ao seu caráter extremamente particular; a

12 – Dispositivos relacionados: CF, art. 199, § 4º; CP, art. 242.

13 – BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 526.

14 – ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. 1ª ed., 3ª reimpr. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 350.

esfera privada ampla compreende o campo privado, excetuando os temas mais íntimos (que pertence à primeira esfera).

Trata-se de contextos que o indivíduo leva ao conhecimento de indivíduo de sua confiança, excluindo o resto da sociedade; a esfera social nada mais é do que todos os assuntos relacionados às notícias que a pessoa deseja excluir do conhecimento de terceiros, ou seja, o que não está contido na esfera privada ampla.

Com essa divisão de esferas, pode-se pensar que o direito ao anonimato do doador de sêmen configura a esfera mais interna. Entretanto, ressalta-se que não existe direito absoluto.

O anonimato do doador pode derivar de alguns aspectos, como o fator pecuniário, por exemplo. Ocultando os laços de parentesco/filiação, impedindo a atribuição à paternidade, evitando circunstâncias desagradáveis, como uma demanda de pensão alimentícia, direitos sucessórios ou simplesmente a busca por ascendência biológica.

Ao ignorar o direito do anonimato, pondera-se a redução de doadores de sêmen, que aqui no Brasil é um ato altruísta, pois é vetada qualquer forma de pagamento pela doação<sup>15</sup>. Com o veto desse direito é possível se pensar na queda drástica da procura por casais que necessitam dessa prática (o marido possui uma doença geneticamente transmissível e deseja que esse segredo seja mantido), propiciando a procura de clínicas em países que defendem o anonimato. Somente em 2003 “doaram-se” 3.398 óvulos. Hoje Espanha é já considerada lugar fértil para o chamado “turismo procriativo”<sup>16</sup>.

Ainda assim, caso não exista o anonimato do doador e também os segredos do casal receptor, há uma ameaça personificada, de ambos os lados. Na família do doador, caso o filho gerado queira participar da vida do pai biológico, a tensão está instalada. E na família do casal receptor do material genético, caso o doador busque compartilhar da vida do filho, desestabilizando aquele núcleo familiar.

O contraponto a esta defesa é a criança. Pois o que deve ser observado são os interesses da criança e não apenas os interesses dos doadores e receptores.

Ao evocar o princípio da dignidade da pessoa humana<sup>17</sup>, torna-se viável o conhecimento da origem genética de cada indivíduo, sendo assim impossível restringir tais informações. Pois o cidadão possui o direito de conhecer sua identidade biológica, além do mais auxiliaria em questões comportamentais e de desenvolvimento.

15 – “IV – A doação nunca terá caráter lucrativo ou comercial”. *Resolução CFM nº 1.957/10*. Disponibilizado no site [http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957\\_2010.htm](http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm). Acessado em 6 de maio de 2011.

16 – TCHINGANDU, Gabriel. *Comércio das “partes humanas” na Europa*. Disponibilizado no site <http://ngandu06.blogspot.com/2007/05/comrcio-das-partes-humanas-na-europa.html>. Acessado em 6 de maio de 2011.

17 – “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana;” BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

Ingo Wolfgang Sarlet<sup>18</sup> define tal princípio como:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos.

No Projeto de Lei nº 90/99, que dispõe sobre Reprodução Assistida, com autoria de Lúcio Alcântara, há uma reserva quanto ao anonimato, quando se tratar da saúde ou risco de vida de indivíduo gerado através dessa técnica, há a possibilidade da quebra do anonimato. Outro fator defendido pelos opositores ao anonimato é evitar relações incestuosas.

Para Guilherme Calmon N. da Gama<sup>19</sup> o anonimato deve funcionar da seguinte forma:

das pessoas envolvidas deve ser mantido, mas devem ceder à pessoa que resultou da técnica concepcionista heteróloga, diante do reconhecimento pelo Direito brasileiro dos direitos fundamentais à identidade, à privacidade e à intimidade, podendo a pessoa ter acesso às informações sobre toda a sua história sob o prisma biológico para o resguardo de sua existência, com a proteção contra possíveis doenças hereditárias, sendo o único titular de interesse legítimo para descobrir suas origens.

O enfoque de Belmiro Pedro Welter<sup>20</sup> sobre a questão é divergente:

Em qualquer caso, os filhos e os pais possuem o direito de investigar e, até mesmo, negar a paternidade biológica, como parte integrante de seus direitos de cidadania e dignidade da pessoa humana. Em caso de interesse do filho o anonimato deveria ser desocultado, uma vez que não participou do acordo entre os doadores e os receptores

Por conseguinte, acredita que não importa como se deu a reprodução, o concebido sempre terá o direito de conhecer sua ascendência.

## 5. DIREITO A ALIMENTOS – QUESTÃO SUCESSÓRIA

Dentre os diversos temas que podem/devem ser analisados pelo Direito, a questão de pleitear pensão alimentícia do doador face ao filho concebido e a sucessão.

18 – SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 60.

19 – GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 803.

20 – WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 231.

Dentro desta ótica é possível identificar três situações, no mínimo: a primeira refere-se ao consentimento da técnica inserida em um casamento ou registro de união estável, a segunda faz menção ao não consentimento da técnica em um casamento ou união estável e a terceira acontece se a técnica foi realizada por mulheres solteiras, separadas nos termos legais, divorciadas ou viúvas.

A situação em que há o consentimento, o companheiro assume a paternidade da criança. Maria Berenice Dias<sup>21</sup> disserta:

A manifestação do cônjuge corresponde a uma adoção antenatal do filho, pois revela, sem possibilidade de retratação, o desejo de ser pai. Ao contrário das demais hipóteses, a fecundação heteróloga gera presunção juri et de jure, pois não há possibilidade de ser impugnada. A concepção gera presunção absoluta de paternidade socioafetivas.

O pai socioafetivo, por assim dizer, é responsável pelo concebido como se fosse seu pai biológico. Na situação seguinte, quando não há o consentimento do companheiro e a mulher opta por fazer a inseminação heteróloga, poderá o cônjuge negar a paternidade se já tiver ocorrido o registro, observando a condição de erro.

A terceira situação é definida por José Roberto Moreira Filho<sup>22</sup>:

A criança somente será registrada em nome da mãe, mas poderá no futuro requerer o reconhecimento de seu vínculo de filiação biológica sem que isto acarrete ao doador quaisquer obrigações ou direitos relativos à criança, uma vez que ao doar seu sêmen ele abdica voluntariamente de sua paternidade da mesma forma que o faz quem entrega uma criança para adoção.

O que não aconteceu com o Professor alemão Klaus Schröder. O professor gastou seu sêmen, agora vai gastar dinheiro, pois ajudou um casal de lésbicas a realizar um sonho: ter um filho. Doou seu material e em troca ficou acordado que não lhe pediriam dinheiro no futuro, para ajudar a custear as necessidades do concebido. Para sua surpresa, as duas estão pleiteando na justiça uma pensão alimentícia<sup>23</sup>.

O filho nascido por meio de técnicas de reprodução assistida possui direitos e deveres igualmente disponíveis aos outros filhos. Para ser herdeiro tem de nascer no tempo da abertura da sucessão, com vida e que seja filho do *de cuius*. Será parte legítima da sucessão o embrião que estiver implantado no útero da mãe. Caso o embrião seja fecundado, mas não implantado no útero, logo não é considerado nascituro, então não é legitimado a ser herdeiro ou ainda poderá vir a herdar se o *de cuius* assinalar em seu testamento quem é a mãe do beneficiário, fazendo menção à prole eventual. A inseminação *post mortem* assegura o direito sucessório quando ocorre por meio de testamento, caso contrário não há o que se falar em direitos sucessórios.

21 – DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 331.

22 – MOREIRA FILHO, José Roberto *apud* ALDROVANDI, Andrea; FRANÇA, Danielle Galvão de. *A reprodução assistida e as relações de parentesco*. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, nº 58, ago. 2002. Disponibilizado no site <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3127>. Acessado em 6 de maio de 2011.

23 – ISTOÉ. *Revista Istoé*. Editora Três. Ano 35, ed. nº 2.156, 9 de março de 2011, p. 30.

## 6. CASOS REAIS E ALGUNS INDICADORES

Um sentimento que já pode ser considerado comum entre jovens provindos destas técnicas é a curiosidade de saber quem são seus pais biológicos. E acontece no mundo uma mobilização e troca de experiências por esses jovens.

Olívia Pratten, canadense, 28 anos, tem seu pai infértil. Alana S., americana, 24 anos, é filha de mãe solteira. Em comum o desejo de saber quem são seus pais biológicos. Ambas têm o conhecimento de como foram geradas desde a infância. Olívia afirma que busca na justiça a autorização para acessar a informação desse doador para saber quais as influências do pai biológico sobre quem ela é<sup>24</sup>.

Em sua reportagem, Rachel Costa ainda menciona uma pesquisa que consta na obra “O nome do meu pai é Doador”, com 485 entrevistados concebidos por estas práticas. Conclusões das pesquisas indicam que a saúde é afetada, são duas vezes mais propensos a abuso de substâncias químicas quando comparados a filhos que conhecem seus pais, possuem uma vez e meia mais chances de apresentar distúrbios psicológicos<sup>25</sup>. Sendo assim o mais indicado é expor para a criança sua origem, quando a mesma tiver discernimento para compreender todo o processo.

## 7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A entidade familiar é o local mais apropriado para se buscar apoio e amor incondicional. As “novas” famílias, como a monoparental, não deixam nada a desejar em caráter de apoio aos seus integrantes, apenas a ausência da figura feminina (mãe) ou masculina (pai).

O atual modo da doutrina de lidar com situações que se referem à inseminação artificial, que muitas vezes derivam para uma família monoparental, é de que o “pai” é aquele que educa o filho, independentemente de laços sanguíneos. Portanto, o doador do material genético não tem nenhuma responsabilidade quanto ao caráter pecuniário ou emocional do concebido.

Entretanto, o direito ao anonimato, que deriva do direito à privacidade, não prevalece ao direito ao conhecimento à identidade genética, pois esse firma-se com bases mais profundas porque se refere ao princípio da dignidade da pessoa humana. Evitando por conseguinte situações adversas como relações incestuosas ou doença genética.

Portanto é em caráter urgente que haja uma regulamentação específica acerca de procedimentos reprodutivos a fim de pacificar tanto a doutrina como a jurisprudência, proporcionando aos envolvidos uma vida mais digna, sabendo seus direitos, obrigações e seus reflexos referentes ao tema.

## 8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. 1ª ed., 3ª reimpr. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *O reconhecimento legal do conceito moderno de família*. Disponibilizado no site <http://jus.uol.com.br/revista/texto/9138/o-reconhecimento-legal-do-conceito-moderno-de-familia>. Acessado em 5 de maio de 2011.

24 – COSTA, Rachel. *Revista Istoé*. Editora Três. Ano 35, ed. nº 2.158, 23 de março de 2011, p. 90.

25 – *Idem*, p. 91.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1999.

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

COSTA, Rachel. *Revista Istoé*. Editora Três. Ano 35, ed. n° 2.158. 23 de março de 2011.

Dados da OMS Disponibilizado no site [http://portal.saude.gov.br/portal/sas/mac/area.cfm?id\\_area=832](http://portal.saude.gov.br/portal/sas/mac/area.cfm?id_area=832). Acessado em 5 de maio de 2011.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FERNANDES, Sílvia da Cunha. *As técnicas de reprodução humana assistida e a necessidade de sua regulamentação jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FRANTZ, Nilo. Disponibilizado no site <http://www.nilofrantz.com.br/site/content/conteudo/index.php?id=7&gclid=CNz6597076gCFaRl7AodhphaFg>. Acessado em 5 de maio de 2011.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ISTOÉ. *Revista Istoé*. Editora Três. Ano 35, ed. n° 2.156. 9 de março de 2011.

MOREIRA FILHO, José Roberto *apud* ALDROVANDI, Andrea; FRANÇA, Danielle Galvão de. *A reprodução assistida e as relações de parentesco*. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n° 58, ago. 2002. Disponibilizado no site: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3127>>. Acessado em 6 de maio de 2011.

Resolução CFM n° 1.957/10. Disponibilizada no site [http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957\\_2010.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm). Acessado em 6 de maio de 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TCHINGANDU, Gabriel. *Comércio das “partes humanas” na Europa*. Disponibilizado no site <http://ngandu06.blogspot.com/2007/05/comrcio-das-partes-humanas-na-europa.html>. Acessado em 6 de maio de 2011.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: direito de família*. 5. ed., v. 6. São Paulo: Atlas, 2005.

WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

**JURISPRUDÊNCIA  
RELATIVA AO  
DEPOIMENTO ESPECIAL**



**ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE**  
**Nº 70042148494**  
**ÓRGÃO ESPECIAL**  
**PORTO ALEGRE**

**ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ESTADUAL 12.913/2008 E EDITAL 58/2008-COMAG. COMPETÊNCIA DO JUIZADO DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE PARA PROCESSAR E JULGAR CRIMES EM QUE SEJAM VÍTIMAS DE ABUSO SEXUAL CRIANÇAS E ADOLESCENTES.**

**Matéria que compete, de forma privativa, aos Tribunais, que podem dispor sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos, nos termos do art. 96, I, da Constituição Federal.**

**INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADO IMPROCEDENTE, POR MAIORIA.**

*O.C.C., proponente – M.S.J., M.B.T.Z. e G.R.S., interessados.*

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado, por maioria, em julgar improcedente o Incidente de Inconstitucionalidade, vencidos os Desembargadores Marco Antonio Ribeiro De Oliveira (Relator), Newton Brasil de Leão e Danúbio Edon Franco. Redator para o acórdão o Desembargador José Aquino Flôres de Camargo.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além dos signatários, os eminentes Senhores **DESEMBARGADORES LEO LIMA (PRESIDENTE), ARISTIDES PEDROSO DE ALBUQUERQUE NETO, DANÚBIO EDON FRANCO, MARCELO BANDEIRA PEREIRA, MARCO AURÉLIO DOS SANTOS CAMINHA, GASPAR MARQUES BASTISTA, ARNO WERLANG, MARCO ANTÔNIO RIBEIRO DE OLIVEIRA, NEWTON BRASIL DE LEÃO, CONSTANTINO LISBÔA DE AZEVEDO, IRINEU MARIANI, RUBEM DUARTE, AYMORÉ ROQUE POTTES DE MELLO, RICARDO RAUPP RUSCHEL, MARCO AURÉLIO HEINZ, LISELENA SCHIFINO ROBLES RIBEIRO, GENARO JOSÉ BARONI BORGES, ORLANDO HEEMANN JÚNIOR, SEJALMO SEBASTIÃO DE PAULA NERY, ALEXANDRE MUSSOI MOREIRA, ANDRÉ LUIZ PLANELLA VILLARINHO, ALZIR FELIPPE SCHMITZ, CLÁUDIO BALDINO MACIEL E DORVAL BRAULIO MARQUES.**

Porto Alegre, 16 de maio de 2011.

