

## DIREITO À INTEGRIDADE CORPORAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

E O ART. 88 DA LEI 9.099, DE 26.09.95.

**ALESSANDRA RAPASSI MASCARENHAS PRADO**

Mestre e Doutora em Direito Penal pela Pontifícia  
Universidade Católica de São Paulo. Professora de Direito  
Penal da UFBA e da UCSAL. amprado@yahoo.com.br.

**RESUMO:** A integridade físico-psíquica é direito fundamental, enquanto conteúdo da dignidade humana. O artigo 227 da Constituição Federal de 1988 reforça tal proteção em relação à criança e ao adolescente, tornando-os destinatários de uma tutela especial. Ainda no art. 5º, prevê a garantia do acesso à justiça. A Lei n. 9.099/95, no artigo 88, dispõe que a ação penal relativa aos crimes de lesão corporal leve e lesão corporal culposa dependerá de representação do ofendido. Analisa-se, então, se com esta medida o Estado diminuiu a tutela do direito à integridade física da criança e do adolescente; sendo esta norma, em relação a tais sujeitos inconstitucional.

**Palavras chaves:** Criança. Adolescente. Integridade corporal. Lesão corporal. Ação penal

**ABSTRACT:** The physical and mental integrity is fundamental right. The Brazilian Federal Constitution (1988), in article 227, reinforces such protection in relation to children and teenagers, making them recipients of a special guardianship. Even in article 5, provides the guarantee of Justice's access. The Act n . 9.099/95, in article 88, provides that the criminal prosecution of injury crime will depend on the demand of the victim. This paper analyzes if this measure reduced the protection of the child and teenagers' physical integrity, which can be considered unconstitutional.

**Keywords:** Child. Teenager. Corporal integrity. Crime. Prosecution

---

### INTRODUÇÃO

O presente artigo parte do seguinte questionamento: com a edição do artigo 88, da Lei n. 9.099/95, o Estado não diminuiu a tutela do direito à integridade física da criança e do adolescente, uma vez que estes dependem de um terceiro que o substitua processualmente para exercer o direito de representação? Por outro lado, é possível argüir que se agrava a sua desproteção, considerando que muitas das agressões a integridade dessas pessoas decorrem da

violência doméstica, às vezes camufladas na roupagem de ‘acidentes’, quando passa a vigorar a “lei do silêncio”.

Ressalta-se ainda que os crimes de lesão corporal culposa podem resultar em lesão gravíssima. Deixar a proteção do bem em questão a mercê de um terceiro, que pode ter interesses conflitantes com a tutela da integridade do representado, é correr risco de banalizar uma conduta contrária à dignidade da pessoa humana, principalmente quando esta se trata de criança ou adolescente (p. ex., no caso de um atropelamento, quando o representante visa mais o benefício pecuniário do que a proteção do bem); é diminuir a garantia de tutela, pois muitos são os casos em que a mãe ou o pai, enfim o responsável legal, torna-se cúmplice do agressor, não evitando a continuidade do crime, vigorando a ‘lei do silêncio’.

Caberá, então, questionar, com base nos argumentos desenvolvidos, a inconstitucionalidade do art. 88, retro mencionado, em relação ao direito à integridade física e à proteção especial que a Constituição prevê para as crianças e os adolescentes.

## **1 PROTEÇÃO DO ESTADO À INTEGRIDADE CORPORAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.**

O constituinte brasileiro reconhecendo a importância dos direitos e garantias fundamentais no ordenamento jurídico, dispôs a este respeito logo no Título II da Constituição Federal de 1988, reportando o Capítulo I aos direitos e garantias individuais.

Antes, no Título I, art. 1º., do Texto Constitucional, está disposto que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, que constitui-se em Estado Democrático de Direito.

O princípio do Estado de Direito oculta três pressupostos materiais: juridicidade - “conformar as estruturas do poder político e a organização da sociedade segundo a *medida do*

*direito*<sup>1</sup>”; constitucionalidade - “pressupõe a existência de uma constituição que sirva - valendo e vigorando - de *ordem jurídico-normativa fundamental* vinculativa de todos os poderes públicos. [...] Trata-se de uma verdadeira ordenação normativa fundamental dotada de *supremacia* - supremacia da constituição - e é nessa supremacia normativa da lei constitucional que o ‘*primado do direito*’ do Estado de direito encontra uma primeira e decisiva expressão”<sup>2</sup>; direitos fundamentais - indispensabilidade de uma *base antropológica* constitucionalmente estruturante do Estado de direito [...] que [...] se reconduz ao homem como *pessoa*, como *cidadão*, como *trabalhador* e como *administrado*”<sup>3</sup>.

Os direitos fundamentais, reflexos do respeito pelo princípio da dignidade, são elementos que alicerçam, legitimam a Constituição, e ao mesmo tempo são considerados como tais porque previstos pelo ordenamento jurídico constitucional, que por sua vez existe para lhes agasalhar<sup>4</sup>.

O direito positivo deve perseguir a realização de valores escolhidos pelos homens, pela sociedade, no centro dos quais se encontra o valor da pessoa humana.

A expressão “dignidade da pessoa humana” pode ser traduzida pela “Teoria de cinco componentes” (PODLECH) :

- a) Afirmação da integridade física e espiritual do homem como dimensão irrenunciável da sua *individualidade* autonomamente responsável.
- b) Garantia da identidade e integridade da pessoa através do *livre desenvolvimento da personalidade*.

---

<sup>1</sup> J. J. Gomes CANOTILHO, *Direito Constitucional*, pp. 357-358. “O princípio do Estado de direito é, fundamentalmente, um princípio constitutivo, de natureza material, procedimental e formal ... , que visa dar resposta ao problema do conteúdo, extensão e modo de proceder da atividade do Estado.”

<sup>2</sup> *Ibid.*, pp. 360-362. “Do princípio da constitucionalidade e da supremacia da constituição deduzem-se vários outros elementos constitutivos do princípio do Estado de direito. A) Vinculação do legislador à constituição ... b) Vinculação de todos os restantes atos do Estado à constituição ... c) O princípio da reserva da constituição ... d) Força normativa da constituição.

<sup>3</sup> *Ibid.*, pp. 362-364. Citando Pérez Luno, o autor ressalta que “na sua perspectiva histórica a teoria dos direitos fundamentais precedeu a formulação da noção de Estado de direito”.

<sup>4</sup> Vidal Serrano NUNES JR, *A proteção constitucional da informação e o direito a crítica jornalística*, pp. 21-23, quando refere-se à dimensão autógena dos direitos fundamentais.

