

## EDITORIAL

Nesta 35<sup>a</sup> edição, contamos com a colaboração de onze articulistas que trouxeram, em dez artigos jurídicos, o resultado de seus estudos e pesquisas a respeito de um número variado de assuntos em diversos ramos do Direito, com abordagem nas áreas econômica, constitucional, autoral, processual penal militar, trabalhista, sociológica, processual civil e civil.

Álvaro Edauto da Silva Gomes (*Crédito consignado: medidas corretivas para evitar o superendividamento*), Antonio Fernando Costa Pires Filho (*Propaganda de tabaco e bebidas alcoólicas: limites constitucionais, legais e infracionais*), Daniella D'Arco Garbossa (*Propaganda de expressão e símbolos nacionais*), Edson Nalon Silva (*O instituto da menagem no processo penal militar*), José Eduardo Parlato Vaz (*Teoria histórica dos direitos trabalhistas nas Constituições Brasileiras*), Luís Augusto de Mola Guisard e Irineu Francisco Barreto Junior (*Augusto Comte e Émile Durkheim: uma sociologia “apaziguadora”*), Maíra Feltrin Alves (*O princípio da separação dos poderes e o controle judicial de políticas públicas*), Nelson Rodrigues Netto (*Sistema brasileiro de provas*), Nivaldo Sebastião Vícola (*Os interditos possessórios nas Ordenações Filipinas*) e Silvano Andrade do Bomfim (*Responsabilidade civil dos pais pelos atos dos filhos menores*) ilustram a presente edição, cujos ensinamentos esperamos que os senhores leitores, acadêmicos de direito, pesquisadores, operadores do Direito e juristas, possam obter de maneira ímpar e significativa.

**PROF. DR. JORGE SHIGUEMITSU FUJITA**  
**Editor Responsável**

## RESUMO

A partir do ano de 2004, uma nova modalidade de crédito pessoal surgiu no mercado brasileiro, mais conhecido por empréstimo consignado, destinado aos pensionistas do INSS. Na ótica da justiça nasce uma preocupação que seria a possibilidade do alto endividamento destes por serem desprovidos, na sua grande maioria, de conhecimentos de educação financeira. Nesta breve pesquisa procuraremos elucidar a questão, observar quais medidas foram tomadas para que a armadilha fosse desarmada por parte das autoridades governamentais e órgãos de defesa do consumidor.

**Palavras-chave:** Empréstimo Consignado. Educação Financeira.

## ABSTRACT

From the year 2004, a new type of personal loans appeared in the Brazilian market, better known as payroll loans, aimed at INSS. In view of justice begins a concern that would be the possibility of high debt because they are devoid of these, the vast majority of knowledge of financial education. This brief survey will seek to clarify the issue, noted that measures were taken so that the trap was disarmed by governmental authorities and organs of consumer protection.

**Keywords:** Payroll Loans. Financial Education.

\*Economista e mestre na área de Controladoria e Contabilidade Estratégica. Professor de Direito Econômico da FMU.

## 1. Introdução

O empréstimo consignado é uma modalidade de crédito pessoal destinado aos funcionários públicos, servidores da ativa, aposentados pensionistas, funcionários do exército, marinha e aeronáutica. Surgiu a partir de 2004 com a Lei 10.820 publicada no Diário Oficial da União em 17 de dezembro de 2003 e, atualmente, chega a representar 60% das operações de crédito pessoal. As operações de crédito foram iniciadas pela Caixa Econômica Federal cujas parcelas eram descontadas do benefício previdenciário e, depois, foi estendida às demais empresas de arrendamento mercantil e financeiras, desde que devidamente credenciadas.

Esta modalidade de empréstimo é regulamentada pelo Ministério da Previdência Social e acompanhada pelo Ministério da Justiça e Ministério da Fazenda, portanto, fica clara a preocupação tripartite por considerarem prováveis efeitos econômicos lesivos aos requerentes e a retaguarda ou segurança jurídica em tais operações seria de extrema importância para preservá-los do risco de alto endividamento.

No ano de 2010 as operações chegaram a totalizar R\$ 136 bilhões, conforme informado pelo Banco Central do Brasil, para um total de crédito no mercado que atingiu, aproximadamente R\$ 1 trilhão de reais.

Dentre as vantagens apresentadas, empréstimos com média de juros de 2% ao mês, diferente da taxa de empréstimo pessoal que atinge 212% ao ano. Esta taxa é o atrativo que uniria o útil ao agradável, ou seja, pensionistas pagando os juros mais baixo do mercado e o banco operando com o menor risco possível.

Foi utilizada por 9,3 milhões de aposentados e pensionistas do INSS até a presente data e os empréstimos foram, em média, de R\$ 1.580,00 com pagamento em 33 parcelas. Os aposentados que recebem um salário mínimo responderam pela maior parte dos contratos, sendo o destino do dinheiro para o mercado de bens duráveis e de construção civil.

## 2. Características da Operação de Empréstimo Consignado

O pagamento das parcelas estaria vinculado à folha de pagamento do servidor público, sendo que a garantia do contrato vincularia-se à própria folha de pagamento. Para que isso ocorresse, deveria a instituição financeira se credenciar junto ao Município, Estado ou União para que as parcelas do empréstimo fossem descontadas diretamente da folha de pagamento.

Não haveria necessidade de consulta ao Serasa ou qualquer outra central de crédito, podendo o pagamento ser parcelado de 6 a 72 meses, muito embora, em função das intervenções dos órgãos vinculados ao assunto terem estabelecido um limite máximo de 36 parcelas. Aos interessados, o Ministério da Previdência Social disponibilizou *on line* a tabela de juros cobrados pelas instituições financeiras que variavam de 1,5% a 3,9% ao mês dependendo do prazo acordado e da instituição financeira.

O oferecimento de cartões de crédito aos aposentados passa a ser oferecido após publicação da instrução normativa do INSS no. 117.

Quando do início da oferta do empréstimo, instituições financeiras cobravam a taxa de abertura de crédito, porém, através de circular publicada pelo Banco Central do Brasil em 15 de maio de 2006, a referida cobrança foi suspensa, medida esta saudável, uma vez a taxa garantiria facilmente a lucratividade das instituições financeiras ofertantes.

Para YUNUS<sup>1</sup>, a empresa social é aquela que, como toda empresa, oferece produtos e serviços à sociedade, porém, diferentemente das outras, não paga dividendos aos acionistas e não visa, necessariamente, a maximização dos lucros. Geralmente procuram reduzir a pobreza, promover justiça social e, seus usuários procuram, acima de tudo, satisfação psicológica, emocional e espiritual.

<sup>1</sup> YUNUS, M; JOLIS, A. *O Banqueiro dos Pobres*. São Paulo: Editora Ática, 2003.

### 3. Características das Instituições Ofertantes

A instituição financeira ou Sociedade de Arrendamento Mercantil deve estar preparada para vincular-se tecnicamente ao sistema da DATAPREV, o banco de dados do Instituto Nacional da Previdência Social e remeter a lista das operações de empréstimo realizada. O próprio sistema se encarregaria de fazer a reserva de margem consignada de 30% da renda do solicitante por determinação legal. Com base nesta averiguação o empréstimo seria concedido ou não. O próprio sistema informaria se o requerente paga pensão alimentícia judicial, se há na renda recebida incidência de imposto de renda ou se paga mensalidade a alguma associação, de forma que somados não comprometessem a totalidade da renda deste. Caso afirmativo, o empréstimo não seria concedido.

As instituições financeiras participantes devem se enquadrar no conceito do que estabeleceu a Lei 4.595/64 não podendo apresentar débitos junto à Fazenda Nacional, Estadual ou Municipal, devendo estar quites, também, com a Previdência Social, regularizadas com o FGTS e não estarem inscritas em dívidas ativas da União. Devem estar regularizadas no Cadastro Informativo de Créditos não Quitados (CADIN) e no SIAFI – Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal.

Conforme ABRAMOVAY<sup>2</sup>, há uma visão unilateral no sentido de enxergar o potencial beneficiário como mero receptor de recursos financeiros (...) e satisfazer a necessidade do público excluído do acesso bancário. A necessidade de conceder empréstimos é um elemento fundamental para a sustentabilidade da organização creditícia.

Já YUNUS sugere a construção de um sistema de microfinança de proximidade (...) com formação de redes de relações sociais entre indivíduos como modalidade não patrimonial de garantia, modelo este aplicado no *Grammen Bank*.

### 4. Riscos aos Requerentes

A falta de cuidado e de informação poderá induzir os beneficiários a fornecerem informações e documentos importantes para agentes falsos que se apresentam no mercado através de visita às residências. Sendo hipossuficientes, estes não dispõem de conhecimento suficiente para perceberem tal investida. Portanto, orientações por parte das instituições financeiras para que o público alvo evitasse a visita de estranhos nas residências passou a se disseminar pelo mercado e nos sites das mesmas, passando o Banco Central do Brasil a oferecer o serviço de 0800 para eventuais denúncias.

Outro risco relaciona-se ao uso da cópia do documento original falsificado. Desta forma, pessoas estranhas aproveitavam-se do acesso aos documentos de aposentados e, com a falsificação conseguiam o empréstimo em espécie, porém o aposentado só tomava conhecimento após desconto em seu benefício previdenciário.

Era comum, também, a ocorrência de descontos na folha de pagamento sem o devido repasse à instituição financeira por parte da prefeitura. O banco cedente negativava o nome do funcionário público. Casos como este ocorreram em Avaré (São Paulo) e Santana do São Francisco (Sergipe), o que caracterizou apropriação e improbidade administrativa e gerou ação do Ministério Público contra as respectivas Prefeituras.

O posicionamento legal é que “Não se pode prevalecer da fraqueza ou ignorância do consumidor”.

### 5. Entidades de Apoio ao Uso Incorreto do Crédito Consignado

Em função dos fatos apresentados, a Ouvidoria Geral da Previdência Social disponibilizou o PrevFone (0800-780191) ou [www.previdenciasocial.gov.br](http://www.previdenciasocial.gov.br) para que as denúncias fossem apresentadas, além de disponibilizar o acesso à ouvidoria através do endereço eletrônico [ouvidoria@previdencia.gov.br](mailto:ouvidoria@previdencia.gov.br).

O Sistema Nacional de Defesa do Consumidor representado pelo Departamento

<sup>2</sup> ABRAMOVAY, R. *Laços financeiros na luta contra a pobreza*. São Paulo: FAPESP, 2004.

de Proteção e Defesa do Consumidor da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, além do PROCON também colocaram à disposição do consumidor o disque denúncia via telefone 0800 7070477.

Confederação Brasileira de Aposentados e Pensionistas também se envolveu com as questões relacionadas ao empréstimo consignado.

## 6. Medidas Tomadas para Evitar Abusos por Parte das Instituições Financeiras

A partir do Ofício DENOR 2005/00517 de 17 de maio de 2005, publicado pelo Departamento de Normas do Sistema Financeiro Nacional, fica proibido negar empréstimos em função da idade, além da operar venda casada e oferecer serviços através do telefone.

Em 25 de maio de 2005 foi preparado um roteiro pela Ouvidoria Geral da Previdência Social, Ministério da Fazenda, Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça e pela Diretoria de Benefícios do INSS, de forma a combater o número cada vez mais crescente de reclamações no PROCON.

A Lei Federal de número 8.137 proíbe cláusula de exclusividade nas operações e a tipifica como crime contra a ordem econômica a tentativa de eliminação da concorrência, permitindo ao consumidor maiores opções de escolha no mercado, além da concorrência ser favorável à redução da taxa de juros. A mesma lei passa a permitir ao requerente a possibilidade da portabilidade.

Todas as instituições financeiras tiveram que ajustar as campanhas publicitárias, além da conduta nas operações de oferta do crédito consignado tais como, a aplicação da venda casada.

Foi preparado pela Previdência Social um roteiro distribuído nas agências da Previdência e entidades civis de defesa do consumidor, mais conhecido por Roteiro Técnico sobre Empréstimo Consignado para Aposentados e Pensionistas do INSS respaldado pelo Ofício Denor-2005/00517, de 17 de maio de 2005.

Em 15 de maio de 2006 foi proibida a cobrança da Taxa de Abertura de Crédito.

Em 03 de outubro de 2006 a Fundação Procon-SP promoveu uma nova reunião sobre crédito consignado, com a participação dos Ministérios Públicos Estadual e Federal, do promotor do Estado de São Paulo, Marcos Lyra, da procuradora da república do Ministério Público Federal, Cristina Marilin Vianna e de um representante do Idec – Instituto de Defesa do Consumidor. O objetivo foi definir a adoção de medidas conjuntas que solucionassem os problemas apresentados por algumas instituições que oferecem o crédito consignado, em uma reunião de trabalho intensa com a alta cúpula do INSS e representantes do setor de bancos.

Em agosto, o Procon-SP oficiou o INSS para cobrar a aplicação das penalidades em cima dos abusos cometidos pelas instituições financeiras no crédito consignado, conforme prevê a lei – Instrução Normativa 121, art. 16, I e III alínea a – e entregou documento demonstrando as principais ocorrências detectadas junto aos postos de atendimento. Nos casos em que houver registro de mais que 10 problemas por empresa, a referida instrução passou a prever responsabilidade do INSS na suspensão da comercialização das atividades bancárias, bem como suspensão da comercialização quando do recebimento de reclamações ou recomendações de órgãos de defesa do consumidor por prática lesiva ao consumidor, principalmente o marketing agressivo adotado como prática pelas instituições que vendem esse tipo de crédito.

Os diretores e técnicos do Procon-SP reiteraram o posicionamento do órgão no sentido de condenar algumas práticas adotadas por determinadas instituições que oferecem o crédito consignado, tais como: faltas de clareza na oferta e informação; transparência na publicidade; não apresentação do instrumento de contrato; cláusulas abusivas; envio de cartão sem solicitação; contratação por telefone mesmo após a proibição. E ainda, reiteraram que as instituições que se enquadrarem nas práticas acima seriam autuadas. Os participantes discutiram sobre o posicionamento de cada um dos órgãos presentes, resultado de seminário sobre o tema realizado em junho, e os desdobramentos do

mercado em cima de casos concretos, ocorridos junto ao setor de atendimento.

Uma delas foi o Banco Cruzeiro do Sul, que já havia sido autuado em decorrência da prática do marketing agressivo e da proposta de adesão (oferta publicitária) que apresentava várias cláusulas abusivas, dentre as quais: aceitação de condição estabelecida em contrato registrado em cartório e cartão de crédito adicional, já que a instituição não estava autorizada pela Previdência a realizar também outras ações, como desconto em verbas rescisórias, inclusive de natureza indenizatória, para aposentados e pensionistas; autorização para trocas de informações junto a quaisquer bancos de dados; falta de clareza nos documentos entregues ao contratante (o que dificultava a compreensão de seu sentido e alcance). Outros bancos que incorreram nas mesmas práticas também ficariam sujeitos à autuação.

O Procon-SP adotou medidas cautelares administrativas, nos termos do Código de Defesa do Consumidor, visando à interrupção das práticas abusivas promovidas na comercialização do cartão de crédito consignado.

As reuniões promovidas pelo Procon-SP resultaram do trabalho desenvolvido pelo Núcleo de Tratamento do Superendividamento que demonstrou que o crédito consignado estava sendo desvirtuado por algumas instituições financeiras e sendo alvo de práticas abusivas que levaram ao superendividamento dos consumidores idosos.

Seguem abaixo as propostas elaboradas a partir do Seminário “Crédito Consignado, Benefícios e Propostas de Aperfeiçoamento Legislativo”, promovido pelo Ministério Público do Estado de São Paulo e a Fundação Procon-SP, em 29 de junho de 2006.

## 6.1. Contratação Direta e Pessoal

Foi proposta a vedação de qualquer forma de contratação na qual o aposentado ou pensionista (principal destinatário do crédito consignado) esteja fisicamente ausente, abolindo-se, pois, os negócios celebrados por procuradores, gestores de negócio ou mesmo manifestação de vontade por meio eletrônico, além de telefonia.

## 6.2. Devolução em Dobro

Nos casos de constatação de fraude ou erro na identificação do consumidor, diante de contratações em que não esteve efetivamente presente perante os agentes da instituição financeira na celebração do contrato, propõe-se que haja a imposição de devolução em dobro do valor erroneamente descontado pelo banco, de forma imediata.

## 6.3. Sancionamento da Informação inadequada

Foi estabelecido um regime de sanções a bancos que não deem informações claras e objetivas, a respeito dos juros cobrados no empréstimo, nos termos do artigo 42 do Código de Defesa do Consumidor. Tal sistema deve prever sanções que incluam o direito de arrependimento do tomador do empréstimo, com a perda dos juros e devolução do principal, sem acréscimos.

## 6.4. Vedações de Cláusula de Antecipação de Vencimento

Foi proposto que fosse editada uma portaria pela Secretaria de Direito Econômico, para incluir no rol de cláusulas abusivas, nos termos do artigo 51 do Decreto nº. 2.181/97, as cláusulas utilizadas nos contratos de empréstimo consignado que tragam como causa de vencimento antecipado da dívida o evento morte, bem como a demissão involuntária ou o desligamento involuntário da Previdência Social.

## 6.5. Teto de Juros

Foi proposto a manutenção da política introduzida pela portaria nº. 06/2006 da presidência do INSS de fixação de tetos máximos de juros, os quais devem ser: a) escalonados em função do prazo do empréstimo e b) inferiores em relação às taxas dos empréstimos garantidos por alienação fiduciária.

A medida proposta não foi um tabelamento de juros, mas uma indicação ao mercado de níveis intoleráveis de juros, por ser abusiva. Não se trata da abolição pura e

simples do teto, mas a sua adequação aos prazos de financiamento.

## 6.6. Limite de Endividamento

Foi proposto que fossem fixados patamares diferenciados de limite de comprometimento ou de endividamento, em função da renda do consumidor, devendo ser este de 10% para aqueles que recebam menos de dois salários mínimos (percentual de comprometimento admissível revelado pelo IBGE em pesquisa sobre orçamento familiar).

## 6.7. Banco de Dados de Reclamações

Foi proposto que a ouvidoria da Previdência Social ficasse incumbida de organizar um Banco de Dados das Reclamações Fundamentadas contra os bancos, divulgando o ranking das instituições com maior número de reclamações, inclusive pela internet. Trata-se de medida que contribuiria para fomentar a melhoria do atendimento e da transparência do sistema.

## 6.8. Câmaras de Mediação para o Superendividamento

Propõe-se que seriam estabelecidas no âmbito do INSS Câmaras de Mediações, para solução de casos de superendividamento dos aposentados e pensionistas, visando à renegociação das dívidas, com a presença obrigatória de representante dos bancos, sob pena de suspensão de novas consignações. Tratou-se de uma medida necessária para resgatar a dignidade de pessoas que se encontravam em situação involuntária de absoluto descontrole financeiro e alijadas do mercado de consumo de gêneros essenciais.

## 6.9. Proibição do Uso do Cartão de Crédito no Sistema de Crédito Consignado

A forma atual de desconto de empréstimos contraídos com cartão de crédito até o limite de 10% do valor do benefício para aposentados e pensionistas induz a pensar que este também é limite de compras do cartão, o que não é verdade, uma vez que poderá haver valor remanescente da fatura que extrapola o

limite de 10% do benefício e que deverá ser pago sem desconto em folha.

Foi proposta a abolição do sistema de Reserva de Margem Consignável. Desta maneira, quem quiser fazer uso de cartão de crédito deverá efetuar os pagamentos do modo tradicional, sem qualquer tipo de desconto em folha.

## 6.10. Informações Completas nos Holerites

Foi proposto indicação nos *hollerites* ou demonstrativos de pagamento do valor total do empréstimo; o valor da parcela; o percentual de juros contratados; o saldo devedor na data de expedição do documento e a instituição financeira responsável pelo crédito.

Tais informações seriam importantes para que o consumidor possa aferir desde o primeiro desconto, a correta execução daquilo que foi avençado, como também ter o controle da capacidade de comprometimento do restante da renda, tanto em relação aos valores quanto ao tempo.

## 7. Efeitos da Crise de 2008 sobre o Crédito Consignado

Após a crise de 2008 o crédito consignado para aposentados recuou 73%. Foram realizadas operações na ordem de 16.365 (novembro de 2008) representando queda de 73% em relação ao mês anterior e o montante contratado foi de R\$ 115,5 milhões. Com a crise do *subprime* nos Estados Unidos os grandes bancos compraram a carteira de crédito de bancos menores e levaram as operações de crédito consignado consigo, porém tais operações não são rentáveis tanto quanto as demais.

### Bancos conveniados no ano de 2005

INSTITUIÇÃO FINANCEIRA
1.Banco do Brasil
2.Banco BMG S/A
3.Banco BMC S/A
4.Banco Pine
5.Banco Paulista SA
6.Paraná Banco S/A

7.Banco Cruzeiro do Sul S/A
8.Banco Cacique S/A
9.Banco Votorantim S/A
10.Banco Bonsucesso S/A
11.Banco Pan Americano S/A
12.União de Bancos Brasileiros
13.Caixa Econômica Federal
14.Banco Mercantil do Brasil
15.Banco Santander
16.Banco Schain S.A.
17.Banco BVA S/A
18.Sul Financeira S/A

Fonte: Ministério da Previdência Social

## Bancos conveniados em 2012

INSTITUIÇÃO FINANCEIRA
1.Caixa Econômica Federal
2.Banco do Brasil
3.Banco Real S.A. - ABN AMRO - CORRENTISTA
4.Banco Real S.A. - ABN AMRO - NÃO CORRENTISTA
5.Banco Santander
6.Banco Ibi S/A
7.Banco Itaú
8.Unibanco
9.Banco Banrisul
10.Financeira Alfa S.A.
11.Banco Acredita SCM Ltda
12.BRB Financeira
13.Crediare/Credifar
14.Banco Bradesco
15.Banco Votorantim/ BV Financeira
16.Banco Cooperativo do Brasil S.A.
17.Banco GE Capital S/A
18.Banco Ficsa S/A
19.Banco Máxima
20.Banco Máxima
21.Mercantil do Brasil Financeira S/A - Crédito, Financiamento e Investimentos
22.Banco Mercantil do Brasil
23.Banco Banestes
24.Banco Parati
25.Banco Cetelem
26.Banco BVA S.A.
27.HSBC Bank Brasil S/A - Consumer Finance

28.Banco Bonsucesso
29.Banco Cacique S/A
30.Banco BGN
31. Banco BMG
32.Banco ABC Brasil
33.Banco Sofisa S/A
34.Citibank
35.Banco BBM S.A.
36.Banco Socicred
37.Banco Morada S.A.
38.RS S.A. / Banco Rural
39.Banco Pine S/A
40.Banco BBM S.A.
41.ASB S/A
42.Banco Semear
43. Banco Schahin
44.Banco Oboé
45.Intermedium C.F.I S/A
46.Banco Matone
47.Banco Sul Financeira
48.Banco Paulista S.A.
49.Banco Cetelem
50.Banco Arbi
51.Banco Cruzeiro do Sul
52.Banco Daycoval
53.Paraná Banco S/A
54.Banco BMC
55.Lecca CFIS.A.
56.Banco Panamericano S/A
57.Banco Crefisa S/A
58.Banco Cetelem
59.Banco Industrial do Brasil
60.Banco Cetelem
61.Banco Luso Brasileiro

Fonte: Ministério da Previdência Social

Observamos, portanto, que apesar da crise no subprime ter provocado a redução na procura, novas instituições se credenciaram para oferecerem o empréstimo, ainda concentrado em bancos de pequeno porte.

## 8. Ranking de Reclamações Contra os Bancos nas Operações de Crédito Consignado

No ano de 2009 foi divulgado pelo Instituto Nacional de Seguridade Social o *ranking* de bancos e financeiras que ofereceram empréstimos consignados e acabaram sendo os vilões do mercado, por fraudes ou não, muitos por empréstimos indevidos:

Instituição Financeira	Reclamações	Procedentes
Banco BMG	2804	1271
Banco BMC	1369	556
Bonsucesso	974	437
Cruzeiro do Sul	681	230
Banco GE Capital	600	230
Banco Schain	559	244
Banco Votorantim	519	298
Banco Pine	384	113
Banco Panamericano	368	115
Banco Industrial	303	159

Fonte: INSS

## 9. Considerações Finais

Conforme observamos, apesar das medidas tomadas por parte das autoridades, a ocorrência de procedimentos inadequados por parte das instituições financeiras continuava a persistir, o que fez com que algumas destas sofressem punições mediante as novas regulamentações e normatizações, o que proporcionou espaço para que os requerentes

lesados pudessem discutir o assunto na justiça e terem os seus direitos reservados diante de práticas ilícitas por algumas instituições financeiras e oportunistas de plantão interessados em tirar proveito deste consumidor de serviços bancários, em sua grande maioria, hipossuficientes. Portanto, o empréstimo consignado, além dos riscos de inadimplência que apresentava no início das operações em 2004 também vitimava funcionários de repartições públicas que não efetuavam o pagamento ao banco fornecedor do empréstimo e de operações realizadas sem a presença deste.

Foi necessário, portanto a atuação dos Ministérios da Previdência Social, da Justiça e da Fazenda, além de entidades representativas da categoria e do PROCON para a regulação do segmento, o que, de certa forma, contribuiu em muito para proporcionar segurança jurídica aos requerentes.

Desta forma, o índice de inadimplência foi controlado pela limitação em 30% da renda dos aposentados, pensionistas e funcionários públicos, tarefa esta feita em conjunto com as empresas de processamento de dados do governo e instituições financeiras, modelando, portanto o risco inerente do comprometimento da renda destes.

Fica, então, registrada a imediata atuação do governo para que o produto empréstimo consignado passasse a ser uma opção a mais para parte da população brasileira, de forma que pudesse usufruir de uma taxa de juros menor em situações que o levasse a contrair empréstimos no mercado. O produto é interessante sob o ponto de vista econômico

## REFERÊNCIAS

- ABRAMOVAY, R. **Laços financeiros na luta contra a pobreza**. São Paulo: FAPESP, 2004.
- BANCO MUNDIAL. **The next 4 billion: Market Size and Business Strategy at the Base of the Pyramid**. IFC, 2007.
- BASTOS, L. R.; FERNANDES, L. M.; PAIXÃO, L.; e DELUIZ, N. **Manual para elaboração de projetos e relatórios de pesquisas, teses, dissertações e monografias**. New York: 4<sup>a</sup> edição, MacMillan, 1993.
- BERMAN, B.; EVANS, J. R. **Retail management: a strategic approach**. New Jersey: Prentice Hall, 1998.
- BITTENCOURT, G.; MAGALHÃES, R.; ABRAMOVAY, R. Informação de crédito: Um meio para ampliar o acesso dos mais pobres ao Sistema Financeiro. In: **Pesquisa e Debate**. São Paulo, v. 16, n. 2 (28), p. 203-248, 2005.
- CASTRO, C. M.. **A prática da pesquisa**. São Paulo: McGraw-Hill, 1997.
- CUNHA, L. TAVARES, F. Um País Popular. In: **Isto É Dinheiro**. São Paulo. 17 de agosto de 2005.
- DE SOTO, H. **O Mistério do Capital**. São Paulo: Record, 2001.
- GALLAGUER, Terence. **IV Seminário Banco Central sobre Finanças - Dados Disponíveis, Estudos de Mercado e Segmentação de Clientes**. ([www.bcb.gov.br/pre/SeMicro4/Palestras/09%20Terence%20Gallagher.ppt](http://www.bcb.gov.br/pre/SeMicro4/Palestras/09%20Terence%20Gallagher.ppt)). Acesso em 15/07/2007.
- GIOVINAZZO, Renata A. **Um Estudo sobre o Desempenho e a Estratégia das Empresas que atuam no Mercado de Bens Populares no Brasil**. Tese (Mestrado). São Paulo, FEA-USP. 2003.
- GLOBAL ENTRENEURSHIP MONITOR (GEM). **Relatório Executivo de Empreendedorismo no Brasil**. Curitiba, 2006.
- GODOY, P.; NARDI, S. **Marketing para o varejo de baixa renda: como otimizar o uso dos 4Ps**. Osasco: Novo Século, 2006.
- GULLI, H.. **Microfinance and Poverty: Questioning the Conventional Wisdom**. Washington, D.C.: International American Development Bank, 1998.
- INSTITUTO FERNAND BRAUDEL DE ECONOMIA MUNDIAL. **A Democratização do Consumo**. Braudel Papers, n 39, 2006.
- IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Disponível em <http://www.ibge.gov.br>.
- IPEA Data. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Disponível em <http://www.ipeadata.gov.br>
- LATIN PANEL. **Dados cedidos pela empresa**. 2007
- LEVY, M.; WEITZ, B. A. **Administração do Varejo**. São Paulo: Atlas, 2000.
- MARCONI, M. A.; LAKATOS, E. M. **Fundamentos de Metodologia Científica**. São Paulo: 5<sup>a</sup> edição, Atlas, 2003.
- MASLOW, A. **Maslow no Gerenciamento**. 1edição, 2000. Ed. Qualitymark.
- MAXIMIANO, A. C. A. **Introdução à Administração**. 6<sup>a</sup> edição, 2004. Ed. Atlas.
- MEZERRA, J. **O Mercado de Micro crédito no Brasil**. Rio de Janeiro: Campus, 2003.
- NERI, M. C.; MEDRADO, A. L.. **Experimentando Microcrédito: Uma análise do impacto do CrediAmigo sobre acesso a crédito**. Ensaios Econômicos, Escola de Pós-Graduação em Economia da Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro, n 608, 2005.
- PARENTE, J. **Seminário: Localização de Lojas**. Seminário GVCEV. Varejo Baixa Renda – Adequação do Mix de Marketing. São Paulo, 2007.
- PRAHALAD, C. K. **A riqueza na base da pirâmide**. São Paulo: Bookman, 2005.
- RHYNE, E.; HOLT, S.. **Women in Finance and Enterprise Development**. Education and Social Police Discussion Paper 40. Washington, D.C.: World Bank, 1994.
- SCHREINER, M. **Informal Finance and the Design of Microfinance**. Development in Practice, Vol. 11, No. 5, pp. 637-640, 2001.
- SPERS, R. G. **Proposição de um Modelo de Internacionalização para Atuação de Empresas Brasileiras nos Mercados Populares Internacionais**. Tese de Doutorado em Administração de Empresas. Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2007

VASCONCELOS, M. R.; FUCIDJI, J. R.; SCORZAFAVE, L. G.; ASSIS, D. L. **O todo e as partes: uma análise da desigualdade de crédito entre os estados brasileiros e os determinantes do crédito bancário com a aplicação de dados em painel.** Economia e Sociedade. Campinas, v. 13, n 1 (22), p. 123-149, 2004.

WRIGHT, J. T. C. SPERS, R. G. **Mercado de Bens Populares no Brasil: Desempenho e Estratégias das Empresas.** In: Anais 30º Encontro da ANPAD 2006. Salvador, 24 a 27 de setembro de 2006.

YUNUS, M; JOLIS, A. **O Banqueiro dos Pobres.** São Paulo: Editora Ática, 2003.

## RESUMO

Neste breve artigo, procuramos refletir sobre a questão da liberdade de propaganda para consumo de tabaco e de bebidas alcoólicas e o direito/obrigação de informação dos danos que este consumo pode trazer à saúde.

A colisão entre informar sobre os perigos à saúde advindos de fumar ou consumir bebidas alcoólicas e os direitos individuais leva-nos a aqui analisar este inóspito terreno em que ora há conformação infraconstitucional e ora a ponderação, trazendo reflexões sobre a necessidade do princípio da proporcionalidade no que tange o conflito entre liberdade de expressão, liberdade individual *versus* proteção à saúde.

**Palavras-chave:** Propaganda. Tabaco. Álcool. Direitos Individuais. Proporcionalidade. Ponderação. Liberdade. Proteção à Saúde.

## ABSTRACT

In this brief study, we analyze the conflict between freedom of speech and of the press and its freedom of advertising tobacco and alcoholic beverages, in contrast with the right/obligation the State has of information relating to the protection of individual health.

The collision between informing about the danger to one's health as consequence of smoking or consuming alcohol and press or individual rights take us to the inhospitable terrain in which sometimes there is infra-constitutional compliance and other times proportionality, all this bringing us to ponder about this conflict.

**Keywords:** Advertising. Tobacco. Alcohol. Individual Rights. Proportionality. To Ponder. Freedom. Health Protection.

\* Procurador da Fazenda Nacional em São Paulo, Professor de Direito Constitucional e Direito Tributário do Curso de Graduação em Direito da Universidade Paulista – UNIP. Professor de Teoria do Direito e Ciência Política do Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário UniFMU – SP. Especialista em Direito Tributário. Especialista em Formação de Professores e Mestre em Direito da Sociedade da Informação pelo Centro Universitário UniFMU – SP.

## 1. Introdução - Colisão de Direitos

A propaganda de tabaco e bebidas alcoólicas é posta em prática no Brasil segundo os vetores axiológicos e normativos constitucionais, num primeiro momento. Originam-se da Constituição os vetores e balizas ao exercício jurídico das inclinações morais internas e externas, dos valores sociais atinentes ao consumo de tabaco e bebidas alcoólicas. O direito, como fato social, varia em cada um dos 193 países do mundo. Assim, as regras positivadas (normatização constitucional), impregnadas mais ou menos de valores morais ou políticos, atuam de forma diferente em cada país do mundo, regulando a propaganda e tantos outros assuntos.

Onde se podem mostrar os pés e costas desnudos, em outro país o mesmo já não é permitido. Onde há poligamia, já aqui tal não existe. O mesmo ocorre com o julgamento dos tribunais acerca da propaganda do tabaco e álcool ou políticas de saúde. Não há censura no Brasil, por certo, mas há conformação de direito fundamental. Conforme Tercio Sampaio<sup>1</sup>:

Um direito fundamental não pode ser restrinido por lei, apenas adequado ao exercício de outro direito fundamental.

Cabe à lei, assim, apenas disciplinar seu exercício para proteção da própria pessoa, quando algum outro valor igualmente pungente estiver envolvido ou, ainda, equilibrar a liberdade de uma pessoa em face da liberdade de outra, de modo a permitir a convivência.

Nosso ordenamento não abarca direitos absolutos. Nem mesmo a cláusula pétrea do direito de propriedade está imune à desapropriação. A própria Constituição pode relativizar os direitos que ela mesma expõe, inclusive relativizando as cláusulas pétreas. O leitor desavisado da Carta Magna poderia concluir pela intangibilidade da propriedade

privada rural, por exemplo, se lesse apenas até o inciso XXII, de seu artigo 5º. Se o leitor não prosseguir na leitura, poderá olvidar-se da norma inserta no art. 184, da mesma CF, que prevê a desapropriação do imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, para fins de reforma agrária. E assim também ocorre no plano infraconstitucional: o Código Penal tipifica a invasão de domicílio, mas quem nos fornece o conceito de domicílio é o Código Civil. A conclusão, pois, é uma só: a interpretação deve sempre ser sistemática. Uma norma deve ser sempre combinada com outras para extraímos uma interpretação coerente e jurídica e, também, moral.

Nossa primeira conclusão, ponto de partida para análise da questão da propaganda de tabaco e bebidas alcoólicas, então, é esta: o direito de informar, a livre iniciativa, a liberdade de imprensa, a liberdade de manifestação do pensamento e a liberdade de expressão *lato sensu* são conformados pelos princípios constitucionais da educação, cultura e comunicação social.

Canotilho<sup>2</sup> pontua:

Do estudo do regime das leis restritivas de direitos, liberdades e garantias, poderia concluir-se, erradamente, que todas normas legais (normas «postas» por actos legislativos da Assembleia da República ou do Governo) são normas restritivas. Ora, a realidade é completamente outra: muitas normas legais pretendem completar, complementar, densificar, concretizar o conteúdo fragmentário, vago, aberto, abstracto ou incompleto, dos preceitos constitucionais garantidores de Direitos Fundamentais. Neste sentido, afirma-se a possibilidade de as normas legais conterem várias espécies de cláusulas, desde as cláusulas de restrição até as cláusulas de direcção e realização. Impõe-se, assim, uma primeira distinção básica entre normas legais restritivas e normas legais conformadoras.

<sup>1</sup> FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Direito Constitucional – Liberdade de fumar, Privacidade, Estado, Direitos Humanos e outros temas*. 1ª Edição, São Paulo: Manole, 2007, p. 195.

<sup>2</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª Edição, Coimbra: Almedina, 2003, p. 1263.

Afora a questão da restrição ou conformação de normas constitucionais pela própria Constituição, poderia uma lei ou ato administrativo inferior, igualmente, no plano infraconstitucional, regrar a propaganda de produtos cientificamente considerados nocivos? Poderiam as leis restringir a norma constitucional? Até onde seria a lei constitucional e até onde seria um Decreto ou Portaria simplesmente ilegal?

Konrad Hesse<sup>3</sup> defende a possibilidade de a lei infraconstitucional restringir um direito fundamental, desde que não atinja o núcleo essencial da norma constitucional:

Seus limites, os direitos do art. 5º, alínea I, da Lei Fundamental, encontram nas prescrições das leis gerais, nas determinações legais para proteção da juventude e no direito da honra pessoal. Problemático, aqui, nomeadamente, o limite das ‘leis gerais’.

Também o significado dessa fórmula somente se deixa inferir com vista à tarefa e à função da liberdade de opinião na ordem constitucional da Lei Fundamental. ‘Geral’ são, no sentido da doutrina desenvolvida já durante a época de Weimar, somente aquelas leis que não se dirigem contra o bem jurídico protegido pela liberdade de opinião como tal. Este bem jurídico, a liberdade do processo espiritual, não deve ser prejudicado por direito especial, que procure obstaculizar o efeito espiritual da manifestação de opinião pura. Liberdade de opinião não suporta restrições com objetivo determinado, a não ser que ela deva desacertar sua tarefa no quadro da ordem constitucional. Onde, por isso, uma lei, nesse sentido, restringe a liberdade de opinião, ela não é ‘geral’ e, por causa disso, inconstitucional, sem que ainda dependesse de outras questões, nomeadamente aquela de uma ponderação de bens. Isso teria, por exemplo, de valer para uma lei contra a difusão pública de concepções antibíblicas, enquanto,

por exemplo, à liberdade de opinião, sobre a base da cláusula geral jurídico-policial que não se dirige contra a liberdade de opinião, podem ser traçados limites.