**Marco Antônio Ribeiro de Oliveira, Relator, voto vencido.**

**José Aquino Flôres de Camargo, Redator para o acórdão.**

## RELATÓRIO

**Des. Marco Antônio Ribeiro de Oliveira (Relator)** – Trata-se de incidente de inconstitucionalidade da Lei Estadual 12.913/2008 e do Edital 58/2008, emanado do Conselho da Magistratura (COMAG), suscitado pela Oitava Câmara Criminal nos autos do habeas-corpus n.º 70041442328, impetrado pelos Defensores Públicos Miguel Seadi Jr. e Marta Beatriz Tedesco Zanchi, em favor de Geraldo Ribeiro Soares.

Alegou o órgão fracionário, em síntese, com amparo na tese de “bloqueio de competência”, que ao permitir a ampliação e efetivamente alargar rol de competência do Juizado da Infância e da Juventude, previsto exaustivamente no art. 148 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990), os atos normativos estaduais alhures citados violaram o art. 22, I, da Constituição Federal, que estabelece a competência privativa da União para legislar sobre direito processual (fls. 40/47).

Os autos foram remetidos ao Órgão Especial deste Tribunal, nos termos do art. 209 de seu Regimento Interno, em atendimento à cláusula de reserva de plenário, antevisita no art. 97 da Lei Maior, bem como à Súmula Vinculante n.º 10 do Supremo Tribunal Federal.

O Procurador-Geral de Justiça em exercício, Dr. Ivory Coelho Neto, manifestou-se pela improcedência do incidente de inconstitucionalidade (fls. 55/65).

Os autos vieram conclusos em 26/04/2011 (fl. 66).

É o relatório.

## VOTOS

**Des. Marco Antônio Ribeiro de Oliveira (Relator)** – Tenho que o incidente de inconstitucionalidade deve ser julgado procedente.

Com efeito, a Lei Estadual 12.913/2008 acrescentou o § 3º ao art. 2º da Lei Estadual 9.896/1993, esta que criou os Juizados Regionais da Infância e da Juventude e deu outras providências, com a seguinte redação:

“§ 3º - *Poderá o Conselho da Magistratura, excepcionalmente, atribuir competências adicionais, e que digam respeito à matéria de Direito de Família, que diretamente envolva interesse de criança ou adolescente, ou de processar e julgar os crimes tipificados nos arts. 129, 136, 213, 214, 215, 216-A, 218, 223, 224, 225, 226, 227, 228, 229, 230, 231, 231-A, 232, 233 e 234, todos do Código Penal Brasileiro, além dos arts. 240 e 244-A, ambos da Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente -, e, finalmente, art. 1º da Lei Federal nº 9.455, de 07 de abril de 1997, ressalvada a competência do Juizado Especial Criminal, em que sejam vítimas crianças ou adolescentes*”.

Já o Edital 58/2008-COMAG foi assim redigido:

**“FAÇO SABER QUE O CONSELHO DA MAGISTRATURA, EM SESSÃO DE 22-07-2008, APROVOU A IMPLANTAÇÃO DO PROJETO JUSTIÇA JUVENIL - ANEXO AOS 1º E 2º JUIZADOS DA INFÂNCIA E JUVENTUDE DO FORO CENTRAL DA CAPITAL, POR UM ANO, A CONTAR DE 11-08-2008, COM COMPETÊNCIA PARA INSTRUIR E JULGAR TODOS OS FEITOS RELACIONADOS A ATOS INFRACIONAIS COMETIDOS POR ADOLESCENTES, COM A DESIGNAÇÃO PARA ATENDÊ-LO DA DRA. BETINA MEINHARDT RONCHETTI, JUÍZA DE DIREITO SUBSTITUTA DE ENTRÂNCIA FINAL. O REFERIDO PROJETO SERÁ DOTADO**

DE ESTRUTURA CARTÓRÁRIA PRÓPRIA. FICA AUTORIZADA A NOMEAÇÃO DE **ASSESSOR À MAGISTRADA QUE RESPONDE PELO PROJETO JUSTIÇA INSTANTÂNEA**, O QUAL DEVERÁ SER COMPARTILHADO COM A MAGISTRADA QUE RESPONDERÁ PELO PROJETO JUSTIÇA JUVENIL. A PARTIR DA PUBLICAÇÃO, **FICA TRANSFERIDA DA 9ª VARA CRIMINAL DO FORO CENTRAL DA CAPITAL** (EDITAL N 004/2008-COMAG) **AOS 1º E 2º JUIZADOS DA INFÂNCIA E JUVENTUDE** A COMPETÊNCIA PARA INSTRUIR E JULGAR OS FEITOS CRIMINAIS EM QUE TENHAM COMO VÍTIMAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES, NOS TERMOS DA LEI Nº 12.913/08, CONFORME PLANO DE TRABALHO ELABORADO PELA CORREGEDORIA-GERAL DA JUSTIÇA (PROC. THEMIS ADMIN Nº 0010-08/000450-1).

SECRETARIA DO CONSELHO DA MAGISTRATURA, 22 DE JULHO DE 2008”.

Ou seja, houve ampliação da competência do Juizado da Infância e da Juventude pelos atos normativos estaduais, que lhe atribuíram competência para instruir e julgar os feitos criminais que tenham como vítimas crianças e adolescentes, nos termos da Lei supra citada.

De outro prisma, estabelece o art. 22, I, da Lei Maior:

“Art. 22. Compete **privativamente** à União legislar sobre:

I - direito civil, comercial, penal, **processual**, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho (...)” (negritei).

Já o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê em seus arts. 145 e 148:

“Art. 145. Os estados e o Distrito Federal poderão criar varas **especializadas e exclusivas** da infância e da juventude, cabendo ao Poder Judiciário estabelecer sua proporcionalidade por número de habitantes, dotá-las de infra-estrutura e dispor sobre o atendimento, inclusive em plantões.

Art. 148. **A Justiça da Infância e da Juventude é competente** para:

I - **conhecer de representações promovidas pelo Ministério Público, para apuração de ato infracional atribuído a adolescente, aplicando as medidas cabíveis;**

II - conceder a remissão, como forma de suspensão ou extinção do processo;

III - conhecer de pedidos de adoção e seus incidentes;

IV - conhecer de ações civis fundadas em interesses individuais, difusos ou coletivos afetos à criança e ao adolescente, observado o disposto no art. 209;

V - conhecer de ações decorrentes de irregularidades em entidades de atendimento, aplicando as medidas cabíveis;

VI - aplicar penalidades administrativas nos casos de infrações contra norma de proteção à criança ou adolescente;

VII - conhecer de casos encaminhados pelo Conselho Tutelar, aplicando as medidas cabíveis.

Parágrafo único. Quando se tratar de criança ou adolescente nas hipóteses do art. 98, é também competente a Justiça da Infância e da Juventude para o fim de:

a) conhecer de pedidos de guarda e tutela;

b) *conhecer de ações de destituição do pátrio poder poder familiar, perda ou modificação da tutela ou guarda;*(Expressão substituída pela Lei nº 12.010, de 2009) *Vigência*

c) *suprir a capacidade ou o consentimento para o casamento;*

*d) conhecer de pedidos baseados em discordância paterna ou materna, em relação ao exercício do pátrio poder familiar; (Expressão substituída pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência*

*e) conceder a emancipação, nos termos da lei civil, quando faltarem os pais;*

*f) designar curador especial em casos de apresentação de queixa ou representação, ou de outros procedimentos judiciais ou extrajudiciais em que haja interesses de criança ou adolescente;*

*g) conhecer de ações de alimentos;*

*h) determinar o cancelamento, a retificação e o suprimento dos registros de nascimento e óbito” (grifei).*

Ou seja, já existe no ordenamento jurídico pátrio Lei Federal específica elencando as hipóteses de competência do Juizado da Infância e da Juventude. E tal rol é taxativo, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça externado no julgado do colacionado abaixo:

“CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. INQUÉRITO POLICIAL. MAUS TRATOS CONTRA MENOR. JUIZADO ESPECIAL E VARA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE. RESOLUÇÃO 534 DO TJMS. ART. 145 E 148 DO ECA. CRIME DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO. COMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL. CONFLITO CONHECIDO PARA DECLARAR A COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITANTE.

1. No rol da competência da Vara da Infância e da Juventude estabelecido no art. 148 do ECA não está inserido o julgamento dos crimes contra o menor previstos no Código Penal, como ocorre na hipótese em discussão, em que o crime a ser apurado é o de maus tratos (art. 136, § 3o. do CPB).

2. Ainda que o Tribunal possa criar Vara da Infância e da Juventude, como prevê o art. 145 do ECA, não pode lhe atribuir competência fora das hipóteses definidas na referida legislação.

3. Cuidando-se de crime de menor potencial ofensivo, pois a pena máxima cominada é de 1 ano de detenção, a competência é do Juizado Especial Criminal (art. 61 da Lei 9.099/95).

4. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo de Direito da 4a. Vara do Juizado Especial Cível e Criminal de Campo Grande/MS, o suscitante, em consonância com o parecer ministerial.” (STF – CC 94.767/MS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 25/06/2008, DJe 08/08/2008) (sublinhei)

Não obstante, aludido arrolamento não outorgou ao Juizado da Infância e Juventude, em qualquer momento, possibilidade de julgar feitos criminais. Logo, não cabe à Lei Estadual possibilitar tal competência aos referidos Juizados.

Nesse cenário, resta cristalino, a meu juízo, que a ampliação da competência do Juizado da Infância e da Juventude – matéria de ordem processual prevista taxativamente no art. 148 do Estatuto da Criança e do Adolescente – pelo Edital 58/2008 do Conselho da Magistratura, elaborado com base na Lei Estadual 12.913/2008, afrontou o disposto no art. 22, I, da Carta Magna, assim como o art. 148 da Lei 8.069/1990.

Destaco entender não ser admissível, a meu juízo, o entendimento externado pelo ilustre Procurador-Geral de Justiça em exercício, de que o art. 24, incisos XI e XV, e §§ 1º e 2º, da Carta Magna, autorizaria o Estado a operar da maneira debatida. Tais dispositivos legais estão assim redigidos:

“Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar **concorrentemente** sobre:

(...)

XI - **procedimentos em matéria processual**;

(...)

XV - **proteção à infância e à juventude**;

(...)

§ 1º - No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

§ 2º - A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados (...).” (marquei).

Acontece que como se vê, o art. 24, XI, da Lei Maior outorga competência concorrente à União, aos Estados e ao Distrito Federal para legislar sobre procedimentos em matéria processual. E a extensão da competência do Juizado da Infância e da Juventude, a meu ver, não se trata de mero procedimento, que consistiria, v.g., na regulamentação do sistema de distribuição, de protocolos, de carga dos autos, etc., mas de alteração de ordem processual.

De outra banda, tampouco o inciso XV do mencionado artigo, que autoriza o Estado a legislar de modo concorrente com a União sobre proteção à infância e à juventude, a meu ver, permite a ampliação da competência antevista expressamente por Lei Federal.

Ainda, em que pese a redação do art. 96<sup>1</sup> da Carta Magna, também invocada pelo Procurador-Geral em exercício, avalio caber aos Tribunais o respeito à reserva de Lei Federal para a edição de normas de natureza processual.

Por essas razões, deve ser julgado procedente o incidente de inconstitucionalidade da Lei Estadual 12.913/2008 e do Edital 58/2008-COMAG, assim como do Edital 65/2009-COMAG – este não impugnado expressamente, que prorrogou o Projeto Justiça Juvenil, anexo aos Primeiro e Segundo Juizados da Infância e Juventude do Foro Central desta Capital.

Tenho que em prol da segurança jurídica, entretanto, há que se modular os efeitos temporais da presente declaração de inconstitucionalidade, com base no art. 27 da Lei 9.868/1999, aplicado por analogia, para que a mesma funcione com efeitos *ex nunc*, pois do contrário, inúmeros processos, já findos, restariam invalidados, especialmente se tal decisão restar aprovada por maioria de 2/3 dos integrantes deste Órgão Especial, adquirindo eficácia *erga omnes*, nos termos do art. 211 do Regimento Interno desta Corte, de modo que tal *decisum*, sem referida modulação, traria prejuízos maiores ao Poder Judiciário do que eventuais vantagens do desfazimento dos atos normativos.

1 – Art. 96. Compete privativamente:

I - aos tribunais:

a) eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos (...)

II - ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça propor ao Poder Legislativo respectivo, observado o disposto no art. 169 (...)

d) a alteração da organização e da divisão judiciárias;

Sobre a possibilidade da modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade em sede de controle difuso pelos Tribunais, foi bem examinada pelo Procurador-Geral de Justiça em exercício, razão pela qual me abstenho de operar comentários.

Ante o exposto, julgo procedente o incidente de inconstitucionalidade da Lei Estadual 12.913/2008 e do Edital 58/2008-COMAG, e, por conseguinte, do Edital 65/2009-COMAG, mas com efeitos meramente prospectivos.

**Des. Newton Brasil de Leão (Revisor)** – Revisei e acompanho o Relator.

**Des. José Aquino Flôres de Camargo (Redator)** – Com a vênua do eminente relator, divirjo da solução apontada, entendendo, na linha do parecer ministerial, que não se trata de inconstitucionalidade da lei, mas questão de opção administrativa, baseada em autorização legislativa, que tem respaldo na ordem jurídico-constitucional.