- c) *Libertação da 'angústia da existência'* da pessoa mediante mecanismos de socialidade, dentre os quais se incluem a possibilidade de trabalho e a garantia de condições existenciais mínimas.
- d) Garantia e defesa da *autonomia individual* através da vinculação dos poderes públicos a conteúdos, formas e procedimentos do Estado de direito.
- e) *Igualdade* dos cidadãos, expressa na mesma *dignidade social* e na *igualdade de tratamento normativo*, [...], isto é, igualdade perante a lei.<sup>5</sup>

O princípio da dignidade da pessoa humana é, portanto, a base de todos os direitos fundamentais. Os dispositivos referentes a estes direitos refletem o respeito pela unidade existencial de sentido que cada homem é para além dos seus atos e atributos, e, simultaneamente, reconhecem e garantem um conjunto de bens ou valores que são caros à comunidade e que os legitimam e lhes dão sentido, conforme VIEIRA ANDRADE<sup>6</sup>.

Assim, a pessoa humana é o bem supremo da nossa ordem jurídica, o seu fundamento e o seu fim. E então, a estrutura e ação do poder político e a organização da vida econômica, cultural e social está subordinada ao respeito e desenvolvimento da pessoa humana.

### 1.1 Direitos da personalidade.

Direitos individuais são os direitos fundamentais de 1ª geração, os primeiros a serem reconhecidos pelas constituições dos Estados, fundados na idéia de liberdade, de oposição ou resistência do indivíduo face ao Estado<sup>7</sup>, são oponíveis *erga omnes*.

---

<sup>5</sup> Apud. J. J. Gomes CANOTILHO, *Op. cit.*, pp. 363.

<sup>6</sup> José Andrade VIEIRA, *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, pp. 101-107. “Pablo Lucas Verdú entende que a essência dos direitos e liberdades fundamentais assenta-se no livre desenvolvimento da personalidade e no pleno aperfeiçoamento da pessoa humana, com racionalidade e sociabilidade. Esses critérios são necessários para sua interpretação e aplicação, com o objetivo de ajustar-se à sua essência.” (Apud José Alfredo de Oliveira BARACHO, “Direitos e garantias fundamentais, direitos invioláveis - ...”. pp. 182-183.)

<sup>7</sup> Paulo BONAVIDES. *Curso de Direito Constitucional*. Pp. 516-518.

Alguns desses direitos individuais são considerados direitos da personalidade<sup>8</sup>, ou seja, direitos cujos bens jurídicos protegidos são aspectos da personalidade física ou moral dos indivíduos; bens inerentes à própria materialidade e espiritualidade de cada homem.

Direitos da personalidade são “direitos subjetivos cuja função, relativamente à personalidade, é especial, constituindo o “*minimum*” necessário e imprescindível ao seu conteúdo.”<sup>9</sup> São essenciais pois sem eles a personalidade restaria privada de todo o valor concreto, todos os outros direitos subjetivos perderiam o interesse para o indivíduo - se eles não existissem, a pessoa não existiria como tal.

A essencialidade dos direitos pode ser percebida a partir da descrição da personalidade. Como preleciona CAPELO DE SOUSA:

“há desde logo em cada personalidade humana uma *organização* somático-psíquica, cuja tutela encontra aliás tradução na idéia de ‘personalidade física’, organização essa que é composta não só por *bens* ou *elementos constitutivos* (v.g. a vida, o corpo e o espírito), mas também por *funções* (v.g. a função circulatória e a inteligência), por *estados* (v.g. a saúde, o prazer, a tranquilidade) e por *forças*, potencialidades e capacidades (os instintos, os sentimentos, a inteligência, o nível de educação, a vontade, a fé, a força de trabalho, a capacidade criadora, o poder de iniciativa, etc.).”<sup>10</sup>

Por isso, o objeto dos direitos da personalidade tem, segundo DE CUPIS, uma dupla característica: encontra-se em um nexó estreitíssimo com a pessoa, a ponto de poder dizer-se orgânico; identifica-se como os bens de maior valor susceptíveis de domínio jurídico.”<sup>11</sup>

Para que um direito da personalidade seja considerado fundamental é preciso que o atributo da essencialidade adquira um valor jurídico positivo integral, isto é, que os direitos revestindo-se da dita essencialidade não só tomem o lugar próprio no sistema do ordenamento

<sup>8</sup> Diogo Leite de CAMPOS, “O direito e os direitos da personalidade”. R. Limongi FRANÇA, “Direitos da personalidade”, p. 06. R. V. A. Capelo de SOUSA, *O direito geral de personalidade*.

<sup>9</sup> Adriano de CUPIS, *Os direitos da personalidade*, p. 17. Também: R. Limongi FRANÇA, “Direitos da personalidade”, p. 05. René Ariel DOTTI, *Proteção da vida privada e liberdade de informação*, p. 22.

<sup>10</sup> R. V. A. Capelo de SOUSA, *O direito geral de personalidade*, pp. 199-200.

<sup>11</sup> Adriano de CUPIS, *Op. cit.*, p. 22.

positivo, mas adquira, além disso, uma disciplina adequada e apta a assegurar-lhes proeminência relativamente a todos os outros direitos da pessoa a que respeitam.<sup>12</sup>

A nossa Carta de 1988, no art. 5º., *caput*, constitucionaliza diversos direitos da personalidade, reforçando a tutela jurídica dos mesmos, cabendo a legislação infraconstitucional, jurisprudência e doutrina torná-los sempre mais efetivos, quando necessário.

A doutrina varia na enumeração das características dos direitos fundamentais, ora referindo-se a características gerais, atinentes a todos os direitos, ora a características de direitos da personalidade, talvez por serem a maior parte deles.

a) Historicidade. Os direitos fundamentais nascem, modificam-se e desaparecem; decorrem da luta histórica do homem pelo reconhecimento de faculdades, da proteção de certos bens, do respeito à sua liberdade, à igualdade e à fraternidade (ou solidariedade)<sup>13</sup> no sentido mais amplo dos termos, pelo Estado, através do texto constitucional.

b) Universalidade. Mais do que uma característica, é um elemento intrínseco à sua configuração; é a nota de que tais direitos devem referir-se a todas as pessoas sem discriminações, ao ser humano como gênero.

c) Intransmissibilidade. Os direitos da personalidade são insuscetíveis de serem transmitidos, não podem mudar de sujeito sem que se altere a identidade do direito subjetivo, isto porque, o objeto é inseparável do sujeito originário, há um nexó orgânico que a transmissão aniquilaria.<sup>14</sup>

d) Indisponibilidade ou inalienabilidade. É a falta da faculdade ou poder de disposição do bem tutelado pelo sujeito, seja por impossibilidade de determinar o destino do direito subjetivo, ou por impossibilidade de atuar sobre este mesmo direito segundo a própria

---

<sup>12</sup> Adriano de CUPIS, *Op. cit.*, p.18.

<sup>13</sup> Paulo BONAVIDES ao tratar da evolução dos direitos fundamentais em 3 gerações, refere-se ao lema revolucionário, liberdade, igualdade e fraternidade como princípios cardeais do conteúdo desses direitos, coincidindo, inclusive, a seqüência histórica de sua gradativa institucionalização. *Op. cit.*, p. 517.