Os direitos e princípios previstos na Constituição acima citados, quanto à saúde, imprensa, etc, em verdade não são somente direitos. Por sua forte carga valorativa, e não apenas normativa (objetiva ou subjetiva), são, em realidade, princípios. No plano infraconstitucional, uma lei exclui a outra como, por exemplo, no caso de lei posterior tratar do mesmo assunto que a anterior. Mas princípios jamais podem se excluir uns aos outros ou serem revogados por outros princípios<sup>4</sup>.

As máximas *lex posterior derogat priori* e *lex specialis derogat lex generalis*, previstas no art. 2º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, abrogam ou derrogam somente as leis (regras), e não se aplicam, portanto, a princípios constitucionais. As normas ora são regras ora são princípios. Regras excluem-se mutuamente e imediatamente, *prima facie*, mas princípios não. Princípios são ponderados a acomodados.

Assim, a saída para a problemática dos direitos ou princípios constitucionais em rota de colisão com outros princípios ou direitos constitucionais, no que diz respeito à propaganda de tabaco e álcool, é a ponderação. Devemos proceder à ponderação de valores, com auxílio de um critério para redução ou ampliação de princípios ou direitos constitucionais em face uns dos outros, critério este denominado proporcionalidade.

Certos limites, todavia, devem ser traçados, considerados “o mínimo dos mínimos”. O direito constitucional de greve, por exemplo, não pode ser tão amplo a ponto de paralisar totalmente os hospitais públicos. Não há espaço para ponderação quando estamos diante de um “limite dos limites”, ou “limite imanente”, ou “mínimo dos mínimos”. O direito à vida é limite intangível e indiscutível em qualquer operação de

<sup>3</sup> HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. 20ª Edição Alemã (traduzida), Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 309.

<sup>4</sup> ALEXY, Robert, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 1ª Edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2008, p. 85-91.

interpretação ou ponderação. O direito à escravidão não existe, não é discutido e não poder ser proposto para discussão.

Mais uma vez trazemos à colação excerto de Canotilho sobre o conceito de limites imanentes:

são o resultado de uma ponderação de princípios jurídico-constitucionais conducente ao afastamento definitivo, num caso concreto, de uma dimensão que, prima facie, cabia no âmbito prospectivo de um direito, liberdade e garantia. Assim, por exemplo, o direito de greve inclui, prima facie, no seu âmbito de proteção, a greve dos trabalhadores dos serviços de saúde, mas, através da ponderação de princípios (bens) jurídico-constitucionais - direito à greve, saúde pública, bem da vida -, pode chegar-se a excluir, como resultado dessa ponderação, a greve total que não cuidasse de manter os serviços estritamente indispensáveis à defesa da saúde e da vida<sup>5</sup>.

Os limites imanentes estão implícitos na CF. Gilmar Mendes os conceitua com “núcleo essencial”:

a proteção do núcleo essencial dos Direitos Fundamentais deriva da supremacia da Constituição e do significado dos Direitos Fundamentais na estrutura constitucional dos países dotados de Constituições rígidas. Caso se admitisse que a lei poderia restringir ilimitadamente Direitos Fundamentais, ter-se-ia a completa supressão do efeito vinculante desses direitos em relação ao legislador<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7<sup>a</sup> Edição, Coimbra: Almedina, 2003, p. 1282.

<sup>6</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999, p. 38 APUD CHINEN, Roberto Massao. *Sigilo Bancário e o Fisco*. São Paulo: Juruá, 2006, p. 111-112.

A colisão entre informar sobre tabaco e álcool e não informar deve ser autêntica, e não meramente aparente. A colisão pode ser entre direitos constitucionais iguais, como ir e vir e proibição de ir e vir, ou entre direitos diferentes, como liberdade de informar e direito à correta informação sobre a saúde. Mas não há direito de informar se o veículo da mídia decidir propagar que a embriaguez é salutar. Também é apenas aparente o direito de informar sobre possibilidade de volvermos à escravidão no Brasil.

Outra advertência se faz mister neste ponto: os princípios ou direitos constitucionais em rota de colisão não podem, em regra, ser hierarquizados. Como são maleáveis e adaptáveis ao caso em concreto, não há precedência de uns sobre os outros, não havendo possibilidade de hierarquização prévia.

Todavia, a jurisprudência tem admitido, de forma excepcionalíssima, uma certa hierarquização, colocando no topo indubitável de primazia a “dignidade da pessoa humana”. Notamos que nem mesmo o direito à vida previsto no *caput*, art. 5º, CF, pode estar neste topo pré-definido de hierarquia, uma vez que o STF vem relativizando o direito à vida quando, por exemplo, julga constitucional o artigo 5º da Lei 11.105/05 – Lei de Biossegurança – que permite o descarte de embriões fecundados após extração e pesquisa de células-tronco (ADIN 3.510/04).

Como os direitos plasmados na Constituição são flexíveis, moldáveis e abertos, não há como evitarmos a colisão. A vida em sociedade é um colorido infinito de vicissitudes morais, éticas e jurídicas. Daí segue-se que, se é mesmo impossível evitarmos a colisão, então que se faça a “concordância prática” entre os direitos e princípios constitucionais.

Gilmar Mendes<sup>7</sup> assevera que a concordância prática é um bom recurso para justificar, sempre, a intervenção do Judiciário nos casos de colisão chamados a desate. Como não podemos evitar a colisão, a saída não é a limitação *a priori* ou a hierarquização de

<sup>7</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2<sup>a</sup> Edição. São Paulo: Saraiva: 2008, p. 345.

direitos e princípios constitucionais, mas uma intervenção por parte do Judiciário caso a caso, em cada caso em concreto (concordância prática ou pragmática).

Há críticas a respeito do método da concordância prática, haja vista que certos direitos individuais já possuem restrição e conformação infraconstitucional. Nesses casos: ficaria a ponderação mitigada? Ou a ponderação ficaria apenas autorizada nos direitos individuais não restriníveis, os quais não carecem de complemento infraconstitucional? Terá o método da concordância prática ignorado o princípio da legalidade? Além disso, uma outra questão interessante se apresenta quanto à concordância prática, enquanto método interpretativo e harmonizador: pode ser aplicada também pelo Executivo e Legislativo?

De todo o exposto, mesmo a impropriamente denominada “censura” do art. 220, § 4º, CF, é norma que clama por lei infraconstitucional para regular o excesso de conduta face a outros direitos fundamentais, e não embaraçar o núcleo essencial do direito de propaganda.

Pensamos que a propaganda de tabaco e álcool se situa neste tortuoso e deveras inóspito terreno, em que ora há conformação infraconstitucional e ora a ponderação terá de ser estendida ao máximo para alcançar os pesos possíveis na balança do justo.

## 2. Princípio da Proporcionalidade

Há quem prefira a terminologia “critério da proporcionalidade” ao termo “princípio da proporcionalidade”. Embora sirva de vetor interpretativo e busque otimizar normas constitucionais, há quem julgue pertencer a proporcionalidade mais a um critério instrumental de interpretação de normas, ou mesmo um antecedente hermenêutico (antecedente científico). Um princípio é uma regra-mestra dentro de um sistema, que informa a própria feitura de normas. Alicerça o sistema, é ideia valorativa. O princípio não objetiva regular uma situação concreta, ou seja, regular um fato só. O princípio espalha luz por todo o sistema. Por tudo isso, há quem diga que a missão do “princípio da

proporcionalidade” é diferente da missão precípua dos princípios, melhor se alocando na categoria de critério ou forma de interpretação ou, com relação à hermenêutica, melhor alocado como critério científico que sistematiza as formas de interpretação.

Deixando a polêmica de lado, adotaremos a designação “princípio”, com algumas consequências abaixo que diferem de um simples método interpretativo ou hermenêutico. Partamos do conceito de princípio fornecido por Celso Antônio Bandeira de Mello:

Princípio é o mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico<sup>8</sup>.

Como dito linhas acima, princípios não são regras, não são simples leis, que se excluem umas às outras em caso de colisão. As normas são gênero, do qual regras e princípios são espécies<sup>9</sup>. Os princípios não têm sanção nem normatizam condutas externas do homem. Têm apenas carga valorativa, isto é, servem para iluminar o caminho do legislador na feitura de leis ou servir de fundamento para orientação do aplicador das leis.

Sobre a lei casuística afrontar o princípio da igualdade, lapidares os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>10</sup>: “... a própria lei não pode ser editada em desconformidade com a isonomia”. E, prossegue: “...o fator de discriminação – ... necessita, inarredavelmente, guardar pertinência lógica com a diferenciação que dele resulta. Em outras palavras: a

<sup>8</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 13ª Edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2001, p. 771-772.

<sup>9</sup> ALEXY, Robert, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 1ª Edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2008, p. 85-91.

<sup>10</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3ª Edição. 17ª Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 9, 39, 47 e 48.

discriminação não pode ser gratuita ou fortuita". Mais adiante conclui: "Há ofensa ao preceito constitucional da isonomia quando: ... IV - ... o discriminem estabelecido conduz a efeitos contrapostos ou de qualquer modo dissonantes dos interesses prestigiados constitucionalmente".

Diz ainda Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>11</sup>: "O preceito magno da igualdade, como já tem sido assinalado, é norma voltada quer para o aplicador da lei quer para o próprio legislador. Deveras, não só perante a norma posta se nivelam os indivíduos, mas a própria edição dela assujeita-se ao dever de dispensar tratamento equânime às pessoas".

Os princípios carregam certa vagueza significante, e por isso mesmo necessitam sempre de mediação por parte de uma lei, de um juiz, de uma sentença, de uma interpretação moral e daí por diante. É o caráter aberto e, em certa medida, indeterminado dos princípios. Os princípios amoldam-se aos fatos, e não estes aos princípios.

O princípio traz a ideia de justiça, e não a regra (lei). O princípio traz a ideia do bom, e não a regra (lei). O princípio traz a ideia da virtude, e não a regra (lei). Assim, o princípio não carrega a aspereza e severidade da dogmática jurídica positivista. O princípio torna-se interessante para o direito quando brota da ética e da moral e objetiva harmonizar conflitos de conduta e elaborar novas regras de conduta.

O princípio está no campo filosófico da retórica, da argumentação e da dialética. Não é um dogma nem um axioma, mas reflete ideias morais e éticas que são juridicizadas. O princípio é, pois, fundamento da ordem jurídica. Por evidente, não é institutivo, mas programático e orientador.

O excesso ou desvio do poder Legislativo poderia ser uma origem do princípio da proporcionalidade. O Judiciário foi chamado, outrora, para invadir função típica do Legislativo, mas adequar o ato infraconstitucional ao desejo do Poder Constituinte Originário. O Judiciário foi

chamado a balizar o Legislativo. O Poder Constituinte Derivado deve conformar-se à Constituição. A proporcionalidade é também denominada razoabilidade.

Ou, como preferem alguns, razoabilidade como vertente da proporcionalidade. Luiz Alberto David Araujo assevera: "O princípio da proporcionalidade é aquele que orienta o intérprete na busca da justa medida de cada instituto jurídico. Objetiva a ponderação entre os meios utilizados e os fins perseguidos, indicando que a interpretação deve pautar o menor sacrifício ao cidadão ao escolher dentre os vários possíveis significados da norma". E prossegue: "O princípio da proporcionalidade importa a aplicação razoável da norma, adequando-se, como dito, os meios aos fins perseguidos. Por isso, afigura-se que o princípio em pauta confunde-se com o da razoabilidade, podendo as expressões ser utilizadas em sinonímia"<sup>12</sup>.

Em suma, o princípio da proporcionalidade traduz, também, as ideias equidade, bom senso, prudência e moderação, vedando o excesso prejudicial ao que é cotidianamente suportável pelo *homus medius*.

Há quem diga que o princípio da proporcionalidade é, mesmo, princípio geral de direito.

O princípio da proporcionalidade, portanto, deve ser utilizado em casos concretos, inclusive em casos de colisão entre bens e direitos (por exemplo, meio ambiente equilibrado e liberdade de profissão em rota de colisão).

Em verdade, são duas as manobras: ponderação e conciliação. Mesmo o direito constitucional que foi apequenado pela ponderação, quando da aplicação do princípio da proporcionalidade, em verdade deve ser mantido e conciliado com a situação concreta da vida. Por exemplo, o direito de imagem ou intimidade de pessoas públicas é diminuído em cotejo com o direito de informar. Mas a intimidade não pode desaparecer, pois é direito constitucional pétreo. Deve, isto sim, ser conciliado com o princípio da liberdade de informar que se agigantou, traçando-se um

<sup>11</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3<sup>a</sup> Edição. 17<sup>a</sup> Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 9.

<sup>12</sup> ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 11<sup>a</sup> Edição. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 89-90.

limite mínimo em que mesmo a pessoa pública não pode ter sua esfera de intimidade ofendida.

Assim, como princípios e direitos constitucionais em colisão não podem excluir-se, impõe-se, após a ponderação, a imediata conciliação. A preponderância de um princípio ou direito não pode aniquilar os outros princípios e direitos constitucionais em colisão.

Defendemos que os juízes de hoje não podem quedar-se inertes à realidade social e permanecerem manietados pela fria dogmática jurídica positivista e literal. É preciso uma visão do todo social, da experiência humana, da cultura, moral, hábitos, sentimentos e ética. O juiz deve “criar” o direito. “Criar”, evidentemente, não significa inovar e rasgar a lei. A interpretação é a chave de ouro para o alcance da justiça.

A realidade tem de estar imbricada na norma, não devendo o julgador disso olvidar-se. Assim, para nós, é conveniente considerar o princípio da proporcionalidade como direito fundamental “implícito”, porquanto é um dos que mais traz harmonia às tensões jurídicas do sistema e sociais.

O princípio da proporcionalidade desdobra-se em três fases, que não obedecem à ordem ora apontada: a) necessidade b) adequação; e c) proporcionalidade em sentido estrito.

A necessidade exige o menor sacrifício para aquele que terá seu direito diminuído. Exige a presença do Judiciário ou Legislativo, mas pelo meio, recurso ou maneira de agir menos gravoso para o indivíduo. A necessidade indica o caminho menos doloroso. A necessidade revela a inevitabilidade da suavidade. Por exemplo, no conflito entre fumantes em restaurantes e não fumantes, vê-se claramente a necessidade de intervenção. Todavia, a necessidade não pode ser inadequada. Se é necessário intervir, que não seja por Decreto (inadequado). A falta de necessidade já fulmina a aplicação do princípio da proporcionalidade, pois nem se indagará do meio (leis, decretos, sentenças).

Quanto à adequação, exige-se que a intervenção nos direitos em colisão seja apta, idônea, capaz, apropriada e habilitada a atingir o fim perseguido. Por exemplo, para proibirmos o hábito de fumar em locais

fechados, como restaurantes, uma lei bastaria. Aliás, como se trata de restringir e impor obrigações, só mesmo uma lei, pois Decreto não pode criar obrigações. Uma lei revela-se adequada, e não um Decreto ou uma Emenda Constitucional - esta última deve permanecer em seu posto altaneiro de remendar a Carta Magna em assuntos materialmente constitucionais. Nem mesmo um ato administrativo, conferindo poderes além dos naturais poderes de polícia ou poderes da polícia aos agentes públicos, seria adequado. A adequação do veículo deve ser apta ao fim colimado.

Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito. Nela reside a ponderação final e a conciliação e harmonização finais. É o juízo final sobre o caso concreto. É a busca do justo, do imparcial, do reto e do íntegro. É a ponderação final que vai acomodar a disputa. A proporcionalidade em sentido estrito é que vai buscar a virtude, a dicção do direito, a paz social, a felicidade, a convivência em harmonia, arrancar as tensões e lesões do meio social.

Muitos autores ponderam que a proporcionalidade decorre da dignidade da pessoa humana, como desdobramento implícito desta. Ou, ainda, desdobra-se da isonomia, da legalidade, dentre outros. Outros sustentam que possui força normativa, na medida em que limita o poder do Estado. Para nós, o que importa apenas, neste opúsculo, é alcançarmos uma decisão justa. Pode-se ou não fumar em um restaurante? Pode-se veicular propaganda de cerveja, mas não de cigarros?

O princípio da proporcionalidade, onze anos após a Constituição de 1988, surgiu pela primeira vez no plano infraconstitucional. O parágrafo único, do inciso VI, do artigo 2º, da Lei nº 9.784/99 (Lei do Processo Administrativo Fiscal), introduziu o princípio da proporcionalidade no plano meramente legal, o que se revela um alento e um estímulo para que seja positivado tanto no plano constitucional quanto em diversas leis e espécies normativas infraconstitucionais e infralegalis.

Uma novidade em termos de ato infralegal foi o surgimento do princípio da proporcionalidade no parágrafo 6º, do artigo

4º, do Decreto nº 3.724/01. Este decreto cuida de acesso a dados bancários por autoridades do Fisco. A letra do Decreto, contudo, utilizou a expressão “razoabilidade”.

### 3. Propaganda de Tabaco e Bebidas Alcoólicas: Enquadramento Constitucional e Saúde

Como visto acima (Konrad Hesse, item 1 – p. 3), a lei pode cercear direitos fundamentais, desde que abertos, carentes de regulamentação infraconstitucional, e desde que não se atinja o núcleo essencial deste direito fundamental. Konrad Hesse, acima, pontua que uma lei que proíba propaganda antibíblica é constitucional porque não atinge a essência da manifestação do pensamento, apenas conforma o exercício de um direito à axiologia – a *mens legis* encontrou razão na vontade (legitimidade) popular.

O 220, parágrafo 4º é o vetor constitucional que protege tanto fumantes quanto não-fumantes, apreciadores de bebidas alcoólicas ou não, e a família. Esta norma constitucional remete ao seu parágrafo anterior, que estabelece a necessidade de restrições na propaganda do tabaco e álcool para que a família e a sociedade tenham meios de se defenderem e serem claramente informadas da nocividade de tais produtos para a saúde. Eis os dispositivos:

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º - Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º - É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

§ 3º - Compete à lei federal:

I - regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a

Antonio Fernando Costa Pires Filho

que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada;

II - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.

§ 4º - A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso.

§ 5º - Os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio.

§ 6º - A publicação de veículo impresso de comunicação independe de licença de autoridade.

O direito em cotejo com a liberdade de informação parece ser o direito de não ter a saúde afetada (permissão negativa). Assim, é inevitável a ponderação de valores morais positivados em princípios constitucionais colidentes ou leis e normas constitucionais em conflito. A permissão para usufruir livremente de bebidas alcoólicas parece ceder em função do bem maior que é a informação correta e proteção da saúde.

Os princípios constitucionais de proteção à saúde encontram-se dispersos pelo texto constitucional (art. 6º, 7º, 23, 24, 30, 34, 35, 40, etc), mas vêm mais firmemente expostos nos artigos 194 a 200, CF.

A Lei nº 9.294/96, com redação dada pela Lei nº 12.546/11, infelizmente, em nossa opinião, trata quase que exclusivamente de proibição de veiculação de propaganda de fumo e produtos fumígeros. Proíbe o uso de produtos fumígeros em vários locais, proíbe sua propaganda televisiva, obriga à aposição de advertências nos maços de cigarro, etc.

Quanto às bebidas alcoólicas, a lei é benevolente: proíbe a veiculação de propaganda de álcool em eventos esportivos, bem assim o consumo em locais de prática

esportiva, a venda a menores, a venda postal, pela *internet* ou em estabelecimentos de ensino. Não restou proibida a propaganda de bebidas alcoólicas pela televisão. O Decreto nº 2.018/96 contém regras mais pormenorizadas que implementam a Lei nº 9.294/96 como, por exemplo, a definição de recintos coletivos, a confirmação da vedação total da propaganda de tabaco e a permissão da propaganda de bebidas alcoólicas pela televisão somente das 21h às 06h.

A proibição total de veiculação de propaganda de tabaco e a permissão de veiculação de bebidas alcoólicas é flagrantemente desarrazoada, eis que, além da liberdade de escolha e direitos da saúde, está em jogo, também, a liberdade de comércio e atividade profissional inerente à autonomia privada e iniciativa econômica. Por que se proíbe o cigarro, atingindo-se a indústria de cigarros, e não se proíbe a propaganda de bebidas alcoólicas em televisão? Por que se informa aos indivíduos dos malefícios à saúde adequadamente a quem fuma, mas não sobre os malefícios do álcool?

É o que provaremos, abaixo, quando aplicarmos o critério da proporcionalidade à Lei nº 9.294/96. Provaremos que a restrição apenas ao tabaco é inconstitucional. Pensamos que o tabaco e o álcool merecem tratamento igual na televisão, pois ambos são nocivos à saúde.

O art. 174, CF, estabelece, quanto à atividade privada (livre iniciativa), a função planejadora do Estado. Ora, se o Estado pretende intervir na livre produção e comercialização do tabaco, quanto à propaganda em televisão, e não planeja intervir na propaganda do álcool, está acoimado de desvio e falta de finalidade o ato infraconstitucional. Estranhamente escolheu-se tolher apenas uma das atividades privadas, relacionada ao tabaco.

Pensemos na seguinte hipótese: num restaurante, o dono poderia abrir mão de clientela e facultar livremente o fumo e a bebida, caso não houvesse a proibição total na lei. O não-fumante não seria obrigado a lá adentrar e o dono estaria ciente da perda da clientela não fumante. A estadia no restaurante seria opcional. Mas, como preceitua o parágrafo 1º, do art. 2º, da Lei nº 9.294/96, em

repartições públicas, hospitais, salas de aula, bibliotecas, recintos de trabalho coletivo fechados e em salas de teatro e cinema a convivência não seria opcional. Daí segue-se a autorização para restrição. Pois bem: estar em frente à televisão durante a propaganda da novela é opcional?

Outro problema: a restrição generalizada entre lugares coletivos de convivência opcional e não opcional não foi respeitada. O tabaco sofre um duro golpe, enquanto os produtores de bebidas alcoólicas desfrutam da frouxidão da lei conformadora do texto constitucional, em lugares opcionais. Não há bares com proibição de servir bebida alcoólica, à exceção dos estabelecimentos próximos da margem das estradas e rodovias.

O Estado, de fato, age negativamente em relação à liberdade de iniciativa. A CF de 1988 consagrou a livre iniciativa como fundamento da República (art. 1º, IV e 170, CF), a par dos princípios da ordem econômica do art. 170. E o art. 174, CF, assevera que a intromissão estatal no mercado é apenas indicativa, ou seja, pode o Estado apenas intervir na livre iniciativa para proteger valores constitucionais com saúde, educação, segurança, meio ambiente, pleno emprego, etc.

A liberdade de propaganda segue o mesmo rumo: o Estado só pode nela intervir quando se tratam de bens ou direitos constitucionalmente protegidos e em choque com a atividade privada. O próprio art. 220, CF, que preconiza a liberdade de manifestação do pensamento, traz em seu bojo, como exemplos, os limites da vida privada e intimidade.

O art. 220, CF, preconiza a necessidade de intervenção legal e administrativa para adequada informação de produtos nocivos à saúde sem, todavia, aniquilar-se o núcleo-base da liberdade de informação e livre iniciativa.

O Estado atual transmudou-se para Estado Regulador, em que autarquias especiais como, por exemplo, as Agências Reguladoras, obtêm verdadeira delegação de poderes para atuação no domínio econômico, dentro das funções “normativa e reguladora” da atividade econômica, com funções de “fiscalização, incentivo e planejamento” – art. 174, CF.

As Agências Reguladoras possuem natureza autárquica e são criadas por lei. São

estatais, regidas pelo direito público, e têm mais autonomia que as autarquias, não submetendo suas decisões e aplicação de sanções a Ministérios ou outros Órgãos superiores. É autônoma em relação ao Poder Central.

A Anvisa, que é a agência reguladora das situações relacionadas ao tabaco e álcool, possui as seguintes competências: a) normatização; b) fiscalização; c) aplicação de sanções; e d) solução de conflitos.

O Estado Regulador permite também o Estado-empresário, nas estritas hipóteses constitucionais (art. 173, CF). O Estado Regulador é um Estado “gerencial”, em que a delegação de normas em branco das leis permite a normatização de atos empresariais privados. A justificativa para esta atuação é o primado constitucional da eficiência.

Assim, não estamos mais diante de uma legalidade estrita, como ocorre com a legalidade/tipicidade tributária, mas normas de propaganda e liberdade de expressão de conceitos indeterminados e vagos, que permitem a complementação e implementação até mesmo por atos administrativos inferiores de agências reguladoras como a Anvisa, no caso de tabaco e álcool.

O que se busca com a indeterminação semântica ou mesmo de conteúdo de normas que contêm expressões como “nocivo à saúde”, “estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente” ou “A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso” – art. 220, CF – é uma margem de discrecionariedade do legislador e Executivo para complementar os preceitos supra a bem de outros vetores axiológicos constitucionais – saúde, família, vida, previdência, etc.

Hodiernamente, encontramo-nos no campo dos atos legais e administrativos

“finalísticos”. O desvio da lei macula o ato e o invalida. Por exemplo, a Lei nº 9.294/96 (art. 3º) prevê que haja uma frase nos maços de cigarro advertindo para os malefícios do fumo. Não pode a Anvisa baixar ato administrativo determinando a aposição de duas frases de advertência nos maços de cigarro, por ficar configurada conduta *contra legem*. Mas, quando a lei fala que a cor das letras deverá ser “ostensiva”, nada impede que a Anvisa, desde que não inviabilize a atividade do produtor, determine, em ato administrativo inferior, que a cor “ostensiva” seja o “vermelho”.

A questão que não cala, contudo, como visto acima, é a proibição total de veiculação de propaganda de tabaco (art. 3º, da Lei nº 9.294/96), por ser nocivo, e a permissão de propaganda de bebida alcoólica, que é tão ou mais nociva. A nocividade pertence a ambos produtos. Não parece razoável que a lei contenha proibição total de propaganda de cigarros, o que aparentemente coaduna-se com o texto constitucional, e que bebidas alcoólicas possam ser veiculadas em propaganda televisiva, embora somente à noite (art. 4º, da Lei nº 9.294/96).

Sem dúvida que o ato administrativo pode interditar estabelecimento que ponha a saúde do indivíduo em risco (Lei nº 9.782, arts. 7º e 8º). Ninguém discute que os motivos determinantes do ato administrativo são razoáveis e necessários se ponderada a saúde como bem a ser protegido, evidentemente que nos limites da lei.

Mas onde fica a razoabilidade da própria lei quando do banimento da propaganda de tabaco e, ao mesmo tempo, manutenção da propaganda de bebidas alcoólicas?

O motor legal deveria ser, em nossa opinião, no sentido do banimento total da propaganda de bebidas alcoólicas no rádio, televisão, *internet* e afins, assim como ocorre com o tabaco. Se um está banido, por ser nocivo ao corpo, o outro também deve estar!

#### 4. O Teste da Proporcionalidade Aplicado à Propaganda de Bebidas Alcoólicas

O núcleo essencial da propaganda, isto é, a liberdade de expressão foi mantida pela legislação infraconstitucional e infralegal. Não

houve a supressão da liberdade de expressão em seu núcleo essencial. Vejamos as três fases de aplicação do princípio:

A necessidade de aplicação da proporcionalidade (ponderação) revela-se patente, uma vez que há conflito entre a liberdade de expressão e a proteção da saúde. Exige-se a presença do Judiciário ou Legislativo, mas pelo meio, recurso ou maneira de agir menos gravoso para o indivíduo. É inevitável a solução para o caso concreto.

Quanto à adequação, é fácil percebermos que o veículo necessário para a intervenção é uma lei ou ato administrativo. Este é o único meio idôneo que vislumbramos. Não há meio apto a atingir o fim perseguido com simples exortação ao não consumo ou mesmo o simples poder de polícia. Exige-se ato normativo restritivo.

A operação final, da proporcionalidade em sentido estrito, é a ponderação final em busca do justo. Sopesando-se os bens e valores da lei ou ato administrativo (que já são necessários + adequados), chegamos à conclusão final: o bem protegido da saúde tem mais peso que a livre propaganda de bebidas e tabacos. A restrição ao exercício da liberdade de expressão cede passo ao interesse coletivo da saúde. O valor ou bem sacrificado em jogo (veiculação de propaganda de produto nocivo) é menor que o interesse na saúde e correta informação da humanidade. Não estamos aniquilando a liberdade de expressão e manifestação, mas direcionando-a para o bem comum querido pela CF.

A propaganda de bebidas alcoólicas pela televisão não encontra fundamento ou razoabilidade ante à aplicação do princípio da proporcionalidade, pelo menos em cotejo com o voto total à propaganda de tabaco.

## 5. Conclusão

As normas constitucionais podem conformar outras normas constitucionais. E pode existir conformação infraconstitucional, desde que não se atinja o núcleo essencial do direito fundamental sob ponderação.

Princípios devem ser ponderados ante uma colisão. A solução da prevalência de um ou outro só se dá no caso concreto. O critério utilizado para solução da colisão é o princípio implícito em nosso sistema da proporcionalidade.

De qualquer modo, juízes, Legislativo e Executivo também devem atentar para a moral e realidade social, e não apenas para a letra fria e literal da norma positivada, único objeto de trabalho pouco caloroso da dogmática jurídica. A norma deve estar impregnada de valor, e ser interpretada de acordo, tanto quanto possível, em consonância com os valores atuais da sociedade.

A Lei nº 9.294/96, ao regulamentar a Constituição e proibir apenas a propaganda na televisão de cigarros, é desarrazoada, pois pune só os envolvidos com o tabaco. Afeta não só a livre iniciativa dos produtores de cigarros mas também não atenta para a necessidade de proteção igualitária em relação ao tabaco e álcool, isto é, tratamento igual com relação à propaganda e informação sobre a mesma nocividade à saúde e à vida de ambos os produtos.

Concluímos que tanto a lei quanto atos administrativos inferiores, como atos da Anvisa, podem restringir a propaganda de bebidas alcoólicas, mormente em televisão, para atender aos princípios constitucionais que reclamam complemento e implemento, a bem da saúde e da vida. O tratamento entre tabaco e álcool deveria ser o mesmo, desde que observado o núcleo essencial da livre iniciativa e liberdade de expressão.

Se o fundamento finalístico de um é a nocividade, tem-se que a bebida alcoólica é tão ou mais nociva que o tabaco. O consumo de álcool mata mais do que o consumo de tabaco. O álcool, considerando-se a saúde *lato sensu* (saúde mental inclusive), afeta não só os órgãos do corpo, mas a conduta psicossocial do indivíduo.

Pensamos que deva haver uma maior restrição de propaganda de bebidas alcoólicas pela televisão.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 1<sup>a</sup> Edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2008.
- ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 11<sup>a</sup> Edição. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BARROSO, Luís Roberto. **A Nova Interpretação Constitucional**. 3<sup>a</sup> Edição. São Paulo: Renovar, 2008.
- \_\_\_\_\_. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira. 8<sup>a</sup> Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BULOS, Uadi Lamêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva: 2007.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7<sup>a</sup> Edição, Coimbra: Almedina, 2003.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Fundamentais**. 2<sup>a</sup> Edição. São Paulo: Saraiva, 2001.
- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Direito Constitucional – Liberdade de fumar, Privacidade, Estado, Direitos Humanos e outros temas**. 1<sup>a</sup> Edição, São Paulo: Manole, 2007.
- HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. 20<sup>a</sup> Edição Alemã (traduzida), Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3<sup>a</sup> Edição. 17<sup>a</sup> Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2009.
- \_\_\_\_\_. **Curso de Direito Administrativo**. 13<sup>a</sup> Edição, São Paulo: Malheiros, 2001.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2<sup>a</sup> Edição. São Paulo: Saraiva: 2008.
- MORAES, Alexandre. **Direitos Humanos Fundamentais**. 5<sup>a</sup> Edição, São Paulo: Atlas, 2003.
- REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. 1<sup>a</sup> Edição. Estudos Gerais – Série Universitária. Lisboa: 2003.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. 7<sup>a</sup> Edição. São Paulo: Hemus, 2003.
- SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton; OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado de. **Direitos Humanos e Cidadania**. 2<sup>a</sup> Edição, São Paulo: RT, 2009.
- STRECK, Lenio. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. 10<sup>a</sup> Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

## RESUMO

A Constituição Federal garante a proteção aos símbolos nacionais, bem como à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem. Mas, por outro lado, também assegura a liberdade de expressão. E é justamente no exercício desta que aqueles direitos poderão ser prejudicados. Como nenhum direito fundamental é absoluto, sempre haverá a necessidade de relativização de um ou outro, conforme as circunstâncias do caso concreto, aplicando-se o princípio da proporcionalidade.

**Palavras-chave:** Direitos fundamentais. Símbolos nacionais. Liberdade de expressão. Vida privada. Honra. Imagem.

## ABSTRACT

The Federal Constitution guarantees the protection of national symbols, as well as intimacy, private life, honor and image. But on the other hand, it has freedom of expression. And it is precisely in the exercise of those rights would be harmed. Because no fundamental right is absolute, there will always be the need for relativization of one or the other, depending on the circumstances of the case, applying the principle of proportionality.

**Keywords:** Fundamental Rights. National symbols. Freedom of expression. Privacy. Honor. Picture.

\* Advogada, Especialista em Direito Penal, Mestre em Direito na Sociedade da Informação, Professora Universitária.

## 1. Introdução

Este trabalho tem por escopo a análise das relações existentes entre os direitos à liberdade de expressão e de manifestação do pensamento quando confrontados com os símbolos nacionais e também com as publicações humorísticas.

Para tanto, inicialmente buscaremos trazer um panorama geral dos direitos fundamentais, para após tratar das liberdades de expressão e de manifestação do pensamento. Feito isso, buscaremos analisar quando tais direitos podem ser restringidos quando se trata da questão dos símbolos nacionais. Para o quê traremos as normas da Lei n. 5.700/71, que trata, justamente dos símbolos nacionais, sem esquecer do destaque constitucional dado à essa questão.

Na sequencia, analisaremos as liberdades de expressão e de manifestação do pensamento quando se trata de publicações humorísticas, já que é lícito ao indivíduo expressar-se, mas também é assegurado o direito à privacidade, à intimidade, à honra e à imagem. Assim, ao final, tentaremos demonstrar como podem coexistir todos esses direitos fundamentais, quais sejam, as liberdades de expressão e manifestação do pensamento, os símbolos nacionais e os direitos à privacidade, à honra e à imagem.

## 2. Direitos Fundamentais

A previsão a nível constitucional de direitos humanos nada mais é que a garantia de liberdade e de defesa do indivíduo perante não só o Estado, mas também a toda a coletividade.

Assim, especialmente em seu art. 5º<sup>1</sup> nossa Lei Maior traz a previsão de diversos direitos do homem, todos eles erigidos à categoria de direitos fundamentais<sup>2</sup> e

<sup>1</sup> Falamos especialmente porque existem outros dispositivos constitucionais, além de declarações internacionais ratificadas pelo Brasil, que prevêem outros direitos fundamentais. Além dos direitos individuais, os direitos fundamentais também abarcam os direitos sociais, coletivos, políticos, do trabalhador, entre outros.

<sup>2</sup> A designação “direitos fundamentais”, conforme Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior “é

impossibilita a extinção de qualquer um deles senão a partir de um novo Poder Constituinte Originário, nos termos do art. 60, § 4º, CF.

Trata-se, portanto, de direitos e garantias individuais, a partir dos quais o cidadão vê-se protegido contra a ação estatal. Nos dizeres de Alexandre de Moraes, “*o poder delegado pelo povo a seus representantes, porém, não é absoluto, conhecendo várias limitações, inclusive com a previsão de direitos e garantias individuais e coletivas do cidadão relativamente aos demais cidadãos e ao próprio Estado*”<sup>3</sup>.

Nesse sentido, também o entendimento de José Afonso da Silva, quando afirma que o reconhecimento dos direitos fundamentais do homem “*não significa esfera privada contraposta à atividade pública, como simples limitação ao Estado ou autolimitação deste, mas limitação imposta pela soberania popular aos poderes constituídos do Estado que dela dependem*”<sup>4</sup> (grifos do autor).

Vale transcrever a lição deste mesmo doutrinador acerca do conceito de direitos individuais, afirmando ele que se trata de:

direitos fundamentais do homem-indivíduo, que são aqueles que reconhecem autonomia aos particulares, garantindo a iniciativa e independência aos indivíduos diante dos demais membros da sociedade política e do próprio estado. Por isso, a doutrina (francesa, especialmente) costuma englobá-los na concepção de liberdade-autonomia.<sup>5</sup> (grifos do autor).

Em um Estado Democrático, como o brasileiro, a previsão constitucional de direitos fundamentais exerce o papel de limitar o poder

*a mais precisa [entre todas as outras que se pretende, como direitos do homem, liberdades públicas, direitos humanos etc.]. primeiro pela sua abrangência. O vocábulo direito serve para indicar tanto a situação em que se pretende a defesa do cidadão perante o Estado como os interesses jurídicos de caráter social, político ou difuso protegidos pela Constituição. De outro lado, o termo fundamental destaca a imprescindibilidade desses direitos à condição humana”* (grifos do autor). Curso de Direito Constitucional, p. 80

<sup>3</sup> Direito Constitucional, p. 25

<sup>4</sup> Curso de Direito Constitucional Positivo, p. 178.

<sup>5</sup> Op. cit., p. 190.

político, justamente diante da existência desses direitos assegurados ao homem.

Nesse sentido é a lição de Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior, quando afirmam que “os direitos e garantias fundamentais constituem um amplo catálogo de dispositivos, onde estão reunidos os direitos de defesa do indivíduo perante o Estado, os direitos políticos, os relativos à nacionalidade e os direitos sociais, dentre outros”<sup>6</sup>. É justamente esse amplo rol de direitos fundamentais que visa a assegurar e a proteger a dignidade da pessoa humana, em todas as suas dimensões<sup>7</sup>.

Fato é que mesmo o exercício desses direitos individuais encontra limites, de modo que não podem ser utilizados pelo indivíduo como justificativa a toda e qualquer ação que resolva adotar. Ora, não faria sentido o Estado assegurar direitos fundamentais ao indivíduo, respeitando-os, se este mesmo indivíduo utilizasse tais direitos para práticas contrárias ao próprio direito, à moral, enfim, condutas que prejudicassem o bom funcionamento e andamento da ordem social. Perderia totalmente o sentido assegurarem-se tais direitos.