Não se trata de legislar em matéria processual, como sugere o voto do eminente relator, esta sim de competência privativa da União, nos termos do art. 22, I, da Constituição Federal. Tampouco calha o argumento de bloqueio de competência estabelecido no artigo 148, do Estatuto da Criança e do Adolescente, cujo rol de situações ali previstas não é exaustivo, mas meramente exemplificativo.

Cuida-se, ao revés, de competência concorrente, nos termos do art. 24, XI e XIV, da CF. A Lei Estadual no. 12.913/2008 acrescentou o § 3º ao art. 2º da Lei Estadual 9.896/1993, atribuindo competência ao Juizado Regional da Infância e Juventude para processar e julgar os crimes de abuso sexual em que sejam vítimas crianças e adolescentes.

Portanto, a ordem administrativa, emanada do Conselho da Magistratura, tem respaldo legislativo.

Adiante que a providência legislativa se mostra fundamental, razão porque inaplicável o precedente do STJ, ao julgar conflito de competência entre o Juizado Especial Criminal e o JJJ, oriundo da Justiça do Mato Grosso do Sul, invocado pelo ilustre relator. É que, no caso apontado, definiu-se pela competência do Juizado Especial em face da inexistência de lei local regrando a matéria.

Do ponto de vista material, não há como concluir que se trate de norma de processo; mas mera regra respeitante à distribuição de competências, tendo por objeto a divisão de trabalho. No trato da competência interna, o Código de Processo Civil, por exemplo, no seu art. 91, estabelece: *Regem a competência em razão do valor e da matéria as normas de organização judiciária, ressalvados os casos expressos neste Código*. Fora de dúvida que cada Estado legisla sobre as suas normas de organização judiciária, a evidenciar que a competência funcional tem natureza procedimental e não processual.

Portanto, a norma apontada de inconstitucional constitui regra procedimental e que diz respeito à proteção à infância e juventude. Matéria de competência concorrente entre a União e os Estados.

Em certo sentido, a lei constitui visão política da administração acerca do tema, valorizando a definição pelo atendimento especial e protetivo da suposta vítima de violência e abuso sexual. Aqui, cabe um parêntesis, havendo de se distinguir a conveniência ou não da adoção desta prática da afirmação pela inconstitucionalidade da lei.

Tanto assim que, ao discutir o expediente administrativo sobre o encaminhamento de projeto de lei, alargando a competência dos juizados, examinei o conteúdo da proposta, tendo, inclusive, a oportunidade de declarar voto e manifestar, de modo expresso, minha convicção sobre o tema.

Concluindo, não há dúvida de que se está diante de questão de organização judiciária, competindo, de forma privativa, aos tribunais, dispor sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos, nos exatos termos do art. 96, I, da Constituição Federal.

**Com estas breves considerações, estou votando no sentido de julgar improcedente o incidente de inconstitucionalidade.**

**Des. Constantino Lisbôa de Azevedo** – Pedindo a máxima vênia ao eminente Relator, acompanho a divergência.

**Des. Irineu Mariani** – Com a devida vênia, desacolho o incidente.

Pelo art. 145 do ECA é **facultado** os Estados e o DF criar varas **especializadas** e **exclusivas** da infância e da juventude.

Uma vez criada vara **especializada**, o art. 148 declina qual é a competência.

No caso, temos varas especializadas, mas **não exclusivas**; logo, nada obsta seja ampliada a competência para outras matérias que envolvam interesse de criança e/ou de adolescente, seja em questão de Direito de Família, seja em questão de Direito Penal, como, por exemplo, o crime de maus tratos a menor.

Veja-se que não se está misturando água e azeite – se me permitem a expressão –, isto é, questões que não se casam ou que não sejam afins, mas, bem ao contrário, está-se concentrando num só Magistrado a competência para deliberar a respeito das questões que envolvem o infante e o adolescente, inclusive em processos quando estes figuram como vítimas de agressões. Parece-me até conveniente que seja assim.

Ora, isso não é legislar a respeito de **matéria processual** (CF, art. 22, I), mas a respeito da conveniência e oportunidade em **matéria de organização judiciária**.

A não ser assim, fica-se numa camisa de força, e então a solução poderá ser a extinção de tais varas.

Quanto ao precedente do egrégio STJ, penso que a matéria deve ser mais debatida, até porque, respeitosa vênia, a interpretação não me parece ser a mais consentânea com o Estatuto e com a realidade de cada Estado.

Nesses termos, com reiterada vênia, desacolho o incidente.

**Des. Rubem Duarte** – Com a divergência.

**Des. Aymoré Roque Pottes de Mello** – Eminentes Colegas, com a máxima vênia, entendo que o **incidente de inconstitucionalidade** suscitado<sup>2</sup> pela Colenda 8ª Câmara Criminal desta Corte deve ser **juulgado improcedente, porque** nem o **§ 3º** do **art. 2º** da **Lei Estadual nº 9.896/93**<sup>3</sup>, na redação que lhe deu a **Lei**

2 – Com suporte nos artigos 209 *usque* 211 do Regimento Interno desta Corte.

3 – **Art. 2º**. Compete aos Juizados Regionais criados no artigo anterior, além das atribuições que lhes confere a Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990, em relação à Comarca-Sede, e, no âmbito regional, as seguintes matérias: (Redação dada pela Lei nº 12.527/06) (...) **§ 3º. Poderá o Conselho da Magistratura, excepcionalmente, atribuir competências adicionais, e que digam respeito à matéria de Direito de Família, que diretamente envolva interesse de criança ou adolescente, ou de processar e julgar os crimes tipificados** nos arts. 129, 136, 213, 214, 215, 216-A, 218, 223, 224, 225, 226, 227, 228, 229, 230, 231, 231-A, 232, 233 e 234, todos do Código Penal Brasileiro, além

**Estadual nº 12.913**, de **12/03/2008** (D.O.E. de 13/03/2008), tampouco os decorrentes **atos normativos regulamentadores** substanciados no **Edital nº. 58/2008-COMAG**<sup>4</sup>, que instituiu o “Projeto Justiça Juvenil” nos lindes dos Juizados da Infância e Juventude do Foro Central da Comarca de Porto Alegre, e no **Edital 65/2009-COMAG**<sup>5</sup>, que prorrogou o referido Projeto por prazo indeterminado, padecem de qualquer vício formal ou material no plano da constitucionalidade, quando confrontados com os fundamentos, princípios e regras inscritos na Carta Farroupilha e na Constituição da República, respectivamente.

Com efeito.

De início, renovada vênua, entendo que a Lei estadual e os atos normativos judiciários ora vergastadas **não têm** como principal foco a **edição de regras processuais**, consoante preconizam os combativos impetrantes do **habeas corpus** que ensejou a suscitação deste incidente, porque o único objetivo de todos reside na **regulamentação de matérias** pertinentes à **organização judiciária estadual**, em consequência do que todos eles **dispuseram**, também, sobre a **competência** e o **funcionamento dos órgãos jurisdicionais** afetados por suas disposições: os Juizados da Infância e Juventude do Foro Central da Comarca de Porto Alegre.

No ponto, portanto, a Lei e os atos normativos ora inquinados de inconstitucionalidade não têm, como primeiro e substantivo escopo, dispor sobre **matéria processual**, em razão do que não há falar em **questão de iniciativa legislativa privativa da União**, na dicção do invocado **art. 22, inc. I (4ª hip.)**<sup>6</sup>, da **Constituição Republicana**.

---

dos arts. 240 e 244-A, ambos da Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente -, e, finalmente, art. 1º da Lei Federal nº 9.455, de 07 de abril de 1997, ressalvada a competência do Juizado Especial Criminal, **em que sejam vítimas crianças ou adolescentes**.

4 – “**Faço saber que o Conselho da Magistratura**, em sessão de 22-07-2008, aprovou a implantação do Projeto Justiça Juvenil - anexo aos 1º e 2º Juizados da Infância e Juventude do Foro Central da Capital, por um ano, a contar de 11-08-2008, com competência para instruir e julgar todos os feitos relacionados a atos infracionais cometidos por adolescentes, com a designação para atendê-lo da Dra. Betina Meinhardt Ronchetti, Juíza de Direito Substituta de entrância final. O referido Projeto será dotado de estrutura cartorária própria. Fica autorizada a nomeação de assessor à magistrada que responde pelo projeto Justiça Instantânea, o qual deverá ser compartilhado com a magistrada que responderá pelo Projeto Justiça Juvenil. A partir da publicação, fica transferida da 9ª Vara Criminal do Foro Central da Capital (Edital nº 004/2008-COMAG), aos 1º e 2º Juizados da Infância e Juventude a competência para instruir e julgar os feitos criminais que tenham como vítimas crianças e adolescentes, nos termos da Lei nº 12.913/08, conforme plano de trabalho elaborado pela Corregedoria-Geral da Justiça (proc. themis admin nº 0010-08/000450-1). Secretaria do Conselho da Magistratura, 22 de julho de 2008”.

5 – “**Faço saber que o Conselho da Magistratura**, em sessão de 04-08-2009, prorrogou o Projeto Justiça Juvenil - anexo aos 1º e 2º Juizados da Infância e Juventude do Foro Central da Capital (Edital nº 058/2008-COMAG), por prazo indeterminado, sem ônus para a administração, com a adoção das proposições concernentes à pauta integrada entre JIN, PJJ, 3º Juizado e ao serviço técnico. Para atendimento do Projeto, a contar de 18-08-09, fica designada a Dra. Cleciana Guarda Lara Pech, Juíza de Direito Substituta de entrância final. O Dr. Leoberto Narciso Brancher, Juiz de Direito do 3º Juizado da Infância e Juventude da Comarca de Porto Alegre, responderá pelo Projeto até a assunção da magistrada designada, tudo conforme plano de trabalho elaborado pela Corregedoria-Geral da Justiça (proc. themis admin nº 0010-08/000450-1). Secretaria do Conselho da Magistratura, 05 de agosto de 2009.”

6 – “Art. 22. Compete **privativamente** à União **legislar** sobre: I - direito civil, comercial, penal, **processual**, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;”

No caso sob exame, ao meu juízo, a **matéria** objeto da Lei e dos atos normativos em tela é de **iniciativa legislativa privativa** do **Tribunal de Justiça do Estado**, na dicção do **art. 96, incisos I, “a” (3ª hip.), e II, “d” (1ª hip.)**, da **Carta Federal**<sup>7</sup>, combinado com o **art. 93, inc. II (2ª hip.)**, e com o **art. 95, inc. V, “e” (1ª hip.) e “g”**, ambos da **Constituição Farrroupilha**<sup>8</sup>, porque a **natureza das regras legais e regulamentares editadas** diz respeito à **organização judiciária da Justiça Comum do Estado**, em consequência do que tais regras **dispuseram**, também, sobre a **atribuição de competências pontuais específicas e o funcionamento dos órgãos jurisdicionais** por elas diretamente afetados, no caso os Juizados da Infância e Juventude do Foro Central da Comarca de Porto Alegre.

Justifico com brevidade.

No ponto, é bem de anotar que a Lei Estadual nº 9.896/1993, que criou os Juizados Regionais da Infância e da Juventude, definiu-lhes a respectiva base territorial, estabeleceu-lhes as regras de competência jurisdicional, delegou atribuições ao Conselho da Magistratura e deu outras providências, resultou de iniciativa legislativa do Tribunal de Justiça deste Estado, com supedâneo nas regras constitucionais acima referenciadas. Mais tarde, em 2007, na esteira dessas regulações, o Tribunal de Justiça remeteu projeto de lei ordinária<sup>9</sup> à Colenda Assembleia Legislativa do Estado, a fim de inserir um **§ 3º no art. 2º da Lei nº 9.896/1993**, e, deste modo, **criar competências adicionais aos Juizados da Infância e da Juventude estaduais e acometer** ao Conselho da Magistratura desta Corte a **definição** dos JIJ's que as exercerão, bem assim as suas respectivas **bases jurisdicionais e condições de funcionamento**.

Foi aí que o processo legislativo assemblear pertinente ao **PL nº 257, de 2007**, após a sua **sanção governamental**, resultou na **Lei Estadual nº 12.913, de 12/03/2008 (D.O.E. de 13/03/2008)**. Mais adiante, na esteira da **delegação legal** contida nos **§§ 1º e 3º**<sup>10</sup> do art. 2º da Lei nº 9.896/1993, o Conselho da Magistratura

7 – “Art. 96. **Compete privativamente**: I - aos **tribunais**: a - eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, **dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos**; (...) II - ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores e **aos Tribunais de Justiça propor ao Poder Legislativo respectivo**, observado o disposto no art. 169: (...) **d - a alteração da organização e da divisão judiciárias**;”.

8 – “Art. 93. **Compete aos Tribunais** de segunda instância, além do que lhes for conferido em lei: (...) II - elaborar seu Regimento Interno, **dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos**;”

“Art. 95. Ao **Tribunal de Justiça**, além do que lhe for atribuído nesta Constituição e na lei, **competete**: (...) V - **propor à Assembleia Legislativa, observados os parâmetros constitucionais e legais**, bem como as diretrizes orçamentárias: (...) e - a **organização e divisão judiciárias**; (...) **g - normas de processo e de procedimento, cível e penal, de competência concorrente do Estado**, em especial as aplicáveis aos Juizados Especiais.” (*Redação dada pela Emenda Constitucional nº 22, de 11/12/97*)

9 – Na Assembleia Legislativa do Estado, o **PL em tela tramitou sob o nº 257, de 2007**.

10 – “Art. 2º. **Compete aos Juizados Regionais** criados no artigo anterior, além das atribuições que lhes confere a Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990, em relação à Comarca-Sede, e, no âmbito regional, **as seguintes matérias**: (Redação dada pela Lei nº 12.527/06) - (...) **§ 1º Também se incluem na competência dos Juizados Regionais da Infância e da Juventude outras atribuições definidas em lei, que lhes forem pertinentes**.” (Redação dada pela Lei nº 12.527/06) - (...) **§ 3º ...** (retro transcrito - nota de rodapé nº 1) ...”.

desta Corte **editou** e fez publicar o Edital nº 58/2008-COMAG, **aprovar**do a **implantação e desenvolvimento** do “Projeto Justiça Juvenil”, por **um ano**, perante o **1º e o 2º Juizados da Infância e da Juventude do Foro Central da Comarca de Porto Alegre**, **acometendo-lhes a competência orgânico-jurisdicional** inscrita no § 3º do art. 2º da **Lei nº 9.896/1993**. Mais ao depois, por meio do Edital nº 65/2009-COMAG, o **Conselho da Magistratura prorrogou**, por **tempo indeterminado**, o “Projeto Justiça Juvenil”.