<sup>14</sup> Adriano de CUPIS, *Op. cit.*, p. 52-60. No mesmo sentido R. V. A. Capelo de SOUSA, *Op. cit.*, p.402. “Com efeito, os bens jurídicos da personalidade humana física e moral constituem o *ser* do seu titular, pelo que são inerentes, inseparáveis e necessários à pessoa do seu titular e circunscrevem os respectivos poderes jurídicos.”

vontade, devido à natureza do próprio objeto (bens jurídicos da personalidade física e moral humana), que tem caráter essencial, necessário e inseparável da maioria dos bens jurídicos da personalidade física e moral humana.

e) Irrenunciabilidade. Consentimento do titular do direito. Irrenunciável é o direito que não pode ser eliminado por vontade do seu titular, devido à essencialidade do bem tutelado. Há ordenamentos jurídicos, que na legislação ordinária, admitem um consentimento *tolerante* de lesão do bem tutelado, o qual não deve ser contrário a uma proibição legal ou aos bons costumes.<sup>15</sup>

A indisponibilidade e a irrenunciabilidade podem sofrer exceções parciais.<sup>16</sup>

Os direitos e garantias fundamentais, elementos estruturantes do Estado de Direito Democrático, devem ser cuidados por um regime jurídico especial, ou seja, a Constituição deve conter “regras e princípios que, na sua globalidade, consagram uma *disciplina jurídico-constitucional específica* para esta categoria de direitos fundamentais.”<sup>17</sup> Observa-se, então, que as normas referentes a estes direitos têm:

a) Aplicabilidade imediata. BARACHO entende que esta característica “toma como base o entendimento de que a Constituição gera, por si própria, direitos subjetivos, sem necessidade de mediação legislativa. A eficácia imediata atende à especial força vinculante da Constituição no âmbito de atuação dos poderes públicos, como entre os entes privados”<sup>18</sup>

É imposta, portanto, a vinculação do legislador aos direitos essenciais do indivíduo uma vez reconhecidos pelo texto constitucional.

b) proteção contra modificação. Os direitos e garantias individuais não podem ser objeto de reforma (art. 60, §4º., IV, CF/88), enquanto os demais direitos fundamentais podem ter sua matéria modificada apenas através de um processo especial (art. 60, CF/88).

---

<sup>15</sup> R V. Capelo de SOUSA, *Op. cit.*, pp. 404-412. Adriano de CUPIS, *Op. cit.*, p. 49.

<sup>16</sup> René Ariel DOTTI, *Proteção da vida privada e liberdade de informação*, p. 26.

<sup>17</sup> J. J. Gomes CANOTILHO, *Op. cit.*, p. 577. Também: José Alfredo O. BARACHO, “Direitos e garantias fundamentais, direitos invioláveis - ...”, p. 184.

<sup>18</sup> José Alfredo de Oliveira BARACHO, *Op. Cit.*, p. 186.

Havendo inobservância da vinculação pelo legislador ordinário, cabe a fiscalização abstrata, por meio de ação de inconstitucionalidade que, segundo CLÊMERTON CLÈVE, tem a finalidade de defesa da ordem constitucional objetiva (interesse genérico de toda coletividade), de dar coerência a ordem constitucional<sup>19</sup>.

## 1.2 Direito à integridade corporal

Direito à integridade física<sup>20</sup>, direito à integridade corporal, direito à integridade físico-psíquica, direito à integridade físico-corporal, são terminologias empregadas pela doutrina para falar do direito do indivíduo a estar bem, sentir-se bem e parecer bem, ou seja, à inteireza anatômica ou funcional de seu organismo, local ou generalizada, de natureza física ou psíquica.

Apesar da variação de termos apresentados, o conceito de integridade física adotado pelos autores é convergente. Preferimos a nomenclatura integridade corporal, entendendo que abrange o físico, o psíquico, o corpo e a saúde.

Conforme DE CUPIS “O bem da integridade física é, a par do bem da vida, um modo de ser físico da pessoa, perceptível mediante os sentidos. Este bem, por outro lado, segue, na hierarquia dos bens mais elevados, o bem da vida.”<sup>21</sup>

O direito toma o corpo humano como bem juridicamente tutelado para certos efeitos, autonomizando-o do conjunto da personalidade humana.

---

<sup>19</sup> Clèmerton Merlin CLÈVE, *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 113.

<sup>20</sup> Silmara J. A. Chinelato e ALMEIDA, “Direitos de personalidade do nascituro.”, p. 21, fala em direito à integridade física “lato sensu” que envolve a integridade física “stricto sensu” e a saúde.

<sup>21</sup> Adriano de CUPIS, *Op. cit.*, p. 69. CANOTILHO afirma que os direitos da personalidade abarcam, entre outros, o direito sobre a própria pessoa (direito à vida, direito à integridade moral e física, ...). *Op. cit.*, p. 520. José Afonso da SILVA atribui à integridade físico-corporal a qualidade de bem vital, que se revela um direito fundamental. *Curso de Direito Constitucional positivo*, p. 178. R. Limongi FRANÇA classifica os direitos da personalidade em Direito à integridade física, direito à integridade intelectual e direito à integridade moral. “Direitos da personalidade. Coordenadas Fundamentais.”, pp. 09-11. R. V. A. Capelo de SOUSA, *Op. cit.*, pp. 218-219.

<sup>21</sup> José Afonso da SILVA, *Curso de direito constitucional positivo*, p. 174.

CAPELO DE SOUSA entende que o corpo humano é, “antes de mais, como a vida, uma realidade biológica que o direito reconhece e protege em si mesma. Assim, através daquele bem jurídico são protegidos não apenas o conjunto corporal organizado mas inclusivamente os múltiplos elementos anatómicos que integram a constituição físico-somática e o equipamento psíquico do homem bem como as relações *fisiológicas* decorrentes da pertença de cada um desses elementos a estruturas e funções intermédias e ao conjunto do corpo, nomeadamente quando traduzem num estado de saúde físico-psíquica.”<sup>22</sup>

### 1.3 integridade corporal da criança e do adolescente.

Os direitos fundamentais não estão apenas localizados no Título II da Constituição, mas em qualquer outro Título, desde que o respectivo artigo constitucional refira-se a direitos essenciais que visem a manutenção da dignidade humana<sup>23</sup>.

O artigo 227, da CF, refere-se aos direitos individuais das crianças e dos adolescentes com um *plus* em relação às demais pessoas, em razão da sua condição especial de incapazes de protegerem a si mesmas, de pessoas em desenvolvimento. Desta forma destaca a posição

---

<sup>22</sup> R. V. A. Capelo de SOUSA, *Op. cit.*, pp. 213-214. Há, contudo, posição contrária, como a de HENRICH HUBMANN, defendendo que “a personalidade não se confunde como o direito à integridade física e à defesa de violações corporais e de danificações da saúde nem com o direito à autodeterminação acerca do corpo, desde logo, porque as condições do corpo, a sua saúde ou doença, influem na condição da alma, a actividade e a capacidade de produção desta e porque, ao inverso, a alma está em posição de dominar o corpo, de dispor acerca dele, de colocá-lo em actividade e até de o formar e o conformar.”