No mesmo sentido é o entendimento de Alexandre de Moraes, quando afirma que os direitos humanos fundamentais

não podem ser utilizados como um *verdadeiro escudo protetivo* da prática de atividades ilícitas, tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito<sup>8</sup> (grifos do autor).

Dessa forma, podemos dizer que os direitos fundamentais não são absolutos, mas sim relativos, sendo que o exercício de um desses direitos encontra seus limites no exercício ou na simples existência de outro ou outros direitos fundamentais. Havendo conflito

entre dois ou mais direitos fundamentais<sup>9</sup>, resolvesse-o pela aplicação do princípio da proporcionalidade<sup>10</sup>, ou seja, deve ser verificado, no caso concreto, qual dos direitos em conflito tem maior peso, de modo que será este que deverá prevalecer.

Nesse sentido, são as palavras de Noemi Mendes Siqueira Ferrigolo:

Uma forma eficiente para solucionar o problema da colisão de direitos é de o intérprete-aplicador determinar o âmbito de proteção dos direitos envolvidos e, verificada a colisão, realizar a ponderação dos bens em questão, solucionando pelo menor sacrifício dos direitos envolvidos usando como parâmetros, precípua mente, os princípios da unidade da constituição, da concordância prática e da proporcionalidade<sup>11</sup>.

Realmente, as normas que compõem o nosso ordenamento jurídico não podem ser interpretadas isoladamente, nem aquelas que se encontram no mesmo diploma legal nem aquelas que se encontram em diplomas legais diferentes. O ordenamento jurídico é um sistema e, como todo sistema, deve ser complementado, sendo certo que uma norma não tem qualquer relevância quando considerada isoladamente, sem que se a interprete no conjunto, no cotejo com as demais.

É certo que todos os direitos fundamentais são importantes, senão não teriam sido erigidos a essa categoria pela nossa Lei Maior. Mas também é certo que devem ser exercidos de acordo com todo o sistema jurídico no qual se acham inseridos, para que o exercício de um não prejudique o exercício de outro.

<sup>9</sup> O exemplo dado por Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior é justamente um dos temas do presente estudo, qual seja, o conflito entre o direito de opinião e o direito à honra, dois direitos fundamentais que podem conflitar em dada situação, de modo que, nas suas palavras, “a convivência dos dois direitos em colisão exige um regime de cedência recíproca”. Op. cit., p. 83.

<sup>10</sup> Alexandre de Moraes denomina esse princípio de concordância prática ou harmonização. Op. cit., p. 28.

<sup>11</sup> Liberdade de Expressão: direito na sociedade da informação: mídia, globalização e regulação, p. 144.

<sup>6</sup> Op. cit., p. 79

<sup>7</sup> Ibid., p. 81

<sup>8</sup> Op. cit., p. 27.

Feita esta breve introdução ao tema “direitos fundamentais”, cabe-nos neste momento analisar um dos direitos fundamentais assegurado constitucionalmente, assunto do presente trabalho. Trata-se do direito às liberdades de expressão e de manifestação do pensamento, conforme designação constitucional.

### 3. Liberdade de Expressão e Liberdade de Manifestação do Pensamento: Breve Histórico Desses Direitos ao Longo das Constituições Brasileiras

Praticamente todas as constituições brasileiras asseguraram, pelo menos formalmente, a liberdade de expressão, mas nem sempre esse direito foi posto em prática, ou por falta de legislação complementar que o tenha regulado, ou pelo fato de tal direito não ser respeitado pelos governantes<sup>12</sup>.

Vejamos, então, de forma breve, como se deu o tratamento do direito à liberdade de expressão em todas as Constituições do Brasil.

A Constituição do Império de 1824 previu direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, bem como tratou da declaração de direitos, apresentando pouca diferenciação entre os direitos políticos e os direitos e as garantias individuais<sup>13</sup>.

Assim, prescrevia, em seu art. 179, IV e XXX, respectivamente:

Todos podem comunicar os seus pensamentos, por palavras, escritos, e publicá-las pela Imprensa, sem dependência de censura; com tanto que hajam de responder pelos abusos, que cometem no exercício deste Direito, nos casos, e pela fórmula, que a lei determinar; Todo o Cidadão poderá apresentar por escrito ao Poder Legislativo, e ao Poder Executivo reclamações, queixas, ou petições, e até expor qualquer infração da Constituição, requerendo perante a competente

Autoridade a efectiva responsabilidade dos infratores<sup>14</sup>.

Já a primeira Constituição da República, de 1981, reconheceu a todos o direito de manifestação de idéias e opiniões. Nesta constituição, foi política a natureza dada a esse direito<sup>15</sup>.

Prescrevia em seu art. 72, § 12, que

em qualquer assumpto é livre a manifestação do pensamento pela imprensa, ou pela tribuna, sem dependência de censura, respondendo cada um pelos abusos que cometer nos casos e pela fórmula que a lei determinar. Não é permitido o anonymato<sup>16</sup>.

A Constituição Brasileira de 1934 manteve os direitos individuais assegurados pela constituição anterior, acrescentando outros, mas em razão dos conflitos mundiais entre ideologias capitalistas e comunistas, que repercutiram no Brasil, essa constituição não se manteve por muito tempo<sup>17</sup>.

Dispunha seu art. 113:

- 4) Por motivo de convicções philosophicas, políticas ou religiosas, ninguém será privado de qualquer dos seus direitos, salvo os casos do art. 111, letra b.
- 9) Em qualquer assumpto é livre a manifestação do pensamento, sem dependência de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um pelos abusos que cometer, nos casos e pela fórmula que a lei determinar. Não é permitido o anonymato. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos independe de licença do poder público. Não será, porém, tolerada propaganda de guerra ou de processos violentos para subverter a ordem política e social<sup>18</sup>.

Com a instauração do regime ditatorial no Brasil, os direitos e garantias individuais

<sup>12</sup> Felipe Chiarello de Souza Pinto. **Os Símbolos Nacionais e a Liberdade de Expressão**, pp. 85/86.

<sup>13</sup> Noemi Mendes Siqueira Ferrigolo. Op. cit., 73.

<sup>14</sup> Felipe Chiarello de Souza Pinto. Op. cit., pp. 103/104.

<sup>15</sup> Noemi Mendes Siqueira Ferrigolo. Op. cit., p. 76.

<sup>16</sup> Felipe Chiarello de Souza Pinto. Op. cit., p. 104.

<sup>17</sup> Noemi Mendes Siqueira Ferrigolo. Op. cit., p. 79.

<sup>18</sup> Felipe Chiarello de Souza Pinto. Op. cit., pp. 105/106.

foram restringidos, quando não suprimidos, não havendo que se falar em liberdade de expressão nem de manifestação do pensamento. Isso ocorreu à época da Constituição de 1937, que, apesar de prever a liberdade de expressão e livre manifestação do pensamento, isso não ocorria na prática<sup>19</sup>.

Ademais, a Constituição de 1937 admitia, em seu art. 168, b, a censura de correspondência e de todas as comunicações orais e escritas na hipótese de estado de emergência, a partir de medidas adotadas pelo Presidente da República<sup>20</sup>.

A respeito da censura do Estado Novo, são as palavras de Felipe Chiarello de Souza Pinto:

O Estado Novo exerceu ampla atividade censória, culminando com o aparecimento e a ação do Departamento de Imprensa e Propaganda (DIP), que fez história no campo da censura à imprensa. (Pinto, p. 86).

[...]

Desde então, foi instituída a luta pela liberdade de expressão no País. No entanto, apenas em 1946, com a restauração democrática, que voltaram a ser exercidas as garantias constitucionais de liberdade de expressão<sup>21</sup>.

Mais à frente, afirma o autor que “o caráter ditador da Carta de 1937, como vemos, resultou em uma restrição profunda à Liberdade. A criação de um órgão responsável pela censura (DIP) acabou por aumentar o cerco cruel à livre expressão dos cidadãos”<sup>22</sup>.

Já a Constituição de 1946 proibia a censura prévia de qualquer manifestação, assegurando, deste modo, a livre manifestação do pensamento<sup>23</sup>. Em seu art. 44, essa constituição previu a imunidade dos parlamentares no exercício do mandato, por suas opiniões, palavras e votos. Buscou, assim, maior independência política<sup>24</sup>.

Em seu art. 141, § 5º, a mesma Constituição previa que:

é livre a manifestação do pensamento, sem que dependa de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo, cada um, nos casos e na forma que a lei preceituar, pelos abusos que cometer. Não é permitido o anonimato. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos não dependerá de licença do poder público. Não será, porém, tolerada, propaganda de guerra, de processos violentos para subverter a ordem política e social, ou de preconceitos de raça ou de classe<sup>25</sup>.

A mesma constituição, no art. 173, assegurava a liberdade de ciências, letras e artes<sup>26</sup>. Entretanto, como bem ressalva Felipe Chiarello de Souza Pinto, “[...] na tendência anti-democrática, para a qual se encaminhou o país, começamos a instalação do regime dos Atos Institucionais. Era necessária primordialmente a censura de que tratamos acima para manutenção e bom andamento dos interesses governamentais”<sup>27</sup>.

De fato, o Ato Institucional n. 1, em seu art. 16, III, proibiu atividades ou manifestações sobre assuntos de natureza política<sup>28</sup>. Quando o General Castelo Branco, a partir do Golpe de Estado em 1964, assumiu o poder no Brasil, em nome das Forças Armadas, teve início o regime militar, cuja principal característica era a repressão a trabalhadores, estudantes, dirigentes, políticos, intelectuais, entre outros, que eram perseguidos, presos, cassados, torturados ou mesmo mortos. Não se podia divergir, sob pena de ser considerado agitador, desordeiro e inimigo da pátria<sup>29</sup>. A Constituição de 1967 tinha um capítulo tratando dos direitos e das garantias individuais, mas na prática a teoria era outra.

A essência autoritária da Constituição de 1967 tentou disfarçar uma aparência democrática, assegurando a liberdade de expressão, sem censura e garantindo o direito

<sup>19</sup> Noemi Mendes Siqueira Ferrigolo. Op. cit., pp. 80/81.

<sup>20</sup> Felipe Chiarello de Souza Pinto. Op. cit., pp. 106/107.

<sup>21</sup> Op. cit., p. 86.

<sup>22</sup> Op. cit., p. 107.

<sup>23</sup> Noemi Mendes Siqueira Ferrigolo. Op. cit., p. 83.

<sup>24</sup> Felipe Chiarello de Souza Pinto. Op. cit., pp. 107/108.

<sup>25</sup> Ibid., p. 108.

<sup>26</sup> Ibid., p. 108.

<sup>27</sup> Op. cit., pp. 108/109.

<sup>28</sup> Felipe Chiarello de Souza Pinto. Op. cit., p. 109.

<sup>29</sup> Noemi Mendes Siqueira Ferrigolo. Op. cit., pp. 84/85.

de resposta. Nos dizeres de Felipe Chiarello de Souza Pinto:

com a clara intenção de coibir quaisquer manifestações contrárias ao regime em exercício, o texto constitucional utiliza termos subjetivos para garantir a sua interpretação legal. A autoridade policial reprime de acordo com o que entende ‘subversivo’.

Um artigo que parece libertar as amarras que caracterizam uma censura militar, na verdade, esconde a fórmula para impedir a liberdade<sup>30</sup>.

Seguiu na mesma direção a Emenda Constitucional n. 1, de 1969, que buscou restringir e limitar ainda mais a liberdade de expressão, “era necessária a proibição de publicações e exteriorizações de forma muito dura e acentuada”<sup>31</sup>. A Emenda Constitucional n. 22, de 182, assim dispunha em seu art. 30:

b) Não será autorizada a publicação de pronunciamentos que envolverem ofensas às Instituições Nacionais, propagandas de guerra, de subversão da ordem política ou social, de preconceito de raça, de religião ou de classe, configurarem crimes contra a honra ou contiverem incitamento à prática de crimes contra qualquer natureza<sup>32</sup>.

Chegamos, assim, à Constituição de 1988, conhecida como Constituição Cidadã, que não só ampliou como também fortaleceu os direitos individuais e as liberdades públicas anteriormente restringidas<sup>33</sup>.

De fato, a atual Constituição deu ampla abertura à liberdade de expressão, tendo inclusive proibido qualquer tipo de censura, bem como assegurou a liberdade de expressão artística e cultural. Nos dizeres de Felipe Chiarello de Souza Pinto:

A Constituição de 1988 privilegiou, portanto, a liberdade de expressão do pensamento e a liberdade de informação, fatores vitais para um regime democrático [...]”<sup>34</sup>.

[...] a Carta Magna de 1988 é a mais ampla no sentido de garantir maior Liberdade de expressão e Pensamento aos cidadãos, além de marcar a consolidação do regime democrático em que vivemos.

Portanto, estamos convencidos de que a defesa dos direitos e garantias fundamentais do cidadão, contidos na Constituição Federal de 5 de outubro de 1988, deve nortear nosso pensamento na luta contra as restrições impostas por quaisquer leis menores<sup>35</sup>.

Foi em 1996 que, como lembra o citado autor:

a luta pela liberdade de expressão ganhou ainda mais força com a adesão do Presidente Fernando Henrique Cardoso ao Tratado de Chapultepec, que consiste em um documento elaborado por escritores, jornalistas e juristas com dez princípios que norteiam a ampla liberdade de imprensa e de expressão. Com esse ato do Presidente, o Brasil aderiu à luta da Sociedade Internacional de Imprensa – SIP, pela liberdade de expressão em todo o mundo.

[...] Segundo o Tratado, não deve existir nenhuma lei ou restrição à liberdade de expressão ou de imprensa, seja qual for o meio de comunicação; não há pessoas nem sociedades livres sem liberdade de expressão e de imprensa; o exercício desta não é uma concessão das autoridades, é um direito inalienável do povo; toda pessoa tem o direito de buscar e receber informação, expressar opiniões e divulgá-las livremente, seja qual for o veículo<sup>36</sup>.

Após analisar a evolução histórica do direito à liberdade de expressão, Noemi Mendes Siqueira Ferrigolo, especialmente

<sup>30</sup> Op. cit., p. 110.

<sup>31</sup> Felipe Chiarello de Souza Pinto, p. 110.

<sup>32</sup> Ibid., p. 111.

<sup>33</sup> Noemi Mendes Siqueira Ferrigolo, p. 90.

<sup>34</sup> Op. cit., p. 98.

<sup>35</sup> Op. cit., p. 113.

<sup>36</sup> Op. cit., p. 98.

considerando a liberdade de imprensa, afirma que:

a liberdade de expressão é um dos fatores que está afeto a elaboração das Cartas políticas brasileiras. Há uma estreita relação entre democracia e liberdade de expressão. Isso porque na medida em que há democracia, a imprensa veicula as informações e, na medida em que a imprensa consegue realizar livremente seu trabalho e sua função, a democracia se aperfeiçoa<sup>37</sup>.

Mais à frente, a autora afirma que “um dos instrumentos de maior relevância para a democratização do Estado é indiscutivelmente a liberdade individual, intrínseca à liberdade de expressão e da livre manifestação do pensamento”<sup>38</sup>.

De fato, em um Estado Democrático como o nosso, não pode ser tolhida a liberdade de expressão, não apenas da imprensa, mas de todos os indivíduos que formam a coletividade, já que “a liberdade de expressão não é apenas um valor positivo dentro das comunidades democráticas, mas também essencial”<sup>39</sup>.

Felipe Chiarello de Souza Pinto transcreve as palavras de Afonso Arinos, que efetivamente representam o aqui exposto: “a livre comunicação dos pensamentos e opiniões é um dos direitos mais preciosos do homem. Todo cidadão deve falar, escrever e imprimir livremente, com a condição de responder pelo abuso desta liberdade, nos casos determinados por lei”<sup>40</sup>.

#### 4. Liberdade de Expressão e Liberdade de Manifestação do Pensamento

Como já afirmando, a CF de 1988 assegura o direito às liberdades de manifestação do pensamento e de expressão, erigindo-os à categoria de direitos fundamentais, assim como também o faz com

relação ao direito de resposta e à indenização por danos materiais, morais ou à imagem. Prescreve:

Art. 5º

IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato.

V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravio, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.

IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica ou artística.

A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, aprovada pela IX Conferência Interamericana e a Convenção Européia para Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais também garantem a liberdade de expressão.

Ambos os direitos fundamentais, liberdade de expressão e de manifestação do pensamento, na verdade, se complementam, assegurando ao indivíduo o direito de livremente se expressar e manifestar, seja a partir de um juízo valorativo ou não, seja por meio de uma opinião simplesmente ou de uma crítica.

Segundo Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior, a expressão do pensamento humano não implica, necessariamente, num juízo de valor realizado por aquele que exprime o seu pensamento. Em suas palavras:

O pensamento humano é pluriforme. Em outras palavras, pode manifestar-se por meio de juízo de valor (opinião) ou da sublimação das formas em si, sem se preocupar com o eventual conteúdo valorativo destas. É o que pode ocorrer em

<sup>37</sup> Op. cit., p. 93.

<sup>38</sup> Op. cit., p. 142.

<sup>39</sup> Felipe Chiarello de Souza Pinto. Op. cit., p. 99.

<sup>40</sup> Op. cit., p. 99.

manifestações como a música, a pintura, o teatro, a fotografia etc. Dessas outras variações da manifestação humana é que cuida o direito de expressão. Em outras palavras, ele tem como objeto as situações em que a expressão, mais do que um meio, é um fim em si própria, o que equivale a dizer que são formas, variações, da manifestação humana.

A peculiaridade do direito de expressão reside na ausência de juízo de valor [...].

Tais observações têm por finalidade estabelecer que, enquanto a opinião diz respeito a um juízo conceitual, uma afirmação do pensamento, a expressão consiste na sublimação da forma das sensações humanas, ou seja, nas situações em que o indivíduo manifesta seus sentimentos ou sua criatividade, independentemente da formulação de convicções, juízos de valor ou conceitos<sup>41</sup>.

A liberdade e manifestação de pensamento e a liberdade de expressão nada mais são que garantias ao indivíduo de que ele poderá comunicar-se com os seus, emitindo as suas opiniões, seja a partir de um juízo de valor ou não, isso pouco importa. Assim, a Constituição garante ao indivíduo que ele tem liberdade para se expressar, seja por meios escritos, gestuais, falados ou qualquer outro meio que lhe permita expressar-se, com as mais variadas finalidades e nos mais diversos assuntos, comunicando-se com os seus semelhantes a partir das mais variadas formas e por qualquer meio que torne essa expressão do pensamento possível, como imprensa, rádio, televisão, entre outros.

Para José Afonso da Silva, a liberdade de pensamento é a origem das mais variadas formas de expressão, razão pela qual a doutrina a reconhece como liberdade primária, pois a partir dela o indivíduo adota atitude intelectual de sua própria escolha, seja de forma apenas íntima ou exteriorizada<sup>42</sup>.

Sendo o pensamento interno, ou seja, ninguém sabe o que se passa na cabeça do outro, o indivíduo pode exteriorizar, tornar

público os seus pensamentos, podendo fazê-lo exercendo as liberdades de comunicação, de religião, artística, científica, cultural, entre outras<sup>43</sup>.

Fato é que a CF permite às pessoas exteriorizarem o que pensam, aquilo que lhes vier à cabeça, popularmente falando. O direito de manifestação do pensamento nada mais faz que garantir a própria essência do Estado Democrático, onde as pessoas são livres para dizerem aquilo que pensam, sem qualquer tipo de censura ou licença<sup>44</sup>.

Assim, a Constituição garante a liberdade de expressão, sendo certo que toda e qualquer pessoa pode expressar aquilo que pensa. A única coisa vedada constitucionalmente é o anonimato. Em outras palavras, as pessoas podem dizer o que pensam, mas desde que assumam a autoria daquilo que foi expressado.

Entretanto, como afirmamos acima, os direitos fundamentais não são absolutos, de modo que as liberdades de expressão e de manifestação do pensamento não escapam à relativização, sendo certo que é livre a manifestação do pensamento, mas desde que não haja qualquer tipo de abuso ou excesso.

Na verdade, as pessoas podem expressar aquilo que pensam, ainda que, por exemplo, tal expressão consista em uma ofensa à honra (injúria, calúnia ou difamação). Nesta hipótese sofrerá as consequências penais, respondendo por crime contra a honra, bom como cívics, devendo indenizar o ofendido.

Desse modo, as expressões do pensamento, nos dizeres de Alexandre de Moraes, “*são passíveis de exame e apreciação pelo Poder Judiciário, com a consequente responsabilidade civil e penal de seus autores, decorrentes inclusive de publicações injuriosas na imprensa, que deve exercer vigilância e controle da matéria que divulga*”<sup>45</sup>.

Assim, é certo que a Constituição assegura a liberdade de expressão, proibindo,

<sup>41</sup> José Afonso da Silva. Op. cit., p 242.

<sup>44</sup> Ocorre a censura quando se verifica a compatibilidade entre um pensamento que se pretende exprimir e as normas legais vigentes. Já a licença é a exigência de autorização de qualquer agente ou órgão para que um pensamento possa ser exteriorizado.

<sup>45</sup> Op. cit., p. 39.

no caso da imprensa, que haja censura prévia. Entretanto, aquele que se expressa de forma errônea, injuriosa ou de qualquer outro modo ofende a honra de alguém ou expressa-se de forma abusiva, representando uma agressão ao Estado Democrático de Direito, deverá ser responsabilizado por aquilo que expressou. É justamente por essa razão, entendemos, que, ao assegurar a liberdade de manifestação do pensamento, a Constituição proíbe que a pessoa sirva-se do anonimato para se expressar.

Realmente, como afirma José Afonso da Silva:

A liberdade de manifestação do pensamento tem seu ônus, tal como o de o manifestante identificar-se, assumir claramente a autoria do produto do pensamento manifestado, para, em sendo o caso, responder por eventuais danos a terceiros. Daí por que a Constituição *veda o anonimato*. A manifestação do pensamento não raro atinge situações jurídicas de outras pessoas a que socorre o direito, também fundamental individual, *de resposta*<sup>46</sup> (grifos do autor).

Certo é que a liberdade de manifestação artística, intelectual e científica, asseguradas pelo IX, do art. 5º, da Constituição, também são formas de expressão do pensamento, sendo certo que qualquer pessoa pode produzir obras intelectuais, artísticas ou científicas, bem como divulgá-las, sem qualquer censura prévia ou licença (salvo aquelas manifestações artísticas sujeitas a uma regulamentação específica, nos termos do art. 220, § 3º, CF)<sup>47</sup>.

Com a mudança das características da sociedade atual, o que pode ser verificado a partir da Revolução Industrial até chegarmos à Sociedade da Informação, em que atualmente vivemos, com predominância dos meios de comunicação e da rápida transmissão de qualquer tipo de mensagem, os direitos fundamentais vêm ganhando contornos diferentes, por vezes reclamando ações mais efetivas para a sua proteção.

<sup>46</sup> Op. cit., p. 244.

<sup>47</sup> José Afonso da Silva. Op. cit., pp. 252/253.

Como bem observa Noemi Mendes Siqueira Ferrigolo, “a liberdade de expressão é um dos direitos fundamentais que nos últimos tempos tem passado por profundas transformações, em razão de ser e conteúdo”<sup>48</sup>. A mesma autora, após tecer considerações sobre as influências provocadas pela Sociedade da Informação, afirma que

nesse contexto, cabe ao direito recuperar padrões éticos, acompanhar a dinâmica da vida moderna, sendo flexível e ao mesmo tempo seguro, visando a garantir a expressão de liberdade, pressupondo autonomia vital da pessoa, a sua autodeterminação em relação ao Estado, às entidades públicas e, sobretudo sua relação com as outras pessoas, visando sempre à dignidade<sup>49</sup>.

Fato é que as liberdades de expressão e de manifestação do pensamento são a essência do Estado Democrático. Não faria sentido uma democracia em que os indivíduos não pudessem livremente se expressar. Nos dizeres de Felipe Chiarello de Souza Pinto,

[...] nenhum governo tem o direito de impedir que os indivíduos de sua nação deixem de exprimir, seja na forma escrita, seja na falada, suas considerações a respeito de qualquer assunto que lhes interessa, valendo-se, no entanto, de afirmações verdadeiras. Deste modo, as considerações feitas ao acaso, sem comprovação e que prejudiquem a outrem, devem ser punidas na forma em que a lei indicar<sup>50</sup>.

Entretanto, casos há em que tais direitos sofrerão limitações, pois como já dissemos, nenhum direito fundamental possui natureza absoluta, existem casos em que dois ou mais direitos fundamentais estão em conflito, de modo que um deles deverá prevalecer.

Assim, pode haver uma dada situação concreta em que o direito à liberdade de manifestação ou de expressão do pensamento serão relativizados, para que prevaleça aquele

<sup>48</sup> Op. cit., p. 71.

<sup>49</sup> Op. cit., p. 149.

<sup>50</sup> Op. cit., p. 101.

de maior peso. E isso poderá acontecer caso tais direitos afrontem os símbolos nacionais ou o direito à honra ou à imagem. É o que passamos a analisar.

## 5. Liberdade de Expressão e Símbolos Nacionais

Inicialmente, entendemos importante trazer um breve histórico acerca do tratamento constitucional dado dos símbolos nacionais ao longo dos anos no Brasil.

Tanto a Constituição do Império, de 1824, como a Constituição de 1981, são omissas com relação aos símbolos nacionais<sup>51</sup>.

A primeira vez que os símbolos nacionais foram citados em Constituição Brasileira foi na de 1934, prescrevendo seu art. 163, § 1º:

todo brasileiro é obrigado ao juramento à bandeira nacional, na forma e sob as penas da lei”, e o artigo 174 “a bandeira, o hino, o escudo e as armas nacionais devem ser usados em todo o território do país, nos termos que a lei determinar<sup>52</sup>.

Estabelecido o Estado Novo, com um nítido regime ditatorial, a Constituição de 1937, em seus art.s 2º e 53, respectivamente, prescrevia:

a bandeira, o hino, o escudo, as armas nacionais, são de uso obrigatório em todo o país. Não haverá outras bandeiras, hinos, escudos e armas. A lei regulará o uso dos símbolos nacionais; a bandeira, o hino, o escudo e as armas nacionais são de uso obrigatório em todos os Estados e Municípios; proibidos quaisquer outros símbolos de caráter local<sup>53</sup>.

Diante dessas disposições constitucionais, Getúlio Vargas promoveu uma cerimônia para a queima das bandeiras dos Estados<sup>54</sup>.

Já a Constituição de 1964, em seu art. 195, prescrevia que “são símbolos nacionais a bandeira, o hino, o selo e as armas vigorantes na data da promulgação desta Constituição. Parágrafo único – Os Estados e os Municípios podem ter símbolos próprios”<sup>55</sup>.

A Constituição de 1967, já com as alterações produzidas pela Emenda Constitucional n. 1, de 1969, previa como símbolos nacionais a bandeira e o hino vigorantes na data de sua promulgação, estabelecendo a competência exclusiva da União para legislar sobre a matéria<sup>56</sup>.

O art. 13, caput, CF de 1988, estabelece a língua portuguesa como o idioma oficial da República Federativa do Brasil, e em seu § 2º estabelece, como seus símbolos nacionais, a bandeira, o hino, as armas e o selo nacionais, autorizando as pessoas jurídicas de direito público interno a estabelecerem os seus símbolos próprios (§ 3º).

Não podemos negar que os símbolos nacionais fortalecem a consciência cidadã e o patriotismo, marcando o respeito à pátria e incentivando a busca por um país melhor.

Tanto isso é verdade que a atual Constituição tratou dos símbolos nacionais dentro do Título dos Direitos e Garantias Fundamentais. E a matéria é regulada atualmente pela Lei n. 5.700/71.

Ao comentar essa lei, Felipe Chiarello de Souza Pinto, afirma que se trata de uma lei muito subjetiva, pois utiliza expressões como “atividade subversiva”, guardar a bandeira em “local digno”, entre outras, cuja interpretação do que sejam essas expressões fica a cargo do intérprete<sup>57</sup>.

O autor afirma, ainda, que esta lei não está “*mais amparada pelo cotidiano da população*”<sup>58</sup>. Acredita ele também que o art. 24 desta lei, que traz as regras para a execução do hino nacional, fere o direito à liberdade de expressão<sup>59</sup>, e que só pela existência de seu art. 30 a lei já seria inconstitucional, já que o tratamento dado aos homens fere o princípio

<sup>51</sup> Felipe Chiarello de Souza Pinto. Op. cit., p. 71.

<sup>52</sup> Ibid., p. 72.

<sup>53</sup> Felipe Chiarello de Souza Pinto. Op. cit., p. 72.

<sup>54</sup> Ibid., p. 73.

<sup>55</sup> Ibid., p. 73.

<sup>56</sup> Ibid., p. 74.

<sup>57</sup> Op. cit., pp. 116/117.

<sup>58</sup> Op. cit., p. 117.

<sup>59</sup> Op. cit., p. 118.

da igualdade<sup>60</sup>. Para ele, a lei foi criada para impedir manifestações dos:

estudantes e operários que saíam as ruas protestando contra esse período obscuro [ditadura] de nossa história, munidos da bandeira nacional, ou até de uma reprodução dela em suas vestimentas, cantando o Hino. Qual a melhor maneira de reprimir a identificação da massa popular com os Símbolos Nacionais que uma Lei como a de 1971?<sup>61</sup>

Após tecer diversas considerações acerca do caráter extremamente subjetivo da lei em questão, bem como de sua falta de aplicabilidade popular, ou seja, o fato de não ser eficaz, bem como a situação política de repressão, buscando-se evitar manifestações e manter a ditadura, o autor afirma que se trata de lei inconstitucional.

Entendemos não ser caso de discutir a constitucionalidade ou não dessa lei, mas sim o fato de ter sido ou não recepcionada pela Constituição atual, que lhe é posterior.

Realmente, a lei surgiu em um período em que a liberdade de expressão era mínima, para não dizer nenhuma. Entretanto, apesar de ser uma lei extremamente rígida no que concerne à utilização dos símbolos nacionais, não podemos dizer que tal lei não tenha sido recepcionada pela nossa Constituição.

Fato é que a questão dos símbolos nacionais é extremamente importante, já que se refere a questões de soberania, patriotismo e respeito ao Estado Brasileiro, já que o respeito aos símbolos nacionais de um Estado representa o respeito ao próprio Estado, de modo que a utilização dos símbolos não pode ser banalizada.

Não podemos afirmar, entretanto, que esta lei tenha total aplicabilidade. Tomemos alguns exemplos da inaplicabilidade prática desta lei nos dias atuais.

Dispõe o § único do art. 14 que é obrigatório o hasteamento solene, nas escolas públicas ou particulares, da Bandeira Nacional durante o ano letivo, pelo menos uma vez por semana. Quais são as escolas que cumprem essa obrigação cívica?

Outro exemplo que ressalta a falta de aplicabilidade desta lei refere-se às disposições que encontramos em seu art. 31. Confira-se:

Art. 13. São consideradas manifestações de desrespeito à Bandeira Nacional, e, portanto proibidas:

- I – Apresentá-la em mau estado de conservação;
- II – Mudar-lhe a forma, as cores e as proporções, o dístico ou acrescentar-lhe outras inscrições;
- III – Usá-la como roupagem, reposteiro, pano de boca, guarnição de mesa, revestimento de tribuna, ou como cobertura de placas, retratos, painéis ou monumentos a inaugurar;
- IV – Reproduzi-la em rótulos ou invólucros de produtos expostos à venda.

Não é segredo que diversos são os objetos e as vestimentas que ostentam a bandeira nacional. São enfeites decorativos, bonés, roupas íntimas, biquínis, vestuários em geral, guardanapos, pratos e muitos outros.

Pode-se observar claramente que essas disposições não são observadas. O que não significa que os indivíduos que, por exemplo, têm a bandeira nacional em suas vestimentas ajam com desrespeito a este símbolo nacional.

Faz parte da liberdade de expressão dos indivíduos o direito de poder expressar a consideração e o respeito que possuem à bandeira de seu Estado, de modo que proibir essa forma de expressão é uma afronta ao Estado Democrático de Direito.

Felipe Chiarello de Souza Pinto traz um exemplo a partir de uma notícia veiculada no jornal O Estado de São Paulo, em 02 de julho de 1998, cujo título era “*Para STF, governo feriu lei ao mudar bandeira*”. Confira-se a matéria:

Brasília – Durante a comemoração dos quatro anos do Plano Real, ontem, em Brasília, o governo federal pode ter desrespeitado a lei

<sup>60</sup> Op. cit., p. 118.

<sup>61</sup> Op. cit., p. 120.

que trata dos símbolos nacionais, segundo ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) e advogados. O painel colocado no palco em que o presidente Fernando Henrique Cardoso discursou e as faixas instaladas no alto dos prédios dos ministérios traziam a imagem da bandeira nacional modificada. Na hipótese de o gesto ser considerado irregular, fica caracterizada a contravenção prevista na Lei n. 5.700, de 1971, sujeita a pagamento de multa. O governo nega que tenha cometido infração, argumentando que apenas apresentou uma versão estilizada da bandeira, o que seria permitido, segundo o porta-voz da Presidência, Sérgio Amaral. No lugar do círculo azul presente na bandeira nacional, o governo incluiu uma moeda do real. Para ministros do STF e advogados consultados, o governo desrespeitou a lei e a Constituição ao modificar a bandeira<sup>62</sup>.

Outro exemplo de inaplicabilidade prática dessa lei refere-se ao art. 33, que assim dispõe: “Nenhuma bandeira de outra nação pode ser usada no País sem que esteja ao seu lado direito, de igual tamanho e em posição de realce, a Bandeira Nacional, salvo nas sedes das representações diplomáticas ou consulares”.

É comum estrangeiros residentes no Brasil que, especialmente em dias de jogos de futebol que penduram as bandeiras dos respectivos países na janela de suas residências. Isso sim é uma falta de respeito ao símbolo nacional de nosso país. Ora, o indivíduo mora aqui, trabalha aqui e sua conduta é totalmente desrespeitosa para com o nosso país. Esse é o tipo de conduta que com certeza deve ser punida nos termos do art. 35 da Lei n. 5.700/71.

É uma hipótese em que a liberdade de expressão encontra-se em conflito com a proteção aos símbolos nacionais e é a proteção a estes que deve prevalecer, em detrimento daquela. E isso porque a liberdade de expressão, como já afirmamos, encontra limites em outros direitos fundamentais e, a

partir da análise do caso concreto, é um direito fundamental que deve ser relativizado.

Outra já é a situação quando tratamos das regras para execução do hino nacional dispostas no art. 24 desta lei. Confira:

Art. 24. A execução do Hino Nacional obedecerá às seguintes prescrições:

- I – Será sempre executado em andamento metronômico de uma semínima igual a 120 (cento e vinte);
- II – É obrigatória a tonalidade de si bemol para a execução instrumental simples;
- III – Far-se-á o canto sempre em uníssono;
- IV – Nos casos de simples execução instrumental tocar-se-á a música integralmente, mas sem repetição; nos casos de execução vocal, serão sempre cantadas as duas partes do poema;
- V – Nas continências ao Presidente da República, para fins exclusivos do Cerimonial Militar, serão executados apenas a introdução e os acordes finais, conforme a regulamentação específica.

O que comprova a falta de eficácia desta lei é o seu art. 35, que determina a punição do infrator das disposições desta lei à pena de um a quatro salários mínimos, elevada ao dobro em caso de reincidência. O processo para essa punição segue o rito previsto para as contravenções penais.

Em algumas situações, não poderia ser diferente. Não faria sentido punir uma pessoa que, ao se utilizar de seu direito à liberdade de expressão o faz utilizando-se de símbolos nacionais, como no exemplo que demos com relação à utilização da bandeira nacional em sua vestimenta.

Também não faria sentido punir um artista que expressa sua arte em pinturas e o faz, por exemplo, dando cores ou formatos diferentes à bandeira nacional. Nesta hipótese, há conflito entre a liberdade de expressão e a proteção aos símbolos nacionais, nos termos da lei infraconstitucional, mas aquele direito certamente deverá prevalecer sobre esse.

Com relação à aplicabilidade desta lei nos dias atuais, é certo que muitos de seus dispositivos perderam o vigor. Isso ocorreu

<sup>62</sup> Op. cit., pp. 123/124.

não por conta da falta de respeito para com os símbolos nacionais, mas sim em razão da evolução social, da forma pela qual as pessoas passaram a lidar com essa questão dos símbolos nacionais.

Além de ser uma forma de preservar e consagrar os símbolos nacionais, a utilização deles através da liberdade de expressão é uma manifestação de respeito do indivíduo para com os símbolos nacionais. Retirar do indivíduo o direito de se expressar utilizando-se os símbolos de expressão, seja por meio de uma pintura, desenho, vestimenta ou qualquer outra coisa é uma afronta a este direito fundamental.

Alguns dos exemplos que demos acima comprovam essa situação, ou seja, corroboram a tese da total ineficácia, inaplicabilidade e aceitação social desta lei que trata dos símbolos nacionais quando confrontada com o direito à liberdade de expressão.

Realmente, como já afirmamos, em algumas situações seria injusto punir o indivíduo nos termos dessa lei. Na época do regime militar, quando esta lei entrou em vigor, certamente pessoas que a contrariasse eram punidas, até porque se não fossem seria uma afronta ao governo. A intenção dos militares era justamente acabar com qualquer tipo de manifestação popular que envolvesse símbolos nacionais. Dá até a impressão de que os símbolos nacionais eram apenas para os governantes, sendo que estes obrigavam a utilização destes símbolos pelos particulares em determinadas situações não para despertar um sentimento de patriotismo e de respeito ao Estado, mas para demonstrar que quem realmente mandava eram os militares.

O grande problema refere-se à época em que esta lei entrou em vigor. Na época do regime militar a intenção dos governantes realmente era podar totalmente a liberdade de expressão. Mas hoje a Constituição assegura o direito à liberdade de expressão, de modo que os indivíduos podem expressar-se livremente, podendo, inclusive fazer uso dos símbolos nacionais, mas não podendo fazer uso do anonimato.