Neste passo e diante deste quadro, impõe-se destacar que o Conselho da Magistratura, ao editar os atos normativos ora impugnados, nada mais fez do que **exercer**, nos lindes das **competências - constitucionais e legais -** **acometidas, de lege lata**, ao Tribunal de Justiça do Estado, o **munus** regulamentador que, no ponto estadual, modo expresso, **lhe foi delegado** pela Colenda Assembleia Legislativa.

Ainda no ponto sob comentário, é imperativo ressaltar que a **delegação legal**, com **fins regulamentadores**, **outorgada** ao Tribunal de Justiça - aí, inclusive, ao próprio Conselho da Magistratura - não caracteriza questão inovadora, tampouco singular, no âmbito institucional deste Estado, a exemplo do que gizou o eminente Deputado Raul Pont, Relator do **PL nº 257**, de **2007**, ao lançar o **parecer de aprovação** deste projeto legislativo perante a **Comissão de Constituição e Justiça** da Assembleia Legislativa, **verbis**:

“**Todavia, esta Casa tem entendido que é admissível a delegação de competência, de modo que a administração do Poder Judiciário tenha a flexibilidade para administrar as possibilidades da organização judiciária.**

**São exemplos:**

-- **Lei nº 10.675/96**, quando da criação dos Juizados Especiais Cíveis, **delegou ao Conselho da Magistratura a fixação das atribuições;**

-- **Lei nº 10.720/96**, quando da criação dos Cartórios Judiciais Integrados, **delegou ao Conselho da Magistratura a fixação das atribuições;**

-- **Lei nº 10.867/96**, quando da criação da Turmas Recursais, **delegou ao Conselho da Magistratura a fixação das atribuições;**

-- **Lei nº 11.133/98**, quando da unificação do Tribunal de Alçada pelo Tribunal de Justiça e respectivos Grupos e Câmaras, **delegou ao Órgão Especial a fixação das atribuições.**

**Face ao exposto, o parecer é favorável à tramitação.”**

Por conseguinte, observados à perfeição os caminhos constitucionais e legais trihados pelos três Poderes do Estado, cada um à sua vez e competências institucionais, para procederem do modo e na forma como efetivamente procederam, respectivamente, na edição das leis e atos normativos sob testilha, impõe-se reconhecer, nos lindes da teoria ponteano dos planos jurídicos, a existência, validade e eficácia de todos eles, e, em consequência, rejeitar o incidente de inconstitucionalidade ora sob exame.

Diante do exposto, renovada vênha, o meu **voto** é no sentido de **julgar improcedente** o presente **incidente de inconstitucionalidade** sobre o § 3º do art. 2º da **Lei Estadual nº 9.896/93**, na redação que lhe deu a **Lei Estadual nº 12.913**, de **12/03/2008** (D.O.E. de 13/03/2008), e os seus **consectários atos normativos regulamentadores** substanciados no **Edital nº. 58/2008-COMAG**, que instituiu e regulamentou o “Projeto Justiça Juvenil” nos lindes dos Juizados da Infância e Juventude do Foro Central da Comarca de Porto Alegre, e no **Edital 65/2009-COMAG**, que o prorrogou por tempo indeterminado.

**É o voto.**

**Des. Ricardo Raupp Ruschel** – Acompanho a divergência, Senhor Presidente.

**Des. Marco Aurélio Heinz** – Com a divergência.

**Des<sup>a</sup> Liselena Schifino Robles Ribeiro** – Acompanho a divergência, nos termos do voto do Des. José Aquino Flores de Camargo.

**Des. Genaro José Baroni Borges** – Com a divergência.

**Des. Orlando Heemann Júnior** – Com a vênia do em. Relator, voto pelo desacolhimento da arguição, tendo em vista o entendimento de que a redefinição de matérias de determinada unidade judiciária tem natureza eminentemente administrativa, de organização judiciária, sem malferir a Constituição ou o Código de Processo. Acompanho então a divergência.

**Des. Sejalmo Sebastião de Paula Nery** – Senhor Presidente, com a vênia do eminente Relator e tendo em vista as razões trazidas pelo Des. Aquino e reforçadas, depois, pelo Des. Aymoré, estou acompanhando a divergência.

**Des. Alexandre Mussoi Moreira** – Com a divergência.

**Des. André Luiz Planella Villarinho** – Vênia ao eminente Relator, julgo im procedente o incidente de inconstitucionalidade, acompanhando a douta maioria divergente.

**Des. Alzir Felipe Schmitz** – Ouso divergir do entendimento do eminente relator, acompanhando a divergência inaugurada pelo douto Des. Aquino.

**Des. Cláudio Baldino Maciel** – Senhor Presidente, também vou acompanhar a divergência, por entender que a lei não é inconstitucional, louvando-me nas palavras muito bem formuladas pelo representante do Ministério Público nesta sessão, não sem antes fazer um brevíssimo comentário sobre o que o Des. Aquino referiu quando inaugurou a divergência a respeito de ser outra coisa a conveniência ou a inconveniência desta lei. Nesse ponto, embora afirme a sua constitucionalidade, não posso deixar de dizer que, no meu modo de ver, ela é em tudo e por tudo inconveniente. Inclusive, mais, parece-me equivocada.

Pondero isso, porque, na verdade, há uma fixação de competência de uma jurisdição criminal em razão da qualidade da vítima. Penso que isso sempre é, no mínimo, perigoso. Como disse o doutor defensor da tribuna, amanhã ou depois, estará aberta a porta para que se crie um Tribunal ou uma determinada jurisdição concentrada para, por exemplo, determinadas vítimas de determinada raça. Isso, no meu modo de ver, não se justifica. Embora entenda que a criança mereça a proteção integral e esteja hoje sob a doutrina da proteção integral, que é uma doutrina professada nos Juizados de Infância e Juventude, exatamente por isso, parece-me que esses Juizes não são os melhores para julgar criminalmente os réus, porque eles estão imbuídos da doutrina e da proteção integral da vítima. Isso não os transforma, em tese - não estou falando dos atuais Juizes da Infância e da Juventude, que são todos excelentes Colegas, isentos -, nos melhores Juizes Criminais para julgarem fatos criminais em que sejam vítimas crianças e adolescentes.

Extraio também do voto do Des. Aquino quando diz que essa fixação de competência foi “valorizando a definição pelo atendimento especial e protetivo da suposta vítima”. Ora, fixar-se a jurisdição criminal com base na valorização do atendimento especial e protetivo da vítima, parece-me, com todas as vênias, em tudo perigoso e temerário.

Com essas considerações, Senhor Presidente, entendendo ser equivocada e inconveniente essa fixação de competência, malgrado isso entendo que inconstitucional ela não é, estou acompanhando a divergência.

**Des. Dorval Bráulio Marques** – Com a divergência, Excelência.

**Des. Leo Lima (Presidente)** – Também acompanho a divergência.

**Des. Aristides Pedroso de Albuquerque Neto** – Também julgo improcedente.

**Des. Danúbio Edon Franco** – Senhor Presidente, estou acompanhando o eminente Relator, até porque foi a minha Câmara que suscitou o incidente, e o fizemos fundamentalmente porque havia divergência entre as Câmaras no julgamento dessa questão. Então, impunha-se que o Órgão Especial – certo ou errado, não interessa – traçasse uma orientação, mas, independentemente disso, penso que a lei é inconstitucional, sim.

Em primeiro lugar, faço a observação de que o fato de esta lei ter saído daqui é como outras tantas leis que saem daqui, passam por todas as comissões, todos os exames, e depois o Judiciário julga inconstitucional. Aliás, isso não valeu para o concurso de ingresso, pois foi uma lei que saiu daqui e foi declarada inconstitucional. Então, isso não é chancela de constitucionalidade, mas uma presunção.

Também não se está limitando a competência do Conselho da Magistratura. O que se está dizendo é que o ato e a lei em que ele se calcou são inconstitucionais, não que ele não possa atuar como o fez e faz. Então, não há nenhum cerceamento à atividade do Conselho da Magistratura.

O problema é que a competência concorrente – e aí parece que é o fundamento para a rejeição – está esgotada, está bloqueada no momento em que a União chamou a si e estabeleceu a competência do Juizado da Infância e da Juventude. Teve por objetivo o bem estar do menor nas suas relações essenciais, que exigem uma pronta solução. Basta ver que todas as providências criminais e não criminais atribuídas ao Juizado da Infância e da Juventude são específicas.

Pergunto-me se nós, dentro dessa ótica que estamos traçando, poderíamos atribuir aos Juizados Especiais Criminais a competência para julgar roubo, latrocínio. Não, porque já está traçada a competência do Juizado Especial Criminal, tal como ocorre com o Juizado da Infância e da Juventude.

Então, o Tribunal – e a lei estadual – não poderia atribuir ao Juizado da Infância e da Juventude uma competência além daquela que o legislador federal traçou, e o fez exatamente em função do menor e do seu melhor atendimento.

Aliás, um dado que foi trazido da tribuna eu desconhecia, qual seja, hoje um dos Juizados da Infância está assoberbado exatamente julgando esses processos criminais em que aparecem os menores como vítimas, enquanto os processos da Infância e da Juventude, razão de ser de sua competência, estão sendo relegados a um segundo plano. Quer dizer, nós invertemos a ordem das coisas, essa é a verdade.

A consideração talvez mais importante e que se inclui dentro do conceito de inconstitucionalidade é a trazida pelo Des. Cláudio Baldino Maciel. Estabeleceu-se contra o acusado uma presunção, porque um benefício em proteção da vítima, como se os outros Juizes Criminais que até hoje julgaram não fossem competentes para isso. E o Juiz da Infância e da Juventude – quem foi sabe disso – tem, e tem que ter, uma visão voltada para o menor, e isso distorce o seu entendimento em razão dos fatos que têm o menor como vítima.

Queiramos ou não queiramos, essa é a verdade, e por isso estou acompanhando o eminente Relator.

**Des. Marcelo Bandeira Pereira** – Senhor Presidente, com a vênha do eminente Relator, acompanho a dissidência, assim dando pela improcedência do conflito.

Pelo modelo federativo adotado no País, cabe a cada Estado federado, observadas suas peculiaridades, dispor sobre a organização de sua Justiça, criando estruturas próprias e unidades judiciárias, para o que, naturalmente, também definindo as respectivas competências e atribuições.

Nessa linha, não se percebe na Constituição Federal comando algum no sentido de que deva o Estado federado, criando Vara para atendimento dos feitos da Infância e Juventude, abster-se de cometer à dita unidade competência para officiar também em matérias de outra natureza.

Nem se trata, bem se vê, de legislar sobre processo, para o que, então sim, à União Federal caberia privativamente dispor, segundo o artigo tido na suscitação do incidente como contrariado.

Aliás, o argumento em foco, levado às últimas conseqüências, implicaria o impedimento aos Estados de organizar suas Justiças. Se a distribuição das competências internas correspondesse a processo, no sentido que confere ao termo o artigo 22, I, da Constituição Federal, só por Lei Federal seria possível criar unidades judiciárias e dispor sobre eventuais especializações, sejam exclusivas, sejam cumulativas (Vara do Júri, Família e Sucessões, Varas da Fazenda Pública, etc...).

E é da letra expressa da Carta Magna, que consagra o princípio federativo no seu primeiro artigo, que aos Estados Federados, na administração das respectivas justiças, cabe alterar a organização e divisão judiciárias, como posto no artigo 96, II, “d”, da Constituição Federal<sup>11</sup>.

Então, como se vê, obstáculo, se houvesse, à inclusão na competência da já criada Vara da Infância e da Juventude de feitos estranhos não encontraria base na Constituição Federal, na qual, enfatizo, nem se cogitou da criação de unidades específicas para atendimento jurisdicional da matéria especial, e muito menos exclusivas. Aliás, na linha do princípio federativo adotado.

Afastada, desse modo, a estatura constitucional da questão, pelo que restaria a sobejar na definição do tema, a envolver aparente contraste da lei federal (Estatuto da Criança e do Adolescente) com a lei estadual, já não haveria mais como acolher o incidente.

Seguindo adiante, porém, destaco que a Estatuto da Infância e da Juventude não foi além de autorizar criação de varas especializadas e exclusivas - (...) **po-**  
**derão criar** (...), artigo 145 -, definindo, então, no artigo 148, qual a competência própria da “Justiça da Infância e da Juventude”.

Assim, alinhado à Constituição Federal, o Estatuto não determinou a criação de juizados especializados. Isso, reafirmo, ficou a critério de cada Estado, observadas suas peculiaridades – aqui, no RS, pouquíssimas são as comarcas que dispõem de unidade específica para o trato do assunto.

11 – “Compete privativamente: (...) II – Ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça propor ao Poder Legislativo respectivo, observado o disposto no artigo 169: (...) d) a alteração da organização e da divisão judiciárias;”

E se não há determinação de criação de juizado especializado, por força de norma federal, que pudesse, de algum modo, atuar na regulação existente no Estado, com muito mais razão se há de concluir que não há imposição alguma no sentido de que juizados criados devam ser exclusivos.

Em outras palavras, se ao Estado é dado criar ou não o juizado da infância e juventude, a ele também é dado, criando esse juizado, dispor sobre se lhe confere exclusividade ou não. O que não poderia, sob pena de atritar com a legislação federal, seria decompor as competências da Justiça da Infância e da Juventude previstas no Estatuto. Assim, criando juizado próprio, ou definindo unidade judiciária com competência para a matéria, ainda que não exclusiva, não poderia decompô-la, de sorte a dirigir parte das competências do artigo 148 do Estatuto para unidade outra.

Nem calharia, por fim, o argumento de que vedada a determinação da competência em razão da figura da vítima. Oportuna, no ponto, a lembrança à Lei Maria da Penha, com base na qual também estabelecidas competências a partir da figura da vítima.

