

Castigo Aplicado pelos Pais: Exercício Regular de Direito ?

Rodrigo F. Fragoso

O direito de correção consiste na faculdade que determinadas pessoas naturais têm de impor, com finalidade de educar, restrição de direitos individuais a quem está a elas submetido, dentro de uma hierarquia familiar ou administrativa. Trataremos, aqui, da análise doutrinária do direito de correção que compete aos pais em relação aos filhos, dentro do círculo familiar interno. Compreendida como causa de justificação (exclusão da antijuridicidade), a conduta dos pais que castigam os filhos, por justo motivo e dentro de limites moderados, é lícita. Quer dizer: lesões corporais porventura causadas no exercício *regular* do direito de correção não constituem delito, haja vista serem admitidas não apenas pelo costume, mas pela própria lei.

É sabido que a personalidade infantil e adolescente se estrutura e molda essencialmente dentro do mundo familiar e que são os pais que têm a seu cargo a tremenda responsabilidade de educar e orientar seus filhos. Para lograr êxito nessa primordial tarefa, eles necessitam empenhar todos os mecanismos persuasivos que resultem eficazes e que, ao mesmo tempo, permitam conservar incólumes os valores inatos da personalidade. No exercício de tal faculdade, os pais podem vulnerar interesses jurídicos individuais de seus filhos, sem que incorram por isso em responsabilidade penal.

Veja-se, a esse respeito, interessante passagem de ROXIN, na qual assevera a relevância de se reconhecer a discriminante em apreço:

“Y efectivamente hay que admitir dicha justificación: es cierto que la ley no dice expresamente que el derecho de educación incluya el derecho a un castigo corporal moderado, y que sería pedagógicamente deseable que se renuncie al castigo corporal como medio de educación familiar; pero sería desconocer la realidad de la vida suponer que en la condiciones sociales y psicológicas actualmente existentes todos los padres iban a poder arreglárselas prescindiendo completamente de acudir a las manos como método

educativo. Si se quisiera movilizar aquí al Derecho penal por cada bofetada motivada por faltas graves, serían más las familias destrozadas que las pacificadas.”¹

Fundamento legal

O inciso I do artigo 1.634, da Lei n.º 10.406/2002 (novo Código Civil), repetindo os termos do art. 384 do Código anterior (Lei n.º 3.071/16), estabelece competir aos pais a criação e a educação dos filhos:

“Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

I – dirigir-lhes a criação e educação;”

A norma estabelece, em realidade, um *dever* para os pais. Eles devem dirigir a criação e a educação dos filhos menores, escolhendo a escola, a orientação espiritual, etc, e, até certo ponto, elegendo a profissão que deverão seguir. Nenhuma lei no sistema brasileiro, todavia, especifica em exatos termos em que consiste “criação” e “educação”. Pela sistemática francesa, a criação e a educação incluem tudo o que for indispensável para o saudável desenvolvimento físico, mental e social do filho (da infância até a juventude). Já na sistemática alemã, o dever de manutenção engloba as necessidades vitais, respeitado o *status* econômico e social da família. Quanto à educação, se requer, no sistema alemão, o mínimo de instrução profissional, capaz de garantir a sobrevivência da prole.

No entanto, o direito brasileiro chega a prever o *castigo* como meio de exercício do dever de educar. Prova disso está no novo Código Civil, que (também repetindo o anterior) regula o castigo paterno, punindo-o por seu uso imoderado. Eis o teor do inc. I, do art. 1.638, do novo C.C., que prevê nesses casos a extinção do poder familiar:

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

¹ in “Derecho Penal – Parte General”, Tomo I, 2 ed., Editorial Civitas S.A., 1997, p. 752.

I - castigar imoderadamente o filho;”.

Ou seja, é perfeitamente admissível concluir, *a contrario sensu*, que, no Brasil, o castigo, desde que moderado, é lícito.

Requisitos para o exercício do direito de correção

O direito de correção (*ius corrigendi*), sobretudo aquele mais claro e indiscutível, de que dispõem os pais em relação aos filhos, deve ser exercido dentro de justos limites, porque -- segundo GARRAUD² -- é preciso que não se confunda aqui a existência de um direito, com a medida de seu exercício. Idêntica é a lição de ASÚA:

“La elección y el empleo de los medios adoptados para ejercitarlo, determinan el límite entre el uso legítimo y el abuso de la violencia, con un fin educativo e correccional”³.

Em suma, além da faculdade legal para exercer o direito de correção, exige-se, para que se possa reconhecê-lo como causa de justificação, a observância dos seguintes requisitos:

- (a) moderação em seu exercício; e
- (b) finalidade educativa.

Primeiramente, o direito de correção deve ser exercido com moderação. O abuso do direito converte o castigo em antijurídico. JAKOBS⁴ define, com precisão, os limites entre o exercício *moderado* e o abuso do direito de educar:

“Hay abuso cuando cabe demostrar que el castigo corporal no es necesario, es decir, que por saldo

² *Apud* ASÚA, LUIZ JIMÉNEZ DE, in “Tratado de Derecho Penal”, Tomo IV, Buenos Aires: Editorial Losada, 1952, p. 542.

³ ASÚA, LUIZ JIMÉNEZ DE, *ob. cit.*, p. 542.