Como já afirmamos, não podemos dizer que a Lei n. 5.700/71 é inconstitucional, pois anterior à nossa atual Constituição. Também não podemos afirmar que tal lei não tenha sido

recepçãoada pela Constituição de 1988 pelo simples fato de esbarrar no direito à liberdade de expressão e de manifestação do pensamento. Deve, isso sim, ser analisado sempre o caso concreto, para que se aplique o princípio da proporcionalidade, verificando-se qual direito fundamental deverá prevalecer, pois os símbolos nacionais são direitos fundamentais.

Se assim não fosse, chegaríamos ao extremo de dizer que crianças que na escola estão aprendendo a desenhar a bandeira cometem essa infração ao pintá-la de cor errada. Ou que a venda de vestimentas com a bandeira desenhada seria uma infração, bem como o seu uso. Quando na verdade demonstram respeito e sentimento de patriotismo.

É um rigor extremo para os dias atuais, mas compatível com a situação política vivenciada à época do regime militar, quando buscava-se conter manifestações contrárias a esse regime com a utilização dos símbolos nacionais.

Fato é que algumas disposições estão realmente em desuso, mas o que não significa dizer que a lei seja inconstitucional, até porque, como já afirmamos, seria caso de recepção. A lei está em pleno vigor, embora não seja eficaz.

Dissemos que sempre deve ser analisado o caso concreto quando houver conflito entre a liberdade de expressão e a proteção aos símbolos nacionais, porque o princípio da proporcionalidade nunca se aplica de forma abstrata, mas sempre concreta, analisando quais os direitos que naquele caso encontram-se em conflito, para que se defina qual deles deverá prevalecer. Assim, quando se confrontam os símbolos nacionais com a liberdade de expressão, podemos dizer que se trata de dois direitos fundamentais em conflito. Sim, porque ambos estão previstos no Título II CF, que trata justamente “Dos Direitos e das Garantias Fundamentais”.

Ora, é hipótese de aplicação do princípio da proporcionalidade. Sim, mas a questão não é tão simples assim. Como dissemos, não há uma regra para decidir qual dos direitos fundamentais deve prevalecer em relação ao outro, deve sempre ser analisado o caso concreto, já que nenhum direito fundamental

vale mais que o outro quando abstratamente considerados.

Assim, uma análise do caso concreto permitirá dizer se deverá prevalecer a liberdade de expressão ou de manifestação do pensamento ou o respeito ao símbolo nacional. Imaginemos dois exemplos. No primeiro deles um artista pinta um quadro com a bandeira nacional com uma forma diferente daquela estabelecida em lei, mas é visível que se trata da bandeira brasileira. Ora, esta pessoa está expressando a sua arte e consagrando um símbolo nacional. Não podemos dizer que se trata de um ato de desrespeito para com este símbolo nacional, muito ao contrário, o artista poderia ter pintado alguma outra coisa, mas não, ele pintou um símbolo do nosso Estado. É diferente daquele que, por exemplo, coloca a bandeira nacional em algum objeto erótico, ou daquele que a queima em praça pública.

Já ressaltamos que a lei traz regras extremamente rigorosas para a execução do hino nacional, o que inevitavelmente esbarra no direito à liberdade de expressão. Chegaríamos ao absurdo de pretender punir aquele que, por exemplo, ao tomar banho, canta o hino nacional, quando na verdade tal manifestação é patriótica. Ora, o sujeito está cantando o hino nacional! Isso demonstra um sentimento que ele tem pelo seu Estado nacional.

É claro que sempre existirão situações de desrespeito para com os símbolos nacionais a partir da liberdade de expressão ou de manifestação do pensamento. E é justamente por isso que não podemos deixar de aplicar a lei em questão, porque deve existir a punição em seus termos daquele que utiliza os símbolos nacionais em flagrante situação de desrespeito.

Ora, se entendêssemos que essa lei não faz mais parte do nosso ordenamento jurídico, situações desrespeitosas não poderiam ser punidas. Mas também não podemos considerar o total vigor desta lei a ponto de punir situações que não mereceriam qualquer tipo de punição, por não serem desrespeitosas, não implicando em nenhuma afronta aos símbolos nacionais. Afrontariam apenas a lei, mas é certo que o ordenamento jurídico deve se amoldar à situação atual, à evolução da sociedade e às suas efetivas necessidades.

Vale ressaltar que a Lei n. 6.620/78 define os crimes contra a Segurança Nacional, tipificando as seguintes condutas:

Art. 18. Destruir ou ultrajar a bandeira, emblemas ou escudo da Nação amiga, quando expostos em lugar público.

Pena: detenção, de 6 meses a 1 ano.

Art. 41. Destruir ou ultrajar a bandeira, emblemas ou símbolos nacionais, quando expostos em lugar público.

Pena: reclusão, de 1 a 4 anos.

Realmente, se um indivíduo destruir um símbolo nacional, apesar de ter sua liberdade de expressão e manifestação do pensamento assegurada constitucionalmente, não pode sair ileso. Esse tipo de manifestação não apenas ofende o símbolo nacional em si, mas o próprio Estado.

Um exemplo foi o que ocorreu nos Estados Unidos, no caso Texas x Johnson, em que este queimou a bandeira nacional em protesto contra o Governo Reagan e algumas corporações com base em Dallas, chocando diversas testemunhas que se sentiram ofendidas pelo ato de queima do símbolo nacional. Em recurso final à Suprema Corte, o acusado conseguiu reverter sua condenação, criando-se um parecer legal do órgão Supremo do Judiciário do país, declarando-se a Lei dos Símbolos Nacionais contrária à primeira emenda à Constituição dos Estados Unidos da América e, portanto, inconstitucional. A legislação norte-americana trata com rigor a questão dos símbolos nacionais, especialmente com relação à bandeira<sup>63</sup>.

Ao discutir esse caso específico, em que é flagrante o conflito entre o direito à liberdade de expressão e a proteção aos símbolos nacionais, alguns juristas norte-americanos discutiram o tema.

Norman Dorsen, professor da New York University, acredita que a liberdade de expressão sobrepõe-se ao símbolo nacional. Ele é contrário à emenda constitucional que quer restringir a liberdade de expressão, da mesma forma que Burt Neuborne, na mesma

<sup>63</sup> Op. cit., p. 27.

universidade<sup>64</sup>. Já para Lawerence Sager, “a bandeira deve ser parte de nós e de nossa liberdade de expressão”<sup>65</sup>. Para Richard Parker “a Emenda Constitucional, para a proteção da bandeira dos EUA há dez longos anos. Demonstra, claramente, sua vontade de introduzir um mínimo de respeito, no texto legal, para algo que ele defende como parte fundamental da unidade nacional”<sup>66</sup>.

## 6. Liberdade de Expressão e Publicações Humorísticas

Outra situação em que podemos observar a existência de conflito é a que se refere à relação entre o direito à liberdade de expressão e de manifestação do pensamento e as publicações humorísticas.

Fato é que diversas são as publicações que atualmente circulam com caráter flagrantemente humorístico. Entretanto, não podemos deixar de observar que, por vezes, tais publicações acabam por ofender a honra de alguma pessoa, ou até mesmo os bons costumes.

É o caso de cartunistas, por exemplo, cuja função resume-se a publicações humorísticas em jornais, revistas, ou qualquer outro meio de comunicação. São charges, piadas meramente escritas, caricaturas etc. Também não podemos nos esquecer de programas televisivos cujo foco é justamente o humor, como por exemplo o programa Pânico na TV.

Situações há em que tal liberdade de expressão esbarra em direitos fundamentais, como o direito à privacidade, à honra e à imagem, assegurados pela CF, no art. 5º, X, que assim dispõe: “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”.

Deste modo, aquele que se sentir lesado com algum tipo de humor relacionado à sua pessoa, poderá pleitear a respectiva indenização, sem prejuízo de eventual queixa-crime para punição pelo crime contra a honra. “A lei não excluirá da aplicação do Poder

Judiciário lesão ou ameaça a direito”. É o que dispõe o art. 5º, XXXV, CF, corroborando o acima exposto.

Como dissemos anteriormente, nenhum direito fundamental é absoluto, todos são relativos, aplicando-se o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade quando um ou mais direitos estiverem em conflito, de modo que deverá prevalecer aquele que, no caso concreto, tem mais importância.

É verdade que a grande maioria das publicações humorísticas não se revestem de *animus injuriandi* ou *animus difamandi*, mas sim *animus jocandi*. Em outras palavras, buscam os autores das publicações divertir as pessoas e não ofender aquele indivíduo relacionado à publicação. Entretanto, o direito não pode permitir que, a pretexto do divertimento de algumas pessoas, outra pessoa sinta-se lesada com este tipo de humor.

Como exemplo, citemos o caso de Ronaldo, o Fenômeno, que na época da Copa do Mundo de 2006 era extremamente criticado por estar acima de seu peso. A partir do momento em que diversas caricaturas suas foram publicadas, as pessoas começaram a divertir-se às custas de seu excesso de peso. Ora, aquilo para ele poderia não ser tão divertido assim, não se tratar de humor, mas sim de humilhação. Nesta hipótese, sentindo-se ele lesado com tal situação, seria justo o Judiciário manter-se inerte diante da lesão que lhe fora causada? Por óbvio que não. Em sendo o caso de Ronaldo recorrer ao Poder Judiciário, certamente alguma indenização moral lhe seria devida.

Diversas são as publicações humorísticas relacionadas a uma determinada classe, que ressaltando qualidades marcantes de uma raça, de uma cor de pele, entre outros. Não é incomum encontrarmos caricaturas de pessoas negras cujos lábios são maiores, ressaltando tal característica de pessoas dessa cor.

Fugindo um pouco da questão das publicações, vamos analisar os programas de rádio e TV que fomentam, por diversas vezes, um humor sádico. É o caso, entre outros, do Programa da MTV onde João Gordo busca “divertir” os telespectadores com os participantes do programa, que na maioria das vezes são humilhados, fazem coisas asquerosas, como ver quem consegue tomar

<sup>64</sup> Felipe Chiarello de Souza Pinto. Op. cit., pp. 28/29.

<sup>65</sup> Ibid., p. 29.

<sup>66</sup> Ibid., p. 29.

mais rápido alguns litros de coca-cola e depois vomitam. Como se tudo isso fosse divertido. Mas isso não é o pior. O pior é que, se o programa continua indo ao ar, tem audiência!

Problemas maiores encontramos quando as publicações humorísticas, na verdade, fomentam nas pessoas sentimentos de ódio, de raiva e discriminação, enfim, de total desprezo pelos direitos humanos. Nestas hipóteses, é óbvio que são os direitos fundamentais violados que deverão prevalecer sobre a liberdade de expressão ou de manifestação de pensamento.

Um art. de internet<sup>67</sup> traz diversos exemplos dessas situações:

Programas de rádio e TV destilam doses diárias de ódio à "turma dos direitos humanos". Humoristas parodiaram o programa Tudo por Dinheiro, de Silvio Santos, imaginando situações de sadismo extremo com o brado final de alegria: "Ele morreu! Ele morreu! Ele morreu!" Na mesma onda, André Forastieri (*Folha de S. Paulo*, setembro), criticando a festa da MTV, propôs a morte da atriz Regina Casé, causando tanta indignação que o jornal excluiu sua coluna Ondas Curtas. Muito a propósito, a revista *Veja* (20.IX) anunciou Tempo de porcaria, numa reportagem sobre a "cultura lixo", que celebrava coisas como o grupo "musical" *Mamonas Assassinas*, que "detona (sic) os migrantes nordestinos, os farofeiros de fim de semana e as mulheres. Mais politicamente incorreto, impossível". Dizer que a detonação de mulheres e nordestinos seria "politicamente incorreta" apenas reforça o velado apelo ao estupro e ao assassinato.

[...]

Xenofobia e homofobia na imprensa. Se na Europa multiplicam-se publicações humorísticas de fundo racista, como os Guias para Xenófobos, da Ravette Books (Bruxelas), no Brasil a imprensa segue a onda e cede às pulsões primitivas, fazendo, cada vez mais freqüentemente, uso de expressões chulas, vulgares e obscenas. O

autoproclamado "macaco Simão" forjou um modelo de comentário debocadado, que vem se firmando na *Folha de S. Paulo*, onde um caderno *Mais!* foi dedicado à literatura pornográfica, todo ilustrado por desenhos grosseiros de época, provocando mal-estar entre leitores conservadores. Em setembro, a colunista Barbara Gancia publicou artigo intitulado Homossexual é sabão para partes íntimas, discorrendo levianamente sobre o tema. Ainda mais confuso, André Forastieri, editor da revista *General*, escreveu artigo no *Folhateen*, decretando que "o rock é e sempre foi coisa de bicha, por definição", pois "esse negócio de querer aparecer, de ser rebelde, de rebolar e mostrar a todos como sua sensibilidade é aguçada - meio perobinha, não?". Para ele, "qualquer modelo tonta que dá uma bicota em outra já quer os privilégios de ser *lesbian chic* e nos cérebros de minhoca de certas bichas "modernas" e "descoladas", ser bicha já é suficiente para merecer um tratamento especial". Mas ele conclui: "O importante para você, leitor homossexual, é ter consciência que ser homossexual não te garante tratamento vip. Aliás, nem tratamento igual. Os ricos têm privilégios sobre os pobres, os brancos sobre os negros, os homens sobre as mulheres, os bonitos sobre os feios, os heterossexuais sobre os homossexuais. É duro? É injusto? É a vida".

São bastante comuns as publicações nesse sentido, mas deve haver um controle sobre isso. Não um controle no sentido de censura ou licença, o que é vedado constitucionalmente, mas um controle *a posteriori*, feito não necessariamente por órgãos públicos, mas pelo próprio ofendido. Assim, caso uma pessoa venha a se sentir lesada com algum tipo de publicação que a ofenda, poderá recorrer ao Poder Judiciário para ver sua honra restaurada, a partir do pagamento de indenização por danos morais.

Também poderá o ofendido recorrer à Justiça Criminal, ingressando com uma

<sup>67</sup> <<http://www.fflch.usp.br/dlo/cej/gpd/extremis.html>>  
Acesso em 18 de março de 2007 às 19:48hs.

queixa-crime contra o autor da ofensa pela prática de crime contra a honra.

São situações em que há flagrante ofensa à imagem da pessoa, por exemplo, comunidades em sites de relacionamentos direcionadas a uma pessoa específica, com montagens em sua fotografia. Podemos visualizar a ofensa, também em determinadas charges humorísticas em que poderá a pessoa, objeto do humor, sentir-se lesada.

Fugindo um pouco do tema “publicações humorísticas”, podemos citar como exemplo de humor em que poderá haver excesso na liberdade de expressão, gerando ofensa à imagem e à honra da pessoa, aqueles quadros que normalmente passam nos programas da TV Globo, no Fantástico e no Jornal Nacional, em que um cartunista traz uma situação de uma pessoa, geralmente famosa (presidente da república, ministros, técnico de futebol, entre outros), que representa algum defeito seu.

Ora, em tais situações, há flagrante abuso do direito à liberdade de expressão, uma vez que este direito encontra limite na honra, na imagem e na própria dignidade da pessoa humana, de modo que não se afigura justo que sejam ressaltados os defeitos de uma pessoa, suas gafes ou qualquer outra situação constrangedora de forma pública, em rede nacional.

Entretanto, embora analisando a situação de uma forma geral possamos visualizar a ofensa àquela pessoa objeto do humor, pode ser que ela não se sinta ofendida, pode ser que realmente entenda aquilo como um simples humor, apenas para divertimento mesmo, hipótese em que não adotará nenhuma medida judicial cabível.

Dissemos que a grande maioria das publicações humorísticas é acompanhada de *animus jocandi*, ou seja, o autor da publicação não pretende, com ela, ofender a pessoa objeto da publicação, muito ao contrário, pretende divertir tanto essa pessoa como as demais, demonstrando até que tem certo apreço por ela.

Nas hipóteses em que é flagrante e notório o *animus injuriandi* do autor da publicação, não há que se discutir mais nada, sendo plenamente cabível a indenização por danos morais e à imagem. Mas quando a intenção do autor da publicação jamais foi a de

ofender a pessoa objeto da publicação, mas tendo esta se sentido ofendida, da mesma forma, cabível a indenização pelos danos morais e à imagem. E isto porque se trata do íntimo daquela pessoa. Não seria justo o Poder Judiciário não dar guarda ao direito daquela pessoa objeto da publicação sob o fundamento de que a publicação humorística foi desacompanhada da intenção de ofender.

Mencionamos o caso das comunidades virtuais criadas no ambiente virtual do site *Orkut*. Houve um caso em que um aluno de uma faculdade de Contagem, Minas Gerais, criou uma comunidade para um outro aluno, com textos ofensivos. Em decisão da 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, o criador da comunidade deverá indenizar o ofendido em R\$ 3.500,00 (três mil e quinhentos reais) por danos morais. A intenção do criador da comunidade era zombar da aparência da vítima, comparando-o a um extraterrestre.

A descrição da comunidade dizia que sua criação seria para promover espaço para discussão do fenômeno “que não se sabe sequer o planeta de origem... A assimetria que possue (sic) na proporção do seu crânio em relação a seu corpo nos faz pensar que foi ele quem atacou Varginha”. A comunidade também continha comentários pejorativos sobre o modo de falar do ofendido durante as aulas. Alegando que, após a disponibilização da comunidade no *Orkut*, foi vítima de chacotas, olhares de deboche, risadas e comentários maldosos na faculdade, o aluno ajuizou ação de indenização por danos morais contra o criador da comunidade. Entre outros argumentos, o criador da comunidade alegou que as brincadeiras são muito comuns no meio universitário e que as adjetivações acerca do ofendido já eram correntes entre os colegas. Este exemplo demonstra que, ainda que haja apenas a intenção de “fazer rir”, tendo havido ofensa à pessoa objeto da publicação, é cabível a indenização por danos morais.

Não podemos dizer que a intenção do criador desta comunidade foi única e exclusivamente a de ofender a honra e a imagem da vítima. De qualquer forma, ainda que não tenha agido com essa intenção, sua conduta ofendeu a vítima, que recorreu ao

Judiciário pleiteando a indenização moral pelos danos sofridos.

E o mesmo raciocínio deve ser aplicado quando estamos diante de liberdade de expressão que envolva símbolos nacionais de forma a ofender o próprio Estado, bem como seus nacionais, que se sentem ofendidos em seu patriotismo a depender do tipo de publicação. Neste caso, como a questão de símbolos nacionais envolve interesses difusos, ou seja, titularizados por um grupo indeterminado de pessoas, não é possível que a indenização pelo abuso do direito de liberdade de expressão seja direcionada a alguém específico, sendo certo que este grupo indeterminado será moralmente indenizado, com a reversão de tal valor para o fundo fluído de reparação, conforme prevê a Lei da Ação Civil Pública, Lei n. 7.347/85.

## 7. Conclusões

A liberdade de expressão e a liberdade de manifestação do pensamento são direitos fundamentais do indivíduo, assegurados pela CF que garantem a própria existência do Estado Democrático de Direito. Estado este no qual todos os indivíduos são livres para expressar suas idéias, seja por meios artísticos ou não, seja a partir de um juízo de valor ou não. Tais direitos podem ser exercidos sem qualquer tipo de censura ou licença, o que, aliás, é vedado constitucionalmente.

A Constituição veda, ainda, que, ao fazer uso da liberdade de expressão ou do pensamento o indivíduo se utilize do anonimato. Tal vedação está de acordo, inclusive, com o direito constitucionalmente assegurado à resposta pela ofensa. Assim, aquele que se sentir ofendido a partir do que outro indivíduo expressou, poderá fazer uso do direito de resposta, para o quê precisa saber quem é o autor da ofensa.

O direito de resposta pode ser exercido sem prejuízo da indenização por danos materiais, morais e à imagem. Assim como todos os direitos fundamentais, as liberdades de expressão e de manifestação do pensamento são direitos relativos.

Diante da relativização dos direitos fundamentais, quando dois ou mais deles encontram-se em conflito, após a análise do

caso concreto e com a aplicação do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, chega-se à conclusão de qual deverá prevalecer. Ou seja, no caso em concreto um dos direitos terá maior peso que o outro. É justamente a partir da aplicação do princípio da proporcionalidade que se resolvem os conflitos entre tais direitos e a proteção aos símbolos nacionais e à honra e à imagem da pessoa.

Assim, a liberdade de expressão ou de manifestação do pensamento quando em conflito com a proteção dos símbolos nacionais, ambos direitos fundamentais, poderá ou não ser preservada. Se no caso concreto vislumbra-se uma ofensa aos símbolos nacionais a partir do que o indivíduo expressou, certamente esse direito à liberdade de expressão deverá ser mitigado, para que se protejam os símbolos nacionais, que neste caso devem prevalecer.

Entretanto, no caso de a liberdade de expressão não gerar qualquer ofensa à proteção aos símbolos nacionais, ainda que seja contrária à Lei n. 5.700/71, não deverá ser restringida, uma vez que a Constituição assegura a liberdade de expressão. Assim, na hipótese de uma manifestação artística, cultural ou musical que envolva os símbolos nacionais não poderá ser restringida. Até porque, além do fato de a mencionada lei ser da época do Regime Militar e a Constituição, que lhe é posterior assegurar a liberdade de expressão, a constante mutação social implica que se utilizem novos conceitos e se adotem novas posturas, de modo que, nos dias de hoje, não se vê como uma afronta ao Estado o fato de uma pessoa utilizar da bandeira nacional em suas vestimentas, por exemplo.

As liberdades de expressão e de manifestação do pensamento também encontram limites no direito à honra, à imagem e à própria dignidade humana, pois se um indivíduo expressar-se pretendendo causar divertimento às pessoas, seja por meio de publicações, seja por meio de programas televisivos, e acabar por ofender a pessoa objeto do humor, ainda que não tenha agido com essa intenção, será cabível a indenização por danos morais e também à imagem, mas desde que pleiteados pelo ofendido.

## REFERÊNCIAS

- ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes. **Curso de Direito Constitucional**. 5 ed. rev. e atualizada até a EC n. 31/00. São Paulo: Saraiva, 2001.
- FERRIGOLLO, Noemi Mendes Siqueira. **Liberdade de Expressão**: direito na sociedade da informação: mídia, globalização e regulação. São Paulo: Pillares, 2005.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 21 ed. atualizada até a EC nº 53/06. São Paulo: Atlas, 2007.
- PINTO, Felipe Chiarello de Souza. **Os Símbolos Nacionais e a Liberdade de Expressão**. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23 ed. rev. e atualizada nos termos da Reforma Constitucional (até a Emenda Constitucional n. 42). São Paulo: Malheiros, 2004.
- FFLCH. <<http://www.fflch.usp.br/dlo/cej/gpd/extremis.html>> Acesso em 18 de março de 2007 às 19:48hs.

## RESUMO

O presente texto tem por objetivo apresentar ao leitor o instituto da “menagem”, previsto somente no Código de Processo Penal Militar e desconhecido da maioria dos operadores do direito, este instituto que trata de um tipo de cárcere, tem dupla função, a de prisão processual e a de liberdade provisória, contudo, outros temas correlatos ao título serão discutidos no transcorrer do trabalho.

**Palavras-chave:** Processo Penal Militar. Menagem. Processo. Militar. Direito Penal Militar.

## ABSTRACT

This text has aims to present the reader with the institution of “menagem” provided only in the Military Code Of Criminal Procedure and unknown to the majority of legal autorithies, this institute is a kind of prison, has a dual function, the of prison procedural and freedom provisionally, however, other themes relathed to the title will be discussed in the course of work.

**Keywords:** Military Criminal Procedure. Menagem. Procedure. Military. Military Penal Law.

\* Mestre em Direito pela PUC-SP, Oficial da PMESP, Professor de Direito na FMU –SP e na Academia de Policia Militar do Barro Branco.

## 1. Introdução

Mais de vinte anos de serviço ativo na Milícia Bandeirante paulista e alguns anos de docência tratando do Direito Penal Militar e do Processo Penal Militar e, ainda, diante de uma escassez de doutrina no Processo Penal Militar, entendemos ser necessário tratar de alguns aspectos da Lei Castrense, como por exemplo o instituto da “menagem”.

Sabemos que em 05 de outubro de 1988, a Assembléia Nacional Constituinte estabeleceu uma nova ordem jurídica no Brasil, fundada na soberania, na cidadania, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e no pluralismo político.

Essa nova ordem jurídica constituiu a República Federativa do Brasil, formada pela união dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, os quais formam um Estado Democrático de Direito, em que todo poder emana do povo, que o exerce pelos seus representantes eleitos.

Neste contexto estão inseridos os ordenamentos jurídicos infraconstitucionais, como o Direito Penal Militar e o Direito Processual Penal Militar, que não podem se afastar destes regramentos constitucionais.

O Direito Militar é para muitos um ramo desconhecido do Direito, suas características, chavões e peculiaridades causam em muitos profissionais do Direito carência e, ao mesmo tempo, sede de conhecimento.

Entre os institutos pouco discutidos nos bancos acadêmicos esta o instituto da “menagem”, surgindo desta forma alguns questionamentos a serem respondidos neste artigo, como, por exemplo, qual sua classificação jurídica? Onde está previsto? Qual sua finalidade? Como e quando deve ser aplicado? E, talvez, o questionamento mais importante, se a menagem constitui uma liberdade provisória ou uma das formas de prisão?

Também abordaremos a competência para concedê-la, período de cumprimento, local designado, cassação e, principalmente, a relação do instituto da menagem e a detração, objetivando dirimir as principais dúvidas

existentes em relação ao tema pouco visitado pela doutrina brasileira.

Neste contexto e por fim, procuraremos ainda buscar uma resposta simples, porém, eficaz para aqueles que buscam uma definição e esclarecimentos para este instituto do Código de Processo Penal Militar.

## 2. Histórico

Célio Lobão<sup>1</sup> explica que o instituto da menagem remonta o século XIV, onde D. Diniz, em 1356, e D. Pedro I, em 1360, legislaram sobre o seguro, a homenagem e a fiança, sendo que a “homenagem” era um privilégio particularmente concedido à nobreza:

Foi aprovado nas Côrtes d’Elvas no tempo de D. Pedro I e daí passou para as Ordенаções Afonsinas e delas para as posteriores [...]. As homenagens eram concedidas pelo Desembargo do Paço e consistiam na licença deferida ao Réu, em sua qualidade pessoal, para estar solto em juízo debaixo de sua promessa [...]. Por homenagem era dada a própria casa ou o Castelo da cidade [...]. Não tinha lugar nos crimes puníveis com pena de morte natural ou civil, no crime de desafio para duelo [...]. A Ord. L. V., título 120 e posteriores Alvarás regularam este modo de livramento, que hoje só é concedido, em casos militares, aos oficiais das forças armadas, sob a denominação de menagem.

Assim, a previsão que temos hoje no artigo 263, Capítulo V, do Código de Processo Penal Militar, da “menagem” é uma evolução histórica do instituto da “homenagem”, concedida aos nobres na época da monarquia.

José da Silva Loureiro Neto<sup>2</sup> afirma que a menagem surgiu a mais tempo e que constitui uma espécie de prisão provisória fora do cárcere, sendo que o Código da Justiça Militar já a previa em seu artigo 157, onde sua origem remonta a Grécia e Roma, referente à

<sup>1</sup>LOBÃO, Célio. **Direito Processual Penal Militar**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009. p. 337.

<sup>2</sup> LOUREIRO NETO, José da Silva. **Processo Penal Militar**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 85.

*homenagem*, concedida a determinada categoria de pessoas que se beneficiavam da liberdade em consequência das situações que estudaremos mais adiante.

### 3. Conceituação

A conceituação do instituto da menagem não pode estar dissociada da figura do cumprimento da pena e da defesa do acusado no processo penal militar.

Neste tocante, ao tratarmos do cumprimento da pena e, principalmente, da defesa do acusado no processo penal militar faz-se necessário abordarmos este instituto, assim, as resposta para os questionamentos acima citados são simples, pois, ao falar de defesa, esta também ocorre no local de cumprimento da pena e, principalmente, na sua progressão, e se não conhecermos as formas de penas e locais de cumprimento destas, como exercer a efetiva defesa?

A menagem é um instituto que diz respeito ao local de cumprimento da pena e só é prevista no Código de Processo Penal Militar, inicialmente no artigo 263, da seguinte forma:

Artigo 263. A menagem poderá ser concedida pelo juiz, nos crimes cujo máximo da pena privativa de liberdade não exceda a quatro anos, tendo-se, porém, em atenção a natureza do crime e os antecedentes do acusado.<sup>3</sup>

Jorge César de Assis<sup>4</sup> assevera, com muita clareza, que a menagem diz respeito a crimes punidos com pena privativa de liberdade até quatro anos, não se aplicando àqueles crimes punidos com pena de suspensão de exercício do posto, graduação, cargo ou função ou à pena de reforma.

O autor afirma ainda que, para sua concessão, devem ser levados em conta a

natureza do crime e os antecedentes do acusado.

É importante ressaltar que a definição de “menagem” não está no Código de Processo Penal Militar, mas na doutrina processual penal militar, buscando-se na história seu surgimento, como veremos.

A menagem, como esta prevista hoje, entra no *hol* das espécies de prisões provisórias fora do cárcere, pois restringe o direito de ir e vir do acusado sem que, contudo, mantenha-o na prisão.

Por outro lado, o instituto, também, guarda relação com a liberdade provisória ou a fiança, pois o acusado não é recolhido ao cárcere, o que denota duplo sentido no que tange à sua natureza jurídica.

Neste sentido, Ronaldo João Roth<sup>5</sup> afirma que o instituto da menagem tem dupla face, ora como forma de prisão provisória (*menagem-prisão*), ora como forma de liberdade provisória (denominando-a *menagem-liberdade*), dependendo a forma como o juiz a aplique.

A menagem, se for concedida em cidade ou residência, é uma forma de liberdade provisória, a qual prefiro denominar menagem-liberdade, ao passo que a menagem concedida em quartel, navio ou estabelecimento delimitado é uma forma de prisão provisória, sem os rigores do cárcere, a que prefiro denominar menagem-prisão. A menagem-liberdade é uma sub-rogação da prisão provisória, portanto, é liberdade e é medida contracautelar. A menagem-prisão, mutatis-mutandis é medida substitutiva da prisão-provisória por ser medida mais branda que aquela, logo, é, ao meu ver, verdadeira prisão especial, ou seja, medida de caráter cautelar. Pode ser aplicada assim àquele que se encontra em liberdade ou que esteja preso, provisoriamente. No primeiro caso equivalerá a prisão temporária e no segundo caso equivalerá a liberdade provisória.

<sup>3</sup> Seção III, Capítulo V, Artigo 263. Da Menagem. Código de Processo Penal Militar. Decreto Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969.

<sup>4</sup> ASSIS, Jorge César de. Código de Processo Penal Militar Anotado. Volume 2. Curitiba: Juruá, 2008. p. 263.

<sup>5</sup> ROTH, Ronaldo João. **Temas de Direito Militar**. São Paulo: Suprema Cultura, 2004. p. 171.

Para o autor, é importante identificar a natureza do instituto, pois a *menagem-prisão* terá reflexos no cômputo da pena, para ele o que irá determinar a natureza da menagem é a forma de sua concessão pelo Juiz e o local de seu cumprimento.

#### 4. Local de Cumprimento da Menagem

O local de cumprimento da menagem, de acordo com o artigo 264, do Código de Processo Penal Militar, obedecidos os requisitos do artigo 240, do mesmo diploma legal, podem ser:

Art. 264 - A menagem a militar poderá efetuar-se no lugar em que residia quando ocorreu o crime ou seja sede do juízo que o estiver apurando, ou, atendido o seu posto ou graduação, em quartel, navio, acampamento, ou em estabelecimento ou sede de órgão militar. A menagem a civil será no lugar da sede do juízo, ou em lugar sujeito à administração militar, se assim o entender necessário a autoridade que a conceder.

Art. 240 – A prisão deve ser em local limpo e arejado, onde o detento possa repousar durante a noite, sendo proibido o seu recolhimento a masmorra, solitária ou cela onde não penetre a luz do dia.<sup>6</sup>

O art. 264 do Código de Processo Penal Militar divide o local de cumprimento em dois, um para o militar e outro para o civil, ressaltando-se na esfera da Justiça Militar Estadual, o civil não responde por crime militar, responde somente no âmbito da Justiça Militar Federal.

Quando a menagem for aplicada ao militar, os locais de seu cumprimento deverão ser aquele onde o réu residia na data dos fatos, que deverá ser o mesmo do juízo onde tramitou o processo crime ou em quartel, navio, acampamento, ou em estabelecimento ou sede de órgão militar.

<sup>6</sup>Artigo 264 e 240, do Código de Processo Penal Militar. Lugar da menagem. Decreto Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969.

No primeiro caso, por se tratar de local em que não há administração militar, ou seja, *extra muros*, a delimitação da área de cumprimento se dá em sua residência ou em sua cidade; não cabendo nestes casos *habeas corpus*.

No segundo caso, os locais previsto estão sob administração militar, o qual chamamos de *intra muros*, aqui, duas observações são importantes fazer, a primeira é que deve ser observado o posto e a graduação do militar, de forma que se respeite a hierarquia e a disciplina que são sustentáculos das instituições militares e a outra é que cabe a apreciação de *habeas corpus*.

A menagem concedida a civil (esfera Federal), será efetuada na sede do juízo onde tramita o processo ou em lugar sujeito à administração militar.

José da Silva Loureiro Neto<sup>7</sup> salienta que sua concessão está vinculada a três preceitos previstos no artigo 263, do Código de Processo Penal Militar, sendo eles:

- a) que a pena privativa de liberdade cominada ao crime não exceda quatro anos;
- b) tendo em atenção a natureza do crime; e
- c) os bons antecedentes do acusado.

Para o autor, a segunda condição “tendo em atenção à natureza do crime”, constitui conceito vago e impreciso, sendo que a legislação anterior trabalhou melhor o tema ao exigir que o auditor tivesse em consideração a gravidade e as circunstâncias do crime (artigo 158, § 1º).

#### 5. Solicitação da Menagem

A solicitação da menagem está prevista inicialmente no artigo 18, § único, do Código de Processo Penal Militar, onde o encarregado do inquérito, durante o prazo de sua instrução (quarenta dias prorrogáveis por mais vinte, artigo 20) solicitará, se entender necessário, a decretação da prisão preventiva ou de menagem do indiciado.

<sup>7</sup> LOUREIRO NETO, José da Silva. **Processo Penal Militar**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 85.

Célio Lobão<sup>8</sup> afirma que a menagem judicial pode ser concedida, também, de ofício pelo Juiz de Direito do Juízo Militar, ou mediante requerimento do Ministério Público, ou, ainda, do acusado ou indiciado, desde que obedecidas as regras do artigo 263, do Código de Processo Penal Militar, e que não se façam presentes um dos requisitos do artigo 255, do mesmo diploma legal (casos de decretação da prisão preventiva).

O artigo 268, do Código de Processo Penal Militar, trata da contagem do tempo de menagem no cômputo da pena do réu, afirmando que a menagem concedida em residência ou cidade não será levada em conta no cumprimento da pena.

Desta forma, o Legislador diferenciou a menagem cumprida em residência ou cidade, daquela cumprida em quartel, navio, acampamento, ou em estabelecimento ou sede de órgão militar.

O Legislador, de forma expressa, definiu no artigo 268 do Código de Processo Penal Militar que só há detração nos casos de menagem concedida em quartel, navio, acampamento, ou em estabelecimento ou sede de órgão militar, sendo que o artigo limita este locais ao vetar o abatimento na pena quando cumprida na residência ou a cidade.

Fica clara, portanto, a distinção de dois tipos de menagem, como afirmou Ronaldo João Roth, a *menagem-liberdade* e a *menagem-prisão*, em que a distinção se faz pelo local destinado ao seu cumprimento.

A concessão da menagem para cumprimento na residência ou cidade é, portanto, considerada uma liberdade provisória, ou seja, um benefício para o acusado.

Enquanto que, a menagem concedida em quartel, navio, acampamento, ou em estabelecimento ou sede de órgão militar é considerada uma prisão provisória ao acusado, devendo-se aplicar o instituto da detração, conforme determina o artigo 589, do mesmo *codex*.

## 6. Cassação

A cassação da menagem está diretamente ligada às obrigações de sua concessão, ou seja, haverá cassação quando o beneficiado deixar de cumprir um dos requisitos previstos para que o juiz conceda tal benefício.

Desta forma, a menagem poderá ser cassada, de acordo com o artigo 265 do Código de Processo Penal Militar quando o beneficiado se ausentar sem justo motivo do local onde foi determinado seu cumprimento ou, ainda, deixar de comparecer em audiências ou qualquer ato judicial que tenha sido intimado ou que tenha que comparecer sem intimação especial.

Para Cláudio Amin Miguel e Nelson Coldibelli<sup>9</sup>, a concessão da menagem vincula o beneficiado a certas obrigações previstas na própria legislação castrense, onde o seu não cumprimento faz cessar seu benefício, afirmado que:

Uma vez concedida a menagem, o acusado fica vinculado a certas obrigações, tais como a de não se ausentar do local para a qual ela foi deferida, além de não faltar, sem causa justificada, a qualquer ato judicial para que tenha sido intimado ou a que deva comparecer independente de intimação.

O autor compara ainda a cassação às mesmas condições estabelecidas às condições estabelecidas para a liberdade provisória, onde o descumprimento da obrigação estabelecida levará à cassação do benefício da mesma.

## 7. Considerações Finais

Concluímos que poucos são os estudos que procuram trazer definições dos institutos do direito penal militar e do direito processual penal militar.

De uma forma simples, este pequeno artigo traz uma visão conceituada da menagem que é um instituto pouco discutido em nosso ordenamento jurídico.

<sup>9</sup> MIGUEL, Cláudio Amin e COLDIBELLI, Nelson. Elemento de Direito Processual Penal Militar. 3<sup>a</sup> edição. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009. P. 115.

<sup>8</sup>LOBÃO, Célio. **Direito Processual Penal Militar**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009. p. 339.

A menagem é um instituto que diz respeito ao local de cumprimento da pena e só é prevista no Código de Processo Penal Militar, no artigo 263.

Podemos afirmar que a previsão que temos hoje no artigo 263, Capítulo V, do Código de Processo Penal Militar, da “menagem” é uma evolução histórica do instituto da “homenagem”, concedida aos nobres na época da Grécia e Roma.