De qualquer sorte, consigno que a natureza protetiva do Juizado da Infância e da Juventude não vai além dos feitos que lhe são específicos. E nem se vê autorização, legal e substancialmente, a sugestão de que o magistrado - com formação para atuar com competência plena - que atua na unidade se possa deixar contaminar por esse espírito de proteção ao infante e ao adolescente e assim se parcializar no trato das ações penais em que vítimas esses protegidos pela lei. A respeito, a proteção às vítimas, nos feitos criminais, não vai além dos cuidados e adoção de mecanismos voltados à evitação da causação de danos nos depoimentos que prestam (como é o caso do consagrado, nacionalmente, sistema do "Depoimento sem Dano"), e não, assim, no tratamento penal a dispensar ao réu da respectiva ação penal.

Ante o exposto, como adiantei ao início, julgo improcedente o conflito.

**Des. Marco Aurélio dos Santos Caminha** – Senhor Presidente, a matéria é tormentosa, basta ver os votos que me antecederam. Cheguei a pensar inclusive em pedido de vista, mas me parece que a questão se encontra decidida, seria apenas retardar o julgamento.

De sorte que, conforme voto lançado na rede, estou acompanhando a divergência, entretanto não me comprometendo com a tese, a bem da verdade.

**Des. Gaspar Marques Batista** – Julgo improcedente também.

**Des. Arno Werlang** – Vênia para acompanhar a dissidência.

**Mandado de Segurança nº 5017910-94.2010.404.7100**

**Impetrante: Estado do Rio Grande do Sul**

**Impetrados: Conselho Regional de Psicologia 7ª Região – CRP/RS, Conselho Federal de Psicologia – CFP, Presidente – Conselho Regional de Psicologia 7ª Região – CRP/RS – Porto Alegre, Presidente – Conselho Federal de Psicologia – CFP – Brasília**

**Advogada: Heloísa de Abreu e Silva Loureiro**

**MPF: Ministério Público Federal**

**SENTENÇA**

Vistos.

**O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL** ajuizou o presente mandado de segurança contra ato da **PRESIDENTE DO CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA** e da **PRESIDENTE DO CONSELHO REGIONAL DE PSICOLOGIA DO RIO GRANDE DO SUL**, objetivando provimento judicial liminar que suspenda a aplicação da Resolução nº 10/2010 do Conselho Federal de Psicologia, bem como para que as autoridades impetradas se abstenham de aplicar qualquer penalidade aos Psicólogos Judiciários e ao impetrante, em virtude do descumprimento do referido ato normativo, pedindo, ao final, seja decretada a anulação da Resolução.

Relatou que restou estabelecido por meio do referido ato normativo, editado pelo Conselho Federal de Psicologia, que *‘é vedado ao psicólogo o papel de inquiridor no atendimento de Crianças e Adolescentes em situação de violência’*. Disse que, em razão do referido dispositivo e da provável aplicação de penalidades pelo seu descumprimento, teria justo receio de ver violado direito líquido e certo estabelecido nos artigos 150 e 151 do Estatuto da Criança e do Adolescente, regulamentado pela Lei Estadual nº 9.896/93, qual seja, de manter equipe interprofissional destinada a assessorar a Justiça da Infância e da Juventude, especialmente por meio do Projeto ‘Depoimento Sem Dano’. Referiu que o indigitado ato normativo apontaria crítica ao que denominou de *‘burocrática e serializada atividade demandada dos Psicólogos Judiciários pelo Poder Judiciário’*. Aduziu que, em razão dos diplomas legais antes mencionados, no âmbito do Estado do Rio Grande do Sul, com a criação dos Juizados Regionais da Infância e da Juventude, foi instituída a referida equipe interprofissional com cargos de provimento efetivo de Médico Psiquiatra Judiciário, Psicólogo Judiciário e Assistente Social Judiciário. Destacou que dentre os deveres estabelecidos aos psicólogos está o de prestar assessoria técnica aos juízes na área de psicologia. Discorreu sobre o Projeto de ‘Depoimento sem Dano’ instituído em conformidade com a lei para oitiva de crianças e adolescentes com o objetivo de evitar a sua exposição e revitimização ou, em outras palavras, que lhes protegesse da opressão decorrente de uma oitiva em audiência na presença do réu e demais participantes da solenidade. Ressaltou, especialmente, a

importância do Psicólogo Judiciário, que exerce uma função de facilitador, assemelhada à do interprete, para inquirição de testemunhas. Sustentou que na execução do referido projeto não haveria transferência ao técnico facilitador Psicólogo Judiciário das atribuições privativas da magistratura, atuando o profissional como intérprete da linguagem da criança e do adolescente. Defendeu a ilegalidade do ato normativo atacado, visto que estabeleceu uma vedação ao exercício da equipe interprofissional criada por imposição dos artigos 150 e 151 do ECA, bem como pela Lei Estadual nº 9.896/93. Defendeu, por último, a inconstitucionalidade do referido ato normativo, por restringir a prática profissional não vedada em lei, em afronta ao disposto no art. 5º, inc. XIII, da Constituição Federal.

O pedido liminar foi deferido (evento 3).

A Presidente do Conselho Regional de Psicologia prestou as informações (evento 18), discorrendo sobre as atribuições previstas em lei e na Constituição Federal das autarquias profissionais, em especial o poder de polícia. Disse que, no exercício regular dessas atribuições, o Conselho Federal de Psicologia editou a Resolução nº 010/2010, objetivando disciplinar a atuação dos psicólogos na escuta psicológica de crianças e adolescentes envolvidos em situação de violência, na Rede de Proteção. Sustentou que a intervenção na inquirição judicial de crianças e adolescentes não constitui atribuição do psicólogo, de acordo com o que estabelece a Lei nº 4.119/62. Destacou que a equipe multiprofissional instituída pela Lei Estadual nº 9.896/93, que criou os Juizados Regionais da Infância e da Juventude no Estado do Rio Grande do Sul, estabelece que essa equipe formada por psicólogos, assistentes sociais e médicos tem o dever de prestar assessoria aos Juízes. Contudo, defendeu que não seria qualquer assessoria que estaria obrigado o psicólogo a prestar, devendo obediência à lei que regula o exercício profissional. Defendeu, ainda, que a referida lei estadual não poderia legislar sobre exercício profissional, pois a competência seria unicamente da União, nos termos do art. 22, XVI, da Constituição Federal. Assim, na situação do projeto do 'Depoimento sem Dano' inexistiria assessoramento pelo psicólogo, mas apenas a atribuição a este profissional de atividade própria da magistratura, no caso a inquirição de crianças e adolescentes como testemunhas e vítimas em processos judiciais, sujeitando o profissional a ser mero reprodutor das perguntas formuladas pelo juiz e pelos advogados das partes. Asseverou que a Resolução CFP nº 010/2010 foi editada em consonância com o Código de Ética Profissional e para que o psicólogo preste serviços adequados e com qualidade, destacando que o Conselho Federal de Psicologia seria o único competente para definir os limites de competência do exercício profissional, nos termos dos artigos 2º e 6º da Lei nº 5.766/71, e do Decreto nº 79.822/77. Aduziu que o art. 5º, inciso XIII, da Constituição Federal estabeleceu a liberdade do exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, mas desde que atendidas as qualificações que a lei estabelecer, e esta, Lei nº 5.766/71, transferiu ao Conselho Federal de Psicologia a incumbência de regulamentar a profissão, sendo entidade de direito público que por delegação exerce o serviço de fiscalização profissional. Pugnou pela denegação da segurança.

A Presidente do Conselho Federal de Psicologia, por sua vez (evento 18), discorreu igualmente sobre as atribuições previstas em lei e na Constituição Federal

das autarquias profissionais, em especial o poder de polícia. Disse que no exercício regular dessas atribuições o Conselho Federal de Psicologia editou a Resolução nº 010/2010, objetivando disciplinar a atuação dos psicólogos na escuta psicológica de crianças e adolescentes envolvidos em situação de violência. Reportou-se a trabalhos na área de psicologia que versam sobre a situação de depoimentos de crianças que sofreram abuso sexual, defendendo que a inquirição da vítima com o intuito de produzir prova e elevar os índices de condenação, não asseguraria a credibilidade pretendida, além de expô-la a nova forma de violência ao permitir reviver situação traumática, reforçando o dano psíquico. Propugnou pelo acerto na substituição da inquirição da criança vítima de violência sexual pela perícia médica psiquiátrica, ou uma avaliação psicológica, a fim de assegurar à criança a proteção integral que a Constituição Federal preconiza, em sintonia com a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança e a Lei nº 8.069/90. Defendeu que a existência, manutenção e atribuições da equipe multiprofissional ou interprofissional destinada a assessorar a Justiça independeria da execução do Projeto Depoimento sem Dano. Sustentou que a Resolução CFP nº 010/2010, não compromete a manutenção da equipe multiprofissional, porque essa existe e atua independente do indigitado Projeto e, ao contrário do estabelecido na Lei Estadual nº 9.896/93, a equipe responsável pelo atendimento deve se pronunciar sobre a necessidade e sobre a condição da criança ou do adolescente para a inquirição judicial. Destacou que o ato normativo atacado não violaria os artigos 150 e 151 do Estatuto da Criança e do Adolescente/ ECA. Defendeu que a intervenção na inquirição judicial de crianças e adolescentes não constitui atribuição do psicólogo, de acordo com a Lei nº 4.119/62, e que a Resolução atacada não impede a assessoria do psicólogo ao magistrado, mas tão-somente que o profissional não poderá inquirir a criança. Asseverou, ademais, que a Resolução CFP nº 010/2010 foi editada em consonância com o Código de Ética Profissional e para que o psicólogo preste serviços adequados e com qualidade, destacando que o Conselho Federal de Psicologia seria o único competente para definir os limites de competência do exercício profissional, nos termos dos artigos 2º e 6º da Lei nº 5.766/71 e do Decreto nº 79.822/77. Aduziu que o art. 5º, inciso XIII, da Constituição Federal estabeleceu a liberdade do exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, mas desde que atendidas as qualificações que a lei estabelecer, e esta, Lei nº 5.766/71, incumbiu ao Conselho Federal de Psicologia disciplinar o exercício profissional, sendo entidade de direito público que por delegação exerce o serviço de fiscalização profissional. Pugnou, ao final, pela denegação da segurança.

As autoridades impetradas interpuseram recurso de agravo de instrumento, o qual restou convertido em agravo retido pelo TRF da 4ª Região (eventos 19 e 22).

O Ministério Público ofertou parecer opinando pela concessão da segurança (eventos 27 e 28).

Vieram os autos conclusos para sentença.

É o relatório.

## Fundamentação

Inicialmente, cabe analisar o pedido formulado pelo Ministério Público Federal para que seja concedida abrangência nacional à sentença deste feito em razão da natureza transindividual e indivisível do pedido de reconhecimento de nulidade do ato normativo editado pelo Conselho Federal de Psicologia. Entendo que essa pretensão não tem condições de acolhimento, consoante motivos a seguir elencados.

Com efeito, embora o Ministério Público tenha efetivo interesse em que se dê à matéria solução uniforme no país, há que se ponderar que a ação restou intentada pelo Estado do Rio Grande do Sul em virtude de que a vedação imposta no referido ato normativo interfere no exercício das atividades exercidas pela equipe interprofissional estabelecida pela Lei Estadual nº 9.896/93, especialmente na função exercida pelos Psicólogos Judiciários que integram a prática do projeto 'Depoimento Sem Dano', desenvolvido no âmbito do Poder Judiciário do Rio Grande do Sul. Sendo esta a fundamentação da ação e o impetrante o Estado do Rio Grande do Sul, em razão até mesmo da pertinência temática do ente público federado, a eficácia da sentença deve ficar restrita às partes. Há que se considerar ainda que, mesmo na hipótese de mandado de segurança coletivo, a sentença faz *coisa julgada limitada aos membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante (art. 22 da Lei nº 12.016/2009)*. Inviável, de outra parte, após a estabilização da demanda, a assunção pelo Ministério Público Federal da titularidade ação, tendo em vista o disposto no art. 264 do CPC.

Passo a enfrentar o mérito da causa.

O impetrante se insurge contra a Resolução nº 10/2010, norma editada pelo Conselho Federal de Psicologia, que veda ao psicólogo o papel de inquiridor no atendimento de crianças e adolescentes em situação de violência. Preocupa-se, desta forma, com a penalidade prevista no parágrafo único do art. 3º da referida norma, que estabelece que a sua não observância constitui falta éticodisciplinar, passível de capitulação nos dispositivos referentes ao exercício profissional do Código de Ética Profissional do Psicólogo, sem prejuízo de outros que possam ser arguidos. Sustenta, assim, que a vedação em tela seria ilegítima por interferir no exercício das atividades exercidas pela equipe interprofissional estabelecida por determinação dos artigos 150 e 151 do ECA, bem como pela Lei Estadual nº 9.896/93, especialmente na função exercida pelos Psicólogos Judiciários no projeto 'Depoimento Sem Dano', desenvolvido no âmbito do Poder Judiciário do Rio Grande do Sul.

O deslinde da controvérsia, portanto, prende-se à análise da possibilidade de o Conselho Federal de Psicologia, no exercício de sua atribuição de orientar, disciplinar e fiscalizar o exercício da profissão de psicólogo, editar norma que imponha restrições ao exercício profissional.

O princípio constitucional do direito ao livre exercício das profissões, insculpido no artigo 5º, XIII, da Constituição Federal, assegura que é livre o exercício de

qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer. A ressalva do referido dispositivo, qual seja, o atendimento das qualificações previstas em lei, deve ser interpretada do modo mais restritivo possível, pois impõe limite a uma liberdade pública que, do ponto de vista da vida em sociedade, é uma das mais importantes, na medida em que o trabalho é o principal meio para que o ser humano obtenha não só o sustento e os bens da vida, como também lhe garanta uma vida com dignidade.

Assim, para que se imponha restrição assemelhada ao que fez a Resolução em tela, a norma constitucional pressupõe a edição de lei em sentido estrito, não dando qualquer margem a normas regulamentares infralegais. Há que se ponderar que são diversas as atribuições dos conselhos profissionais, os quais não possuem competência para estabelecer requisitos ou limitações para o exercício das profissões, mas tão-somente destinam-se a disciplinar e fiscalizar os profissionais das respectivas áreas quanto à regularidade, em sentido amplo, do exercício da profissão, além de expedir os respectivos registros e inscrições. Com efeito, a legislação de regência dos conselhos profissionais não lhes permite estabelecer critérios diferenciados daqueles cuja atribuição incumbe ao Poder Legislativo, como no caso dos autos. Refoge às suas atribuições, a toda evidência, o estabelecimento de limites maiores do que a lei estabelece, estando sua atividade atrelada ao princípio da legalidade, o qual somente encontra limites na Constituição Federal, jamais na regulamentação da própria lei.