⁴ JAKOBS, GÜNTHER, in “Derecho Penal – Parte General”, Madrid: Marcial Pons, Ediciones Juridicas, 1997, p. 562.

resulta inútil e incluso perjudicial. Tal es el caso siempre que se da un trato denigrante o cuando se inflige más que lesiones sin importancia o se crea el correspondiente peligro.”.

Com efeito, o direito de castigar só é tolerável, diz ROXIN⁵, sem a causação de feridas sangrentas, hematomas e similares, como castigos degradantes (tais como, o corte de cabelo que enfeie o aspecto, atar e golpear o menor ou obrigar o menor a permanecer nu). Moderação e finalidade educativa são, na lição de ASÚA⁶, requisitos indispensáveis à conduta dos pais:

“La moderación es requisito indispensable y la adecuación al fin educativo da la norma y el sentido a esas medidas. Los castigos brutales más insubordinan que educan a los niños y adolescentes.”

No mesmo sentido é a posição de WESSELS⁷, para quem a correção corporal é juridicamente admissível somente:

*“a) quando, havendo motivo bastante para seu uso, seja imposta objetivamente para o alcance do fim educativo e dominada subjetivamente pelo pensamento de educação.
b) e quando, além disso, a sua espécie e medida se situem em relação adequada para com a falta e a idade do jovem.”.*

Em segundo lugar, só é regular o direito de correção exercido com o *fim de educar*. ROXIN adverte, todavia, que a finalidade educativa ou os “motivos pedagógicos” não podem ser reconhecidos *a priori* como justificativa pelo castigo, que deve ser sempre administrado *por motivo razoável*. Exclui-se assim a justificação se o castigo for aplicado por motivo de

⁵ Ob. cit., p. 752.

⁶ ASÚA, LUIZ JIMÉNEZ DE, ob. cit., p. 540.

⁷ WESSELS, JOHANNES, in “Direito Penal - Parte Geral (Aspectos Fundamentais)”, trad. por Juarez Tavares, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1976, p. 80.

fadiga, cólera, sadismo ou impulso sexual.

Na lição de MAURACH⁸, as fronteiras do *ius corrigendi* devem estar objetiva e subjetivamente definidas. Em caso de erro sobre o motivo da correção ou sobre a existência, espécie ou alcance do direito de correção invocado pelo agente, subsiste a antijuridicidade.

Transmissão do direito de correção

Não existe direito de correção de filhos alheios. Ocorre que o *exercício* do direito de correção pode ser transferido pelos pais a terceiros em situações específicas de guarda e custódia.

Assim, por exemplo, se os pais, ausentando-se, deixam os filhos aos cuidados dos avós, também podem dar-lhes permissão para a imposição de castigos em caso de faltas graves. ROXIN⁹ adverte que os padrastos não têm direito de correção sobre os enteados porque são parentes por afinidade. A permissão deve ser, a rigor, expressamente outorgada.

Assim sendo, não têm os professores escolares, meramente em função do contrato de ensino, permissão para punir fisicamente os alunos porque, segundo o autor, “*con ello se ampliarían de modo inadmisibile las facultades oficialmente concedidas al maestro y porque sería intolerable que dentro de una misma clase se ejerciera de modo distinto la facultad de corrección frente a los alumnos.*”¹⁰. ASÚA¹¹ afirma que o direito disciplinar do professor sobre o aluno não aparece uniformemente concebido, pois embora se excluam os castigos corporais, subsistem na pedagogia moderna as detenções e privações de saída para recreios, etc. Portanto, admite-se ainda certo grau de repreensão.

VON LISZT, no entanto, salientava que a autorização poderia ser, em certos casos, presumida (como, por exemplo, a correção de um menino travesso pelo transeunte molestado.¹²). MAURACH, por seu turno, aponta a incorreção de se considerar a reprimenda de impertinências de menores,

⁸ MAURACH, REINHART, in “Tratado de Derecho Penal”, Barcelona: Ediciones Ariel, 1962, p. 422.

⁹ ROXIN, CLAUS, ob. cit., p. 752.

¹⁰ idem, p. 754.

¹¹ Ob. cit., p. 540.

¹² Este o exemplo trazido pelo autor em seu célebre “Tratado de Direito Penal Alemão” (vertido para o português por José Hygino Duarte Pereira), Rio de Janeiro: F. Briguet & C. – Editores, 1899, p. 244.

especialmente quando estão ausentes os pais, como gestão de negócios sem mandato. O autor afirma a existência, nesses casos, de uma “*defensa frente al desorden*”¹³.

Conclusão

Por todo o exposto, deve ser acolhida com reservas certa assertiva de WESSELS, no sentido de que “*a pena educativa deve ser sentida como um ‘mal’, para influir na condução futura da atividade do ofendido.*”¹⁴ Os novos métodos pedagógicos não recomendam a inflicção de um “mal” ou de uma “pena” com fins educativos.

Assim sendo, conclui-se que o direito dos pais de educar seus filhos deve necessariamente obedecer a limites quanto ao motivo (grau da falha praticada pelo menor), quanto ao meio e modo de repreensão (limitados estritamente à correção e direção da moral futura do menor), bem como quanto à sua finalidade (exclusivamente educativa), sendo certo que o dano provocado pelo castigo jamais poderá constituir humilhação, prática vexatória ou lesão séria ao menor.

¹³ Ob. cit., p. 422.

¹⁴ WESSELS, JOHANNES, ob. cit., p. 80.