A maior parte dos autores consultados, porém, aborda o direito à integridade física como um direito da personalidade.

Adriano de Cupis considera que os bens da vida, da integridade física, da liberdade, bens mais preciosos relativos à pessoa, são precisamente *modos de ser* físicos ou morais - aptos a satisfazer correspondentes necessidades de ordem física e moral; por isso pode dizer-se que também se situam nela mesma.” O objeto dos direitos da personalidade não é, pois, exterior ao sujeito, o que não significa identificá-lo com a pessoa, uma vez que “o ‘modo de ser da pessoa’ não é a mesma coisa que a ‘pessoa’ ”. (...) “A vida, a integridade física, a liberdade, etc., constituem aquilo que nós *somos*. Ora não se vê por que razão o legislador deveria limitar-se a proteger a categoria do *ter*, deixando de fora a categoria do *ser*...” Criticando a teoria do *jus in se ipsum* ou do direito sobre a própria pessoa, para a qual há identificação entre sujeito e objeto. *Op. cit.*, pp. 23 e 25.

<sup>23</sup> Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO, *Direitos Humanos Fundamentais*, p. 97.

de “absoluta prioridade” das crianças e dos adolescentes, além de criar o compromisso de “colocá-los a salvo de toda forma de negligência, [...], violência.”.

Trata-se de uma norma programa, que necessita de legislação ordinária para que possa produzir totalmente seus efeitos, mas tem aplicabilidade desde então, vinculando os poderes públicos, p. ex., o Legislativo<sup>24</sup>.

A Convenção sobre os Direitos da Criança, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas<sup>25</sup>, em 20.11.89, estabelece princípios que devem orientar os Estados-Partes nas modificações de suas legislações internas, dentre eles:

- a) Reconhecimento de direitos fundamentais.
- b) Proteção integral da criança. A doutrina da proteção integral, segundo JOÃO GILBERTO LUCAS COELHO, indica quais “os direitos de todas as crianças e adolescentes que devem ser universalmente reconhecidos. São direitos especiais e específicos pela condição de pessoas em desenvolvimento. Assim, as leis internas e o direito de cada sistema nacional devem garantir a satisfação de todas as necessidades das pessoas até 18 anos, não incluindo apenas o aspecto *penal* do ato praticado pela ou contra a criança, mas o seu direito à vida, saúde, educação, convivência, lazer, profissionalização, liberdade e outros.”<sup>26</sup>
- c) Prioridade imediata para a infância. Este princípio tem um caráter de aplicação universal exigindo a proteção das crianças, sobrepondo às medidas de ajuste econômico, às crises das dívidas dos países subdesenvolvidos em desenvolvimento.

---

<sup>24</sup> GARRIDO DE PAULA refere-se ao dispositivo como “*compromisso inarredável do Estado* de assegurar os direitos ali inseridos, ... estabelecendo na legislação infraconstitucional mecanismos para a eficácia desses direitos,...”. *Menores, Direito e Justiça*, pp. 152-153.

<sup>25</sup> “O desafio maior daqueles que, durante dez anos trabalharam na elaboração da *Convenção*, foi definir quais os direitos humanos que podem ser comuns diante das diferenças religiosas, culturais e sócio-econômicas nas diversas nações. Encontraram, porém, princípios comuns para a formulação de normas internacionais para nortear os princípios da *Convenção*.” (Tânia da S. PEREIRA, “A Convenção sobre Direitos da Criança (ONU) e a proteção da infância e adolescência no Brasil.”, pp. 277-278.)

No Brasil, a Convenção foi aprovada pelo Congresso Nacional, Decreto legislativo nº 28, de 14.09.90 e ratificada pelo Presidente da República, Decreto nº 99.710, 21.11.90, transformando-a em lei interna.

<sup>26</sup> COELHO apud. Tânia da S. PEREIRA, “A Convenção sobre Direitos da Criança (ONU) e a proteção da infância e adolescência no Brasil.”, p. 279.

d) Princípio do interesse maior da criança. “Este princípio na Convenção leva em conta, primordialmente, a condição especial de serem as crianças seres em via de desenvolvimento.

JOÃO GILBERTO LUCAS COELHO informa que ‘este princípio reafirma direitos e deveres dos pais e responsáveis e o papel do Estado quando aqueles não tenham condições de assegurar a proteção e cuidado.’”<sup>27</sup>

Apesar de não ser nova a idéia de proteção especial da criança e do adolescente<sup>28</sup>, a nossa Constituição de 1988 é inovadora, assegurando o desenvolvimento, o crescimento destas pessoas, aderindo à doutrina da proteção integral, ao interesse maior da criança.

O artigo 227, da CF, que traduz os princípios acima expostos, não traz a expressão “direito à integridade corporal”, mas se refere ao direito à vida, à saúde, e diz que compete também ao Estado deixar as crianças e os adolescentes a salvo de qualquer negligência ou violência, das quais podem resultar lesões corporais, logo, implicitamente tutela o bem da integridade corporal.

Qualquer órgão do poder público tem a responsabilidade de adotar providências que possibilitem às crianças e aos adolescentes terem acesso aos seus direitos, recebendo a necessária proteção.

## 2. A GARANTIA DO ACESSO À JUSTIÇA

A previsão constitucional dos direitos fundamentais não é suficiente para a proteção dos respectivos bens, por isso a exigência não só do reconhecimento, mas também de garantias que assegurem sua existência e efetividade, sua fruição ou reintegração<sup>29</sup>. As garantias, então,

---

<sup>27</sup> Tânia da S. PEREIRA, *Op. cit.*, p. 279.

<sup>28</sup> Antonio Fernando do AMARAL E SILVA e Munir CURY relatam que “Já a Declaração de Genebra de 1924 determinava ‘a necessidade de proporcionar à criança uma proteção especial’, da mesma forma que a Declaração dos Direitos Humanos da Nações Unidas (Paris, 1948) apelava ao ‘direito de cuidados e assistência especiais’; na mesma orientação, a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (Pacto de São José, 1969) alinhava, em seu art. 19: ‘Toda criança tem direito às medidas de proteção que na sua condição de menor requer, por parte da família, da sociedade e do Estado’”. *Estatuto da criança e do adolescente comentado*, p. 12.

<sup>29</sup> José Afonso da SILVA classifica em garantias gerais, que formam a estrutura da sociedade democrática, consagrada no art. 1º da CF/88 e garantias constitucionais, que consistem nas instituições, determinações e

são previstas nos textos constitucionais para protegê-los ou concretizá-los plenamente; visam o acesso ao direito e sua realização.

Previsto no art. 5º., XXXV, da CF/88, o acesso ao Judiciário não é apenas uma garantia, é um princípio informador, é um direito fundamental (assim se manifesta a doutrina).