Ademais, como destacado na inicial, a Resolução editada pelo Conselho Federal de Psicologia impõe vedação ilegítima ao exercício da equipe interprofissional **estabelecida por determinação dos artigos 150 e 151 do ECA, bem como pela Lei Estadual nº 9.896/93**. Ou seja, além de ir além da finalidade própria dos atos infralegais, ainda dispôs contrariamente ao que leis com plena vigência determinam, criando impedimentos à concretização das medidas protetivas criadas pelos citados diplomas.

Não parece, da mesma forma, que o projeto 'Depoimento sem Dano' imponha a transferência ao técnico facilitador Psicólogo Judiciário das atribuições privativas da magistratura. Isso porque o técnico facilitador atuaria como intérprete da linguagem da criança e do adolescente, dada a sua especial formação, de modo que a sua função é de auxiliar o juiz na inquirição das testemunhas, especialmente as vítimas de violência sexual. Com razão o impetrante quando sustenta a compatibilidade das atividades exercidas pelo profissional e o Código de Ética Profissional, instituído pela Resolução nº 10/2005 do CFP, bem como com as disposições contidas na Lei Federal nº 4.119/62 (art. 13, § 2º) e no do Decreto nº 53.464/64 (alínea 5 do art. 4º).

São de relevo no caso concreto os judiciosos fundamentos lançados no parecer do Ministério Público Federal, os quais adoto como razões de decidir, transcrevendo-os parcialmente:

*'Em acréscimo à qualificada fundamentação da inicial, o Ministério Público Federal passa a desenvolver sua argumentação pela procedência integral do pedido*

para anular a resolução n. 10/2010 do CFP por inconstitucionalidade e ilegalidade sob três fundamentos:

a) ao Conselho Federal de Psicologia não competia, por meio de resolução, criar restrição ao exercício profissional do psicólogo, dentro da respectiva área de conhecimento, sem que tal restrição estivesse prevista em lei, afrontando, assim, o direito ao livre exercício profissional dos psicólogos jurídicos ou forenses;

B) afronta aos direitos das crianças e dos adolescentes à proteção integral (art. 100, II, ECA) e à garantia processual de serem ouvidos pelo juiz nos processos criminais que apuram atos de que foram vítimas (art. 111, V, ECA)

C) afronta ao direito da sociedade em geral e dos réus da busca da verdade material nos processos criminais.

#### A) DA INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO DE EXERCÍCIO PROFISSIONAL IMPOSTA PO RESOLUÇÃO PELO CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA

A Constituição da República, em seu art. 5º, XIII, determina ser livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão e possibilita apenas à lei estabelecer restrições, nos seguintes termos:

‘Art. 5º -

XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

A regra do art. 5º, XIII, da Constituição Federal se enquadra entre as chamadas normas de eficácia contida, segundo a classificação do professor José Afonso da Silva. Deste modo, tem aplicação imediata e eficácia plena, a qual, no entanto, pode ser restringida pela lei. Todavia, enquanto não vier a lei restringível ela continua com a sua eficácia plena.

Comentando a regra mencionada assim se manifesta o consagrado mestre José Afonso da Silva:

‘[...] o princípio da liberdade de exercício profissional, consignado no dispositivo, é de aplicabilidade imediata. Seu conteúdo envolve também a escolha do trabalho, do ofício ou da profissão, não apenas o seu exercício. O legislador ordinário, não obstante, pode estabelecer qualificações profissionais para tanto. Se, num caso concreto, não houver lei que preveja essas qualificações, surge o direito subjetivo pleno do interessado, e a regra da liberdade se aplica desembaraçadamente’.

Assim, a Constituição Federal estabelece como regra o livre exercício profissional, permitindo apenas a lei estabelecer restrições e condições, descabendo aos conselhos profissionais, por meio de resoluções, estabelecer vedações ao exercício profissional não previstas em lei.

O próprio Conselho Federal de Psicologia demonstra conhecer a regra constitucional do inciso XIII, ao citá-la nas informações para concluir que:

*A regra geral fincada no texto constitucional refere-se à total liberdade de qualquer trabalho, ofício ou profissão, SALVO QUANDO A PRÓPRIA LEI ESTABELECEER QUALIFICAÇÃO ESPECIAL PARA O DESEMPENHO DE DETERMINADAS ATIVIDADES QUE ESTEJAM DIRETAMENTE RELACIONADAS COMO O INTERESSE SOCIAL RELEVANTE.*

*Equívoca-se especificamente ao supor que quando a Lei (n. 5766/71) lhe conferiu a incumbência genérica de regulamentar a profissão estaria lhe conferindo a competência para, por resolução, criar restrições não previstas na lei.*

*A conclusão é equivocada, primeiro, porque a Constituição exige expressamente lei para excepcionar regra constitucional da liberdade e, quando é o próprio constituinte originário que o estabelece não poderia o legislador ordinário, mesmo que assim pretendesse, criar a referida delegação.*

*Também porque, no caso concreto, não existe a delegação suposta pelo Conselho Federal de Psicologia.*

*Com efeito, no caso em tela, cotejando a norma regulamentar editada pelo Conselho Federal de Psicologia com os diplomas legais nela invocados (em especial a Lei n° 5.766/71, especificamente o art. 6º, c, referido nos considerandos), revela-se manifesto que o Conselho, ao vedar a atuação direta de psicólogos na inquirição de crianças e adolescentes o fez sem base legal, dado que nem a Lei 5.766/71 nem qualquer outra contempla tal proibição.*

*Dispõem os artigos pertinentes da Lei n° 5.766/71, que institui e dá a competência dos Conselhos Profissionais de Psicologia:*

**Art. 1º Ficam criados o Conselho Federal e os Conselhos Regionais de Psicologia, dotados de personalidade jurídica de direito público, autonomia administrativa e financeira, constituindo, em seu conjunto, uma autarquia, destinados a orientar, disciplinar e fiscalizar o exercício da profissão de Psicólogo e zelar pela fiel observância dos princípios de ética e disciplina da classe.**

**Art. 6º São atribuições do Conselho Federal:**

- a) elaborar seu regimento e aprovar os regimentos organizados pelos Conselhos Regionais;
- b) orientar, disciplinar e fiscalizar o exercício da profissão de Psicólogo;
- c) expedir as resoluções necessárias ao cumprimento das leis em vigor e das que venham modificar as atribuições e competência dos profissionais de Psicologia;
- d) definir nos termos legais o limite de competência do exercício profissional conforme os cursos realizados ou provas de especialização prestadas em escolas ou institutos profissionais reconhecidos;
- e) elaborar e aprovar o Código de Ética Profissional do Psicólogo;
- f) funcionar como tribunal superior de ética profissional;
- g) servir de órgão consultivo em matéria de Psicologia;

h) *julgar em última instância os recursos das deliberações dos Conselhos Regionais;*

i) *publicar, anualmente, o relatório de seus trabalhos e a relação de todos os Psicólogos registrados;*

j) *expedir resoluções e instruções necessárias ao bom funcionamento do Conselho Federal e dos Conselhos Regionais, inclusive no que tange ao procedimento eleitoral respectivo;*

l) *aprovar as anuidades e demais contribuições a serem pagas pelos Psicólogos;*

m) *fixar a composição dos Conselhos Regionais, organizando-os à sua semelhança e promovendo a instalação de tantos Conselhos quantos forem julgados necessários, determinando suas sedes e zonas de jurisdição;*

n) *propor ao Poder Competente alterações da legislação relativa ao exercício da profissão de Psicólogo;*

o) *promover a intervenção nos Conselhos Regionais, na hipótese de sua insolvência;*

p) *dentro dos prazos regimentais, elaborar a proposta orçamentária anual a ser apreciada pela Assembleia dos Delegados Regionais, fixar os critérios para a elaboração das propostas orçamentárias regionais e aprovar os orçamentos dos Conselhos Regionais;*

q) *elaborar a prestação de contas e encaminhá-la ao Tribunal de Contas*

*É curioso observar que o CFP quando transcreveu o art. 6º da Lei 5.766/71 para sustentar a legalidade da Resolução n. 10/2010 (p. 25 das suas informações) deixou sem negrito, justamente, à sua vinculação à lei no que diz respeito à modificação das atribuições e competências dos profissionais de psicologia (alínea c do art. 6º). Parece, de fato, ignorar que só tem competência para expedir as resoluções 'necessárias para cumprimento das leis que disciplinam as atribuições e competências dos profissionais de psicologia', ou seja, que regulamente disciplina (no caso, vedação) já prevista em lei. Não pode inovar. Essa, aliás, a essência do poder regulamentar, que parece desconhecer a autoridade impetrada. Também a alínea d é expressa em afirmar que cada à lei, a 'definição dos limites de competência do exercício profissional' Também essa referência à lei ficou sem negrito na transcrição do Conselho em suas informações. Tais omissões são altamente relevadoras da falha do raciocínio legal do Conselho.*

*A Lei 4.119/62 não contribui para a solução da questão porque não prevê qualquer proibição de atividade ao psicólogo, prevendo, ao contrário, as atividades que lhes são privativas no art. 13, §1º:*

**Art.13 - Ao portador do diploma de psicólogo é conferido o direito de ensinar Psicologia nos vários cursos de que trata esta lei, observadas as exigências legais específicas, e a exercer a profissão de Psicólogo.**

**§ 1º- Constitui função privativa do Psicólogo a utilização de métodos e técnicas psicológicas com os seguintes objetivos:**

a) **diagnóstico psicológico;**

- b) orientação e seleção profissional;
- c) orientação psicopedagógica;
- d) solução de problemas de ajustamento.

**§ 2º- É da competência do Psicólogo a colaboração em assuntos psicológicos ligados a outras ciências.**

*Enfim, não há qualquer dispositivo legal que vede a atividade desenvolvida e, como visto na análise do dispositivo constitucional, a regra é a liberdade do exercício profissional dos psicólogos (como de qualquer profissional), assistindo-lhes o direito líquido e certo de não serem-se proibidos pelo respectivo conselho profissional a desempenhar atividade sem que tal vedação provenha de lei específica.*

*Entender, como parece fazer o Conselho, que a sua competência para regulamentar a legislação atinente ao exercício profissional lhe permite criar vedações não previstas expressamente em lei confronta diretamente o comando do inciso XIII do art. 5º da Constituição Federal. Tal prerrogativa só existe nos limites da ética profissional, mas não é disso que trata a vedação, sendo genéricas as escassas afirmações que faz o Conselho Federal nesse sentido.*

*A lei só admite restrições sem específica base legal no que respeita aos aspectos éticos do exercício profissional, mas tal natureza não decorre de mera afirmação do conselho profissional - pois para tanto bastaria tal denominação para driblar a regra constitucional - devendo a vedação, efetivamente, estar impregnada de tais aspectos. Das informações prestadas, fica evidente que a contrariedade do Conselho é teórico-ideológica, e não ética.*

*Assim, sem base legal, a vedação estabelecida pelo Conselho Federal de Psicologia na Resolução n. 10 de 2010 termina por esvaziar as atribuições funcionais de psicólogos jurídicos ocupantes em cargos efetivos no Poder Judiciário de todo país, restringindo o respectivo exercício profissional em prejuízo da proteção às crianças e adolescentes nos depoimentos que prestam como vítimas nos processos criminais e da obtenção da verdade material (fática) nesses depoimentos. E o fez privilegiando uma determinada linha teórico-ideológica em detrimento de outras, como evidencia o seguinte comunicado da Sociedade Brasileira de Psicologia e a Associação Brasileira de Psicoterapia e Medicina Comportamental, entidades de alta representatividade (doc. 5):*

*A Sociedade Brasileira de Psicologia (SBP) e a Associação Brasileira de Psicoterapia e Medicina Comportamental (ABPMC) vêm à publico colocar a opinião de pesquisadores, professores, alunos e profissionais de Psicologia que não foram ouvidos pelo Conselho Federal de Psicologia quando baixou três resoluções, no mês de Julho de 2010, que tratam de atividades desenvolvidas pelos psicólogos jurídicos - as resoluções CPP 008/2010 (dispõe sobre a atuação do psicólogo como perito e assistente técnico no Poder Judiciário), CFP 009/2010 (regulamenta a atuação do psicólogo no sistema prisional) e CFP 010/2010 (institui a regulamentação da Escuta Psicológica de Crianças e Adolescentes envolvidos em situação de violência, na rede de proteção).*

*Estranha-se esta ação do CFP. Até então, o CFP tem legislado sobre a atuação dos psicólogos por meio do Código de Ética e das resoluções que estabelecem as funções dos especialistas em Psicologia. No entanto, as três resoluções acima referidas ferem legislações anteriores e interferem na prática do psicólogo jurídico brasileiro.*

*A Psicologia Jurídica ou Forense tem cerca de 30 anos e no Brasil, a área foi reconhecida em 2001, por meio da Resolução CFP 02/2001, que regulamenta a Especialização em Psicologia Jurídica. Mesmo recente, as pesquisas e atuação apóiam-se nos fundamentos psicológicos desenvolvidos pelas demais áreas de conhecimento em psicologia, entre elas a psicologia clínica, psicologia do desenvolvimento, de avaliação, da família, do comportamento antissocial, da violência contra crianças, adolescente e mulher, etc. Enfim, conhecimentos científicos que estão largamente publicados em periódicos internacionais sobre os vários temas.*

*No entanto, ignorando o conhecimento acumulado nesta área o CFP resolve interferir na atuação do psicólogo jurídico impedindo-o de trabalhar com técnicas reconhecidas internacionalmente e fazendo um viés político na atuação deste profissional. Convidamos todos os profissionais da Psicologia a lerem as resoluções. Facilmente poderão observar uma única base teórica fundamentando as três resoluções. O Brasil é um país eclético em formação teórico metodológica (ver Bastos e Gondin, O Trabalho do Psicólogo Brasileiro, Artmed, 2010). Convivemos com, no mínimo, cerca de seis abordagens teórico-metodológicas (psicanalítica/analítica (29,4%), cognitivo-comportamental (26,4%), Existencial-humanística (25,2%), sócio-histórica (12,8%) e Psicodramática (6,4%). Mesmo fundamentando a atuação deste profissional em uma única abordagem o CFP determina que deva haver liberdade de escolha teórico-metodológica na atuação do psicólogo jurídico. No nosso entender, tanto o Código de Ética do Psicólogo, como a Resolução que cria a Especialização em Psicologia Jurídica já regulamentam, a atuação do profissional*