Este instituto pode ter o viés de prisão provisória quando o juiz determinar seu cumprimento em quartel, navio, acampamento, ou em estabelecimento ou sede de órgão militar, devendo-se aplicar o instituto da detração, conforme determina o artigo 589, do mesmo *codex*.

Contudo, quando o juiz determinar seu cumprimento na residência ou cidade é considerada uma liberdade provisória, ou seja,

um benefício para o acusado, não sendo possível o instituto da detração.

Ao tratar a menagem como prisão provisória, aplica-se o instituto da detração, prevista no artigo 42 do Código Penal comum e artigo 67 do Código Penal Militar.

A cassação da menagem ocorre quando o beneficiado deixa de cumprir os requisitos do artigo 265 do Código de Processo Penal Militar, ou seja, ausenta-se do local determinado para cumpri-la ou, deixa de comparecer sem justo motivo em audiência judicial que tenha sido intimado ou que deva comparecer sem intimação especial.

Desta forma temos que a menagem é um instituto que diz respeito ao local de cumprimento da pena e só é prevista no Código de Processo Penal Militar, inicialmente no artigo 263.

## REFERÊNCIAS

- ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- ASSIS, Jorge César de. **Código de Processo Penal Militar Anotado**. Volume 1. Curitiba: Juruá, 2008.
- \_\_\_\_\_. **Código de Processo Penal Militar Anotado**. Volume 2. Curitiba: Juruá, 2008.
- \_\_\_\_\_. **Comentários ao Código Penal Militar**. Comentários, Doutrina, Jurisprudência dos Tribunais Militares e Tribunais Superiores. 6. ed. Curitiba: Juruá, 2008.
- \_\_\_\_\_. **Direito Militar**: aspectos penais, processuais penais e administrativos. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008
- BRASIL. **Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo**. Imprensa Oficial do Estado. História da Justiça Militar do Estado de São Paulo. São Paulo: IOE, 1976.
- CAMPOS JÚNIOR, José Luiz Dias. **Direito Penal e Justiça Militares - Inabaláveis Princípios e Fins**. Curitiba: Juruá, 2001.
- CARVALHO, Esdras dos Santos. **O Direito Processual Penal Militar numa visão garantista**. A conformação do processo penal militar ao sistema constitucional acusatório como instrumento de efetivação dos direitos fundamentais na tutela penal militar. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- Código Penal Militar**. Decreto Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969.
- Código de Processo Penal Militar**. Decreto Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969.
- COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da. **Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais: visão luso-brasileira**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- HERRERA, Renato Astrosa. **Derecho Penal Militar**. Santiago de Chile: Jurídica de Chile, 1971.
- LOBÃO, Célio. **Direito Processual Penal Militar**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.
- LOUREIRO NETO, José da Silva. **Processo Penal Militar**. São Paulo: Atlas, 2010.
- MIGUEL, Cláudio Amin e COLDIBELLI, Nelson. **Elemento de Direito Processual Penal Militar**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009.
- MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da. (Coord.). **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcello. **Apontamentos de Direito Penal Militar**. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2005. v.1.
- NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcello. **Apontamentos de Direito Penal Militar**. Parte Especial. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 2.
- PINTO, Eduardo Augusto Alves Vera Cruz. **Os Tribunais Militares e o Estado de Direito Democrático**. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da. Tratado luso-brasileiro da dignidade humana. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 57.
- ROTH, Ronaldo João. **Temas de Direito Militar**. São Paulo: Suprema Cultura, 2004.
- \_\_\_\_\_. Justiça Militar e as peculiaridades do juiz militar na atuação jurisdicional. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.
- SABELLI, Cid. **Processo Penal Militar. Da teoria à prática**. São Paulo: Suprema Cultura, 2008.
- SILVA, Marco Antonio Marques da. **Acesso à Justiça Penal e Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.
- \_\_\_\_\_. **A vinculação do juiz no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1993.
- SILVA, Marco Antonio Marques da. (Coord.). **Processo penal e garantias constitucionais**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

## RESUMO

O presente artigo versa sobre a análise dos direitos trabalhistas nas Constituições brasileiras, verificando os avanços e retrocessos dos direitos fundamentais do trabalhador, assegurados pelas oito Cartas Políticas que já foram promulgadas no Brasil, conforme o contexto histórico, político e social no período em cada uma das Constituições foi promulgada.

**Palavras-chave:** Direito Constitucional e Direito do Trabalho. Direitos Sociais. Dignidade da Pessoa Humana. Evolução histórica, política e social.

## ABSTRACT

This article focuses on the analysis of labor rights in the constitutions of Brazil, checking the progress and setbacks of the fundamental rights of the worker, provided by the eight letters that were already enacted policies in Brazil, as the historical, political and social period in each Constitutions were enacted.

**Keywords:** Constitutional Law and Labor Law. Social Rights. Human Dignity. Historical evolution, political and social.

\* Advogado militante em São Paulo e consultor jurídico, mestrado em Direito Constitucional pelo Centro Universitário FIEO e especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Mackenzie. Professor do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas.

## 1. Introdução

As primeiras leis trabalhistas foram editadas na Europa e surgiram em face da necessidade de coibir abusos contra o proletariado incentivados pela postura adotada no então Estado liberal, onde o trabalhador era colocado em situação de igualdade com o empregador, a pretexto de um exacerbado respeito ao direito individual de contratar, e por tal motivo, o que era contratado prevalecia até mesmo sobre as garantias para uma condição de vida digna.

Desde que pactuado, o sujeito, que inclusive podia ser uma criança, era obrigado a se submeter a uma extensa jornada de trabalho superiores às forças humanas, em um local insalubre, sendo privado mesmo do direito de se alimentar, com a possibilidade de rebaixamento dos salários ao sabor da concorrência.

Desta situação de exploração sistematizada repercutiram vozes que defendiam os direitos sociais e em 1789 foi promulgada na França a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, onde houve a previsão de direitos fundamentais, assegurando por exemplo, a igualdade em direitos e a liberdade humana (art. 1º).

No Brasil, desde 1824 até os dias atuais, oito Constituições já foram promulgadas, e em cada uma delas os direitos trabalhistas foram moldados de acordo com a situação social e política do período, sendo que ora os direitos eram ampliados e ora reduzidos, porém o leitor poderá constatar com a leitura do presente artigo, que o Estado brasileiro, gradativamente foi assegurando ao trabalhador melhores condições de trabalho, assegurando aos cidadãos brasileiros através das Cartas Políticas direitos básicos para a condição de uma vida digna, deixando de ser um Estado liberal e inerte e intervindo na relação capital-trabalho até colocar os direitos do trabalho na ordem dos direitos sociais e fundamentais a todos os seus cidadãos..

## 2. Análise da Constituição de 1824

Como é de conhecimento dos Operadores do Direito, a primeira Constituição

brasileira, foi outorgada no período do Brasil Império, sob o comando do imperador D. Pedro I no ano de 1824, que através de um decreto dissolveu a Assembléia Constituinte por ele próprio constituída.

A primeira Carta Política do Brasil foi promulgada em curto período de tempo após ter a França ter editado Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, e inspirada nos ideais do Iluminismo, a primeira Constituição brasileira assegurou aos cidadãos direitos fundamentais, e dentre os direitos que foram assegurados aos trabalhadores, houve a extinção das corporações de ofício.

A Democracia americana e a crise das monarquias constitucionais, que se verificava em toda a Europa quando da promulgação da primeira Constituição Brasileira, fortaleceu no Brasil a idéia da constituição de um país republicano, como bem apontado no texto “O Brasil e o Movimento Republicano Português, 1880-1910”:

...No Brasil, o movimento republicano desenvolvia-se essencialmente nas grandes cidades e em ambientes acadêmicos. Os seus mentores eram filhos da nova burguesia de comerciantes, industriais ou proprietários ricos, das minas, das plantações de açúcar e do café que estudaram em Coimbra, em Paris ou nos Estados Unidos da América. Benjamin Constant Botelho Magalhães, Quintino Bocaiuva e Deodoro da Fonseca foram nomes de republicanos que se destacaram na sociedade brasileira...

## 3. Análise da Constituição de 1890

Em curto período de tempo, o Brasil deixou de ser Império e se tornou uma República, tendo tal fato se dado em razão do movimento político militar que teve como consequência a queda do império em 1889, e ante fato de tamanha importância dois anos depois uma nova Constituição foi promulgada,

<sup>1</sup> Luísa Maria Gonçalves Teixeira Barbosa. “O Brasil e o Movimento Republicano Português, 1880-1910. pg.5. in <http://www.museu-emigrantes.org/comFafe5Out03.pdf>

fato que ocorreu no ano de 1891, tendo tal Carta sido inspirada na organização política norte-americana.

Pouco antes da promulgação da Constituição de 1891, ocorreu no Brasil à abolição da escravidão, fato que se deu com a assinatura da Lei Áurea em 1888, e que podemos indicar como um dos acontecimentos que deram origem ao direito do trabalho no país, razão pela qual a segunda Carta Política, pouco assegurou aos trabalhadores, não obstante tenha assegurado o direito à liberdade de associação e reunião, livremente e sem armas e tenha mantido as garantias aos direitos fundamentais.

Em tal época, as mudanças não apenas ocorriam no Brasil, que já não era mais uma monarquia e também já não se valia mais do trabalho escravo, pois grandes transformações internacionais eram observadas, fato que ocorreu, por exemplo, com a edição da Constituição do México em 1917, que foi pioneira em prever normas legais de proteção ao trabalhador.

A preocupação com os direitos sociais também era tema de pauta na Europa, pois com o fim da Primeira Guerra Mundial, realizou-se a Conferência de Paz em 1919, onde foi firmado o Tratado de Versalhes, que criou a Organização Internacional do Trabalho (OIT). A Constituição alemã de Weimar, de 1919, apresentou modelo clássico de organização de um Estado social-democrata, e nela também foram assegurados direitos básicos ao trabalhador.

Não podia o Brasil ficar de fora das ideias vanguardistas, e entre o período da 1891 até 1934 (quando uma nova Constituição foi promulgada), foram editadas diversas normas trabalhistas, como as que limitavam a jornada de trabalho infantil e proibiam o menor a exposição em situação de risco, conforme relatado no texto “Educação profissional e aprendizagem no Brasil: Trajetórias, impasses e perspectivas”, vejamos<sup>2</sup>:

Uma das iniciativas relativas ao ensino profissional no princípio da

República foi a criação do Decreto n. 439/1890, que estabeleceu as bases para a organização da assistência à infância desvalida. Essa assistência era feita por meio de instituições, como a Casa de São José e o Asilo de Meninos Desvalidos, que ofereciam ensino literário e profissional. Tais entidades tinham como fim manter e educar menores desvalidos do sexo masculino, desde a idade de 6 anos até 21. Eram considerados desvalidos crianças e jovens abandonados, órfãos, ou que não podiam ser mantidos e educados física ou moralmente pelos pais. (BRASIL, 1890).

Em 1891, com a elevação do número de fábricas no Rio de Janeiro, na então Capital Federal, foram estabelecidas providências, por meio do Decreto n. 1.313/1891, para regularizar o trabalho e as condições dos menores empregados nas fábricas dessa cidade. O Decreto não permitia o trabalho de crianças menores de doze anos nas fábricas, salvo a título de aprendizado. Os menores de doze a catorze anos podiam trabalhar até sete horas por dia, e os de catorze e quinze anos até nove horas. Também era proibida a execução de qualquer operação que expusesse a risco de vida, e o contato com substâncias nocivas à saúde, tais como carvão, fumo e petróleo. (BRASIL, 1891).

Em 30 de abril de 1923 instituiu-se o Conselho Nacional do Trabalho, que era vinculado ao Ministério da Agricultura, Indústria e Comércio. Era um órgão consultivo, sem poder de decisão, composto com 12 membros, e tinha como competência a discussão de assuntos trabalhistas e previdenciários.

No artigo “História Do Direito Do Trabalho”<sup>3</sup>, outros direitos trabalhistas editados no período de 1890 até 1934 são citados, quais sejam:

1. Decreto n.439/1890, que estabelecia as bases para organização da assistência à infância desvalida;

<sup>2</sup> Paula Elizabeth Nogueira Sales e Maria Auxiliadora Monteiro Oliveira. Educação profissional e aprendizagem no Brasil: Trajetórias, impasses e perspectivas. Pg.6/7.

2. Decreto n.843/1890, que concedia vantagens ao Banco dos Operários;
3. Decreto n.1162/1890, que derrogou a tipificação da greve como ilícito penal, mantendo como crime apenas os atos de violência praticados no desenrolar do movimento;
4. Decreto n.221/1890, que estabeleceu a concessão de férias de 15 dias aos ferroviários e ainda suas aposentadorias;
5. Decreto Legislativo n.1150/1904, que concedeu facilidades para o pagamento de dívidas de trabalhadores rurais, benefício estendido posteriormente aos trabalhadores urbanos;
6. Decreto Legislativo n.1637/1907, que facultou a criação de sindicatos profissionais e sociedades cooperativas.

Em 1919, surgiu a legislação acidentária do trabalho, acolhendo o princípio do risco profissional, embora tenha tido inúmeras limitações (lei n.3724/1919). Foi criada, em 1923, a lei n.4682/1923 chamada de Lei Elói Chaves, instituindo as Caixas de Aposentadorias e Pensões para os ferroviários. Ainda nesse mesmo ano, foi instituído o Conselho Nacional do Trabalho pelo Decreto n.16027/1923.

Em 1925, devido a Lei n.4982/1925 foi concedida férias de 15 dias úteis aos empregados de estabelecimentos comerciais, industriais e bancários. Dois anos mais tarde, em 1927, foi promulgado o Código de Menores pelo Decreto n. 17934-A que estabelecia a idade mínima de 12 anos para o trabalho, a proibição do trabalho noturno e em minas, além de outros preceitos.

Em 1928, o trabalho dos artistas foi objeto de regulamentação através do Decreto n. 5492/1928. E finalmente, em 1929, alterou-se a lei de falências, conferindo-se estatuto de privilégios aos créditos de prepostos, empregados e operários pelo Decreto n. 5746/1929.

A República Velha foi extinta, e uma nova república foi construída por aqueles que

eram opositores da oligarquia cafeeira. Em 1930 o paulista Júlio Prestes foi impedido de tomar posse no cargo de presidente e em 03 de novembro de 1930 Getúlio Vargas é empossado, e no mesmo ano houve a criação do Ministério do Trabalho.

O Conselho Nacional do Trabalho, antes vinculado ao Ministério da Agricultura, Indústria e Comércio, passa a responder ao novo Ministério, e teve sua competência ampliada, deixando de ser um órgão meramente consultivo, pois em 1931 foi lhe dada competência para opinar em questões contenciosas e em 1934 passou ter poder de decisão.

Em 1932, o Governo Provisório, instituiu dois organismos voltado para as questões trabalhistas, quais foram, as Comissões Mistas de Conciliação, que tinha como função apreciar divergências coletivas, relativas a categorias profissionais e econômicas e tentar buscar uma solução pacífica para a questão (conciliação) e as Juntas de Conciliação e Julgamento que eram órgãos administrativos com poder de decisão (julgavam), porém não tinham competência para a execução das decisões, o que era feito por intermédio dos procuradores do Departamento Nacional do Trabalho.

#### 4. Análise da Constituição de 1934

Em maio de 1933 formou-se uma nova assembléia constituinte, que tinha como missão elaborar uma constituição arrojada, adequada "novos tempos" e assim foi promulgada a Constituição Brasileira de 1934, que foi a primeira a tratar especialmente sobre as normas trabalhistas, com base no consagrado princípio da dignidade da pessoa humana, pois referida constituição deixou de ser liberal e teve cunho extremamente social, determinando a limitação de lucros, nacionalizando as empresas, estipulando um salário mínimo e autorizando o Estado a intervir na relação capital-trabalho.

Os direitos trabalhistas assegurados pela Constituição de 1934 constituem um extenso rol, pois pela primeira vez fixou-se uma jornada de trabalho não compatível com as condições humanas, proibiu-se o trabalho de crianças, assegurou-se o direito a férias anuais

remuneradas, garantiu-se o direito a equiparação salarial e criou Justiça do Trabalho para dirimir os conflitos trabalhistas, com a participação de representantes dos empregados e empregadores<sup>4</sup> Oportuna a transcrição dos artigos:

Art 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:...

13) É livre o exercício de qualquer profissão, observadas as condições de capacidade técnica e outras que a lei estabelecer, ditadas pelo interesse público;...

34) A todos cabe o direito de prover à própria subsistência e à de sua família, mediante trabalho honesto. O Poder Público deve amparar, na forma da lei, os que estejam em indigência..."

Art 120 - Os sindicatos e as associações profissionais serão reconhecidos de conformidade com a lei.

Art 121 - A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País.

§ 1º - A legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, além de outros que colimem melhorar as condições do trabalhador:

- a) proibição de diferença de salário para um mesmo trabalho, por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil;
- b) salário mínimo, capaz de satisfazer, conforme as condições de cada região, às necessidades normais do trabalhador;
- c) trabalho diário não excedente de oito horas, reduzíveis, mas só prorrogáveis nos casos previstos em lei;
- d) proibição de trabalho a menores de 14 anos; de trabalho noturno a menores de 16 e em indústrias

insalubres, a menores de 18 anos e a mulheres;

- e) repouso hebdomadário, de preferência aos domingos;
- f) férias anuais remuneradas;
- g) indenização ao trabalhador dispensado sem justa causa;
- h) assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante, assegurando a esta descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego, e instituição de previdência, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes de trabalho ou de morte;
- i) regulamentação do exercício de todas as profissões;
- j) reconhecimento das convenções coletivas, de trabalho.

§ 2º - Para o efeito deste artigo, não há distinção entre o trabalho manual e o trabalho intelectual ou técnico, nem entre os profissionais respectivos.

§ 3º - Os serviços de amparo à maternidade e à infância, os referentes ao lar e ao trabalho feminino, assim como a fiscalização e a orientação respectivas, serão incumbidos de preferência a mulheres habilitadas.

§ 4º - O trabalho agrícola será objeto de regulamentação especial, em que se atenderá, quanto possível, ao disposto neste artigo. Procurar-se-á fixar o homem no campo, cuidar da sua educação rural, e assegurar ao trabalhador nacional a preferência na colonização e aproveitamento das terras públicas.

§ 5º - A União promoverá, em cooperação com os Estados, a organização de colônias agrícolas, para onde serão encaminhados os habitantes de zonas empobrecidas, que o desejarem, e os sem trabalho.

Art 122 - Para dirimir questões entre empregadores e empregados, regidas pela legislação social, fica instituída a Justiça do Trabalho, à qual não se aplica o disposto no Capítulo IV do Título I.

Parágrafo único - A constituição dos Tribunais do Trabalho e das Comissões de Conciliação obedecerá sempre ao princípio da eleição de membros, metade pelas associações representativas dos

<sup>4</sup> Os chamados juizes classistas que deixaram de compor a Justiça do Trabalho em 09/12/1999 através da Emenda Constitucional nº 24.

empregados, e metade pelas dos empregadores, sendo o presidente de livre nomeação do Governo, escolhido entre pessoas de experiência e notória capacidade moral e intelectual.

Florescia no Brasil, uma nova era social, deixando para trás o modelo de Estado Liberal, passando para a figura do Estado intervencionista, como órgão de equilíbrio, cuja universalização já era consagrada com pela Organização Internacional do Trabalho, em 1919, instituída pelo Tratado de Versailles, conforme já mencionado em parágrafo anterior.

A Constituição de 1934 teve vida curta, pois após três anos, ou seja, em 1937, um golpe de Estado dissolveu o Congresso, derrogando a Constituição, apresentando ao povo novo Diploma, que foi outorgado por Getúlio Vargas, sendo que referida Constituição foi inspirada na Carta Del Lavoro editada na Itália em 1927, tendo também como fonte de inspiração a Constituição da Polônia, com ideias corporativistas.

## 5. Análise da Constituição de 1937

A Constituição de 1937, modificou a forma de Estado, voltando ao Estado unitário, pois o Congresso Nacional foi dissolvido e houve a extinção dos partidos políticos, o que culminou com o fim Democracia e o desrespeito as principais garantias fundamentais, como liberdade de imprensa e o direito à livre associação, sendo implementado no Brasil o regime ditatorial.

Com a Constituição de 1937 o Estado passou a ser cada vez mais intervencionista, sendo que citada Carta instituiu o direito ao repouso nos feriados, o direito ao recebimento de uma maior remuneração para o trabalho noturno, trouxe garantias protetoras à mulher e ao menor, o seguro social, a assistência médica e higiênica e garantiu a preservação dos direitos dos trabalhadores em caso de sucessão empresarial.

Não obstante tenha a Constituição de 1937 assegurado mais direitos individuais, o mesmo não ocorreu quanto aos direitos coletivos, pois houve a proibição ao exercício do direito de greve e do lockout, que eram

considerados como manifestações anti-sociais e incompatíveis com os interesses nacionais.

Oportuna a transcrição das normas trabalhistas contidas na Carta de 1937:

Art 136 - O trabalho é um dever social. O trabalho intelectual, técnico e manual tem direito a proteção e solicitude especiais do Estado. A todos é garantido o direito de subsistir mediante o seu trabalho honesto e este, como meio de subsistência do indivíduo, constitui um bem que é dever do Estado proteger, assegurando-lhe condições favoráveis e meios de defesa.

Art 137 - A legislação do trabalho observará, além de outros, os seguintes preceitos:

- a) os contratos coletivos de trabalho concluídos pelas associações, legalmente reconhecidas, de empregadores, trabalhadores, artistas e especialistas, serão aplicados a todos os empregados, trabalhadores, artistas e especialistas que elas representam;
- b) os contratos coletivos de trabalho deverão estipular obrigatoriamente a sua duração, a importância e as modalidades do salário, a disciplina interior e o horário do trabalho;
- c) a modalidade do salário será a mais apropriada às exigências do operário e da empresa;
- d) o operário terá direito ao repouso semanal aos domingos e, nos limites das exigências técnicas da empresa, aos feriados civis e religiosos, de acordo com a tradição local;
- e) depois de um ano de serviço ininterrupto em uma empresa de trabalho contínuo, o operário terá direito a uma licença anual remunerada;
- f) nas empresas de trabalho contínuo, a cessação das relações de trabalho, a que o trabalhador não haja dado motivo, e quando a lei não lhe garanta, a estabilidade no emprego, cria-lhe o direito a uma indenização proporcional aos anos de serviço;
- g) nas empresas de trabalho contínuo, a mudança de proprietário não rescinde o

contrato de trabalho, conservando os empregados, para com o novo empregador, os direitos que tinham em relação ao antigo;

h) salário mínimo, capaz de satisfazer, de acordo com as condições de cada região, as necessidades normais do trabalho;

i) dia de trabalho de oito horas, que poderá ser reduzido, e somente suscetível de aumento nos casos previstos em lei;

j) o trabalho à noite, a não ser nos casos em que é efetuado periodicamente por turnos, será retribuído com remuneração superior à do diurno;

k) proibição de trabalho a menores de catorze anos; de trabalho noturno a menores de dezesseis, e, em indústrias insalubres, a menores de dezoito anos e a mulheres;

l) assistência médica e higiênica ao trabalhador e à gestante, assegurado a esta, sem prejuízo do salário, um período de repouso antes e depois do parto;

m) a instituição de seguros de velhice, de invalidez, de vida e para os casos de acidentes do trabalho;

n) as associações de trabalhadores têm o dever de prestar aos seus associados auxílio ou assistência, no referente às práticas administrativas ou judiciais relativas aos seguros de acidentes do trabalho e aos seguros sociais.

Art 138 - A associação profissional ou sindical é livre. Somente, porém, o sindicato regularmente reconhecido pelo Estado tem o direito de representação legal dos que participarem da categoria de produção para que foi constituído, e de defender-lhes os direitos perante o Estado e as outras associações profissionais, estipular contratos coletivos de trabalho obrigatórios para todos os seus associados, impor-lhes contribuições e exercer em relação a eles funções delegadas de Poder Público.

Art 139 - Para dirimir os conflitos oriundos das relações entre empregadores e empregados, reguladas na legislação social, é instituída a Justiça do Trabalho, que será regulada em lei e à qual não se aplicam as disposições desta Constituição relativas à

competência, ao recrutamento e às prerrogativas da Justiça comum. A greve e o lock-out são declarados recursos anti-sociais nocivos ao trabalho e ao capital e incompatíveis com os superiores interesses da produção nacional.

A Justiça do Trabalho foi instituída em 1º de maio de 1939, pelo Decreto-lei nº 1.237, e foi estruturada em três instâncias:

Na base, as Juntas de Conciliação e Julgamento, que eram compostas por um juiz de Direito ou um bacharel nomeado pelo Presidente da República para mandato de dois anos, que eram quem presidia as sessões e por 02 juizes classistas indicados pelos sindicatos (um representava os empregados e o outro os empregadores, para mandato também de dois anos. Em nível intermediário, foram criados os Conselhos Regionais do Trabalho, que apreciam os recursos que eram interpostos ante as decisões proferidas pelas Juntas de Conciliação e Julgamento. Em nível superior, o Conselho Nacional do Trabalho, que era composto por 19 membros, nomeados pelo Presidente da República para mandato de dois anos.

Sob a égide da Constituição de 1937, foi editado o Decreto-Lei nº 5.452/43, que instituiu a Consolidação de Leis Trabalhistas (CLT), que teve como intenção agregar as várias normas que versavam sobre matéria trabalhista, sistematizando tais normas.

## 6. Análise da Constituição De 1946

Em 29 de outubro de 1945, novo golpe militar altera os rumos da política no Brasil, e José Linhares, que era o Presidente do Supremo Tribunal Federal, assume a chefia da Nação, permanecendo no cargo até 31 de janeiro de 1946.

Realizadas eleições gerais, instalou-se a Assembléia Nacional Constituinte, que elaborou e promulgou nova Constituição em setembro de 1946, trazendo em seu corpo normas de um conteúdo social que a colocou entre as mais completas do mundo, com um texto muito semelhante ao da Constituição de 1934.

A Constituição de 1946 transferiu a Justiça do Trabalho para o Poder Judiciário,

mantendo a estrutura de composição tal como quando era um órgão administrativo, (três instâncias e representação classista) e trouxe novas garantias aos trabalhadores, como a previsão do salário mínimo familiar; o direito de participação pelo empregado nos lucros da empresa, auxílio maternidade e estabilidade da gestante, assistência ao desempregado e foi instituído o direito de greve, que na carta anterior era expressamente proibido, vez que era considerado um recurso incompatível com os superiores interesses da produção nacional, vejamos as normas constitucionais voltadas ao direito do trabalho inseridas na Carta de 1946:

Art 122 - Os órgãos da Justiça do Trabalho são os seguintes:

I - Tribunal Superior do Trabalho;

II - Tribunais Regionais do Trabalho;

III - Juntas ou Juízes de Conciliação e Julgamento.

§ 1º - O Tribunal Superior do Trabalho tem sede na Capital federal.

§ 2º - A lei fixará o número dos Tribunais Regionais do Trabalho e respectivas sedes.

§ 3º - A lei instituirá as Juntas de Conciliação e Julgamento podendo, nas Comarcas onde elas não forem instituídas, atribuir as suas funções aos Juízes de Direito.

§ 4º - Poderão ser criados por lei outros órgãos da Justiça do Trabalho.

§ 5º - A constituição, investidura, jurisdição, competência, garantias e condições de exercício dos órgãos da Justiça do Trabalho serão reguladas por lei, ficando assegurada a paridade de representação de empregados e empregadores.

Art 123 - Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre empregados e empregadores, e, as demais controvérsias oriundas de relações, do trabalho regidas por legislação especial.

§ 1º - Os dissídios relativos a acidentes do trabalho são da competência da Justiça ordinária.

§ 2º - A lei especificará os casos em que as decisões, nos dissídios coletivos, poderão estabelecer normas e condições de trabalho.

Art 157 - A legislação do trabalho e a da previdência social obedecerão nos seguintes preceitos, além de outros que visem a melhoria da condição dos trabalhadores:

I - salário mínimo capaz de satisfazer, conforme as condições de cada região, as necessidades normais do trabalhador e de sua família;

II - proibição de diferença de salário para um mesmo trabalho por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil;

III - salário do trabalho noturno superior ao do diurno;

IV - participação obrigatória e direta do trabalhador nos lucros da empresa, nos termos e pela forma que a lei determinar;

V - duração diária do trabalho não excedente a oito horas, exceto nos casos e condições previstos em lei;

VI - repouso semanal remunerado, preferentemente aos domingos e, no limite das exigências técnicas das empresas, nos feriados civis e religiosos, de acordo com a tradição local;

VII - férias anuais remuneradas;

VIII - higiene e segurança do trabalho;

IX - proibição de trabalho a menores de quatorze anos; em indústrias insalubres, a mulheres e a menores, de dezoito anos; e de trabalho noturno a menores de dezoito anos, respeitadas, em qualquer caso, as condições estabelecidas em lei e as exceções admitidas pelo Juiz competente;

X - direito da gestante a descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do emprego nem do salário;

XI - fixação das percentagens de empregados brasileiros nos serviços públicos dados em concessão e nos estabelecimentos de determinados ramos do comércio e da indústria;

XII - estabilidade, na empresa ou na exploração rural, e indenização ao trabalhador despedido, nos casos e nas condições que a lei estatuir;

XIII - reconhecimento das convenções coletivas de trabalho;

XIV - assistência sanitária, inclusive hospitalar e médica preventiva, ao trabalhador e à gestante;

XV - assistência aos desempregados;  
 XVI - previdência, mediante contribuição da União, do empregador e do empregado, em favor da maternidade e contra as consequências da doença, da velhice, da invalidez e da morte;  
 XVII - obrigatoriedade da instituição do seguro pelo empregador contra os acidentes do trabalho.

Parágrafo único - Não se admitirá distinção entre o trabalho manual ou técnico e o trabalho intelectual, nem entre os profissionais respectivos, no que concerne a direitos, garantias e benefícios.

Art 158 - É reconhecido o direito de greve, cujo exercício a lei regulará.

Art 159 - É livre a associação profissional ou sindical, sendo reguladas por lei a forma de sua constituição, a sua representação legal nas convenções coletivas de trabalho e o exercício de funções delegadas pelo Poder Público.

No período de vigência da Constituição de 1946, além das normas trabalhistas elencadas na constituição, importantes Leis Ordinárias que versavam sobre questões trabalhistas foram editadas, como por exemplo, a Lei nº 4.090/62 que instituiu o 13º salário.

## 7. Análise da Constituição de 1967

Em 1967, nova Carta Maior é promulgada, e na nova Constituição o rol de direitos e garantias fundamentais foi ampliado, prevendo-se, por exemplo, norma protetiva aos direitos políticos e a inclusão de direitos laborais, como por exemplo, a previsão de aplicabilidade das normas trabalhistas para os trabalhadores temporários admitidos pela construção civil ou de pessoas contratadas para funções técnicas ou especializadas e previu-se o direito de aposentação da mulher após 30 (trinta) anos de tempo de serviço e houve a previsão de criação de colônias de férias e clínicas de repouso, recuperação e convalescença que deveriam ser mantidas pela União.

Houve também retrocessos, pois contrariando as normas internacionais e

aviltando a dignidade da pessoa humana, a Carta de 1967 reduziu o limite de idade do trabalho para 12 anos (art. 158, X).

Nas questões de direito coletivo houve retrocesso, pois foi proibido o direito de greve aos servidores públicos e aos trabalhadores em atividades essenciais. (art. 157, § 7º). A intervenção estatal nas questões sindicais também permaneceu. Vejamos o texto legal:

Art 158 - A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria, de sua condição social:

I - salário mínimo capaz de satisfazer, conforme as condições de cada região, as necessidades normais do trabalhador e de sua família;

II - salário-família aos dependentes do trabalhador;

III - proibição de diferença de salários e de critérios de admissões por motivo de sexo, cor e estado civil;

IV - salário de trabalho noturno superior ao diurno;

V - integração do trabalhador na vida e no desenvolvimento da empresa, com participação nos lucros e, excepcionalmente, na gestão, nos casos e condições que forem estabelecidos;

VI - duração diária do trabalho não excedente de oito horas, com intervalo para descanso, salvo casos especialmente previstos;

VII - repouso semanal remunerado e nos feriados civis e religiosos, de acordo com a tradição local;

VIII - férias anuais remuneradas;

IX - higiene e segurança do trabalho;

X - proibição de trabalho a menores de doze anos e de trabalho noturno a menores de dezoito anos, em indústrias insalubres a estes e às mulheres;

XI - descanso remunerado da gestante, antes e depois do parto, sem prejuízo do emprego e do salário;

XII - fixação das percentagens de empregados brasileiros nos serviços públicos dados em concessão e nos estabelecimentos de determinados ramos comerciais e Industriais;

XIII - estabilidade, com indenização ao trabalhador despedido, ou fundo de garantia equivalente;

XIV - reconhecimento das convenções coletivas de trabalho;

XV - assistência sanitária, hospitalar e médica preventiva;

XVI - previdência social, mediante contribuição da União, do empregador e do empregado, para seguro-desemprego, proteção da maternidade e, nos casos de doença, velhice, invalidez e morte;

XVII - seguro obrigatório pelo empregador contra acidentes do trabalho;

XVIII - proibição de distinção entre trabalho manual, técnico ou intelectual, ou entre os profissionais respectivos;

XIX - colônias de férias e clínicas de repouso, recuperação e convalescença, mantidas pela União, conforme dispuser a lei;

XX - aposentadoria para a mulher, aos trinta anos de trabalho, com salário integral;

XXI - greve, salvo o disposto no art. 157, § 7º.

§ 1º - Nenhuma prestação de serviço de caráter assistencial ou de benefício compreendido na previdência social será criada, majorada ou estendida, sem a correspondente fonte de custeio total.

§ 2º - A parte da União no custeio dos encargos a que se refere o nº XVI deste artigo será atendida mediante dotação orçamentária, ou com o produto de contribuições de previdência arrecadadas, com caráter geral, na forma da lei.

Art 159 - É livre a associação profissional ou sindical; a sua constituição, a representação legal nas convenções coletivas de trabalho e o exercício de funções delegadas de Poder Público serão regulados em lei.

§ 1º - Entre as funções delegadas a que se refere este artigo, compreende-se a de arrecadar, na forma da lei, contribuições para o custeio da atividade dos órgãos sindicais e profissionais e para a execução de programas de interesse das categorias por eles representadas.

§ 2º - É obrigatório o voto nas eleições sindicais.

A Constituição ainda tratou da composição do Tribunal Superior do Trabalho e dos Tribunais Regionais do Trabalho, criando regras para a nomeação dos seus integrantes, conforme abaixo transcrito:

Art 133 - Os órgãos da Justiça do Trabalho são os seguintes:

I - Tribunal Superior do Trabalho;

II - Tribunais Regionais do Trabalho;

III - Juntas de Conciliação e Julgamento.

§ 1º - O Tribunal Superior do Trabalho compor-se-á de dezessete Juízes com a denominação de Ministros, sendo:

a) onze togados e vitalícios, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal: sete entre magistrados da Justiça do Trabalho, dois entre advogados no efetivo exercício da profissão; e dois entre membros do Ministério Público da Justiça do Trabalho, todos com os requisitos do art. 113, § 1º;

b) seis classistas e temporários, em representação paritária dos empregadores e dos trabalhadores, nomeados pelo Presidente da República, de conformidade com o que a lei dispuser.

§ 2º - A lei fixará o número dos Tribunais Regionais do Trabalho e respectivas sedes e instituirá as Juntas de Conciliação e Julgamento, podendo, nas Comarcas onde elas não forem instituídas, atribuir sua jurisdição aos Juízes de Direito.

§ 3º - Poderão ser criados por lei outros órgãos da Justiça do Trabalho.

§ 4º - A lei, observado o disposto no § 1º, disporá sobre a constituição, investidura, jurisdição, competência, garantias e condições de exercício dos órgãos da Justiça do Trabalho, assegurada a paridade de representação de empregadores e trabalhadores.

§ 5º - Os Tribunais Regionais do Trabalho serão compostos de dois terços de Juízes togados vitalícios e um terço de Juízes classistas temporários, assegurada, entre os Juízes togados, a participação de advogados e membros do

Ministério Público da Justiça do Trabalho, nas proporções estabelecidas na aliena a do § 1º.

Art 134 - Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre empregados e empregadores e as demais controvérsias oriundas de relações de trabalho regidas por lei especial.

§ 1º - A lei especificará as hipóteses em que as decisões nos dissídios coletivos, poderão estabelecer normas e condições de trabalho.

§ 2º - Os dissídios relativos a acidentes do trabalho são da competência da Justiça ordinária.

Art 135 - As decisões do Tribunal Superior do Trabalho são irrecorríveis, salvo se contrariarem esta Constituição, caso em que caberá recurso para o Supremo Tribunal Federal.

## 8. Análise da Constituição de 1969

No ano de 1968 o país atravessou séria crise política, que culminou com a promulgação do Ato Institucional nº 5, foi totalmente extinto o regime federativo e pela segunda o Brasil foi submetido a um regime ditatorial.

Com novo recesso do Poder Legislativo, o Poder Executivo o Poder Executivo Federal fica autorizado a legislar sobre todas as matérias, conforme o disposto no § 1º do artigo 2º do Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968 e em 17 de outubro de 1969 os ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar editaram a emenda constitucional nº 1, alterando o Diploma de 1967.

Durante o regime militar, houve a edição de diversas emendas à Constituição de 1967, porém praticamente não houve alteração dos direitos trabalhistas, tendo ocorrido por exemplo, a redução do tempo de aposentadoria para os professores, que podiam pleitear aposentadoria após 30 (trinta) anos de trabalho para homem e 25 (vinte e cinco) anos para mulher com salário integral, (art. 165, XX da Constituição), que foi inserido pela Emenda Constitucional nº 18 de 1981.

## 9. Análise da Constituição de 1988

Restabelecido o regime democrático, em 05 de outubro de 1988 é promulgada a atual Constituição Federal que ampliou consideravelmente o rol de garantias fundamentais e direitos humanos, incluindo os direitos trabalhistas como direitos fundamentais, pois ao invés de inserir os direitos laborais dentre as regras da ordem econômica e social como efetuado nas Constituições anteriores, os direitos dos trabalhadores foram previstos no artigo 7º, dentro do Capítulo II (Dos Direitos Sociais), no Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais).