Para CANOTILHO, “rigorosamente, as clássicas garantias são também direitos<sup>30</sup>, embora muitas vezes se salientasse nelas o *caráter instrumental* de proteção dos direitos. As garantias traduziam-se quer no direito dos cidadãos a exigir dos poderes públicos a proteção dos seus direitos, quer no reconhecimento de meios processuais adequados a essa finalidade (ex.: direito de acesso aos tribunais para defesa dos direitos...)”<sup>31</sup>

NELSON NERY JR. usa a seguinte terminologia: princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional ou princípio do direito de ação, e escreve a respeito, “... podemos verificar que o direito de ação é um direito cívico e abstrato, vale dizer é um direito subjetivo à sentença *tout court*, seja essa de acolhimento ou de rejeição da pretensão, desde que preenchidas as condições da ação.”<sup>32</sup>

GUILHERME DIAS FONSECA acentua que o acesso ao judiciário é “significativo para o avanço e para a consolidação do Estado de legalidade democrática, na medida em que se traduz num verdadeiro direito à via judiciária, que se estende a todas as situações juridicamente protegidas, contra quaisquer actos lesivos dessas mesmas situações”.

---

procedimentos, mediante os quais a própria Constituição tutela a observância ou, em caso de inobservância, a reintegração dos direitos fundamentais. *Op. cit.*, pp. 167-169. Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO subdivide as garantias em garantias-sistema, as que derivam do sistema constitucional; garantias-institucionais, os sistemas de proteção organizados para a defesa desses direitos; e garantias constitucionais em sentido estrito, as defesas postas pela Constituições aos direitos especiais do indivíduo. *Op. cit.*, p. 32.

<sup>30</sup> No mesmo sentido: Celso Ribeiro BASTOS, “Direitos e Garantias Individuais.”, p. 22. Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO, *Op. cit.*, pp. 32-33, 101 e 103, “*direitos-garantias-limites* são poderes de exigir que não se faça determinadas coisas.” e exemplifica: “*princípio da justicialidade* sujeita toda e qualquer lesão de direito ao crivo dos tribunais.”

<sup>31</sup> J. J. Gomes CANOTILHO, *Op. cit.*, p. 520.

<sup>32</sup> Nelson NERY JR., *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, p. 89.

CANOTILHO ao tratar do princípio da garantia da via judiciária dentre outros alcances descreve os seguintes: “*imposição diretamente dirigida ao legislador* no sentido de dar operatividade prática à defesa de direitos. ... (imposição jurídico-constitucional ao legislador)”; “*reforça o princípio da efetividade dos direitos fundamentais*, proibindo a sua inexequibilidade ou eficácia por falta de meios judiciais” (garantia de proteção jurídica); “*fundamenta ... um alargamento da dimensão subjetiva*, e alicerça, ao mesmo tempo, um *verdadeiro direito ou pretensão de defesa* das posições jurídicas ilegalmente lesadas” (criação de um direito subjetivo público).<sup>33</sup>

### **3. A inconstitucionalidade do artigo 88, da Lei n. 9.099/95**

O artigo 88, da Lei n. 9.099/95, dispõe que “além das hipóteses do Código Penal e da legislação especial, dependerá de representação a ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves e lesões culposas.”

Diante da máxima proteção que a Constituição Federal oferece às crianças e aos adolescentes, como interpretar este artigo que, ao contrário, reduz a segurança dos mesmos, uma vez que o início da persecução penal foi dificultada, ou, ao menos, teve reduzida suas hipóteses?

A ação penal é “o direito de se pedir ao Estado-Juiz a aplicação do Direito Penal objetivo. Ou o direito de se pedir ao Estado-Juiz uma decisão sobre um fato penalmente relevante.”<sup>34</sup> Concretiza o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

Este direito deve ser exercido pelo próprio Estado, através do órgão do Ministério Público, pois o Estado deve zelar pela segurança e reintegração da ordem jurídica. A regra, portanto, é o exercício da ação penal pública.

---

<sup>33</sup> J. J. Gomes CANOTILHO, *Op. cit.*, pp. 386-389.

<sup>34</sup> Fernando da Costa TOURINHO FILHO, *Processo Penal*, p. 270.

A exigência de representação significa transferência do direito de ação do Estado para o titular do bem jurídico lesado, ou seja, o Estado confere à vítima a possibilidade de escolha de propor ou deixar de propor a acusação; retira do Ministério Público a legitimidade para exercer o direito de ação integralmente, ou seja, não pode este oferecer a denúncia sem antes haver representação.

Justifica-se tal transferência pelo fato da pretensão punitiva de alguns delitos somente surgir quando o sujeito privado do bem jurídico protegido também tenha interesse na punição do autor da infração penal, e isto por vários motivos que vinculam a própria tutela penal ao poder dispositivo do sujeito passivo do crime.<sup>35</sup>

O Estado, neste caso, embora considerando o interesse da repressão, leva em conta outros interesses, ou outras situações – surge um conflito de interesses entre a necessidade da repressão do ato do ofensor e o respeito à intimidade pessoal do ofendido em relação ao fato que o vitimou. A exceção da ação pública condicionada é aceita no caso de crimes que afetem imediatamente o interesse do particular e mediatamente o interesse geral, bem como para resguardar interesses íntimos do próprio lesado<sup>36</sup>.

Apesar de limitada a faculdade de acusação do sujeito passivo, uma vez que a representação é irretratável (arts. 102, CP) e não há cabimento de perdão do ofendido (art. 105, CP), “a representação restringe bastante a atividade persecutória do Estado, uma vez que se extingue a punibilidade, por ocorrer a decadência, se o ofendido, ou seu representante legal, não a apresentar dentro de seis meses, contados do dia em que teve conhecimento do crime”<sup>37</sup> (art. 103, CP).

A instauração do processo, e até mesmo do inquérito policial (art. 5º., § 4º., CPP), depende, portanto, do julgamento de conveniência do ofendido, manifestando-se por si ou através de representante legal.

---

<sup>35</sup> José Frederico MARQUES, *Curso de Direito Penal*, Vol. III, p. 351.

<sup>36</sup> Fernando da Costa TOURINHO FILHO, *Op. cit.*, pp. 295-296.

<sup>37</sup> José Frederico MARQUES, *Op. cit.*, p. 351.

Críticas são apresentadas pela doutrina a respeito da representação. BINDING apresenta sete pontos desfavoráveis à sua admissão, conhecidos como o “ato de acusação de Binding”, a seguir: “1º) prejuízo do Estado, como titular do *jus puniendi* e do poder de indultar; 2º) prejuízo do ofendido, a quem não foi possível apresentar a tempo a representação, ou que teve um representante inativo; 3º) lesão ao princípio de justiça de que toda a culpa deve ter sua retribuição; 4º) abandono da autoridade do Estado ao arbítrio privado; 5º) condições favoráveis ao criminoso que, com frequência, se subtrai à pena; 6º) condição favorável para o ofendido que, às vezes, comercia o seu direito e é impelido a extorsões; 7º) facilidade do representante legal do ofendido para descuidar, sem consciência, os interesses do representado.”<sup>38</sup>

MAGGIORE, também em posicionamento contrário à representação, alerta que o Estado pode, “com outras formas de renúncia, intervir em favor de casos merecedores de especial atenção, mas nunca permitir que a vontade privada estorve ou paralise sua missão de justiça.”<sup>39</sup>

O menor de 18 anos exerce o direito de queixa por seu representante legal ou por um curador nomeado pelo juiz, quando faltar representante ou o interesse deste colidir com o do menor, art. 33, Código de Processo Penal. (Quem irá apontar esta colisão?).