*A vedação contida na Res. CFP n. 10/2010 restringe o livre exercício profissional dos psicólogos de discordar, segundo suas próprias convicções teórico-profissionais, das orientações teóricas e práticas emanadas da Diretoria do Conselho Federal, o que afronta tanto o inciso XIII do art. 5º da Constituição Federal quanto o princípio constitucional fundamental do Estado Democrático de Direito. Totalmente descabida, aliás, a alegação do Conselho de que a Resolução CFP n. 10/2010 não estabelece restrição ao trabalho do psicólogo, que pode continuar desenvolvendo suas atividades junto às crianças e adolescentes vítimas de violência desde que não relacionadas à tomada do depoimento propriamente dita. Certo que há restrição quando o conselho impede o psicólogo de utilizar seus conhecimentos técnico-profissionais para desenvolver determinada atividade de trabalho, qual seja a participação direta no depoimento da criança e do adolescente, impedindo que os próprios profissionais decidam se vão ou não desenvolver tal atividade. Por fim, cumpre consignar que os precedentes citados pelo Conselho Federal de Psicologia nas informações não corroboram sua tese. A ação civil pública referida que foi julgada improcedente, movida pelo Ministério Público Federal contra a União e o próprio Conselho, pretende(ia) uma proibição de atividade (a realização dos testes psicológicos e sua regulamentação pelo Conselho). O que se pretende nesta ação é*

*justamente o contrário: preservar a atividade (participação do psicólogo diretamente na tomada do depoimento da criança e do adolescente) que o Conselho busca proibir. Atua o Estado, e o Ministério Público Federal a ele se soma - na defesa da liberdade de atividade até que lei expressamente a proíba, que é a regra constitucional. A decisão - monocrática, vale ressaltar - do Tribunal Regional Federal da 5ª Região permite que o psicólogo desenvolva a atividade (atendimento pela internet), apenas reconhece a legitimidade do CFP para disciplinar o modo de fazê-lo.*

**B) DA VIOLAÇÃO DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE À PROTEÇÃO INTEGRAL (ART. 100, II, ECA) E DA GARANTIA PROCESSUAL DE SER OUVIDO PELO JUIZ (ART. 111, V)**

*O Conselho Federal de Psicologia desenvolve sua argumentação sob o falacioso raciocínio de que a Resolução n. 10/2010 protege as crianças e adolescentes, encontrando fundamento no princípio da proteção integral que orienta todo o Estatuto da Criança e do Adolescente. Nada mais falso!*

*Supondo-se - o que se admite apenas para apontar a falsidade da premissa do raciocínio desenvolvido pelo Conselho Federal de Psicologia - que procedem suas críticas quanto à excessiva danosidade e, por vezes, inutilidade do depoimento da criança ou adolescente vítima de violência em função dos efeitos da revitimização e outros aspectos psicológicos, e sem considerar a imprescindibilidade em inúmeros casos do depoimento das vítimas para se alcançar a punição do agressor e, com isso, a prevenção de novos atos de violência, o raciocínio do Conselho só poderia ser considerado verdadeiro à luz da lógica racional se, por seu ato, fosse possível impedir que crianças e adolescentes prestassem seus depoimentos em processos criminais como vítimas. Sabe-se que não é assim: com ou sem psicólogos, crianças e adolescentes vítimas de violência continuarão a ser ouvidos nos processos penais que apuram os respectivos atos criminosos. Mudar tal prática, a par de muito difícil, escapa totalmente às atribuições do Conselho e de qualquer decisão judicial. Estabelecida essa premissa, o que interessa saber, à luz do princípio da proteção integral, é se a atuação direta de um psicólogo no ato de inquirição contribui para proteger ou para fragilizar ainda mais crianças e adolescentes vítimas de violência quando do respectivo depoimento no respectivo processo criminal. Pois bem, negar que contribui para protegê-la é negar toda a contribuição técnica que a psicologia pode conferir a tão delicado ato processual. O Conselho Federal de Psicologia sequer tentou fazê-lo, nem seria de se esperar que o fizesse.*

*Daí que se impõe afastar, peremptoriamente, qualquer tentativa das autoridades impetradas de sustentar que estão atuando para proteção das crianças e adolescentes. Não estão! Com a Resolução n. 10/2010, no máximo, o Conselho 'protege' psicólogos da subordinação dos juizes em audiência e o faz, evidentemente, desprotegendo as crianças e adolescentes que, então, ficam sujeitos a uma oitiva tradicional e sem a contribuição da psicologia.*

*O que pode mudar é a forma do exercício do direito. Este pode ser feito de maneira desprotegida ou protegida. A primeira ocorre quando o depoimento é feito*

*diretamente ao juiz; a segunda, quando é realizado por intermédio de um psicólogo. Sem este, a entrevista dar-se-á diretamente entre o juiz e a criança. Nesse caso, por ser entrevistada por alguém que (via de regra) carece da respectiva expertise, o ato tende a lhe causar mais sofrimento - e, com isso, o depoente tende a se retrair, e a verdade permanecerá oculta. Com isso, todos 'perdem' (especialmente a criança, que sofre duas vezes), e o resultado da investigação e do processo criminal é inócuo - restando impune o agressor.*

*A contrario sensu, quando a oitiva é realizada por psicólogo (ou com o auxílio deste), a criança (ou o adolescente) sente-se mais confortável, e se produz a prova buscada; eventuais invenções da vítima tendem a ser detectadas de forma mais eficaz, evitando-se injustiças. O processo atinge seus objetivos (a verdade real, entre eles) - e, conseqüentemente, a persecução penal tende à efetividade. Com isso, outros potenciais agressores são desincentivados - e este efeito contribui para que não se façam outras vítimas, protegendo outras crianças e adolescentes de forma geral.*

*Daí que a postura do Conselho Federal de Psicologia é, bem ao contrário do que sustenta, absolutamente afrontosa ao princípio da proteção integral que orienta o Estatuto da Criança e do Adolescente o o art. 19.1, da Convenção das Nações Unidas sobre os direitos das crianças.*

*Mas há outra violação à principiologia do ECA na qual incorre o Conselho Federal de Psicologia ao desenvolver seu raciocínio contra a tomada de depoimento da crianças e do adolescentes: o de que eles estariam sendo tomados como meros objetos para produção da prova que interessaria tão somente ao Poder Judiciário e não verdadeiros sujeitos de direito que são (art. 15, ECA), dado que o direito a ser ouvido somente se justificaria no caso do art. 28, §1º, ECA, ou seja, quando para colocação em família substituta.*

*Com tal raciocínio, o Conselho Federal de Psicologia desconsidera que as crianças e adolescentes, como sujeitos, têm direito de serem ouvidos nos processos judiciais em que são interessados (art. 111, V, do Estatuto da Criança e do adolescente). Deve-se providenciar, sim, para que o exercício desse direito seja viabilizado com o mínimo possível de efeitos negativos, daí a importância de programas como o do Depoimento sem Dano.*

### **C) DA VIOLAÇÃO AO DIREITO DA SOCIEDADE E DOS RÉUS EM GERAL NA OBTENÇÃO DA VERDADE MATERIAL (FÁTICA) NO PROCESSO PENAL**

*Não se deve desconsiderar que as crianças e adolescentes podem, por vezes, como qualquer vítima, omitir ou falsear a verdade dos fatos, cuja busca é princípio basilar do processo penal, interessando à sociedade e aos réus em geral.*

*A psicologia jurídica, em especial no que respeita ao estudo das falsas memórias, desempenha importante papel no acompanhamento direto dos depoimentos de crianças e adolescentes vítimas de violência, como demonstra a obra Falsas Memórias:*

*Fundamentos Científicos e suas Aplicações Clínicas e Jurídicas, coordenada pela Doutora em Psicologia Lilian Milnitsky e publicada em 2010 pela Artmed, em especial o artigo FALSAS MEMÓRIAS, SUGESTIONABILIDADE E TESTEMUNHO INFANTIL, DE CARMEN LISBÔA WEINGÄRTNER WELTER E LEANDRO DA FONTE FEIX, P.157/185 (DOC 6).*

*Nesse contexto, vedar o contributo que a psicologia jurídica pode dar para a busca da verdade material, ofende os direitos da sociedade em geral na adequada prestação jurisdicional com a busca da verdade material no processo penal e, especialmente, dos réus em todos aqueles processos em que forem vítimas crianças ou adolescentes’.*

Por esses fundamentos, ratificando a liminar concedida, deve ser concedida a segurança pleiteada na inicial.

### **Dispositivo**

Ante o exposto, **concedo** a segurança pleiteada para o fim de, reconhecendo a nulidade da Resolução nº 10/2010, editada pelo Conselho Federal de Psicologia, com efeitos no âmbito do Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Sul, determinar aos demandados que se abstenham de aplicar qualquer sanção aos Psicólogos Judiciários deste Estado e ao impetrante em decorrência da citada norma.

Custas pelos impetrados. Sem condenação em honorários, nos termos do art. 25 da Lei n.º 12.061/09 e das Súmulas nº 105 do STJ e nº 512 do STF.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se. Oficie-se.

Em homenagem aos princípios da instrumentalidade e economia processual, desde logo registro que eventuais apelações interpostas pelas partes serão recebidas no efeito devolutivo.

Interposto(s) o(s) recurso(s), caberá à Secretaria, mediante ato ordinatório, abrir vista à parte contrária para contrarrazões, e, na seqüência, remeter os autos ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

Decorrido o prazo para recurso voluntário, remetam-se os autos ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região para reexame necessário.

Porto Alegre, 11 de maio de 2011.

Marciane Bonzanini  
Juíza Federal na Titularidade Plena

Documento eletrônico assinado por **Marciane Bonzanini, Juíza Federal na Titularidade Plena**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de

2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.jfrs.jus.br/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **6826918v8** e, se solicitado, do código CRC **91B9AFBC**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): Marciane Bonzanini

Data e Hora: 12/05/2011 16:51

**Mandado de Segurança nº 2009.71.00.031114-1/RS**  
**Impetrante: Estado do Rio Grande do Sul**  
**Impetrados: Presidente do Conselho Federal de Serviço Social e Presidente do Conselho Regional de Serviço Social da 10ª Região/RS**  
**Advogado: Eduardo Cunha da Costa**

## SENTENÇA

O Estado do Rio Grande do Sul impetrou mandado de segurança, contra o Presidente do Conselho Federal de Serviço Social e o Presidente do Conselho Regional de Serviço Social da 10ª Região (RS), visando, já em liminar, suspender os efeitos da Resolução nº 554, de 2009, a qual estabeleceu que não é reconhecida, como atribuição ou competência de assistentes sociais, a atuação em inquirição especial de crianças e adolescentes sob o procedimento do chamado **“Projeto Depoimento Sem Dano/DSD”**, determinando às autoridades coatoras que se abstenham de aplicar qualquer penalidade aos assistentes judiciários e ao próprio impetrante. Ao final, solicita a confirmação da liminar e julgamento favorável do pedido, com concessão da segurança para o fim de anular, definitivamente, a Resolução nº 554/2009 do Conselho Federal de Serviço Social (CFESS). Acrescentou que existe risco de violação de seu direito líquido e certo, como estabelecido nos artigos 150 e 151 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), regulamentados pela Lei Estadual nº 9.896/1993, qual seja, a de manter uma equipe interprofissional destinada a assessorar a Justiça da Infância e da Juventude, no referido projeto.

Juntou documentos, entre eles, cópia da mencionada Resolução CFESS nº 554, de 15.09.2009, a qual resolveu que **“a atuação de assistentes sociais em metodologia de inquirição especial de crianças e adolescentes como vítimas e/ou testemunhas em processo judicial sob a procedimentalidade do “Projeto Depoimento Sem Dano” não é reconhecida como atribuição e nem competência de assistentes sociais (...) fica vedado vincular ou associar ao exercício de Serviço Social e/ou ao título de assistente social a participação em metodologia de inquirição especial sob a procedimentalidade do Projeto de Depoimento Sem Dano, uma vez que não é de sua competência e atribuição profissional, em conformidade com os artigos 4º e 5º da Lei 8.662/93 (...) o não cumprimento dos termos da presente Resolução implicará, conforme o caso, na apuração das responsabilidades disciplinares e/ou éticas do assistente social, nos termos do Código de Ética do Assistente Social, regulamentado pela Resolução CFESS nº 273/93, de 13 de março de 1993 (...) os profissionais que se encontrem na situação mencionada nesta Resolução, terão o prazo de 60 (sessenta) dias, a contar da data de sua publicação, para processarem as modificações e adequações que se fizerem necessárias ao seu integral cumprimento”**.

Juntou, também, certidão da 2ª Vara da Infância e da Juventude de Porto Alegre, datada de 15.10.2009, segundo a qual estariam agendadas 80 (oitenta) audiências para a escuta de 100 (cem) crianças e adolescentes, já para os meses de novembro e dezembro de 2009, no projeto Depoimento Sem Dano, que utilizaria a sala de audiências da referida unidade jurisdicional, e que teria a participação de três assistentes sociais lotadas no Juízo. Segundo o informado, destas 100 (cem) crianças, cerca de 95 (noventa e cinco) seriam supostas vítimas de violência sexual praticadas por adultos. Juntou também dados revelados pela pesquisa sobre o Projeto Depoimento Sem Dano - DSD - do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no período de maio de 2003 a dezembro de 2008, tomando por amostra 295 (duzentos e noventa e cinco) processos nos quais foram ouvidas crianças e adolescentes, enfatizando os percentuais expressivos de crianças de tenra idade agredidas por parentes próximos, em especial, pais e padrastos. Há, ainda, cópia de parecer sobre a participação do assistente social na equipe de atuação da metodologia do DSD, que contou com os depoimentos de profissionais como psicólogos, assistentes sociais, juízes, defensores públicos e promotores, além de manifestações importantes de órgãos de classe como a Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul (AJURIS) e como a Associação do Ministério Público, ambos, favoráveis à adequada regulamentação legal da questão.