A atual Constituição ampliou os direitos do trabalhadores, prevendo por exemplo, a jornada de 06 horas para os trabalhadores em turno ininterrupto de revezamento, amplitude do salário mínimo, que deve ser quantia suficiente para atender as necessidades básicas do ser humano, piso salarial, criminalização da retenção dolosa do salário, percentual mínimo para remuneração do serviço extraordinário, licença paternidade, ampliação da idade para inicio da atividade laboral para 16 anos (exceto se menor aprendiz).

Houve mitigação apenas quanto à questão da jornada de trabalho, pois foi fixada jornada de quarenta e quatro semanais, facultando a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho.

Outrossim, importantes direitos criados pela Constituição Federal de 1988, aguardam regulamentação, como por exemplo, a proteção contra a despedida arbitrária, ou sem justa causa, e o direito ao adicional de penosidade. Vejamos a transcrição:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;

II - seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário;

- III - fundo de garantia do tempo de serviço;
- IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;
- V - piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho;
- VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;
- VII - garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável;
- VIII - décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria;
- IX - remuneração do trabalho noturno superior à do diurno;
- X - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa;
- XI - participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei;
- XII - salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei;(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)
- XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho; (vide Decreto-Lei nº 5.452, de 1943)
- XIV - jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva;
- XV - repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos;
- XVI - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinqüenta por cento à do normal; (Vide Del 5.452, art. 59 § 1º)
- XVII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;
- XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;
- XIX - licença-paternidade, nos termos fixados em lei;
- XX - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;
- XXI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei;
- XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;
- XXIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei;
- XXIV - aposentadoria;
- XXV - assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006)
- XXVI - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho;
- XXVII - proteção em face da automação, na forma da lei;
- XXVIII - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa;
- XXIX - ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho;(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 28, de 25/05/2000)
- XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;
- XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;
- XXXII - proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e

intelectual ou entre os profissionais respectivos;

XXXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

XXXIV - igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso.

Parágrafo único. São assegurados à categoria dos trabalhadores domésticos os direitos previstos nos incisos IV, VI, VIII, XV, XVII, XVIII, XIX, XXI e XXIV, bem como a sua integração à previdência social.

Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

I - a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical;

II - é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município;

III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas;

IV - a assembleia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha, para custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva, independentemente da contribuição prevista em lei;

V - ninguém será obrigado a filiar-se ou a manter-se filiado a sindicato;

VI - é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho;

VII - o aposentado filiado tem direito a votar e ser votado nas organizações sindicais;

VIII - é vedada a dispensa do empregado sindicalizado a partir do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o final do mandato, salvo se cometer falta grave nos termos da lei.

Parágrafo único. As disposições deste artigo aplicam-se à organização de sindicatos rurais e de colônias de pescadores, atendidas as condições que a lei estabelecer.

Art. 9º É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender.

§ 1º - A lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.

§ 2º - Os abusos cometidos sujeitam os responsáveis às penas da lei.

Art. 10. É assegurada a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação.

Art. 11. Nas empresas de mais de duzentos empregados, é assegurada a eleição de um representante destes com a finalidade exclusiva de promovê-los o entendimento direto com os empregadores.

## 10. Análise dos Direitos Trabalhista na Atualidade

Atualmente as normas trabalhistas brasileiras, amparam e protegem o cidadão brasileiro, havendo inclusive critica do empresariado ante a acentuada intervenção estatal no que concerne a regulamentação e garantia de benefícios aos trabalhadores.

Não apenas as normas internas devem ser aplicadas como também as Convenções da Organização Internacional do Trabalho (OIT), como por exemplo, a norma que assegura o direito ao recebimento das férias proporcionais independentemente do modo pelo qual houve a rescisão do contrato de trabalho.

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, houve a promulgação de Emendas Constitucionais voltadas as questões trabalhistas, sendo certo que em 9 de dezembro de 1999 foi promulgada a Emenda Constitucional nº 24, extinguindo à representação classista na Justiça do Trabalho, extinguindo-a e alterou a composição do Tribunal Superior do Trabalho (TST) passou então a ser composto de 17 ministros, togados e vitalícios. A emenda mudou alterou a nomenclatura dos juízos de primeira instância, que deixaram de se chamar Juntas de Conciliação e Julgamento e passaram a se chamar Varas do Trabalho. A Emenda também determinou que a competência para apreciar as questões trabalhistas onde não tiver Vara do Trabalho instituída é dos juízes de Direito.

Em dezembro de 2004, após longa tramitação no Poder Legislativo, um primeiro bloco mudanças constitucionais passou a integrar o ordenamento jurídico do País. A Emenda Constitucional nº 45/04 foi publicada no Diário Oficial da União dia 31 de dezembro de 2004 e alterou a competência da Justiça do Trabalho, ampliando-a, pois desde então a Justiça laboral passou a ter competência não apenas para apreciar questões ligadas a relação de emprego, mas a qualquer questão ligada à relação de trabalho, que constitui gênero, das quais são espécies as diversas formas de trabalho humano, conforme leciona Paulo Gustavo de Amarante Merçon.<sup>5</sup>

## 11. Conclusão

Historicamente, podemos precisar o surgimento dos direitos trabalhistas no Brasil, com a edição da Lei Áurea que aboliu o regime escravocrata.

Os direitos do trabalho, atualmente são direitos fundamentais para o respeito a dignidade da pessoa humana, porém até atingir tal patamar, a evolução foi gradual, pois no final do século XIX, o Brasil adotava regime liberal, onde os particulares podiam ajustar livremente as regras do contrato de trabalho.

A cada Constituição brasileira elaborada, o rol dos direitos laborativos foi ampliado, demonstrando a evolução não somente jurídica, mas também e sobretudo político-social da sociedade brasileira, sendo que pouco a pouco o Estado passou a intervir na relação capital-trabalho com o intuito de assegurar direitos essenciais ao trabalhador na sua condição de pessoa humana

A garantia aos direitos do trabalhador não foi estancada, pois o Brasil é membro da Organização Internacional do Trabalho, e novos direitos trabalhistas são introduzidos em seu sistema legal através de ratificações de Pactos ou Convenções internacionais.

<sup>5</sup> MERÇON, Paulo Gustavo de Amarante, Relação de trabalho : contramão dos serviços de consumo, LTr: revista legislação do trabalho, v.70, nº 05, p. 590-598, mai. de 2006

## REFERÊNCIAS

- BARBOSA, Luísa Maria Gonçalves Teixeira. **O Brasil e o Movimento Republicano Português, 1880-1910.** pg.5. Disponível em <http://www.museu-emigrantes.org/comFafe5Out03.pdf>. Acesso em 03/12/2010.
- BRASIL. Constituição de 1934, em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao34.htm). Acesso em 03/12/2010.
- BRASIL. Constituição de 1937, em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao37.htm). Acesso em 03/12/2010
- BRASIL. Constituição de 1946, em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao46.htm). Acesso em 03/12/2010
- BRASIL. Constituição de 1967, em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao67.htm). Acesso em 03/12/2010
- BRASIL. Constituição de 1969, em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constituicao69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao69.htm). Acesso em 03/12/2010
- BRASIL. Constituição de 1988, em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constituicao88.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao88.htm). Acesso em 03/12/2010
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 22ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2008.
- DA SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo.** 19ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2001
- FAUSTO, Boris. **História do Brasil.** 12ª ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2004.
- FILHO, Ives Gandra da Silva Martins. **Evolução histórica da estrutura judiciária brasileira.** Revista do TST, vol. 65, nº 1/1999.
- MERÇON, Paulo Gustavo de Amarante. **Relação de trabalho:** contramão dos serviços de consumo. LTr: revista legislação do trabalho, v.70, nº 05, p. 590-598, mai. de 2006
- MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** 5ª ed. São Paulo: Atlas. 1999.
- NETO, Hélio Castilho França Neto. **História Do Direito Do Trabalho.** publicado 14/12/2006 em <http://www.webartigos.com/articles/749/1/Historia-Do-Direito-Do-Trabalho/pagina1.html#ixzz175cgoP7w>. Acesso em 03/12/2010
- SALES, Paula Elizabeth Nogueira Sales e OLIVEIRA, Maria Auxiliadora Monteiro. **Educação profissional e aprendizagem no Brasil:** Trajetórias, impasses e perspectivas. Em [http://www.senept.cefetmg.br/galerias/Anais\\_2010/Artigos/GT4/EDUCACAO\\_PROF\\_E\\_APREND.pdf](http://www.senept.cefetmg.br/galerias/Anais_2010/Artigos/GT4/EDUCACAO_PROF_E_APREND.pdf). acesso em 03/12/2010.
- VARISCO, Alessandra Gomes. **Evolução dos direitos humanos nas constituições brasileiras.** Disponível em <[http://www.abdir.com.br/doutrina/ver.asp?art\\_id=&categoria= Teoria Geral do Direito Constitucional >](http://www.abdir.com.br/doutrina/ver.asp?art_id=&categoria= Teoria Geral do Direito Constitucional >) Acesso em :22 de novembro.

## RESUMO

Este artigo apresenta uma breve introdução das ideias de Comte e Durkheim, representantes da sociologia positivista, e sua interação com o momento histórico e político particular que viveram na França: as transformações sociais do séc. XIX e início do XX, as ideias iluministas, a burguesia nascente. No contexto revolucionário pós-revoluções Francesa e Industrial, a sociologia positivista formulou um pensamento e uma prática estabilizadoras, que buscavam evitar novas rupturas. Propunham a manutenção da ordem e a contenção das paixões. Esse ideário tem um contorno político-ideológico de apoio às conquistas da burguesia e refreamento de movimentos contraditórios a ela.

## ABSTRACT

This article presents a brief introduction to the ideas of Comte and Durkheim, representatives of positivist sociology, and their interaction with the particular political and historical moment they lived in France: the social transformations of the 19th and early 20th centuries, the Enlightenment ideas, the rising bourgeoisie. In this revolutionary context that followed the French and Industrial Revolutions, the positivist sociology delivered a stabilizing thought and practice that aimed to avoid new disruptions and to this aim proposed the maintenance and order and the restraint of passions. This positivist thinking has a political-ideological outline that supports the achievements of the bourgeoisie and refrains the movements that are contrary to it.

**Palavras-chave:** Positivismo. Teoria dos Três Estados. Fato Social. Anomia. Normal e Patológico. Moralização.

**Keywords:** Positivism. Three State Theory. Social Fact. Anomie. Normal and Pathologic. Moralization.

\* Mestre em Sociologia pela USP e doutorando em Ciências Sociais na PUC-SP. Professor de Filosofia, Sociologia, Antropologia e Metodologia da Pesquisa nos cursos de Direito da FMU e da UNIP. Analista de Pesquisa da Fundação Seade, São Paulo.

\*\* Doutor em Ciências Sociais pela PUC-SP. Professor de Metodologia da Pesquisa Científica e Didática do Ensino Superior do Programa de Mestrado em Direito da Sociedade da Informação da FMU. Docente do Programa de Mestrado em Ciências Sociais da UVV-ES. Analista de Pesquisas da Fundação Seade, São Paulo.

## 1. Introdução

A sociologia é resultado de uma gestação da modernidade. Nasce com preocupações decorrentes de acontecimentos históricos que transformaram as relações sociais entre os séculos XVI e XIX: o renascimento cultural, em que ocorre um deslocamento do teocentrismo para o antropocentrismo; a expansão marítima, com a descoberta do novo mundo, em que aparece a questão da alteridade; a reforma protestante, que estimula o surgimento do individualismo moderno; a revolução científica do séc. XVII, que questionou várias verdades consolidadas; o séc. XVIII, das Luzes, dos enciclopedistas, das Revoluções Francesa e Industrial; o surgimento dos grandes centros urbanos na Europa no séc. XIX e de uma nova pobreza típica das cidades grandes, da luta de classes, de um novo ritmo, acelerado, marcado pelo motor à combustão.

Pode-se dizer que essa gestação da modernidade torna o homem mais livre, mas também mais “abandonado”, pois foram esfaceladas verdades já consolidadas do Antigo Regime, o que deixou lacunas em meio às quais surgiu a sociologia, interessada em estudar a passagem do mundo da tradição para o mundo moderno, a passagem da comunidade para a sociedade, em outros termos, a passagem da sociedade pré-capitalista para a sociedade capitalista industrial.

A “morte de Deus”, expressão dada por Nietzsche no séc. XIX, retrata esse desamparo do homem moderno. Segundo as palavras desse filósofo, quem matou Deus foi o homem da ciência, o homem da razão, que, ao matá-lo, questionou a sua própria existência enquanto sujeito, enquanto identidade, enquanto verdade. A sociologia surge num século que é, por um lado, de euforia da ordem e do progresso, e, por outro, do niilismo de um homem que não vibra mais, indiferente à vida.

A sociologia positivista, representada por Comte e Durkheim, aparece no cenário moderno para colocar assento nessa sociedade em transformação, propondo uma acomodação. Apesar de apoiarem o movimento político da Revolução Francesa, esses autores tiveram dificuldade em lidar com

a cisão, a revolução, a diferença. Esta dificuldade fica clara na valorização do coletivo em detrimento do individual, do normal em detrimento do patológico, do consenso em detrimento do dissenso, em uma época que inaugura, como nenhuma outra, a convivência mais próxima das diferenças, com a aceleração do tempo, o encurtamento dos espaços, o alargamento dos meios de comunicação e o adensamento das cidades. Em uma França que passou pela maior e mais importante revolução burguesa, surgiram esses dois importantes sociólogos que querem, no séc. XIX e início do XX, conter a revolução e tudo o que a representa - a crítica, as paixões. Apoiam a Revolução, porém não desejam que ela seja permanente.

## 2. Augusto Comte

Segundo Claude Lefort<sup>1</sup>, a perspectiva positivista, cujo lema é “ordem e progresso”, estava na origem da ideia de uma democracia própria do século XIX, inaugurada na Revolução Francesa, como um modelo, uma ideia de sociedade prévia a ser perseguida. Comte não considerava a democracia como um movimento social espontâneo e direcionado à afirmação de liberdades de direitos. Buscava, antes, a unidade e um movimento social orgânico e indiviso. Essa ideia de democracia mostra-se, na realidade, totalitária, por não levar em consideração a participação social. A presença de um poder transcendente à sociedade “apaga a oposição entre Estado e sociedade civil; dedica-se a tornar manifesta a presença do Estado em toda extensão do espaço social, isto é, a veicular, através de uma série de representantes, o princípio de poder que informa a diversidade das atividades e as contém no modelo de uma submissão comum” (LEFORT, 1990, p. 326).

Para Comte, a crise é resultado da ação combinada de forças retrógradas e

<sup>1</sup> Filósofo francês do séc. XX relevante na análise dos conceitos de totalitarismo, democracia e ideologia, entre outros. Afirma que a democracia, como constituição de direitos, deve-se efetuar de forma autônoma e não heterônoma, isto é, deve surgir no interior dos próprios movimentos sociais.

revolucionárias, enquanto a ordem provém de um movimento orgânico, estabilizador. No contexto da crise vivida pela sociedade industrial da primeira metade do século XIX, esse pensamento mostra-se conveniente aos intentos da burguesia. A análise comtiana, apesar de expressamente buscar uma harmonia, deixa de contemplar forças sociais contrárias às ideias iluministas, ao lançar a ideia de divisão social entre normal e patológico. A citação a seguir mostra que Comte não fez uma observação “imparcial” de sua época e das ciências existentes, mas que teve um posicionamento político diante da Europa pós Revolução Francesa.

Um sistema social que se extingue, um novo sistema que atingiu sua completa maturidade e que tende a se constituir, eis o caráter fundamental assinalado à época atual pela marcha geral da civilização. De conformidade com este estado de coisas, dois movimentos de natureza diferente agitam hoje a sociedade: um de desorganização, outro de reorganização. Pelo primeiro, considerado isoladamente, é ela impelida para uma profunda anarquia moral e política, que parece ameaçá-la de próxima e inevitável dissolução. Pelo segundo, é ela conduzida para o estado definitivo da espécie humana, o mais conveniente à sua natureza, no qual todos os seus meios de prosperidade devem receber seu mais completo desenvolvimento e sua aplicação mais direta. É na coexistência dessas duas tendências opostas que consiste a grande crise vivida pelas nações mais civilizadas. É sob esse duplo aspecto que a crise deve ser considerada para ser compreendida. (COMTE, 1983, p.62)

O diagnóstico da sociedade moderna capitalista e industrial de Comte parte de sua teoria dos três estados - estado teológico, estado metafísico e estado positivo - através dos quais, de forma sucessiva, teria evoluído o pensamento humano. A passagem de um estado para outro se daria de forma lenta, gradual e segura, sendo as diferenças entre um

e outro apenas de grau e não de natureza, sem rupturas. Um exemplo dessa análise aplicada à prática, como forma de negar o conflito e tendo como cenário a realidade brasileira recente, seria a “evolução lenta e gradual” da ditadura militar à democracia, que encerraria diferenças apenas de grau, mas não intrínsecas. Comte, em sua proposição, não quer divisão, cisão, revolução; não admite diferenças ou crítica no interior da sociedade. Acredita que os estágios deverão se suceder num *continuum*, como se um estado fosse o prolongamento do outro, de forma melhorada em termos de racionalidade.

Para perceber como Comte constrói essa defesa da unidade, da não cisão social, é interessante fazer uma breve leitura da teoria dos três estados.

No olhar evolutivo de Comte, o estado teológico-metafísico representa a infância e a adolescência da humanidade, sendo o estado positivo o último, definitivo, representante da fase adulta, real, concreta, científica.

No primeiro estado, o teológico, os fenômenos da natureza e o mundo eram plenamente explicados pela recorrência a deuses e espíritos. A compreensão era construída por instintos e sentimentos. Este estágio é subdividido por Comte em três fases sucessivas: fetichista, politeísta e monoteísta. A fase fetichista é a mais primitiva e também traz uma subdivisão interna, uma etapa inicial e outra mais avançada: a fase fetichista “consiste sobretudo em atribuir a todos os corpos exteriores vida essencialmente análoga à nossa (...). A adoração dos astros caracteriza o grau mais elevado dessa primeira fase teológica que, no início, apenas difere do estado mental em que param os animais superiores.” (COMTE, 1978b, p. 118)

Depois do estágio fetichista, ainda dentro do estado teológico, viria o politeísmo, momento em que essa vida, primeiramente atribuída aos corpos exteriores, passa a ser atribuída a deuses, por meio da imaginação, em abordagem abstrata: “a vida é por fim retirada dos objetos materiais, para ser misteriosamente transportada para seres fictícios diversos, habitualmente invisíveis.” (p.118)

O terceiro estágio do estado teológico, o monoteísmo, apesar de ainda fazer parte do

estado teológico, que é primitivo, provisório e imperfeito, irá favorecer o aparecimento de um princípio moral na sociedade:

No organismo político da Antigüidade, a moral (...) nunca podia adquirir nem a dignidade nem a universalidade convenientes à sua natureza. Sua independência fundamental e até mesmo sua ascendência normal resultaram (...) do regime monoteíco próprio à Idade Média. Esse imenso serviço social, devido sobretudo ao catolicismo, sempre formará seu principal título ao eterno reconhecimento do gênero humano. (...) a moral humana pôde realmente começar a tomar caráter sistemático, estabelecendo, ao abrigo de impulsos passageiros, regras verdadeiramente gerais para o conjunto de nossa existência, pessoal, doméstica e social. (p. 179)

Depois Comte irá mostrar as imperfeições do monoteísmo também, no desenrolar extenso de seu estudo, mas não cabe neste breve resumo apresentá-las.

Para evoluir do estado teológico ao positivo, transpondo o abismo entre a teologia e a física social, foi necessário ao pensamento humano fazer uma transição gradual por intermédio da metafísica: “Tal é o destino natural das concepções metafísicas, não possuem outra utilidade real.” (COMTE, 1978a, p. 42). No estado metafísico ou abstrato, a imaginação e o sobrenatural perdem espaço, de forma gradual, para o raciocínio. “Na esfera política, o espírito metafísico corresponderia a uma substituição dos reis pelos juristas; supondo-se a sociedade como originária de um contrato, tende-se a basear o Estado na soberania do povo.” (GIANNOTTI, 1978, p. 18)

Em cada um dos três estados, o movimento do pensamento é sempre de natureza convergente. A evolução resulta da busca de unidade, consenso:

O sistema teológico chegou à mais alta perfeição (...) quando substituiu, pela ação providencial de um ser único, o jogo variado de numerosas divindades independentes (...) Do mesmo

modo, o último termo do sistema metafísico consiste em conceber, em lugar de diferentes entidades particulares, uma única grande entidade geral, a natureza, considerada como fonte exclusiva de todos os fenômenos. Paralelamente, a perfeição do sistema positivo à qual este tende sem cessar, apesar de ser muito provável que nunca deva atingi-la, seria poder representar todos os diversos fenômenos observáveis como casos particulares dum único fato geral, como a gravitação o exemplifica. (COMTE, 1978a, p. 37)

Finalmente, a filosofia positiva, definitiva, a física social, livre da influência dos astrólogos e alquimistas dos estados primitivos, baseia seu pensamento em fatos reais, na observação de fenômenos explicáveis, científicos, inquestionáveis. Por não se dedicar mais a inócuas buscas teológicas ou metafísicas, mas sim voltar-se ao raciocínio e à observação, o positivismo apresenta uma explicação taxativa, segundo sua própria concepção: “no estado positivo, o espírito humano (...) renuncia a procurar a origem e o destino do universo (...) para preocupar-se unicamente em descobrir, graças ao uso bem combinado do raciocínio e da observação, suas leis efetivas, a saber, suas relações invariáveis de sucessão e de similitude.” (p. 37)

Quando escreveu suas ideias, Comte afirmava que a Europa encontrava-se em uma anarquia moral e política, período de transição do estado teológico-metafísico, das fantasias e das quimeras, para o estado real e racional, última etapa da evolução do espírito humano. Nesse diagnóstico de crise, Comte afirma a necessidade da substituição do sacerdote e do militar do antigo regime pelo cientista e o industrial na sociedade moderna. Isto acompanha o desenvolvimento material da sociedade industrial.

Retomando Lefort, o discurso de Comte associa-se à ideologia da sociedade burguesa industrial:

Em seu apogeu, no século XIX, nos deparamos com um discurso social exterior ao social, regido pela ilusão de uma leitura do real a

partir do real e que tende a se oferecer como discurso anônimo no qual o universal fala de si mesmo. Esse discurso, seja qual for o apoio que encontra na religião, em certas épocas e para certas camadas da classe dominante, está submetido ao ideal do conhecimento positivo e vive da recusa explícita ou implícita de uma referência ao lugar-outro onde o saber da ordem social e da ordem do mundo estaria recolhido. Porém, o que não nos pode escapar é a singularidade do dispositivo graças ao qual o discurso ideológico tenta preencher sua função. Trata-se da ordenação do discurso pela clivagem entre as *ideias* e o suposto real. Apaga-se a exterioridade do lugar outro, ligada ao saber religioso ou mítico, mas o discurso se refere a si mesmo pelo desvio da transcendência das ideias. Quer seja a Humanidade, o Progresso, a Vida, a Natureza, ou os princípios-chaves da democracia burguesa inscritas no frontão da República – ou a Ciência e a Arte – mas também a Propriedade, a Família, a Ordem, a Sociedade, a Pátria – quer seja a versão conservadora ou progressista do discurso burguês, ou a versão socialista ou anarquista do discurso antiburguês, o texto da ideologia é escrito com maiúsculas. Traz os signos constantes de uma verdade que fixa a origem dos fatos, encerra-os numa representação e comanda a argumentação. (LEFORT, 1990, p.317)

Lefort nos mostra a emergência de um discurso, e uma prática correspondente, que propõe a inclusão social a todo custo, não admite o “fora” da ordem estabelecida, as resistências ao enquadramento social.

A obra de Comte tem cunho político e subjetivo. O homem Comte posiciona-se diante da sociedade moderna idealizando-a. Na verdade, esconde uma sociedade, de fato, violenta, com um discurso hierarquizante, determinante do que é normal ou patológico. Como, de fato, Comte pensa as diferenças sociais? A sociologia teria, para ele, uma missão colonizadora, ao buscar no senso comum dessa modernidade a necessidade do

mando, da obediência. E esse sentimento é transferido, então, para o discurso científico.

É nesse período que aparecem os manicômios, as prisões como forma de penalidade, as escolas, os asilos etc., instituições fechadas que servem para sequestrar a liberdade daquele que foge à normalidade estipulada por um olhar médico sobre a sociedade, segundo a análise de pensadores posteriores, como Michel Foucault.

No meio do mundo sereno da doença mental, o homem moderno não se comunica mais com o louco: há, de um lado, o homem de razão que delega para a loucura o médico, não autorizando, assim, relacionamento senão através da universalidade abstrata da doença; há, do outro, o homem de loucura que não se comunica com o outro senão pelo intermediário de uma razão igualmente abstrata, que é a ordem, coação física e moral, pressão anônima do grupo, exigência de conformidade. Linguagem comum não há, ou melhor, não há mais; a constituição da loucura como doença mental, no final do século XVIII, estabelece a constatação de um diálogo rompido, dá a separação como já adquirida, e enterra no esquecimento todas essas palavras imperfeitas, sem sintaxe fixa, um tanto balbuciantes, nas quais se fazia a troca entre a loucura e a razão. (FOUCAULT, 1999, p.141)

Um ano após a morte de Augusto Comte, nasce Émile Durkheim, que dá continuidade à ideia de predominância da sociedade sobre o indivíduo, de consenso, unidade e ordem social. Como será brevemente mostrado a seguir, a obra de Durkheim, assim como a de Comte, oferece sustentação ao discurso ideológico da nascente burguesia, que entendia que o indivíduo devia estar submisso ao social e ao Estado, pois, nessa época, o importante era manter e acalentar as conquistas da Revolução Francesa sem, porém, deixar que essa experiência ensejasse novas revoluções por força do também nascente proletariado: “... a política é um invisível que se efetiva pela moral e esta,

por seu turno, é a ciência da submissão do indivíduo à ordem social. De Comte a Durkheim nenhum passo precisa ser dado." (CHAUÍ, 2000, p. 51)

### 3. Émile Durkheim

Ao escrever *As Regras do Método Sociológico* e definir o fato social como objeto de estudo, Émile Durkheim eleva a sociologia à categoria de ciência. Critica Augusto Comte e contemporâneos pela falta de objetividade e precisão na análise. A sociologia como ciência, pela visão de Durkheim, pressupõe o uso do empirismo para comprovação dos princípios teóricos e abandona a subjetividade das proposições anteriores: "Em vez de uma ciência de realidades, não fazemos mais do que uma análise ideológica." (DURKHEIM, 2002, p.16)

Durkheim também critica em Comte a visão simplista sobre a evolução da sociedade: "os fatos não se apresentam com essa extrema simplicidade (...), a sequência da sociedade não poderia ser figurada por uma linha geométrica; ela assemelha-se antes a uma árvore cujos ramos se orientam em sentidos divergentes." (p.20-21) Durkheim critica, dessa forma, a teoria dos três estados de Comte, pois a considera fruto de uma análise concebida no mundo das ideias, que não leva em conta a sociedade concreta.

No primeiro capítulo de *As Regras do Método Sociológico*, Durkheim determina de forma precisa o objeto de estudo da sociologia, com o objetivo de diferenciá-la da biologia ou da psicologia. Definiu como objeto o fato social: "é fato social toda maneira de fazer, fixada ou não, suscetível de exercer sobre o indivíduo uma coerção exterior; ou ainda, toda maneira de fazer que é geral na extensão de uma sociedade dada e, ao mesmo tempo, possui uma existência própria, independente de suas manifestações individuais." (p. 13) Fatos sociais não são quaisquer fenômenos que ocorrem na sociedade, são somente aqueles que acontecem na sociedade mas que não são objeto de estudo de outras ciências da natureza que não a sociologia (atente-se para o fato de a sociologia para Durkheim figurar como uma ciência da natureza).

Os fatos sociais são externos ao homem, porque lhe são anteriores assim como a sociedade. Em última instância, a própria sociedade é o objeto da sociologia, pois é compreendida como um complexo integrado de fatos sociais. Eles consistem em uma imposição sobre a ação humana, imposição esta que é dada pelas relações estabelecidas na sociedade e que condicionam a participação do indivíduo. Para participar de uma sociedade o homem tem o dever de agir conforme seu costume, cumprindo os deveres que lhe são socialmente impostos. São exemplos de fatos sociais "regras jurídicas, morais, dogmas religiosos, sistemas financeiros" (p.4), as obrigações para com a família, aquelas relativas ao exercício da cidadania etc.. De maneira resumida, o fato social é externo e anterior ao homem e tem caráter impositivo.

Existem também fatos sociais que não são estabelecidos de forma tão clara e institucionalizada, mas que igualmente se impõem sobre a ação humana dentro da sociedade. São chamados por Durkheim de "correntes sociais". Estas forças são exercidas pelo grupo social, por movimentos de opinião, por multidões ou grupos restritos, que exercem uma influência externa sobre a ação do indivíduo: "a opinião é uma força moral cujo poder coercitivo não é menor que o das forças físicas." (DURKHEIM, 1955, p. 71)

Durkheim valoriza todas essas forças coletivas, institucionalizadas ou não, que retiram o homem de suas paixões, de seu ser individual. Propõe a internalização dessas forças coletivas, por exemplo através de uma educação moral. A moral é composta de dever-obrigação e desiderabilidade, as quais, por sua vez, se recompõem em três: espírito de disciplina, espírito de abnegação e autonomia da vontade, esta última como resultado das duas primeiras internalizadas.

Durkheim constrói uma concepção de sociologia como ciência que visa o controle, distingue normal de patológico no corpo social e pretende analisar a sociedade com instrumentos precisos e conceitos certeiros. Elabora o conceito de anomia - algo que está fora do normal e que tem de ser corrigido. Os conflitos e as crises sociais são considerados anomia a ser combatida, independentemente de suas motivações. Assim como a de Comte

um pouco antes, esta análise de Durkheim também convém aos interesses da burguesia, avessa à ideia de conflito que pudesse atentar contra o ideário iluminista. A anomia pode ser exemplificada como “a anarquia das ciências sociais e morais; as crises econômicas e o antagonismo entre patrões e empregados (...) paixões humanas quando estas (...) rompem os freios, destravam as portas e se afirmam exaltadas, ameaçando a sobrevivência da ordem. (...) O mal pede a intervenção enérgica dos bons remédios: controle, contenção, disciplina.” (FERNANDES, 1996, p.74-76)

A anomia foi exposta por Durkheim na definição da causa de um dos três tipos de suicídio que classificou. Consiste na ausência de normas ou na não aceitação pelo indivíduo (suicida) dos limites morais sociais. A aceitação dos limites impostos pela sociedade - sejam eles institucionalizados ou não - é o grande objetivo da sociologia de Durkheim. Na seguinte analogia entre o meio físico e o social, Durkheim exemplifica isto e deixa clara a sua discordância em relação a qualquer iniciativa de insubordinação à ordem estabelecida: “podemos nos revoltar contra as forças materiais de que dependemos; podemos tentar viver de outro modo que não seja o implicado pela natureza de nosso meio físico. Mas, a morte ou a moléstia serão a sanção de nossa revolta. Da mesma forma, estamos mergulhados numa atmosfera de ideias e de sentimentos coletivos que não podemos modificar à vontade”. (DURKHEIM, 1955, P. 71-72)

Durkheim estabelece uma hierarquia dos campos do saber e arvora a sociologia como verdade. Em comparação com outras áreas como psicologia e pedagogia, Durkheim afirma que a sociologia “pode mais e pode melhor” (DURKHEIM apud FERNANDES, 1996, p.57). Conforme aponta Heloísa Fernandes, Durkheim compreendia que “tudo o que é do *socius* oferece-se como objeto da sociologia, e apenas dela.” Lembre-se sempre de que para Durkheim um dos pressupostos da ciência é deter exclusividade sobre um campo do conhecimento. Para a sociologia, Durkheim desenvolve o conceito de moral laica. Em sua análise, considera que a sociologia é portadora de uma moral, para a qual não nega o valioso contributo religioso, e desenvolve-se,

enquanto ciência, como “substituta racional da religião” (p. 52).

Ao estudar estatisticamente o suicídio como fato sociológico e não psicopático, genético, climático etc., Durkheim dá distinção e conformação científica às suas proposições, conforme aponta Carlos Henrique Cardim no prefácio da obra *O Suicídio* de Durkheim. A base dessa atitude seria a quebra de vínculos sociais.

Durkheim fez um diagnóstico pessimista do final do séc. XIX e início do XX, concluindo que a sociedade encontrava-se em estado de anomia. Propôs, a partir desse diagnóstico, um estudo das instituições e de todas as forças coletivas que retiram os indivíduos de suas paixões individuais egoísticas.

Durkheim viveu e produziu na III República Francesa, que é a república dos professores. Nesse momento na França, o ensino se torna obrigatório, laico e gratuito para crianças de 6 a 13 anos de idade. A partir do séc. XX, preocupado com a falta de patriotismo e sentimentos nacionalistas na França, Durkheim começou a se reunir com os antigos professores primários para ensiná-los a se comportar diante das crianças. Acreditando que a anomia é um estado crônico da sociedade moderna, entende que cabe um trabalho de moralização. A ideia é revestir a criança com um manto moral social. Significa inculcar na criança maneiras de sentir, agir e pensar dadas pela sociedade. Seria como a sociedade escolher o indivíduo que ela quer e não o indivíduo fazer uma escolha. A instituição escola seria, dentre todas, a que tem a principal função de estabelecer na criança um espírito de disciplina e de abnegação que resultará numa autonomia da vontade. Autonomia da vontade é entendida como algo que faz cessar a inconstância da criança, transformando-a rapidamente em um adulto normal, moralizado, que já superou suas variações de comportamento. Um homem só é autônomo com o espírito de disciplina e abnegação. Autônomo é aquele que não resiste mais às ordens pois já as tem incorporadas: “em outros termos, precisa ter o gosto da obediência.” (FERNANDES, 1994, p. 83)

A postura do corpo do professor deveria transmitir um ar austero para que não fossem

geradas dúvidas ou brechas a respeito do conteúdo que estava sendo transmitido. Isto já fazia parte de um processo de moralização. O professor-autoridade transmite as maneiras de sentir, agir e pensar às crianças.

Durkheim volta-se à educação infantil escolar convencido de que o papel da família e especificamente o do pai não estavam adequados às necessidades de formação das crianças naquele contexto do final do séc. XIX e início do XX: “Para Durkheim, o lugar do pai é o do chefe, do legislador, do magistrado (...) ele impõe que as relações sociais sejam marcadas pela disciplina, impessoalidade, regra, sujeitando todas ao seu desejo (...). Se esse lugar de Mestre já não pode ser ocupado pelo pai, que o professor o substitua...” (p. 68)

O papel da educação é reprimir as paixões: “o sujeito virtuoso é aquele que lhes declara guerra sem tréguas para se adequar melhor ao desejo do Outro”<sup>2</sup> (p.76) Segundo aponta Heloísa, Durkheim conjuga da ideia de outros pensadores de que a infância é refém de forças prejudiciais: “a criança é o outro, o estrangeiro, o bárbaro, o desconhecido, o estranho. Será analogicamente aproximada ao louco, ao despota, ao bárbaro”. (p. 79-80) A criança torna-se um adulto normal, com apreço pela regularidade e a autoridade, por meio da educação moral e isto é o que convém à sociedade. A moral encerra em si qualidades superiores aos interesses individuais. Agir moralmente é agir de forma a servir ao coletivo, à sociedade. E é desta ideia que se constrói o conceito de solidariedade em Durkheim.

Durkheim, em sua tese de doutorado *Da Divisão do Trabalho Social*, analisa, num estudo comparativo, dois tipos de sociedade: a pré-capitalista e a capitalista industrial. A pré-capitalista engloba os clãs e as tribos indígenas, onde existe uma relação de parentesco muito forte, uma relação consanguínea, o que resulta numa consciência coletiva igualmente forte, pois esses laços consanguíneos geram sentimentos e valores iguais. São todos parentes, inexistente o indivíduo. A este tipo de solidariedade Durkheim deu o nome de mecânica. Se alguém

praticar um delito ou um desvio nesse tipo de sociedade, é expulso, recebendo aquilo que Durkheim chama de direito repressivo, penal, que seria o símbolo visível da solidariedade mecânica.

Já as sociedades capitalistas industriais, com uma divisão social do trabalho mais desenvolvida em suas funções profissionais, são marcadas pela diferença; inexistente aquela relação de parentesco. Nessas sociedades, a consciência coletiva é mais branda.

Verificando um avanço nesse último tipo de sociedade no que se refere a uma solidariedade que se baseia nas diferenças, Durkheim pergunta como é possível a convivência social entre indivíduos tão diferentes em um mesmo espaço. Conclui que não somente é possível como, ademais, é superior à outra, pois se baseia nas funções profissionais próprias dessa divisão do trabalho mais complexa. Se alguém praticar um delito ou um desvio nesse tipo de sociedade, estará rompendo um contrato entre as partes, logo, pequenas penalidades serão aplicadas, surge o direito restitutivo em lugar somente do repressivo. Este tipo de solidariedade é a solidariedade orgânica. O direito restitutivo é o símbolo visível da solidariedade orgânica.

#### 4. Considerações Finais

A sociologia positivista de Comte e Durkheim, a primeira mais filosófica e a segunda mais instrumental, buscou explicar e apazigar a sociedade após as grandes transformações trazidas pelas revoluções Francesa e Industrial. Esses pensadores formularam ideias, teorias, justificativas e proposições que buscavam a manutenção da ordem, contrárias a novas insurgências. A sociologia positivista propõe o cerceamento das paixões, dos impulsos, em prol do convívio social.

Esses autores, que propuseram uma ciência social como se fosse uma ciência da natureza, com leis invariáveis e imutáveis, na verdade, deixaram transparecer o caráter político presente nessa corrente sociológica, ao mostrar dificuldade em lidar com as diferenças e o dissenso social. O Brasil sofreu forte influência política da sociologia positivista

<sup>2</sup> O Outro, com letra maiúscula, é utilizado por Heloísa Fernandes para expressar a sociedade.

desses autores tanto na política em geral como na educação institucionalizada.