É evidente que o incapaz civilmente tem diminuída a oportunidade de defesa, de estar a salvo da violência ou da negligência, pois dependerá sempre de uma terceira pessoa, que, conforme o “ato de acusação de Binding”, pode faltar, pode comercializar seu direito...

NELSON NERY JR.<sup>40</sup> ressalta que no processo civil todo e qualquer expediente destinado a dificultar ou mesmo impedir que a parte exerça sua defesa atenta contra o princípio da ação e, por isso, deve ser rechaçado. O mesmo vale, é lógico, para o processo penal, principalmente, quando são vítimas crianças ou adolescentes.

---

<sup>38</sup> BINDING apud Fernando da Costa TOURINHO FILHO, *Op. cit.*, p. 296.

<sup>39</sup> MAGGIORE apud Fernando da Costa TOURINHO FILHO, *Op. cit.*, p. 297.

<sup>40</sup> Nelson NERY JR., *Op. cit.*, p. 90.

### 3.1 Crimes de lesão corporal e maus-tratos X ação penal.

O Direito Penal também protege bens fundamentais da personalidade humana, prevenindo crimes e cominando penas para as condutas que atentem contra a integridade física ou a saúde do indivíduo, concretizando a tutela constitucional.

O crime de lesão corporal consiste em ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem (art. 29, *caput*). Sendo previsto também na modalidade culposa (art. 29, §6º). A pena pode ser aumentada, no caso de lesão culposa, se ocorrer qualquer das hipóteses do art. 121, §4º, §7º (art. 29, §7º). Aplicando-se igualmente à lesão culposa o disposto no §5º. do art. 121. (art. 29, §8º).

A Exposição de Motivos do Código Penal define a lesão corporal como “todo e qualquer dano ocasionado à normalidade funcional do corpo humano, quer do ponto de vista anatômico, quer do ponto de vista fisiológico ou mental.”<sup>41</sup>

A integridade corporal ou saúde a que se refere a lei abrange todas as peças que compõem o corpo e a infinidade das funções que nele se processam, considerados não numa situação ideal, mas nas condições reais em que se encontram no momento em que o indivíduo é agredido.

A lesão corporal é tipificada pelo Código Penal (art. 129) em três níveis, ou seja, considerando o resultado decorrente da conduta do ofensor a lesão é classificada em lesão leve (*caput*), grave (§1º) ou gravíssima (§2º)<sup>42</sup>.

---

<sup>41</sup> Aníbal BRUNO, *Direito Penal*, T. 4, pp. 182-183, explica que a ofensa à integridade corporal é toda modificação nociva imposta à estrutura regular do organismo, podendo alterar as condições normais de órgãos ou tecidos internos ou no aspecto corporal exterior do indivíduo; dano à saúde é toda perturbação da normalidade funcional do corpo humano, o fato de produzir ou agravar ou prolongar no organismo da vítima um processo mórbido, agudo ou crônico, incluindo ainda as perturbações nervosas ou psíquicas. Concluindo que a divergência tem pouco interesse, porque de um ou de outro modo o resultado de dano se incluirá na categoria comum de lesão corporal. Paulo José COSTA JUNIOR, *Comentários ao Código Penal*, Vol. 2, p. 41.

<sup>42</sup> Será grave se da lesão resultar incapacidade para as ocupações habituais por mais de 30 dias; perigo de vida; debilidade permanente de membro, sentido ou função; gravíssima se da lesão resultar incapacidade permanente para o trabalho; enfermidade incurável; perda ou inutilização de membro sentido ou função; deformidade permanente; aborto.

Quando ocorre a lesão corporal culposa, decorrente de imprudência, negligência ou imperícia do ofensor, não se considera o nível do dano causado: se leve, grave ou gravíssimo.

Também com a previsão do crime de maus-tratos pretende-se proteger a integridade corporal (físico-psíquica) da pessoa. Na relação pai/filho, o castigo físico é condenado desde que “imoderado”.

Tal delito consuma-se com a mera exposição da vítima a perigo, absorvendo a lesão corporal leve, caso ocorra. A conduta aqui tipificada como crime está sujeita a ser julgada a partir do oferecimento de uma ação penal pública incondicionada; basta existir indícios do fato e da autoria para que o Ministério Público ofereça a acusação. Apesar da pena um pouco menor em relação ao crime anterior, seu âmbito de proteção aumenta, uma vez que qualquer pessoa pode levar a notícia do crime.

Trata-se de um crime próprio, que só pode ser praticado pelos sujeitos que têm a pessoa sob sua autoridade, guarda ou vigilância, para os fins assinalados na lei (ex.: pais, tutores, professores, médicos, etc.), através das condutas descritas acima. É uma forma de proteção da integridade corporal da criança e do adolescente contra a violência familiar. Mas há possibilidade das condutas destes mesmos agentes não se enquadrarem neste tipo, recaindo sob a tipificação do art. 129 (CP).

“As agressões corporais são as mais frequentes formas de violência direta e familiar contra crianças, sendo atendidas em pronto-socorros, observadas em creches, pré-escolas ou escolas ou encaminhadas a centro de atenção à criança e adolescente ou ao Instituto Médico-Legal, após boletim de ocorrência em posto policial. Todavia esses casos registrados correspondem somente a 1/5 dos que ocorrem na comunidade, sendo, geralmente, os de natureza grave. Estes frequentemente incorrem em riscos de 50% da reincidência do ato abusivo, com conseqüente risco de 25% de dano cerebral e 10% de risco de vida.

O caso de agressões corporais atendidos em pronto-socorros ou internados em hospitais não são oficialmente notificados. As razões de natureza médica na falha de registros são geralmente:

- O profissional médico não faz o diagnóstico, por desconhecimento. Muitos casos de queimaduras, fraturas no crânio ou ossos longos, ferimentos de couro cabeludo, são confundidos com simples acidentes não intencionais. Serviços de urgência traumatológica nos Estados Unidos da América

apresentam até 30% de fraturas de ossos atendidos, tendo como causa o mau-trato.”<sup>43</sup>

GARRIDO DE PAULA reporta-se a três tipos de violência contra a criança e o adolescente: a estatal, p. ex., no atendimento policial e institucional, violência de abordagem repressiva e vigilante, materializada em agressões, maus-tratos, imposição de castigos físicos; a social, p. ex., que atinge a todos, vítimas de toda sorte possível de atentados aos mais elementares direitos da pessoa humana; e a familiar, onde “inúmeros são os casos de violência física, psíquica e sexual relativos a crianças e adolescentes, tendo como autores seus próprios pais, ficando os menores vítimas, quer pela ausência de denúncias, quer pela falta de programas de orientação e até mesmo ante à impunidade dos autores desses crimes, sem qualquer forma de proteção.”<sup>44</sup>

### 3.2 Diminuição da tutela da integridade corporal da criança e do adolescente.

A Lei 9.099/95 restringe o âmbito de proteção do direito à integridade físico-psíquica da criança e do adolescente uma vez que a admissão de ação pública condicionada nos crimes de lesão corporal afasta possibilidades de instauração do processo penal e do inquérito policial, diminuindo, destarte, a tutela da integridade corporal.