A liminar foi deferida pelo ilustre Magistrado Federal que me antecedeu na condução deste feito, apoiado no que dispõem os artigos 150 e 151 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), de onde se extrai que a formação de uma equipe interprofissional destinada a assessorar a Justiça da Infância e da Juventude é tarefa atribuída por lei ao Poder Judiciário dos Estados e do Distrito Federal. Além disso, no âmbito de nosso Estado, a mencionada equipe interdisciplinar foi devidamente regulamentada pela Lei Estadual nº 9.896/93, a qual criou os Juizados Regionais da Infância e da Juventude, instituindo a equipe interprofissional com os cargos efetivos de médico psiquiatra judiciário, psicólogo judiciário e assistente social judiciário, todas, profissões de nível superior com exigência de habilitação legal para o respectivo exercício e o dever de prestar assessoria técnica aos juízes.

Como bem pontuou Sua Excelência, **“diante desse suporte fático, considerando que a criação de uma equipe interprofissional destinada a assessorar a Justiça da Infância e da Juventude é tarefa legal imposta ao Poder Judiciário e levando-se em conta que a presença de Assistentes Sociais Judiciários é fundamental para o sucesso de uma empreitada do porte do Projeto “Depoimento Sem Dano” - o qual, diga-se de passagem, possui reconhecimento nacional e internacional, conforme documentos anexados à peça vestibular -, entendo que a Resolução nº 554/2009, emitida pelo Conselho Federal de Serviço Social, incide em afronta aos artigos 150 e 151 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), razão pela qual a liminar pleiteada pelo impetrante deve ser deferida”**.

Ambos os impetrados, Conselho Regional de Serviço Social e Conselho Federal de Serviço Social, apresentaram suas peças de informações, defendendo a legalidade das condutas administrativas, balizadas pela supramencionada Resolução.

O Conselho Regional de Assistência Social alega, em preliminar, sua ilegitimidade para figurar no pólo passivo da impetração, na medida em que o ato normativo partiu do Conselho Federal de Assistência Social. Diz também que não aplicou, ainda, as disposições da Resolução, tampouco, multas ou penalidades. Diz que a Lei nº 8.662/1993 regulamentou a profissão de Assistente Social, indicando as atribuições dos Conselhos profissionais: CFESS e CRESS, especificamente, que a regulamentação do exercício das atividades de Assistente Social compete ao Órgão Federal de âmbito nacional, sendo que os Conselhos Regionais devem apenas cumprir os deveres e as obrigações estabelecidos. No mesmo sentido, é o que se extrai do Código de Ética (Resolução nº 273/1993). Por consequência, deixou de se manifestar no mérito, apenas, ratificando as informações da Autarquia Federal.

A Autarquia Federal, Conselho Federal de Serviço Social, por sua vez, alega a preliminar de ilegitimidade ativa do impetrante, a seus termos, **“o Judiciário do Rio Grande do Sul está substituindo a administração, em pronunciamento que lhe é privativo, na medida em que não pode adentrar no mérito da oportunidade ou conveniência do ato, consubstanciado pela Resolução CFESS nº 554/2009, até porque nenhuma ilegalidade encontra-se no texto da norma em questão”**. Além disso, diz que a ação deveria ser distribuída e tramitar no Distrito Federal, onde a Autarquia possui sua sede e, sobretudo, por ser entidade de âmbito nacional, o que afasta a competência deste Juízo regional para processo e julgamento do **writ**. No mérito, propriamente dito, diz que o procedimento denominado “Depoimento Sem Dano” sequer está regulado por lei, não havendo qualquer respaldo legal para sua aplicação, já que a legislação civil atribui competência aos magistrados para a inquirição, em processos judiciais, de partes, vítimas e testemunhas. Além disso, ao contrário do afirmado pelo ora impetrante, a existência e manutenção de equipes interprofissionais destinadas a assessorar a Justiça independe da execução do depoimento sem dano. Nas suas palavras, **“a Resolução do Conselho Federal de Serviço Social, ora inquinada de ilegal, ratifica a importância e a manutenção da equipe interprofissional, no exercício de suas verdadeiras e reais atribuições, considerando, corretamente e adequadamente, que a intervenção do assistente social na inquirição judicial de crianças e adolescentes NÃO É atribuição do assistente social, na conformidade com o que estabelece a Lei 8.662/93, que prevê as funções do assistente social (...)”**. Conclui, solicitando a negativa da segurança.

O Ministério Público Federal (MPF), em bem lançado parecer, opinou pela procedência do **writ**. Em síntese diz que a Lei do Serviço Social, Lei nº 8.662/1993, não proíbe expressamente o exercício, por parte do assistente social, da atividade de inquirir crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas em processos judiciais no âmbito do “Projeto Depoimento Sem Dano”, instituído nas Varas da Infância e Juventude da Justiça Estadual do Rio Grande do Sul. Sendo assim, a mencionada Resolução nº 554/2009, editada pelo Conselho Federal de Serviço Social, exorbitou seu poder regulamentar, estabelecendo restrições aonde a lei não o fez. Acrescenta que **“o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) prevê, em seus arts. 150 e 151, a instituição de uma equipe interprofissional destinada a assessorar**

a Justiça da Infância e da Juventude. A reserva à produção legislativa local (art. 151, *caput*, primeira parte) foi contemplada no Estado do Rio Grande do Sul pela Lei nº 9.896/93, que instituiu a equipe interprofissional com cargos de provimento efetivo dentre os quais encontra-se o de Assistente Social Judiciário (...) embora, por lei, a inquirição de testemunhas/vítimas seja encargo delegado a juízes, promotores e defensores, o papel desempenhado pelo profissional do serviço social é determinante na apuração dos fatos. Um exemplo nítido é a coleta do depoimento de menor vítima de abusos sexuais. Em tais casos, a técnica utilizada pelo assistente é primordial, conseguindo extrair da criança de forma muito técnica e zelosa, os traumas mais submersos em sua psique”.

É o Relatório. DECIDO.

### PRELIMINARES

As preliminares apontadas pelas impetradas, ambas, identificam o tema da sede da autoridade coatora e a conseqüente questão da competência para processo e julgamento deste feito. Como bem pontuou o MPF, ao trazer à colação julgados de nossa 4ª Corte Regional Federal, o Presidente do Conselho Regional de Assistentes Sociais da 10ª Região “**é parte legítima na demanda que visa a condenação em abster-se de executar, na sua área de atuação, as diretrizes fixadas pelo Conselho Federal**” (TRF4, AC 97.04.44244-0, 4ª Turma, Relator João Pedro Gebran Neto, DJ de 06.03.2002). Além disso, o ato do Presidente do Conselho Regional de Assistentes Sociais também é coator quando “**pratica ou ordena, em concreto, a execução das instruções fornecidas pelo Conselho Federal, por intermédio de Resoluções genéricas, abstratas e, sobretudo, ilegais**” (TRF4, AC 2000.71.00.023477-5, 3ª Turma, Relatora Marga Inge Barth Tessler, DJ de 23.10.2002). Nesse enfoque, sendo o Presidente do Conselho Regional a autoridade que responde pelos atos concretos decorrentes da Resolução nº 554/2009, que atingiram o direito líquido e certo do ora impetrante, então, por decorrência lógica, é ele a autoridade indicada coatora. A sede, portanto, da referida autoridade é regional o que atrai a competência deste Juízo para processo e julgamento do **writ of mandamus**.

Quanto à alegação de que o impetrante, Estado do Rio Grande do Sul, não teria legitimidade ativa para a presente ação mandamental, novamente, estamos diante de tese equivocada. Como o objeto jurídico desta ação corresponde à análise dos possíveis efeitos lesivos da aplicação concreta da Resolução nº 554/2009, estamos diante de um ato efetivo da autoridade regional, o que justifica a movimentação do Estado do Rio Grande do Sul, caracterizando sua legitimidade ativa para a causa. Não se trata de ataque a ato normativo de hierarquia infralegal, de natureza meramente preventiva, o que poderia justificar a exigência da União Federal no pólo ativo em prestígio a possível repercussão da decisão de âmbito nacional. Aqui, os fatos mostram que existe um obstáculo concreto à atuação dos profissionais assistentes sociais no exemplar projeto do Poder Judiciário Estadual conhecido pelo nome de “Depoimento Sem Dano”. É e neste impedimento real, que aqui se impôs contra a comóvente estratégia adotada pelo ora Impetrante, que se situa o objeto

jurídico desta ação e confirma a legitimidade ativa de nosso Estado. Afasto, pois, as preliminares apontadas pelas impetradas.

## MÉRITO

O ato coator está concretizado no ofício emitido pelo Presidente do Conselho Regional de Serviço Social da 10ª Região (CRESS 10ª Região) para o Dr. José Antônio Daltoé Cezar, nobre Magistrado do 2º Juizado da Infância e Juventude da Comarca de Porto Alegre (fl.16). Nele, a autoridade administrativa comunica expressamente, ao Juiz de Direito, que a Resolução CFESS nº 554/2009, de 15.09.2009, não reconhece a inquirição das vítimas crianças e adolescentes no processo judicial, sob a Metodologia do Depoimento Sem Dano/DSD, como sendo atribuição ou competência do profissional assistente social. O referido ofício foi remetido à Autoridade Judiciária em 24.09.2009, sendo que, conforme certidão do cartório judiciário respectivo, já estariam agendadas para os meses de novembro e dezembro de 2009, oitenta audiências, com a participação ativa de três assistentes sociais lotadas no mencionado Juízo da Infância e da Juventude (fl.19).

Ao lermos o texto da Resolução CFESS nº 554/2009, de 15.09.2009, constatamos que ela expressamente exclui a Metodologia do Depoimento Sem Dano como sendo atribuição ou competência do profissional assistente social. No art. 2º do ato normativo infralegal, há vedação expressa de vincular ou associar ao exercício do Serviço Social ou ao título de assistente social a participação em metodologia de inquirição especial segundo os procedimentos do Projeto DSD, uma vez que não seria da competência e da atribuição profissional, a teor dos artigos 4º e 5º da Lei nº 8.662/93. No art. 3º, está dito que o não cumprimento dos termos da Resolução implicará na apuração de responsabilidades disciplinares ou éticas do assistente social, de acordo com o Código de Ética do Assistente Social, regulamentado pela Resolução CFESS nº 273/93, de 13.03.1993. No art. 5º, consta que os profissionais que se encontrarem na situação focada pela Resolução terão o prazo de 60 (sessenta) dias, a contar da data de sua publicação, para processarem as modificações e adequações que se fizerem necessárias ao seu integral cumprimento.

Portanto, não há dúvida de que há um ato concreto da autoridade administrativa regional que impõe séria restrição à continuidade do Projeto DSD do Poder Judiciário de nosso Estado. A questão a saber é se este ato é lesivo, ainda que potencialmente, a direito líquido e certo do ora impetrante. E a resposta é afirmativa, na medida em que lei alguma impôs semelhante restrição à atuação dos profissionais assistentes sociais. Por certo que normas infralegais cuja finalidade é sempre regular os textos legais não podem excedê-los, em qualquer medida, ampliando ou restringindo direitos subjetivos. Além disso, o Projeto DSD vai bem além da previsão de equipes multidisciplinares, integradas por médicos, psicólogos, assistentes sociais, entre outros, que já fazem parte da rotina das Varas Especializadas nas questões intimamente ligadas à Condição Humana, como o são, as Varas de Família, os Juizados da Infância e da Juventude, além das Varas Criminais. Especialmente, porque no caso específico deste **writ** o que subjaz à toda discussão tem a

ver com o drama do abuso sexual contra menores, na maior parte das vezes, de tenra idade, crimes praticados por aquelas pessoas com as quais eles deveriam mais contar: seus familiares próximos. É este drama humano que o, ao mesmo tempo corajoso e sensível, Projeto DSD pretende enfrentar, tentando minimizar os efeitos destrutivos das ações violentas. Ao contrário da Resolução ilegal, este Projeto DSD conta com bases legal e constitucional que o singularizam no contexto das inovações das práticas judiciárias bem sucedidas. Como esclarece o Impetrante na inicial, **“o papel do Assistente Social Judiciário, portanto, é fundamental para auxiliar o julgador em seu múnus, exercendo aquele a função de facilitador (assemelhada à do intérprete) para inquirição da testemunha, o que é perfeitamente admitido pelo ordenamento jurídico pátrio e que se subsume nas atribuições dos membros da equipe interprofissional estabelecida pelo art. 151 do ECA”**.

Por estas razões, e acolhendo os argumentos jurídicos esposados na liminar, reconheço que a Resolução CFESS nº 554/2009 exorbitou seu poder regulamentar, sendo que o decorrente ato concreto emanado da autoridade administrativa regional (Presidente do Conselho Regional do Serviço Social da 10ª Região) foi abusivo e ilegal, malferindo o direito líquido e certo do Impetrante de dar prosseguimento ao Projeto Depoimento Sem Dano da Egrégia Justiça Estadual Gaúcha. Nesse enfoque, reconheço a ilegalidade da Resolução CFESS nº 554, de 15.09.2009, sendo que o Conselho Federal de Serviço Social e o Conselho Regional de Serviço Social devem se abster de impor penalidades ou restrições aos profissionais assistentes sociais envolvidos no Projeto Depoimento Sem Dano (DSD) do Poder Judiciário do Rio Grande do Sul.

Ante o exposto, afasto as preliminares, confirmo a limiar e Julgo procedente o **writ of mandamus**, nos termos da fundamentação. Sem Custas. Sem Verba honorária. Reexame Necessário.

P.R.I.C.

Porto Alegre, 15 de abril de 2011.

Maria Isabel Pezzi Klein  
Juíza Federal

Documento eletrônico assinado por Maria Isabel Pezzi Klein, Juíza Federal, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da autenticidade do documento está disponível no endereço eletrônico <http://www.jfrs.jus.br/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador 6755093v4 e, se solicitado, do código CRC 371D1309.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): MARIA ISABEL PEZZI KLEIN:2178

Nº de Série do Certificado: 44363AD7

Data e Hora: 18/04/2011 16:26:51