Com Max Weber, do final do séc. XIX e início do XX, vai nascer uma sociologia compreensiva, que propõe a ciência social como uma ciência da cultura e não mais como

uma ciência da natureza. Essa sociologia tem pontos de afinidade e de afastamento do positivismo, porém, sua preocupação básica não será mais o controle, o consenso, a ordem, a harmonia ou a homogeneidade social.

## REFERÊNCIAS

---

- CHAUÍ, Marilena. Bruni - o sentido da docência formadora. **Tempo Social (Revista de Sociologia da USP)**, São Paulo, vol. 12, nº 2: 49-54. Universidade de São Paulo, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Departamento de Sociologia, novembro, 2000.
- COMTE, Auguste. **Curso de Filosofia Positiva**. In: Os Pensadores: Comte. São Paulo: Abril Cultural, 1978a.
- \_\_\_\_\_. **Discurso sobre o Espírito Positivo**. In: Os Pensadores: Comte. São Paulo: Abril Cultural, 1978b.
- \_\_\_\_\_. **Sociologia – conceitos gerais e surgimento**. In: MORAES FILHO, E. (org.). Série Grandes Cientistas Sociais. São Paulo: Ática, 1983.
- DURKHEIM, Émile. *As regras do método sociológico*. São Paulo: Martins Fontes. 2002.
- \_\_\_\_\_. **Educação e Sociologia**. Rio de Janeiro: Melhoramentos, 1955.
- \_\_\_\_\_. **O Suicídio: estudo de sociologia**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- FERNANDES, Heloísa R. *Sintoma social dominante e moralização infantil: um estudo sobre a educação moral em Émile Durkheim*. São Paulo: EDUSP/ESCUTA, 1994.
- \_\_\_\_\_. **Um século à espera de regras**. *Tempo Social (Revista de Sociologia da USP)*, São Paulo, vol. 8, nº 1: 71-83. Universidade de São Paulo, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Departamento de Sociologia, maio, 1996.
- FOUCAULT, **Ditos e Escritos I - Problematização do sujeito: psicologia, psiquiatria e psicanálise**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- GIANNOTTI, José A. **Comte: Vida e Obra** In: Os Pensadores: Comte. São Paulo: Abril Cultural, 1978.
- LEFORT, Claude. **As formas da história**. São Paulo: Brasiliense, 1990.

## RESUMO

Inferência do princípio da separação dos Poderes e a adoção de políticas públicas por parte do Judiciário. Ponderação sobre limites, responsabilidades e permissões constitucionais a essa atuação do Judiciário. Método de manutenção de interesses individuais e coletivos e de promoção de cidadania social. Além de acesso à Justiça mesmo sob a ótica difusa.

**Palavras-chave:** Políticas Públicas. Direito Constitucional. Controle Jurisdiccional. Princípio da Separação dos Poderes.

## ABSTRACT

Inference of the principle of separation of powers and the adoption of policies by the judiciary. Weighting about boundaries, responsibilities and permissions to that constitutional role of the Judiciary. Method of maintenance of individual and collective interests and the promotion of social citizenship. In addition to access to justice under the same optical diffuse.

**Keywords:** Public Policies. Constitutional Law. Jurisdictional Control. Principle of Separation of Powers.

\* Mestranda na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo na área de concentração Direito Constitucional. Graduada em Direito pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas. Pós graduada em Tutela dos Interesses Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos, com habilitação em Docência em Ensino Superior.

## 1. Introdução

Quando se trata do tema proposto para exposição, a primeira questão que parece surgir é acerca do entendimento do termo políticas públicas. A que e a quem se refere, o que abrange e como se trata a questão juridicamente.

Em seguida, como este tema relaciona-se com o princípio da separação dos Poderes, entendendo esse sistema funcional estatal desde sua concepção inicial aos dias atuais. E, ademais, se dá a possibilidade – ou não – ao Judiciário, no exercício de sua função, de determinar políticas públicas aos outros Poderes e, ainda, se esta atividade jurisdicional acabaria por ferir o princípio da separação dos Poderes. Para que se alcancem as possibilidades de resposta e argumentos que sustentam uma hipótese de solução à questão, faz-se a ponderação sobre algumas premissas e breves considerações sobre os argumentos que conduzem à negativa ou à permissão do ativismo judicial dentro do tema proposto.

Não se trata de esgotar o tema, mas de delinear alguns aspectos da incidência das ponderações propostas.

## 2. Delimitação do Termo Políticas Públicas

O Governo tem o dever de prestar ao cidadão, de maneira individual e de maneira coletiva, a atenção e preservação de seus direitos, especialmente os fundamentais como a saúde, a educação, a vida, a liberdade e a segurança pública. Nesse sentido, viabiliza essa sua função através, primordialmente, de atos do Executivo e da criação de leis, que se traduzem em instrumentos para, viabilizando aqueles direitos, criar e fomentar políticas públicas.

Com efeito, política pública pode ser entendida como meios ou instrumentos para concretizar a intervenção do Estado na sociedade, com o escopo de proporcionar a preservação e melhores condições de fruição dos direitos dos cidadãos. Dessa forma manifesta-se Eduardo Appio (APPIO, 2005)<sup>1</sup>:

As políticas públicas podem ser conceituadas [...] como instrumento de execução de problemas políticos baseados na intervenção estatal na sociedade com finalidade de assegurar igualdade de oportunidades aos cidadãos, tendo por escopo assegurar as condições materiais de uma existência digna a todos os cidadãos.

O escopo mencionado denota a necessidade de atuação e, ao mesmo tempo, a intenção do Estado de garantir mecanismos de acesso e igualdade social e que se traduzem em verdadeira meta-missão do Governo. Os fundamentos e o objetivo desses instrumentos deve se fulcrar substancialmente na Constituição Federal, estarem nela previstos, ainda que de maneira não específica, posto que são atos que se consecutem juridicamente. Há um planejamento estatal para a promoção dos ditos instrumentos sempre com vinculação inicial aos princípios da legalidade e da isonomia.

Todavia, curial apontar a esta altura, a diferença mencionada por Appio (APPIO, 2005)<sup>2</sup> da existência de duas espécies de políticas públicas: a social e a econômica. A primeira indica mais fortemente o sentido do conceito até então expandido, e a outra, a intervenção do Estado na economia privada.

Nessa tarefa de revelar os conceitos de políticas públicas e delinear os aspectos em que se aplicam tais conceitos no presente trabalho, não se pode olvidar de mencionar os estudos e produção doutrinária de Dworkin<sup>3</sup>, ao entender que a *policy* e seu adequado sentido concernem à atuação da Administração Pública no sentido de produzir objetivos sociais voltados ao bem-estar social, o que

<sup>2</sup> Idem.

<sup>3</sup> Dworkin estabelece em seus estudos uma rediscussão sobre o positivismo e reflete que as normas ficam muito adstritas ao campo das regras, quando, em verdade, reflete Dworkin, devem se basear em princípios. A diferença entre estes e as regras, pelo que se infere da leitura do pensamento do autor, é que elas são postas pelo Estado, são essencialmente positivadas, enquanto os princípios refletem anseios sociais, com igual importância e relevância à consecução da atividade da Administração Pública.

<sup>1</sup> APPIO, Eduardo. **Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2005.

denomina *welfare state*, para a busca de melhoria econômica, política ou social. A essa busca, faz-se necessária a justificação jurídica – entenda-se aqui a baseada nas regras postas ou nos princípios legais – para que existam, se concretizem e se tornem efetivas, constituindo-se metas no âmbito social que repercutirão no mundo jurídico.

Percebendo essas digressões, percebe-se a importância de dissecar o que o termo políticas públicas em sua acepção terminológica, mas contextualizada filosófica e juridicamente, apresenta como premissa. Política implica numa série de atividades, de atos, organizados e que consecutem para um fim, uma meta, um objetivo comum. Pública é aquela que é realizada pelo Estado ou pelo Terceiro Setor, em sua função essencial, sob alguma forma. Políticas públicas, nesse diapasão, constituem-se o conjunto de ações governamentais para a consecução de direitos individuais e sociais, socialmente relevantes, como meta de implementação e fomento pelo Estado.

O Estado, a Administração Pública, adota uma organização de divisão de funções entre seus Poderes, que serve para melhor organização, mas não para a cisão, utilizando-se para isso o termo autonomia, de cada um desses Poderes. Daí, não há que se falar em impossibilidade de prestação de políticas públicas por qualquer deles, da mesma forma que a implementação de políticas públicas, por um ou por outro, não pode ser discricionária. Entendendo melhor essa dinâmica organizacional estatal, segue o capítulo seguinte.

### 3. Justificação Normativa, Parâmetros e Diretrizes Iniciais à Implementação de Políticas Públicas

Ainda na busca de fixar o conceito de políticas públicas e de aplicá-lo adequadamente, traz-se sua contextualização formal normativa, no sentido de que tal busca deve estar pautada em preceitos legais - quais sejam, os destinados ao Estado -, aqueles constitucionalmente fixados, ainda que por determinações gerais. Neste passo faz-se prudente uma breve digressão da forma e

estrutura constitucional que direciona a tomada de atitudes pelo Estado.

Nesse diapasão, seguindo a construção de Vidal Serrano Nunes Junior (NUNES JUNIOR, 2009)<sup>4</sup> mencionam-se: normas programáticas; normas atributivas de Direitos Públicos Subjetivos; normas consagradas de garantias institucionais; cláusulas limitativas do poder econômico e normas projectivas.

Essas espécies mencionadas merecem breves apontamentos – e não uma conceituação ou esgotamento de seus conceitos ou funções - apenas para que se entendam aspectos convergentes e relevantes no que pertine à sua incidência no campo das políticas públicas tal qual como aqui proposto o delineamento do tema. Assim:

Relativamente às normas programáticas, relevante ponderar que não se pode confundir técnicas ou estratégias de direitos sociais com normas programáticas: estas são mais uma estratégia de positivação, de consagração, de direitos sociais.

No que tange à norma atributiva de direito público subjetivo autônomo, um *standard* mínimo incondicional, nas palavras de Vidal Serrano Nunes Junior (NUNES JUNIOR, 2009)<sup>5</sup>, em alguns momentos a Constituição Federal atribuiu a realização de políticas públicas autonomamente. Mesmo que o Estado não desenvolva uma política pública, o indivíduo tem o direito subjetivo autônomo de pedir a preservação de um direito social, a exemplo dos direitos à educação e à saúde, e isto é uma preservação elementar e independente de qualquer condição para sua existência e efetivação.

A seu turno, as normas consagradas de direitos institucionais não consagram propriamente um direito subjetivo, mas há uma norma de eficácia plena.

A menção às cláusulas limitativas do poder econômico é curial, posto que apontam-se como nascedouro dos direitos sociais. Ademais, vale mencionar que o Estado possui três formas fundamentais de intervenção na economia: [enquanto] (i) agente regulador; (ii) agente incentivador e (iii) agente econômico, por absorção ou por participação.

<sup>4</sup> NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **A Cidadania Social na Constituição de 1988**. São Paulo, Verbatim, 2009

<sup>5</sup> idem

Pertinentemente às normas cogentes projectivas, destaca-se que um instituto jurídico não é definido pelo dispositivo jurídico que o protege, mas pela tensão entre os diversos dispositivos na ordem jurídica que tratam do tema. Devem ser amoldadas ao perfil constitucional.

Destarte, para que, por qualquer das formas constitucionalmente previstas possa-se garantir a preservação dos direitos atinentes às políticas públicas princípios [também constitucionais] imprescindem de resguardo, enquanto, inclusive, informadores do Estado Social de Direito: princípio da eficiência, princípio da dignidade da pessoa humana, princípio da justiça social, princípio da proibição do retrocesso e princípio da isonomia. Estes citados princípios servem como patamares para qualquer consecução efetiva de política pública pelo Estado. Não se pode, jamais, imaginar que o Estado, ao implementar medidas para cumprir sua metafim social, crie uma norma em retrocesso a um direito fundamental ou social já consagrado ou afaste a preservação da dignidade do indivíduo, a justiça social e a consideração das diferenças entre as pessoas e grupos sociais para promover mecanismos diferentes e efetivos pertinentes a cada um deles, para promover – ou minimizar as diferenças com instrumentos práticos – a igualdade social, de maneira eficiente. Para tanto, faz-se necessário para que o Estado permita e efetive de maneira adequada, a observância a um patamar mínimo de preservação de tais direitos, baseado nos conceitos denominados de mínimo vital e de reserva do possível. Ambos fundamentam-se e justificam os princípios citados, numa interação, retroalimentação e diálogo, embora possam suscitar a existência de conflitos de direitos. A reserva do possível, inspirada no Direito Alemão, há de ser entendida na órbita do Direito Interno de acordo com o contexto social brasileiro<sup>6</sup>, com justificação na

<sup>6</sup> A decisão do Tribunal Constitucional Alemão sobre a reserva do possível tratou da possibilidade de reserva de vagas em faculdade, baseada no direito à escolha da profissão. No Brasil, todavia, o entendimento desse conceito de reserva do possível deve atender ao contexto social e jurídico brasileiro, e, portanto, deve ser aplicada para garantir aspectos mínimos vitais de existência, como condições básicas de existência digna (saneamento, alimentação, educação básica, saúde...)

Constituição Federal, que exige sua incidência sobre aspectos basilares de condições de vida e de desenvolvimento humano, como moradia, educação básica, saúde e aspectos correlatos indissociáveis e providenciais a estes.

Bem por isso, pode-se inferir que as políticas públicas servem, a um certo grau, para realizar os desígnios constitucionais e podem se diferir, segundo Appio (APPIO, 2005)<sup>7</sup>, na consecução de políticas de ordem social e políticas de ordem econômica - como brevemente se traçou nos comentários supra - de modo que esses aspectos apresentam a imprescindibilidade de preservação

#### 4. Organização Estatal e o Princípio da Separação dos Poderes

Ponto de partida para a abordagem desde tópico é a leitura e compreensão do artigo 2º da Constituição Federal.

Artigo 2º - São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Embora o Poder Estatal seja uno e indivisível, seu exercício é realizado de maneira tripartite (legislar, administrar e jurisdicionar), em uma independência organizacional. Esta atuação, por expressão constitucional, inclusive, deve se dar de maneira harmônica, ou seja, o Poder uno, deve ser assim entendido para a consecução de fins que o Estado de Direito busca. Fins estes que podem ser considerados, neste tema, as metas-fins sociais que se traduzem em políticas públicas.

Vale aqui ponderar sobre a questão da discricionariedade de decisões, especialmente a discricionariedade administrativa, no sentido de ser invocada pela Administração Pública como justificativa limitadora de sua atuação, no sentido de que ao Executivo caberia a valoração – o juízo discricionário – da opção de quais direitos sociais realizar, a que momento, em que ordem e de qual forma.

Todavia, em apego aos princípios supracitados, especialmente o da legalidade, a

<sup>7</sup> APPIO, Eduardo. **Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2005.

discretariedade só pode existir nos limites legais, para ser criada e para a Administração Pública cumprir seus escopos e, no caso das políticas públicas, alcançar sua meta-missão. Desse modo a discretariedade não se apresenta como uma opção de cumprir ou não as leis, mas como uma alternativa, baseada na razoabilidade, de se adotar um ou outro comportamento (Melo, Celso Antonio Bandeira de *apud* NUNES, 2009)<sup>8</sup>.

Ensina Vidal Serrano Nunes Junior<sup>9</sup>:

Confluem nessa direção diversos pontos atinentes ao examinado: Cuida-se, em primeiro lugar, de norma constitucional, o que, por si, faz com que os direitos indigitados precedam, no rol de possibilidades do administrador, quaisquer outros encampados por lei, o que deflui do próprio sentido de hierarquia das espécies normativas, própria de um ordenamento piramidal. Em segundo lugar, são direitos fundamentais, o que lhes dá precedência – pelo comando de máxima efetividade –, mesmo em relação a outros direitos constitucionais, que não desfrutem do mesmo *status* condicional.

São direitos inequivocamente insertos no âmbito do chamado mínimo existencial, o que, ainda uma vez, predica-lhes de precedência no rol de prioridades administrativas do Estado.

Estão hospedados em normas cuja compostura jurídica só deposita discretariedade nos motivos, o que conduz à conclusão de que ao administrador só remanesce margem discretária na conformação dos meios materiais para que o objetivo – atendimento integral da demanda – seja adequadamente lançado.

Nesse sentido, havendo ordem legal à implementação ou fomento de uma política pública, com a designação de uma norma programática ou a existência de um direito público subjetivo, a discretariedade não se opera quanto ao *animus* do cumprimento, mas,

tão somente, quanto à maneira de sua contemplação.

Por isso pode-se dizer que as políticas públicas são existentes mediante a ação do Estado e sua omissão merece atenção e reparo. Com efeito, se a Administração Pública tem o dever de cumprir metas-missões relativamente a direitos subjetivos públicos, sociais ou individuais, ou seja, tem o dever de agir. E, assim, se se organiza internamente com divisão de funções e tarefas em três Poderes, é não só razoável, mas imprescindível, que estes Poderes, todos, zelem pela manutenção do fim essencial do Estado, de governar e cumprir seus deveres legais, inclusive o de implementação de meios (políticas públicas) para a preservação dos direitos subjetivos públicos inafastáveis do indivíduo ou do grupo. Bem por isso, havendo omissão por parte de um dos Poderes, justifica-se – dentro dos parâmetros e princípios que ordenam a atividade do Estado – a intervenção de um Poder no outro.

Essa permissão baseia na tríade complementar da estrutura organizacional do Estado, fulcrada na divisão funcional dos Poderes, autônoma, mas não independente, formando um sistema em que um Poder há que observar o outro para consecuir o fim comum de todos. A isso dá-se o nome de sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*).

Há, em verdade, um sistema de controle e de atenção à Administração Pública como um todo, proporcionando a garantia de não omissão – ou ao menos a minoração desta – do Poder Público no exercício de suas funções.

Pondera Maurílio Maldonado<sup>10</sup>:

Destacado o conceito de controle de DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, proferido em profundo estudo, valemo-nos, também, da classificação idealizada pelo autor para a análise de exemplos de controle da Constituição do Brasil de 1988. Vejamos:

<sup>8</sup> NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **A Cidadania Social na Constituição de 1988**. São Paulo, Verbatim, 2009

<sup>9</sup> *idem*

<sup>10</sup> Maldonado, Maurílio. **Separação dos Poderes e Sistema de Freios e Contrapesos: Desenvolvimento no Estado Brasileiro**. Disponível em [http://www.al.sp.gov.br/web/instituto/sep\\_poderes.pdf](http://www.al.sp.gov.br/web/instituto/sep_poderes.pdf). Acesso em 12.12.2010.

'Sob o critério objetivo as funções de controle podem ser grupadas em quatro modalidades básicas: 1 – controle de cooperação; 2 – controle de consentimento; 3 – controle de fiscalização e 4 – controle de correção. (destacamos)

De acordo com esta classificação:

**1 – controle de cooperação:**

O controle de cooperação é o que se perfaz pela co-participação obrigatória de um Poder no exercício de função de outro.

Pela cooperação, o Poder interferente, aquele que desenvolve essa função que lhe é atípica, tem a possibilidade de intervir, de algum modo específico, no desempenho de uma função típica do Poder interferido, tanto com a finalidade de assegurar-lhe a legalidade quanto à legitimidade do resultado por ambos visado.

**2 – Controle de consentimento:**

O controle de consentimento é o que se realiza pelo desempenho de funções atributivas de eficácia ou de exequibilidade a atos de outro Poder.

Pelo consentimento, o Poder interferente, o que executa essa função que lhe é atípica, satisfaz a uma condição constitucional de eficácia ou de exequibilidade de ato do Poder interferido, aquiescendo ou não, no todo ou em parte, conforme o caso, com aquele ato, submetendo-o a um crivo de legitimidade e de legalidade.

**3 – Controle de fiscalização:**

O controle de fiscalização é o que se exerce pelo desempenho de funções de vigilância, exame e sindicância dos atos de um Poder por outro.

Pela fiscalização, o Poder interferente, o que desenvolve essa função atípica, tem a atribuição constitucional de acompanhar e de formar conhecimento da prática funcional do Poder interferido, com a finalidade de verificar a ocorrência de ilegalidade ou ilegitimidade em sua atuação.

**4 – Controle de correção:**

O controle de correção é o que se exerce pelo desempenho e funções atribuídas a um Poder de sustar ou desfazer atos praticados por um outro. Pela correção, realiza-se a

mais drástica das modalidades de controle, cometendo-se ao Poder interferente a competência constitucional de suspender a execução, ou de desfazer, atos do Poder interferido que venham a ser considerados viciados de legalidade ou de legitimidade.

Quanto a esta última modalidade de controle, é que há maior interferência no âmbito da implementação e fomento de políticas públicas, especialmente quando se fala na atuação do Judiciário nesse sentido.

O que se nota, ressalte-se, é a maturação do sistema de harmonia e funcionamento dos Poderes, por sua organização e designação funcional, com o escopo final que é uno ao Estado.

## 5. O Poder Judiciário e suas Funções pela Teoria da Separação dos Poderes

Montesquieu (MONTESQUIEU, 2000)<sup>11</sup> em um primeiro modelo de separação de Poderes em sua obra o *Espírito das Leis*, apresenta um modelo em que reforça sobremaneira o Executivo e o Legislativo – numa *correlação de forças* –, deixando a uma espécie de segundo nível de Poder o Judiciário.

Dentro dessa lógica, pressupõe-se a necessidade de coordenação e controle entre os Poderes, para coibir abuso de poder e garantir a liberdade e o exercício de direitos subjetivos públicos.

Essa teoria de Montesquieu foi sendo repensada e pode-se indicar que o marco de mudança do *status* do Poder Judiciário e sua importância e força no sistema de *checks and balances* fixou marco no sistema norte-americano, em 1803 quando o Juiz MARSHAL declarou sua *opinion*, no caso *Marbury x Madison*. Neste caso o Poder Judiciário tinha a determinação (ou meta-missão) constitucional de declarar a inconstitucionalidade e, pois, tornar nulos os atos do Congresso, quando - à sua exclusiva avaliação - referidas normas não estivessem

<sup>11</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Do Espírito das Leis*. São Paulo : Saraiva, 2000.

harmônicas à Constituição. O *judicial review*, então, passa a exercer função de controle ao abuso de poder e discricionariedade dos outros Poderes.

Os modelos mais modernos do sistema tripartite de Poderes contemplam ao Judiciário importante papel de guardião da Constituição e de integrante da estrutura funcional do Estado, a ponto de debater-se, com argumentos bastante fortes, a sua possibilidade de implementação [ou de determinação aos outros dois Poderes] de políticas públicas, sustentando um possível ativismo judicial e uma politização do Judiciário.

De um lado, pondera-se, como argumento (JESUS, 2005)<sup>12</sup>:

Por outro lado, é preciso ponderar que esse ativismo judicial deve ser visto com cautela. A Constituição Federal de 1988 prevê a existência dos Poderes da República tendo em vista a necessidade de especialização das funções a serem desempenhadas na complexa estrutura do Estado Brasileiro. Assim, é preciso ponderação para evitar que sejam usurpadas competências dos [sic] poderes executivo e legislativo.

E, diante dessa premissa, o Judiciário tornar-se-ia um super Poder, concentrando atividades suas, do Executivo e do Legislativo, maculando toda a lógica do sistema de freios e contrapesos e não consecutindo, pois, na ordem constitucional determinante.

Em outra vertente, sustenta-se a necessidade do efetivo controle – ativo – do Judiciário na determinação de políticas públicas ao Executivo e quiçá ao Legislativo para preservar o que a lei ordena ao Estado para preservar direitos sociais e individuais, assim como no direito à saúde e as inúmeras decisões judiciais que determinam ao Estado a aquisição de medicamentos específicos, que já deveriam estar à disposição dos cidadãos enfermos e que, por omissão do Poder

competente, não se deu<sup>13</sup>. Sob este aspecto vale colacionar ementa do AI 547. 863/RS:

DECISÃO: Agravo de instrumento de decisão que inadmitiu RE, a, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, assim ementado (f. 09): "CONSTITUCIONAL. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO.

FORNECIMENTO DE EQUIPAMENTO NECESSÁRIO À SOBREVIVÊNCIA DO CIDADÃO, QUE DEVE SER FORNECIDO PELOS ENTES PÚBLICOS. SENDO A RESPONSABILIDADE PREVISTA NO ARTIGO 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE QUALQUER DOS ENTES FEDERATIVOS, É O MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE LEGITIMADO PARA CUSTEAR O EQUIPAMENTO À AUTORA. A DENEGAÇÃO DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA E A IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO IMPORTARIAM PÔR EM RISCO O DIREITO À SAÚDE E À INTEGRIDADE FÍSICA DA AUTORA, DIREITOS MAiores QUE SE SOBREPÕEM A QUALQUER OUTRO. AÇÃO PROCEDENTE EM PRIMEIRO GRAU. APELO DESPROVIDO. SENTENÇA CONFIRMADA EM REEXAME NECESSÁRIO."

Alega-se, em suma, violação dos artigos 2º, 165, 196, e 198, da Constituição Federal. É inviável o RE. Não há violação dos artigos 2º, 196 e 198, da Constituição Federal, quando o Tribunal a quo, com base nos elementos fáticos provados nos autos, determina que o Poder Público forneça equipamento indispensável à manutenção da saúde da agravada, v.g., RE 271.286-AgR, 12.9.2000, 2ª T, Celso de Mello, DJ 24.11.2000: "O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQUÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO

<sup>12</sup> JESUS, Ricardo Antonio Rezende de. *Possibilidades de Limites do Controle Jurisdiccional de Políticas Públicas de efetivação do direito à saúde, à luz da Constituição de 1988*. Disponível em [www.ceag.unb.br/modulos/biblioteca\\_academica/force-download.php?file=38.pdf](http://www.ceag.unb.br/modulos/biblioteca_academica/force-download.php?file=38.pdf). Acesso em 12.12.2010.

<sup>13</sup> A exemplo da ADI 2010 em que o direito à saúde é indicado como um dever do Estado, que é obrigado então a garantir-la ao indivíduo (assim como a moradia, a educação, o lazer).

À VIDA. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar.

- O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. **O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento constitucional.**

A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL

INCONSEQÜENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado." Ademais, a falta de prévia dotação orçamentária não serve como justificativa para inviabilizar o direito do agravado à intervenção cirúrgica; "o direito à saúde, como está assegurado na Carta, não deve sofrer embaraços impostos por autoridades administrativas, no

sentido de reduzi-lo ou de dificultar o acesso a ele." (RREE 226.835, 14.12.1999, 1<sup>a</sup> T, Ilmar, DJ 10.03.2000; 207.970, 22.08.2000, 1<sup>a</sup> T, Moreira, DJ 15.09.2000; e 255.086, 11.09.2001, Ellen, 1a T, DJ 11.10.2001). Nego provimento ao agravado.

Brasília, 06 de junho de 2005.  
Ministro SEPÚLVEDA  
PERTENCE - Relator (AI 547863, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, julgado em 06/06/2005, publicado em DJ 17/06/2005 PP-00115)  
(grifou-se)

Doutrina e jurisprudência mais clássicas são partidárias da primeira corrente de pensamento, de que um Poder não poderia interferir na atuação do outro, ordenando ou recomendando alguma medida ativa, independentemente de seu objetivo coadunar-se com o fulcro máximo essencial do Estado como um todo único e indissociável, sob este aspecto.

Todavia, a evolução das relações sociais, do constitucionalismo e, via de consequência, do próprio Estado de Direito, que teve que se adequar-se, fazendo com surgissem entendimentos divergentes, como o acima entendido, entendendo que administração e divisão organizacional não podem ser justificativa ou escusa para a atuação do Estado em suas funções precípuas, dentre estas a de manutenção e implementação efetiva de medidas a promover e salvaguardar os mencionados direitos subjetivos públicos. Nesse sentido, relevante o julgamento da ADPF nº 45 MC/DF, que em decisão monocrática do Ministro Celso de Mello assim indicou o posicionamento do E. Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE

GOVERNAMENTAL.  
DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBITRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR.  
CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA “RESERVA DO POSSÍVEL”. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO “MÍNIMO EXISTENCIAL”. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÚIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO).  
[...] (ADPF 45 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 29/04/2004, publicado em DJ 04/05/2004 PP-00012 RTJ VOL-00200-01 PP-00191)

A decisão do E. Supremo Tribunal Federal fixou alicerces:

Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Cabe assinalar, presente esse contexto – consoante já proclamou esta Suprema Corte – que o caráter programático das regras inscritas

no texto da Carta Política ‘não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado’ (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

A partir desse momento, o Judiciário reconheceu-se mais ativo e participativo, interagindo na formulação e implementação de políticas públicas, em que pese a ainda existência de posicionamento divergente, fulcrada, principalmente, na mácula ao princípio da separação de Poderes.

Todavia, como se pode depreender do modelo de freios e contrapesos, sua incidência visa a garantir a própria finalidade do Estado e a preservação de direitos subjetivos públicos, como justificativa da interferência nessa atuação do Judiciário na [falta de] implementação de políticas públicas pelos órgãos de normatização e regulação de condutas e pelos órgãos executivos de administração pública. Todavia, não parece lograr êxito a invocação de uma espécie de liberdade ou autonomia de cada um dos três Poderes – no sentido de discricionariedade – tendo em vista que a letra mesmo do artigo 2º determina a co-existência harmônica entre eles, que pode ser traduzida no sistema de *checks and balances* que se pressupõe – ou se elementariza – existir, exercendo o que Montesquieu denomina no Espírito das Leis, como correlação de forças necessária entre os Poderes do Estado.

Diante disso, vê-se que o Judiciário tem-se libertado mais – e encontra fundamento para tanto – nessa sua função de coordenação com as outras esferas organizacionais de um Poder uno e indivisível enquanto Estado de Direito, e tem, pois, prolatado decisões determinando ao Executivo, v.g., que haja como agente regulador e fiscalizador, para

preservar interesses sociais em verdadeira atuação de política pública<sup>14</sup>.

## 6. Conclusão

O Estado tem seus deveres de prestar aos cidadãos sob sua égide a preservação de direitos fundamentais e de direitos sociais. Para a consecução de tal fim, o Estado tem que, mediante justificativa legal, promover meios para que os cidadãos tenham, em condições de igualdade, a possibilidade de ter garantido e de usufruir de mecanismos que lhes garantam a preservação de direitos subjetivos públicos, fundamentais, individuais e/ou sociais, como a saúde, por exemplo.

Sob o ponto de vista prático, as medidas adotadas pelo Estado, especialmente pelo Executivo e pelo Legislativo nesse sentido, devem consecutir para essa meta-fim social ou meta-missão num conjunto ordenado [e legalizado] e atos.

<sup>14</sup> Nesse sentido duas decisões na Justiça Federal da Terceira Região. Uma, no processo nº 2009.61.00.010245-7., determinando à ANS – Agência Nacional de Saúde que editasse e publicasse uma norma específica de portabilidade para os consumidores conveniados da AVIMED (uma operadora de plano de saúde), que fechou as portas repentinamente (ao menos aos olhos do consumidor). Neste caso, não poderia o consumidor cativo de anos de contrato ver-se lançado novamente no mercado, sem o mínimo de garantias e expectativas existentes (podendo-se até chamar de direito adquirido pessoal quanto às prerrogativas obtidas com a progressão e decurso do contrato). E, no processo nº 2006.61.00.028224-0, com uma decisão liminar que concedida para que a ANAC – Agência Nacional de Aviação Civil - elaborasse minuta de resolução dispendo sobre assistência informativa e material ao consumidor em caso de atrasos e cancelamentos de voos, com previsão de sanções para seu descumprimento. Em ambos os casos, a questão dos direitos subjetivos envolvida extrapola o indivíduo, torna-se uniforme para uma série de indivíduos, coletiva para grupos unidos por relações jurídicas comuns e difusas por conta do dano [ou potencial de dano] a que toda a sociedade se submete com as práticas legalmente condenadas. O Estado, então, por se tratar de direito de terceira geração, transindividuais, de interesse social, de ordem pública e constitucionalmente fixados de maneira abstrata como direitos subjetivos públicos, não pode se furtar de intervir para regular e reequilibrar tais situações nos mundos fático e jurídico. Aliás, neste caso a obrigatoriedade de intervenção do Estado é um princípio máximo e não uma execução meramente volitiva.

A meta-fim pode ser entendida como a melhoria de condições de vida aos cidadãos, implementada por instrumentos governamentais.

Para a consecução de seus fins governamentais, a Administração Pública organiza-se em um sistema funcional de separação dos Poderes, na qual cada Poder do Estado [Executivo, Legislativo e Judiciário] tem funções bem delineadas, tem independência para agir dentro dos parâmetros constitucional e legalmente postos, mas que consecutem, unas, para as finalidades Estatais e, dentre elas, a implementação e desenvolvimento de políticas públicas para a preservação de direitos subjetivos públicos de interesse público e ordem social.

Nesse sentido, a ação estatal precisa ser garantida e os Poderes devem exercer controle mútuo com essa finalidade.

Pois bem. A questão mais polêmica surge no papel que o Judiciário adota nesse sistema de controle – de freios e contrapesos – e como, pois, pode atuar – se é que pode – e dentro de quais limites.

A definição do papel do Poder Judiciário na efetivação de políticas públicas é controversa. Há os que ponderam pela impossibilidade, evocando o princípio da separação dos Poderes. Outros sustentam a possibilidade de atuação do Judiciário, com boas justificativas jurídicas.

Remontando à tese de Montesquieu, a primeira tese se sustentaria também pelo argumento de que o papel do Judiciário é subsidiário o que, todavia, opina-se, é realidade descompassada e se encontra ultrapassada. Nota-se que o Judiciário ganha contornos bastante expressivos - haja vista, inclusive, a autonomia administrativa e financeira dotada ao Judiciário constitucionalmente (cite-se artigos 96 e 99 da Constituição Federal) -, enquanto integrante do Poder uno que é, para a implementação de políticas públicas. Decisões têm sido proferidas e colocadas em prática o que por omissão o Legislativo ou o Executivo não implementaram. E tais decisões justificam-se constitucionais e legais na Corte Suprema do País. Nesse sentido o AgRgRE nº 4369996-SP, de relatoria do Ministro Celso de Mello, v.u., DJU 03.022006 e, de suma relevância e

importância, a ADPF nº 45, que determinou a competência do Judiciário para tratar da preservação do mínimo existencial, quando os outros Poderes não o fazem, pois não é lícito ao Poder Público manipular os aspectos político e administrativo, para criar uma situação e fraudar a não aplicação de políticas públicas.

Portanto, como se vê, há justificativa basilar constitucional para que haja permissão

ao Judiciário no auxílio e determinação de implementação de políticas públicas, integrante de um Poder uno de Estado e participante de um modelo funcionamento harmônico entre as estruturas desse mesmo Poder, que se baseia em um sistema de *checks and balances* e de harmonia dos Poderes para o pleno funcionamento do Estado no cumprimento de sua meta-missão.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- APPIO, Eduardo. **Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2005.
- ARRUDA JUNIOR, Tércio Sampaio Ferraz. **Introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo: Atlas, 2003.
- BASTOS, Celso. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo : Saraiva, 2000.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em <<http://www.presidencia.gov.br/>>. Acesso em 12.12.2010.
- BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 12.12.2010.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. **As políticas públicas e o Direito Administrativo**. Revista Trimestral de Direito Público, n. 13, São Paulo: Malheiros, 1996.
- DALARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 2ª Ed. Saraiva: São Paulo, 1998.
- DIAS, Jean Carlos. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Método, 2007.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FERNANDES MARTINS DA COSTA, Paula Bajer. **Sobre a Importância do Poder Judiciário na Configuração do Sistema da Separação dos Poderes instaurado no Brasil após a Constituição de 1988**. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional, Ano 8, janeiro-março 2000, nº 30. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000.
- GOMES CANOTILHO, José Joaquim. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra : Almedina, 1999.
- HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.
- JESUS, Ricardo Antonio Rezende de. **Possibilidades de Limites do Controle Jurisdicional de Políticas Públicas de efetivação do direito à saúde, à luz da Constituição de 1988**. Disponível em [www.ceag.unb.br/modulos/biblioteca\\_academica/force-download.php?file=38.pdf](http://www.ceag.unb.br/modulos/biblioteca_academica/force-download.php?file=38.pdf). Acesso em 12.12.2010.
- LUHMANN, Niklas (Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser). **Introdução à Teoria dos Sistemas**. Vozes: Petrópolis, RJ, 2ª edição, 2010
- MALDONADO, Maurílio. **Separação dos Poderes e Sistema de Freios e Contrapesos: Desenvolvimento no Estado Brasileiro**. Disponível em [http://www.al.sp.gov.br/web/instituto/sep\\_poderes.pdf](http://www.al.sp.gov.br/web/instituto/sep_poderes.pdf). Acesso em 12.12.2010.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2000.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do Espírito das Leis**. São Paulo : Saraiva, 2000.
- NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosamaria Andrade. **Comentários à Constituição Federal**. São Paulo: RT, 2009.
- NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **A Cidadania Social na Constituição de 1988**. São Paulo, Verbatim, 2009.
- PIÇARRA, Nuno. **A Separação dos Poderes como doutrina e Princípio Constitucional – Um contributo para o estudo das suas origens e evolução**. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.
- RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**. São Paulo, 2010.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2010.

## RESUMO

No presente trabalho discorre-se sobre a teoria geral das provas e as provas em espécie no processo civil brasileiro.

## ABSTRACT

The present essay concerns to the general principles of discovery and the discovery devices in the Brazilian civil procedure.

**Palavras-chave:** Processo Civil. Provas. Teoria Geral. Espécies.

**Keywords:** Civil Procedure. Discovery. General Principles. Devices.

\* Pós-Doutorado em Direito pela Harvard Law School. Doutor, Mestre e Especialista em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Professor de graduação e pós-graduação em direito processual civil das Faculdades Metropolitanas Unidas. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual, da American Society of International Law, da Associação dos Advogados de São Paulo e da Harvard University e Harvard Law School Associations do Brasil. Advogado e Consultor Jurídico.