Tal restrição visa a despenalização, ou seja, dificultar a aplicação da pena de prisão. Mas não só, há uma tendência em deixar de punir condutas ditas de menor potencial ofensivo, além do argumento de dar possibilidade da vítima decidir sobre a persecução penal, indiretamente, sobre o direito de punir, conforme sua conveniência.

Conforme verificamos anteriormente, a Constituição visa a proteção integral da criança e do adolescente, não cabendo ao legislador ordinário dizer da importância do bem integridade corporal.

---

<sup>43</sup> Hélio de Oliveira SANTOS, *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*, pp. 738-739.

<sup>44</sup> Paulo Afonso Garrido PAULA, *Menores, direito e justiça*, pp. 147-153.

Segundo CANOTILHO, a restrição de direitos fundamentais ocorre “quando o âmbito de protecção de um direito fundado numa norma constitucional é directa ou indirectamente limitado através da lei. De um modo geral, as leis restritivas de direitos ‘diminuem’ ou limitam as possibilidades de acção garantidas pelo âmbito de protecção da norma consagradora desses direitos e a eficácia de protecção de um bem jurídico inerente a um direito fundamental.”<sup>45</sup>

Ora, a norma constitucional não autoriza a restrição de tal âmbito de protecção, ao contrário, adota os princípios da protecção integral e do interesse maior da criança e do adolescente, conforme exposto acima. O art. 88 ao reduzir a eficácia de tutela do referido bem jurídico desrespeita o disposto no art. 227 da Constituição Federal.

Não podemos falar em limite imanente ou limite constitucional não escrito, cuja admissibilidade de restrição não é expressa, mas justificada, no contexto sistemático da constituição, em nome da salvaguarda de outros direitos ou bens<sup>46</sup>. A acção pública condicionada não tem justificativa nestes casos em que o titular da acção deve ser representado por um terceiro, cuja intervenção pode faltar ou até mesmo contrariar seus interesses.

Parte da doutrina explica que tais limites justificar-se-iam através da “cláusula da comunidade” ou dos limites “originários ou primitivos” (Krüger), “(i) ‘limites constituídos por direitos dos outros’; (ii) limites imanentes da ordem social; (iii) limites eticamente imanentes.” CANOTILHO alerta para o risco de, por este caminho, aderir à “doutrina da regulamentação das liberdades”<sup>47</sup>, ampliando para o legislador possibilidades de restrição.

Outra teoria que fundamenta tais restrições é a teoria das “limitações horizontais” (Isensee), segundo a qual o “exercício de direitos, liberdades e garantias pressuporia logo uma ‘reserva de amizade’ e de ‘não prejudicialidade’, não como restrição dos direitos mas como limite dos pressupostos jurídicos e fácticos desses mesmos direitos.” Ou ainda podem ser justificados os limites imanentes como “resultado de uma ponderação de princípios jurídico-

<sup>45</sup> J. J. Gomes CANOTILHO, *Op. cit.*, pp. 601-603.

<sup>46</sup> *Ibid.*, pp. 604-605.

<sup>47</sup> *Ibid.*, p. 607.

constitucionais conducente ao afastamento definitivo, num caso concreto, de uma dimensão que, *prima facie*, cabia no âmbito prospectivo de um direito, liberdade e garantia.”<sup>48</sup>

Seja qual for a justificativa, a proteção integral da criança e do adolescente é argumento mais forte na ponderação dos interesses. Admitir a ação pública condicionada é reduzir o acesso à Justiça e, conseqüentemente, a proteção da integridade corporal, direito inviolável, intransmissível, indisponível, irrenunciável, principalmente por terceiros.

Defende GUILHERME FONSECA que “... o acesso à justiça não é coisa fácil para largas camadas da população - desde logo, por razões sociais e culturais. Laços de dependência económica ou outra levam muitos cidadãos a absterem-se de requerer a intervenção do tribunal para defesa dos seus direitos.” E continua “... a realização do direito, mediante a intervenção dos tribunais, pressupõe a iniciativa de um cidadão activo, independente, medianamente culto, liberto das compulsões sociais e económicas resultantes da existência de classes sociais antagónicas.”<sup>49</sup>

Este pensamento é típico reflexo da situação em que foi colocado o menor de 18 anos pelo referido art. 88, que deixou a cargo apenas do seu representante legal, ou de um curador (o que não ajuda muito), o seu acesso à justiça, uma vez que a possibilidade de representação será exercida por um ente familiar, que devido à íntima relação com o agressor pode não agir, que devido aos interesses económicos pode preferir o acordo por fora; a nomeação do curador, por seu turno, depende que a notícia do conflito de interesses chegue até ao Juiz, para que ele possa nomeá-lo.

Seguindo a imposição constitucional de oferecer a maior possibilidade de proteção às crianças e aos adolescentes, o Estatuto, Lei 8.069/90, estabelece no art. 227 que: “Os crimes definidos nesta lei são de ação pública incondicionada.”

Ampliando a oportunidade de instauração do inquérito policial e da ação penal, conseqüentemente, da punição, tal dispositivo é visto por MÔNICA HUMMEL como um

---

<sup>48</sup> *Ibid.*, pp. 608-610.

<sup>49</sup> Guilherme F. D. Pereira da FONSECA, *A defesa dos direitos*. Princípio geral da tutela jurisdicional dos direitos fundamentais, pp. 37-38.

“instrumento da almejada erradicação da impunidade. Permite o corte no círculo vicioso da agressividade, possível em todas as relações com a infância, numa sociedade tão maltratada como a nossa.”<sup>50</sup>

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos fundamentais traduzem a razão de ser da Constituição, que existe para abrigá-los, tendo como núcleo o princípio da dignidade da pessoa humana. Segundo a teoria de cinco componentes, a afirmação da integridade física e espiritual do homem como dimensão irrenunciável da sua individualidade autonomamente responsável e a garantia da identidade e integridade da pessoa através do livre desenvolvimento da personalidade são dois dos elementos constitutivos deste princípio.

A integridade corporal é considerada, pela maior parte da doutrina consultada, como um dos objetos da tutela dos direitos da personalidade.

O art. 227, da CF/88, repete a disposição dos direitos fundamentais individuais referindo-os às crianças, não por acaso, mas para reconhecer-lhes na condição especial de seres em vias desenvolvimento, para impor a proteção integral destas pessoas. Implicando que a ação do poder político e a organização do ordenamento jurídico, subordinadas ao respeito e desenvolvimento da pessoa humana, estão vinculadas a tais princípios.

A tipificação da lesão corporal dolosa ou culposa, seja leve, grave ou gravíssima, reforça a reprovação que a consciência comum faz pesar sobre o crime e impõe com rigor da sua sanção o respeito ao bem protegido, cumprindo, assim, a função educativa, social-cultural do Direito punitivo. Porém, havendo uma desvalorização do resultado, deixando a mercê do ofendido a punição do ofensor, conseqüentemente, desvaloriza-se o bem.

---

<sup>50</sup> Mônica S. HUMMEL, *Estatuto da criança e do adolescente comentado*, p. 696.

A lesão corporal, resultado nocivo à estrutura ou funcionamento do organismo, viola o bem da integridade corporal, objeto do direito da personalidade, que em relação à criança e ao adolescente não pode ser exposto à falta de proteção, merecendo o máximo de tutela.

A norma penal, como tem frisado a doutrina, não é a solução para todos os problemas sociais, mas tem seu valor e sua razão de ser intimamente ligada à proteção dos direitos fundamentais, à segurança. Se o Estado prioriza a criança e o adolescente, remetendo-os uma tutela especial, o legislador ordinário não pode diminuir a proteção à integridade corporal, como o fez através do art. 88, da lei 9.099/95, como demonstramos.

Além do que, como ressalta JOSÉ AFONSO DA SILVA, as normas de princípio programático, “quanto mais se aperfeiçoam e adquirem eficácia mais ampla, mais se tornam garantias da democracia e do efetivo exercício dos demais direitos fundamentais.”<sup>51</sup>

Não existe uma fórmula única para o combate à violência. Evidente que o desenvolvimento de políticas sociais básicas é imprescindível neste sentido. No entanto, sem uma ação específica no combate às agressões contra a integridade físico-psíquica da criança e do adolescente, sustenta-se atitudes violentas, tornando-as incontroláveis.

A previsão dos crimes de lesão corporal e de maus-tratos é um caminho neste combate, mas é imprescindível que a ação penal que reforça e concretiza sua proteção seja realizada da forma mais ampla possível.

Ocorre com a edição do art. 88, da lei 9.099/95 uma desvalorização do resultado (lesão) e conseqüentemente do bem (integridade corporal), além de tornar mais difícil o acesso da criança e do adolescente à justiça (também garantia-direito constitucionalmente estabelecido), restringe o legislador conteúdo de matéria que não é passível de tal ação.

Entendendo que a norma contida no art. 5º., inciso XXXV, da CF dirige-se ao legislador ordinário e, conseqüentemente, a todas as leis que possam impedir o exercício do direito de ação, e que o art. 227, da CF impõe o respeito aos direitos fundamentais da criança e do adolescente, combatendo todo tipo de violência ou negligência, sendo uma das formas a

---

<sup>51</sup> José Afonso da SILVA, *Op. cit.*, p.161.

punição do ofensor, o art. 88, da lei 9.099/95 restringiu matéria que não é passível de tal medida.

Portanto, cabe a fiscalização abstrata da ação normativa estatal (art. 88, Lei 9.099/95) em relação às crianças e aos adolescentes, que se contrapõe aos mandamentos constitucionais (arts. 227, *caput*, e 5º, XXXV), através da ação direta de inconstitucionalidade.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. “Direitos de personalidade do nascituro”. In: *Revista do Advogado*, n.º. 38, São Paulo, dezembro/1992, pp. 21-30.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra, Livraria Almedina, 1987.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. “Direitos e garantias fundamentais, direitos invioláveis - teoria geral dos direitos individuais, direitos e liberdades constitucionalmente garantidos, ensaio e enumeração”. In: VVAA. *A proteção dos direitos humanos nos planos nacionais e internacionais: perspectivas brasileiras*. Seminário de Brasília de 1991. Instituto Interamericano de Derechos Humanos e Friedch-Naumann-Stiftung, San Jose da Costa Rica/Brasília, Brasil, 1992, pp. 171-196.

BASTOS, Celso Antonio Ribeiro. “Direitos e Garantias Individuais.” In: VVAA. *A Constituição brasileira 1988: interpretações*. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1988, pp. 21-32.

BITTAR, Carlos Alberto. “Danos patrimoniais e morais por violações a direitos da personalidade. *Revista do Advogado*, n.º. 38, São Paulo, dezembro/1992, pp. 14-16.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo, Ed. Malheiros, 1994.

CAMPOS, Diogo Jose Paredes Leite de. “O direito e os direitos da personalidade”. *Revista da Ordem dos Advogados*, vol. 53, Lisboa, abril/jun.-1993, pp. 201-224.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra, Livraria Almedina, 1993.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1995.

COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Comentários ao Código Penal*. São Paulo, Ed. Saraiva, 1989. V. 1 e 2

CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. Tradução de Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Carneiro. Lisboa, Livraria Moraes Editora, 1961.

CURY, Munir e outros. *Estatuto da criança e do adolescente comentado*. 6 ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2003.

DOTTI, René Ariel. *Proteção da vida privada e liberdade de informação*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1980.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo, Ed. Saraiva, 1995.

FIRMO, Aníbal Bruno. *Direito Penal*. Tomo 4. Rio de Janeiro, Forense, 1966.

FONSECA, Guilherme Frederico Dias Pereira da. *A defesa dos direitos*. Princípio geral da tutela jurisdicional dos direitos fundamentais. Lisboa, Separata do Ministério da Justiça, n.º 344, 1985.

FRANÇA, Rubens Limongi. “Direitos da personalidade. Coordenadas fundamentais.” *Revista do Advogado*, n.º. 38, São Paulo, dezembro/1992, pp. 05-13.

HUNGRIA, Néelson e FRAGOSO, Heleno Claudio. *Comentários ao Código Penal*. Vol. V. Rio de Janeiro, Forense, 1981.

MARQUES, José Frederico Marques. *Curso de Direito Penal*. São Paulo, Ed. Saraiva, 1956. v. 3

NERY JR., Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 11 ed. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2013.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A proteção constitucional da informação e o direito a crítica jornalística*. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 1995.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. *Menores, Direito e Justiça*. Apontamentos para um novo direito das crianças e adolescentes. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1989.

PEREIRA, Tânia da Silva. “A Convenção sobre Direitos da Criança (ONU) e a proteção da infância e adolescência no Brasil.”. In: VVAA. *A proteção dos direitos humanos nos planos nacionais e internacionais: perspectivas brasileiras*. Seminário de Brasília de 1991. Instituto Interamericano de Derechos Humanos e Friedch-Naumann-Stiftung, San Jose da Costa Rica/Brasília, Brasil, 1992, pp. 277-293.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1990.

SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade*. Coimbra, Coimbra Editora, 1995.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 16ª. São Paulo, Ed. Saraiva, 2013. v. 1