## 1. Introdução

O tema da prova é certamente um dos mais importantes do processo. É da prova dos fatos que resulta a solução do conflito de interesses. Excepcionalmente, o CPC determina a realização da prova do direito objetivo. E, na grande maioria das demandas, o julgamento da causa não se resumirá à resolução de questões de direito, mas de questões de fato.

## 2. Conceito de Prova

Prova é todo elemento que pode levar o conhecimento de um fato a alguém.<sup>1</sup> A realização da prova, no processo civil, tem por finalidade o convencimento do juiz, de modo que este é o seu destinatário. Com a prova pretende-se convencer da verdade dos fatos em que se lastreiam as partes para justificar seus argumentos. A busca da verdade real é um ideário, inclusive no processo civil. Este cede espaço no momento do julgamento à verdade posta em juízo, por força do postulado do *non liquet* do nosso sistema. A certeza absoluta muitas vezes é inviável até pela carga de subjetividade de que se compõe todo pronunciamento judicial.

## 3. Classificação da Prova

Existem vários critérios de classificação da prova, sendo que os mais usuais levam em consideração o seu objeto, o seu sujeito, a sua forma e o seu momento de preparação.<sup>2</sup> Considerando o seu objeto, divide-se a prova em *direta* e *indireta*. É *direta* quando visa provar diretamente o fato probando; há uma relação imediata entre a prova e o fato. São exemplos, o recibo de pagamento, o instrumento particular de confissão de dívida etc. A prova é *indireta* quando se demonstram fatos secundários que permitem extrair a

convicção da existência do fato probando, por meio de induções ou raciocínios. Exemplo: prova do arrombamento da porta para demonstrar a invasão do imóvel. Quanto ao sujeito, as provas podem ser: a) *pessoal* – obtida por intermédio de uma manifestação pessoal de alguém, como ocorre nos depoimentos das partes e oitivas de testemunhas; e, b) *real* – que resulta da análise de objetos ou coisas. Quanto à sua forma, as provas são *orais* (testemunhos e depoimentos) ou *escritas* (documentos e perícias). No tocante à sua preparação podem ser casuais ou simples e pré-constituídas. As primeiras são aquelas produzidas no curso do processo, enquanto do segundo grupo são as provas preparadas preventivamente tendo em vista futura demanda.

## 4. Objeto da Prova

São objeto da prova os fatos que embasam o pedido formulado pelo demandante e a exceção apresentada pelo demandado. Entretanto, não são todos e quaisquer fatos, mas somente aqueles fatos *pertinentes*, *controvertidos* e *relevantes*. Fato pertinente é aquele que tem relação direta ou indireta com a causa (ex.: num acidente de trânsito, é pertinente o fato relativo à extensão do dano).<sup>3</sup> São os fatos que suscitam o interesse da parte em demonstrá-los, ao contrário dos impertinentes que não têm relação direta ou indireta com a causa.<sup>4</sup> Os fatos objeto da prova devem ser relevantes, isto é, são aqueles que têm influência na decisão a ser proferida (ex.: violação de dever matrimonial em ação de separação judicial). Além de relevante e pertinente, o fato deve ser controverso, ou seja, corresponde a afirmação feita por uma parte e refutada pela parte contrária.

### 4.1. Fatos notórios, incontrovertidos e presunções legais

O CPC, em seu art. 334, é expresso em preceituar que não dependem de prova os fatos

<sup>1</sup> Vicente Greco Filho, *Direito Processual Civil Brasileiro*, 2º v, p. 182

<sup>2</sup> Moacyr Amaral Santos, *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, 2º v, p. 339/341; Vicente Greco Filho, ob. cit., p. 182; Marcus Vinicius Rios Gonçalves, *Novo Curso de Direito Processual Civil*, v. 1, p. 419/420; Marcelo Abelha Rodrigues, *Elementos de Direito Processual Civil*, v. 1, pp. 329/330.

<sup>3</sup> João Batista Lopes, *A prova no direito processual civil*, pp. 32/3.

<sup>4</sup> Vicente Greco Filho, ob. cit., 2º v, p. 182.

afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária (inciso II) e os admitidos no processo como *incontroversos* (inciso III). Em ambos os casos, não há controvérsia sobre os fatos porque alegados por uma parte e confessados pela outra, revelando a confissão, como definida no art. 348, 1<sup>a</sup> parte, do CPC.

A confissão pode ser *judicial* ou *extrajudicial* (art. 348, do CPC), *provocada* ou *espontânea* (art. 349, do CPC). Somente deixará de produzir efeitos quando a lei expressamente o vedar (art. 351, do CPC) ou quando se tratar de ato *ad solemnitatem*, havendo forma especial prevista na lei para sua existência e cuja prova somente se faz mediante a forma legalmente estatuída (ex.: art. 366, do CPC, para atos que exigem instrumento público como substância do ato, somente este serve de meio de prova).<sup>5</sup>

São *incontroversos* os fatos aceitos pela parte, expressa ou tacitamente, neste último caso surgindo a confissão ficta (arts. 302 e 319 do CPC). O art. 334, I, do CPC, dispensa ainda de prova, os fatos *notórios*. O conceito é em certa medida impreciso entre os doutos, todavia, podendo ser caracterizado como o fato de conhecimento geral pelo grupo social onde ele acontece, no tempo e lugar onde o processo está em curso. Moacyr Amaral Santos destaca que mesmo que o juiz não tenha conhecimento do fato, mas por ser ele notório, terá meios de conhecê-lo sem necessidade de prova, dando como exemplo a época da colheita de café no estado de São Paulo. Basta consultar qualquer sujeito do ramo cafeeiro para obter tal dado. Ainda, tratar-se de fato notório aquele fato que, apesar de não ser contemporâneo, é de conhecimento generalizado da sociedade ou do estrato social em que se inserem as partes; ex.: data da Independência do Brasil.<sup>6</sup> Última regra de dispensa de prova diz respeito aos fatos em cujo favor milita presunção legal de existência e veracidade (art. 334, IV, do CPC). A lei em certas hipóteses estabelece uma presunção de existência e veracidade do fato, de modo que a parte que pretende demonstrá-lo está

<sup>5</sup> Sobre a divergência relativa a prova do contrato de seguro, Nelson Rodrigues Netto, comentários ao art. 758, do CC, in, *Comentários ao Código Civil Brasileiro*, v. VII, pp. 181/7.

<sup>6</sup> Ob. cit., 2º v., p. 344.

legalmente dispensada de fazê-lo. A presunção legal pode ser relativa, admitindo prova em contrário (presunção *iuris tantum*), ou absoluta, a qual não se pode infirmar (presunção *iuris et de iure*).

## 4.2. Prova do direito

Em princípio não faz sentido a prova do direito, uma vez que incide o brocardo *iura novit curia*, competindo ao juiz, com base nos fatos jurídicos apresentados pelo demandante, dar-lhe o devido enquadramento jurídico, aplicando a lei aos fatos. O órgão jurisdicional está sempre adstrito aos fatos, contudo, devendo emprestar-lhes o correto substrato jurídico, a despeito das alegações do demandante. Assim, se dos fatos relatados pelo autor, surge que a relação jurídica litigiosa é de compra e venda e não de locação, o juiz deverá resolver o litígio segundo as regras pertinentes à compra e venda. O que é *expressamente vedado* ao magistrado é pretender alterar os fatos jurídicos, como foram postos em juízo pelas partes. A despeito disso, excepcionalmente, o *direito* pode ser objeto de prova (art. 337, do CPC). A parte que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, em sendo exigido pelo juiz, deverá *provar seu teor e sua vigência*. A prova da *existência* do direito nacional é mais fácil, tanto por certidões de repartições públicas municipais ou estaduais, ou exemplares dos periódicos onde foram publicadas. O direito estrangeiro deverá ser provado por meio de certidões de órgãos diplomáticos, compêndios autorizados etc. O direito costumeiro poderá ser provado por qualquer meio em direito admitido.<sup>7</sup> Parecemos correta a assertiva de que é impossível, ou ao menos muito difícil, a prova da *vigência* da norma, sendo possível apenas tentar se obter certidões de que não há revogação expressa. Entretanto, uma lei pode ser revogada tacitamente, o que exigiria o amplo conhecimento por parte do juiz, o que contraria o teor na norma em comento.<sup>8</sup> Deve ser enfatizado que a norma não faz referência

<sup>7</sup> Greco, ob. cit., 2º v., p. 182.

<sup>8</sup> Amaral Santos sugere o uso de pareceres de jurisconsultos versados no tema a justificar a vigência da lei, ob. cit., p. 348.

ao *direito federal*, o qual deve ser de conhecimento do magistrado.

## 5. Meios de Prova

Segundo Vicente Greco Filho, os meios de prova “são os instrumentos pessoais ou materiais trazidos ao processo para revelar ao juiz a verdade de um fato”.<sup>9</sup> No processo civil não há um rol taxativo admitindo-se qualquer meio de prova, desde que moralmente legítimos, além daqueles especificados na lei, *ex vi* do art. 332, do CPC. Assim, é possível haver uso de prova emprestada, reconhecimento de pessoas ou coisas; ou até derivadas de condutas extraprocessuais, como exemplo, entrevistas concedidas à imprensa.<sup>10</sup>

### 5.1. Provas ilícitas

Primeiramente, é possível distinguir a ilicitude da prova quanto ao *modo como ela foi obtida* e quanto ao *meio* (imoral, ilegal) de sua apresentação em juízo. A interpretação literal da Constituição Federal conduz a que todo e qualquer modo ou meio de prova ilícita é proibido no processo, haja visto o disposto em seu art. 5º, inciso LVI. No tocante à imoralidade da produção da prova, é inquestionável que tal prova deve ser reputada ilícita. Em princípio, a prova obtida de modo ilícito é de ser proibida. Neste ponto, a autorização judicial de interceptação telefônica é lícita, uma vez que expressamente autorizada pela Constituição Federal (art. 5º, II, e regulamentada para o processo penal pela Lei nº 9.279, de 24.07.1996). A gravação telefônica por qualquer dos partícipes, igualmente, tem sido reconhecida por legítima; não há, na hipótese, interceptação, pois a gravação é de conversa de ambos os interlocutores.

O uso da prova ilícita não deve ser aplicado sem temperamentos, devendo ceder espaço, em situações concretas, quando colidir com algum princípio constitucional, que no caso concreto deva ser protegido. Por exemplo, com relação ao princípio da

dignidade da pessoa humana. A solução do conflito entre direitos fundamentais deve ser solucionada pelos princípios da necessidade, da menor restrição possível, da salvaguarda do núcleo essencial.<sup>11</sup> Há precedentes do Supremo Tribunal Federal que adotaram a ‘teoria dos frutos da árvore contaminada’ para impedir os meios de prova realizados a partir de provas obtidas ilicitamente. O excesso estaria, como apontado por Cândido Rangel Dinamarco, na impossibilidade de oitiva de testemunhas, cujos nomes foram obtidos a partir de interceptação telefônica ilícita, por exemplo.<sup>12</sup>

## 6. Ônus da Prova

Designa-se de ônus processual o ato destinado à *própria satisfação* da parte, podendo vir a proporcionar-lhe um benefício, sem que, em regra, a sua omissão venha a gerar-lhe uma sanção. De outra sorte, o dever processual visa a satisfação alheia, e seu descumprimento provoca a aplicação de uma *sanção*, por exemplo, a violação do dever de lealdade processual acarreta a responsabilidade por perdas e danos (arts. 16 e 18, do CPC).<sup>13</sup> O ônus de provar deriva do ônus da alegação dos fatos que constituem o pedido e a defesa, pois somente os fatos invocados é que poderão ser objeto de prova, daí resultando o princípio dispositivo consagrado no art. 262, 1ª parte, do CPC.

### 6.1. Ônus subjetivo e ônus objetivo

Por muito tempo o ônus da prova foi considerado somente sob o aspecto subjetivo, no sentido de determinar a qual dos sujeitos do processo incumbia fazer prova. Igualmente, a afirmação de que incumbe à parte que alega um fato fazer sua prova, que por muito perdurou, não corresponde aos anseios de justiça de um processo civil moderno. Estes ideários provinham de uma *concepção liberal de igualdade formal*, no qual a intervenção

<sup>9</sup> Ob. cit., 2º v., p. 183.

<sup>10</sup> Marcus Vinicius Rios Gonçalves, ob. cit., v. 1, p. 437/8.

<sup>11</sup> Neste particular, consultar, Nelson Rodrigues Netto, *Tutela jurisdicional específica: mandamental e executiva 'lato sensu'*, p. 160.

<sup>12</sup> *Instituições de direito processual*, v. 3, pp. 50/1.

<sup>13</sup> Sobre o tema, consultar Nelson Rodrigues Netto, *Recursos no Processo Civil*, p. 16.

estatal deveria ser nenhuma ou mínima. De qualquer forma, o ônus subjetivo reflete a repartição dos *onus probandi* prevista legalmente, o que permite que as partes saibam antes da solução do litígio que o reconhecimento em juízo de suas alegações estará, em princípio, dependente de que bem se desincumbam em prová-las. Propositadamente afirmamos ‘em princípio’, pois o ônus da prova é, atualmente, enfrentado sob seu aspecto objetivo, segundo o qual as normas sobre a produção de provas não seriam destinadas às partes, e sim ao juiz para orientá-lo em seu julgamento.

O ônus objetivo é voltado ao juiz para que ele possa considerar o material probatório, atribuindo-lhe valor no sentido de ter havido, ou não, a prova dos fatos alegados. Ao apreciar as provas produzidas, ao magistrado não interessa saber quem as produziu, apenas deve apreciá-las para proferir seu julgamento.

Deste modo, deve-se entender *ônus subjetivo* no sentido de que a lei não determina que a parte produza provas, mas estabelece que a *omissão em provar os fatos alegados implica no risco de ter a lide decidida em seu desfavor*. Assim, o ônus da prova não é exclusivamente um ônus subjetivo, no sentido de regra de procedimento determinadora da produção da prova, mas antes, ônus objetivo, *regra de julgamento, de juízo*, devendo o juiz proferir sentença contra quem tinha o ônus de produzir prova e dela não se desincumbiu. Nelson e Rosa Nery, lastreados em Echandia (*Teoria General de la Prueba Judicial*), afirmam: “O sistema não determina quem deve fazer a prova, mas sim quem assume o risco caso não se produza”.<sup>14</sup>

O uso da expressão *ônus objetivo* é correntia, mas incorreta, pois ao juiz não se lhe imputam ônus, de sorte que melhor é tratá-lo como o *princípio da comunhão da prova ou da aquisição processual da prova*.

## 6.2. Distribuição do ônus da prova

O art. 333, do CPC, dispõe que incumbe ao autor a prova do fato constitutivo de seu direito. Os fatos constitutivos são aqueles que provados levam à consequência jurídica

<sup>14</sup> *Comentários ao CPC*, 4<sup>a</sup> ed., p. 835.

pretendida pelo autor e prevista na lei. A relevância de um dado fato é dada pelo direito material. A despeito da existência do fato constitutivo do direito do demandante, o demandado pode *obstaculizar as consequências jurídicas pretendidas* opondo àquele fato, outro fato: impeditivo, modificativo ou extintivo. Daí, a doutrina denominá-los de *exceções substanciais indiretas*.

Como vimos, o ônus da prova deve ser empregado como regra de julgamento visando a não incidir na violação do *princípio da indeclinabilidade da jurisdição*, pelo qual o juiz não poderá deixar de decidir o litígio a ele submetido, seja por lacuna ou obscuridade da lei, seja por falta de provas. A consagração da proibição do *non liquet* no processo civil está incorporada no art. 126, 1<sup>a</sup> parte do CPC. Os mecanismos de integração do ordenamento em face da lacuna ou obscuridade da lei estão na 2<sup>a</sup> parte, do art. 126, do CPC. O *non liquet* por ausência de prova deve estar expressamente autorizado na lei, casos em que haverá a formação da coisa julgada *secundum eventum probationis*.<sup>15</sup>

*Provado que esteja o fato*, pouco importa quem tenha produzido a respectiva prova; por força do princípio da aquisição processual, o juiz o valorará e proferirá o julgamento (art. 131, do CPC), *não precisando se valer da norma do art. 333, do CPC*. João Batista Lopes aponta que a referida norma não é bastante para solução de diversos problemas, tais como, a ausência simultânea de prova do fato constitutivo do autor e do fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor apresentado pelo réu.<sup>16</sup> Parece-nos que em tais hipóteses, é válido o raciocínio de Vicente Greco Filho quanto à dúvida do juiz sobre a prova (a demonstração da existência) do fato constitutivo do direito do demandante, quando deverá julgar não provado o fato, por consequência, rejeitando o pedido.<sup>17</sup>

### 6.2.1. Inversão do ônus da prova no CPC

<sup>15</sup> Por exemplo: art. 18, da Lei nº 4.717/65 (Ação Popular); art. 16, da Lei nº 7.347/85 (Ação Civil Pública); e, art. 103, I e II, da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor).

<sup>16</sup> Ob. cit., p. 44.

<sup>17</sup> Ob. cit., 2º v., p. 189.

O CPC admite a inversão do ônus da prova, estabelecida convencionalmente entre as partes (art. 332, p. único, I e II). O modal deôntico é o proibido, de sorte que, as partes poderão alterar a regra do ônus da prova, desde que não incidam na proibição do parágrafo único. É lícita a convenção sobre ônus da prova, desde que o litígio não seja relativo a direito indisponível ou que torne excessivamente difícil à uma parte o exercício do seu direito, de ação ou de exceção, conforme o caso. Em princípio, por se tratar de regra de julgamento, o ônus da prova deve ser aplicado pelo juiz no momento do julgamento, quando houver lacuna na produção de prova, proferindo a decisão em desfavor da parte que deixou de cumprir com o ônus de demonstrar suas alegações. A inversão do ônus da prova, realizada *convencionalmente* pelas partes deve obrigatoriamente anteceder a fase instrutória, sob pena de não poder ter eficácia. O *limite temporal máximo* é a fase de saneamento, propriamente, no momento anterior à prolação do *despacho saneador*, independentemente da realização da audiência preliminar (art. 331, *caput* cc §3º, do CPC). Isto porque é com o saneamento do feito que o juiz deverá fixar os pontos controvertidos, determinar as provas a serem produzidas e designar audiência de instrução e julgamento para as provas orais (art. 331, §2º, do CPC).

## 7. Indícios, Máximas de Experiência e Presunções

Desde logo, devemos apontar que o CPC *não dispõe expressamente sobre os indícios*, contendo apenas regra explícita sobre as máximas de experiência e sua utilização pelo juiz e as presunções legais. Ao classificarmos a prova, distinguimos a prova direta da prova indireta, considerando o seu objeto. Afirmamos que nem sempre o fato principal (constitutivo, impeditivo, modificativo, extintivo) está sujeito a prova direta. Desse modo, faz-se necessária a prova indireta para demonstração de fatos secundários que permitam extrair a convicção da existência do fato probando, por meio de induções ou raciocínios. Da prova de fatos circunstanciais

(indícios) se infere a existência e o modo de ser do fato principal.<sup>18</sup>

Rigorosamente, os indícios, as presunções e as máximas de experiência não são propriamente meios de prova, antes, *são formas de raciocínio do juiz para solução do litígio*. Os indícios são circunstâncias de fato das quais o juiz extrai a convicção do fato principal. São sinais, vestígios ou circunstâncias que isoladamente não demonstram a verdade do fato probando, a qual é atingida pela análise e raciocínio do juiz.<sup>19</sup>

Às vezes esse modo de raciocinar é estabelecido pela própria lei que determina ao juiz que deva assumi-lo e proferir sua decisão atendendo-o, como ocorre com as *presunções legais*. Greco esclarece que se o salto mental entre a prova do indício e a convicção do fato principal resultar de norma legal há a presunção legal.<sup>20</sup> As *presunções legais* dividem-se em *absolutas (iuris et de iure)*, que não admitem prova em contrário, como por exemplo a fraude de execução (art. 593, do CPC), e *relativas (iuris tantum)*, que podem ser infirmadas por meio de prova, nos casos de responsabilidade civil, onde há presunção de culpa do agente (ex.: art. 936, do CC). Não havendo presunção legal, poderá surgir a *presunção simples (hominis)* extraída do que ordinariamente (*id quod plerumque accidit*) acontece num dado grupo social, em determinadas situações. São as máximas ou regras de experiência, consoante previsão do art. 335, do CPC. As máximas de experiência podem decorrer do *conhecimento comum* (ex.: em dias de chuva o espaço de frenagem é maior) ou de *conhecimento técnico* (ex.: a água entra em ebulição, ao nível do mar, a 100º Celsius), de alguma ciência, ofício ou arte, mas com relação a esta, a lei ressalva a possibilidade da realização de prova, o exame pericial.

A regra de experiência não se confunde com o fato notório; este é dispensado de ser provado, por força de disposição legal expressa (art. 332, I, do CPC), enquanto que aquela é utilizada como meio de raciocínio do

<sup>18</sup> Greco, ob. cit., 2º v., p. 193.

<sup>19</sup> Marcelo Abelha Rodrigues, ob. cit., v. 1, pp. 327/9; João Batista Lopes, ob. cit., pp. 66/7.

<sup>20</sup> Ob. cit., 2º v., p. 193.

juiz para de um fato alcançar outro (o fato probando). O Código Civil, em seu art. 230, vedou a aplicação da presunção simples, nos casos em que a lei não admite prova testemunhal para solução do litígio (ex.: art. 366, do CPC). As regras de experiência não estão nos planos dos fatos, portanto, não estão sujeitas ao ônus da prova, devendo o juiz aplicá-las de ofício.<sup>21</sup> Apesar de não ser norma legal, o erro na aplicação da máxima de experiência equivale à violação da lei, pois é parte da premissa maior do silogismo (violação do art. 335, do CPC), autorizando o cabimento de recurso especial e até de ação rescisória (art. 485, V, do CPC).<sup>22</sup> Vicente Greco Filho esclarece que a norma do art. 335, do CPC, não se confunde com a regra de integração contida no art. 126, 2<sup>a</sup> parte, do mesmo diploma legal. A observância do princípio da indeclinabilidade exige que havendo lacuna da lei, o juiz aplicará para solução do litígio, a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito. Entretanto, ao prescrever o uso das regras de experiência quando ausentes ‘normas jurídicas particulares’, o art. 335, está a prescrever que inexistindo normas sobre presunções legais ou normas de prova legal, aí o juiz aplicará aquelas.<sup>23</sup> Nelson e Rosa Nery asseveram que o art. 335 é um *plus* em relação ao art. 126, ambos do CPC.<sup>24</sup> Entendemos que o juiz deverá aplicar a norma do art. 126, do CPC para evitar o *non liquet* no tocante ao direito aplicável à espécie, e, no tocante a demonstração dos fatos, deverá se valer das máximas de experiências se os fatos não estiverem provados, não houver prova legal ou presunção legal.

## 8. Momento da Prova

O procedimento probatório consiste em três estágios: um de proposição da prova, onde as partes devem, em face dos fatos alegados, requerer determinadas espécies de provas que pretendem produzir, hábeis para demonstrar o alegado; outro de deferimento das provas, pois o juiz deverá verificar quais os pontos

<sup>21</sup> Idem, *ibidem*, p. 194.

<sup>22</sup> Greco, *ob. cit.*, p. 196.

<sup>23</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>24</sup> *Ob. cit.*, p. 841.

controvertidos que exigem prova e se os meios de prova estão adequados; por último, haverá a produção da prova. A proposição da prova deve ser feita na fase postulatória, em linha de princípio, na petição inicial (art. 282, VI, do CPC) e na contestação (art. 300, do CPC). Eventualmente, é possível que em face de réplica à exceção indireta, possa o autor fazer contraprova (arts. 326 e 327, do CPC).<sup>25</sup> Como veremos oportunamente, a prova documental possui uma peculiaridade que consiste na ausência de proposição, devendo desde logo ser produzida, ou na petição inicial (art. 283, do CPC), ou na contestação (art. 396, do CPC). O deferimento da prova deve ser realizado na fase de saneamento, prevendo o CPC, para o procedimento ordinário, a realização de audiência preliminar (art. 331, *caput*, do CPC). Deliberando o juiz pela não realização da audiência preliminar, em virtude do direito em litígio não admitir transação, ou se as circunstâncias da causa evidenciarem ser improvável sua obtenção (art. 331, §3º, do CPC), deverá sanear o feito, fixando os pontos controvertidos e determinando as provas a serem produzidas, inclusive designando audiência de instrução e julgamento (art. 331, §3º, do CPC). Havendo necessidade de *prova pericial* recomenda-se que o juiz aguarde a produção do laudo para designação de audiência já que o trabalho técnico pode exigir prazo mais longo daquele que o juiz tenha determinado (arts. 421 cc 432, do CPC). As *provas orais* deverão ser produzidas na audiência de instrução e julgamento (art. 336, do CPC). *Excepcionalmente*, as provas poderão ser produzidas antecipadamente, quando a lei expressamente autorizar, como ocorre nas hipóteses do art. 846, do CPC, devendo haver o preenchimento dos requisitos para a medida cautelar, na forma do art. 848, do CPC.

## 9. Valoração da Prova

Ordinariamente, apontam-se três sistemas de valoração ou apreciação da prova: (i) livre apreciação ou convicção íntima; (ii)

<sup>25</sup> Humberto Theodoro Jr., *Curso de Direito Processual Civil*, v.I, p. 385.

prova tarifada ou prova legal; e, (iii) persuasão racional. Pelo sistema da *livre apreciação*, o juiz de acordo com sua convicção íntima resolve o conflito de interesses. Segundo esse sistema, o magistrado não está obrigado a motivar, justificar sua decisão e, por conseguinte, não fica adstrito às provas produzidas no processo. É de fácil compreensão a ineficiência do critério, haja vista que viola a característica essencial da jurisdição que consiste na imparcialidade, a qual fica maculada pela ausência de apresentação das razões que levaram o juiz a julgar num sentido ou outro. O sistema da *prova legal*, em sua origem mais remota, impossibilita qualquer atividade do juiz no sentido da apuração da verdade e de proferir uma decisão justa. O juiz, segundo este sistema, mais se aproxima de um autômato devendo proferir sentença de acordo com o valor predeterminado às provas produzidas. As provas são taxativamente relacionadas e contendo uma prévia valoração. É conhecido o brocado latino *testis unus, testis nullus*, aniquilando o valor da prova testemunhal se realizado apenas por uma testemunha. O último modelo é o sistema adotado pelo CPC, da *persuasão racional*, igualmente denominado *do livre convencimento motivado*, de acordo com o art. 131, do CPC. Verifica-se que este sistema procura afastar as mazelas dos anteriores, mitigando a liberdade plena do juiz em valorar a prova, mediante a exigência da exposição dos motivos que embasaram sua decisão. Ademais, as provas não têm valor previamente estabelecidos, devendo o juiz formar sua convicção ao analisar todo o conjunto probatório. A doutrina costuma reconhecer o princípio da *verdade formal* no preceito legal que determina que a apreciação e o convencimento do juiz ficam restritos ao material probatório produzido nos autos.<sup>26</sup> O nosso ordenamento ainda admite em algumas situações a *prova legal*, como ocorre nos arts. 366 e 401. Nesses casos, o limite do livre convencimento motivado do juiz fica restrito à prova expressamente prevista na lei; sua ausência, não autoriza o juiz julgar em sentido contrário à omissão que dela decorre.

<sup>26</sup> Greco, ob. cit., 2º v., p. 198.

## 10. Dever de Colaboração com a Justiça

Como disciplina geral, o art. 14, do CPC, capitulo os deveres da lealdade e verdade processuais. Especificamente quanto ao tema da prova, o art. 339, do CPC, estipula que “ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade”. Segue a norma prescrevendo competir às partes: comparecer à juízo, respondendo ao que lhe for interrogado; submeter-se à inspeção judicial, que for julgada necessária; e, praticar ato que lhe for determinado; e, ao terceiro incumbe: informar o juiz os fatos e as circunstâncias, de que tenha conhecimento, e, exibir coisa ou documento, que esteja em seu poder.

O regime jurídico de ordens judiciais, do CPC, pode ser assim descrito: a) art. 14, V, - cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraço à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final; b) art. 17, IV, (*não* opor resistência injustificada ao andamento do processo); e, c) art. 600, III, do (*não* resistir injustificadamente às ordens judiciais). Por seu turno, as respectivas sanções são: a) art. 14, p. único, (ato atentatório ao exercício da jurisdição) - multa a ser fixada de acordo com a gravidade da conduta, limitada a 20% do valor da causa, revertendo em favor da União ou do Estado; b) art. 18, (litigância de má-fé do art. 17) conjuga multa punitiva de 1% + indenização limitada a 20%, ambas recaindo sobre o valor da causa, a serem aplicadas concomitantemente, inclusive de ofício pelo juiz ou tribunal, em favor da parte; e, c) art. 601, (atos atentatórios à dignidade da justiça) - multa em montante não superior a 20% do valor atualizado do débito em execução, em favor do credor.<sup>27</sup>

<sup>27</sup> Sobre o tema, com desenvolvimento, Nelson Rodrigues Netto, *A Fase Atual da Reforma Processual e a Ética no Processo*. Revista de Direito Processual Civil. Curitiba: Genesis, nº 31, jan/mar, 2004; Revista de Direito do Trabalho. Curitiba: Genesis, nº 136, abr/2004; Revista Forense. Rio de Janeiro: Forense, nº 373, mai/jun, 2004, p. 449-458.

## 11. Poderes Instrutórios do Juiz

Complementar ao ônus da prova encontra-se o tema dos poderes instrutórios ou investigatórios do juiz. O art. 130, do CPC, dispõe que “caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias”. A doutrina tradicional quanto admitisse que o juiz pudesse tomar a iniciativa da produção de provas, deveria fazê-lo por exceção, motivadamente e supletivamente à atividade das partes.<sup>28</sup>

Atualmente, a doutrina tem se posicionado no sentido de que a atividade instrutória deve caber tanto às partes, quanto ao juiz. A limitação decorrente do princípio dispositivo é relativa ao conhecimento pelo juiz *ex officio* de alegações não deduzidas pelas partes e que a lei exige sua iniciativa. Afirma-se, atualmente, que a atividade probatória não está limitada à iniciativa da parte e que o ônus da prova é regra de julgamento e não de procedimento, vale dizer, de produção de prova.<sup>29</sup> É razoável admitir que, da mesma forma com que o juiz está autorizado a indeferir diligências inúteis ou protelatórias, está autorizado a determinar provas que reputa necessárias para solução do litígio. Em ambas as hipóteses, parece-nos lícito exigir que o juiz apresente as razões de sua decisão e submeta a produção da prova ao contraditório, sob pena de perder sua imparcialidade. Conferir, nesse sentido, decisão do Superior Tribunal de Justiça: “Tem o julgador iniciativa probatória quando presentes razões de ordem pública e igualitária, como, por exemplo, quando se esteja diante de causa que tenha por objeto direito indisponível (ações de estado), ou quando o julgador, em face das provas produzidas, se encontre em estado de perplexidade ou, ainda, quando haja significativa desproporção econômica ou sociocultural entre as partes” (RT 729/155).

<sup>28</sup> Moacyr Amaral Santos, ob. cit., 2º v, p. 356; Arruda Alvim, *Manual de direito processual civil*, 6ª ed., v. 2, p. 455.

<sup>29</sup> Nery-Nery, ob. cit., 4ª ed., p. 606; Marcelo Abelha Rodrigues, ob. cit., 304/7 e 317/8.

A lei autoriza a iniciativa do juiz na realização da prova, por exemplo nos arts. 342, 399, art. 418, I e II, 437, e, 440. O “estado de perplexidade”, citado na ementa transcrita é, a nosso ver, exatamente a necessidade de esclarecimento sem o qual o juiz fica num impasse sem poder solucionar o litígio. Por último, a despeito da atividade instrutória do juiz, a vedação do *non liquet* impõe a aplicação do ônus da prova, na forma do art. 333, do CPC.

## 12. Depoimento Pessoal

O depoimento pessoal consiste em manifestação da própria parte em juízo, por força de requerimento formulado ao juiz pela parte contrária (art. 343, do CPC). O depoimento pessoal é *meio de prova*, devendo ser requerido pela parte contrária, visando sempre provocar a confissão, sendo realizado na audiência de instrução e julgamento. Difere, portanto, do *interrogatório* que é determinado de ofício pelo juiz, em qualquer estado do processo, a fim de se esclarecer sobre fatos da causa, não havendo a cominação da pena de confesso (art. 342, do CPC).

Deste modo, as *pessoas incapazes* podem ser interrogadas, entretanto, não podem prestar depoimento pessoal, uma vez que não podem sofrer efeitos de confissão.

Não há diferença na forma de inquirição da parte, seja mediante interrogatório ou depoimento pessoal, a qual se faz na forma da inquirição de testemunhas (art. 344, do CPC). A intimação para depoimento pessoal deve ser feita pessoalmente à parte, constando expressamente do mandado que se presumirão confessados os fatos contra ela alegados, caso não compareça, ou comparecendo, se recuse a depor (art. 343, §§1º e 2º, do CPC). Admite-se que o depoimento seja realizado por procuradores com poderes especiais somente em se tratando de pessoa jurídica. É vedada a leitura de texto adrede preparado, visando a garantia da espontaneidade e da sinceridade do depoimento, ressalvada a consulta de notas (art. 346, do CPC). A parte não está obrigada a depor sobre fatos criminosos ou torpes que lhe forem imputados, ou fatos a cujo respeito deva guardar sigilo por estado ou profissão, ressalvados casos de ações de filiação,

separação judicial e anulação de casamento (art. 347, do CPC). No caso do depoimento, não há vedação de depor por estar a parte sujeita a imputação de responsabilidade penal por violação de sigilo profissional.

### 13. Confissão

A confissão, rigorosamente, não é meio de prova, antes, é o resultado ou, ainda, a própria prova. Há confissão quando a parte admite a verdade de um fato contrário a seu interesse e favorável ao adversário (art. 348, 1<sup>a</sup> parte, do CPC). A confissão pode ser *judicial* ou *extrajudicial*. Por seu turno, a confissão judicial pode ser *provocada* ou *espontânea*. A confissão *provocada* é aquela obtida pela inquirição da parte, em depoimento pessoal, quando devidamente intimida, sob pena de confessar. A confissão *espontânea*, realizada pela própria parte ou por mandatário com poderes especiais deve ser tomada a termo em juízo (art. 349, do CPC). A confissão realizada por um dos *litisconsortes* não prejudica os demais, sendo que quando se tratar de litisconsórcio unitário é de ser considerada válida contra o confitente, mas, ineficaz com relação aos litisconsortes. Não se admite a confissão sobre fatos relativos a direitos indisponíveis (art. 351, do CPC).<sup>30</sup> A confissão é irretratável e indivisível, não podendo a parte querer aceitá-la ou rejeitá-la parcialmente, para assim se beneficiar. Entretanto, é possível que a parte pretenda se beneficiar de parte da confissão corroborando-a com outros fatos distintos daqueles que foram objeto da confissão. Nesse sentido é a regra do art. 354, do CPC. A confissão é relativa a fatos, objeto de prova, portanto, não se confunde com o reconhecimento jurídico do pedido, ato dispositivo do direito material subjacente à lide, provocando inexoravelmente a extinção do processo com julgamento de mérito em desfavor do réu. Pode acontecer que a despeito da confissão, remanesça a controvérsia sobre a interpretação do direito, ou até mesmo, que do conjunto probatório, resulte vitorioso o confitente. Pendente o processo, é possível

<sup>30</sup> São indisponíveis os direitos fundamentais do homem, como a saúde, a vida, a liberdade, a cidadania, o estado familiar, nacional e social da pessoa, Nery-Nery, ob. cit., p. 736.

anular a confissão por meio de ação anulatória, quando obtida por erro, dolo, coação (art. 352, I, do CPC), caso em que deverá haver a suspensão do processo, *ex vi*, art. 265, IV, 'b', do CPC. Após o trânsito em julgado, é possível propor ação rescisória, desde que a confissão viciada seja o único fundamento da decisão rescindenda (art. 352, II cc. art. 485, VIII, do CPC).

### 14. Prova documental

Leciona Chiovenda que documento é “toda representação material destinada e idônea a reproduzir uma dada manifestação do pensamento”. Logo, documento não é apenas papel escrito, e sim todo e qualquer suporte físico que revele um fato. Em um sentido estrito, documento é prova escrita.<sup>31</sup> Por seu turno, *instrumento* é o documento especialmente preparado para a prova de um negócio jurídico.

O CPC determina que os documentos para prova dos fatos alegados pelo autor devem ser acostados à petição inicial, enquanto, o demandado deve juntar os documentos comprobatórios de suas alegações na contestação (art. 396). Ocorre que os Tribunais têm sido condescendentes quanto à juntada de documentos a qualquer tempo, independentemente de se tratar de fatos novos, que autorizam documentos novos (art. 397). Contudo, é necessário entender que o juiz ou o Tribunal devem apreciar o documento segundo o estado do processo, no momento em que foram juntados, não podendo voltar atrás para rediscutir questões já decididas.

#### 14.1. Espécies

Dependendo de sua origem, os documentos podem ser *públicos* ou *particulares*.

Os documentos podem ainda ser distinguidos em *originais* ou *cópias*, sendo que fazem a mesma prova que os originais: a) as certidões textuais de qualquer peça dos autos, do protocolo das audiências, ou de outro livro a cargo do escrivão, sendo extraídas por ele ou sob sua vigilância e por ele subscritas; b) os trasladados e as certidões extraídas por oficial

<sup>31</sup> Humberto Theodoro Jr., ob. cit., v I, p. 407.

público, de instrumentos ou documentos lançados em suas notas; e, c) as reproduções dos documentos públicos, desde que autenticadas por oficial público ou conferidas em cartório, com os respectivos originais (art. 365, do CPC). O art. 365, em sua nova redação, prevê o uso de mecanismos digitais no tocante à prova documental.

#### 14.2. Força probante dos documentos

O *documento público* gera presunção de autenticidade das circunstâncias de sua formação e das declarações ouvidas pelo oficial (não do conteúdo das declarações), conforme art. 364, do CPC. Documento público é aquele elaborado por autoridade pública, que tenha fé pública.<sup>32</sup> Em sendo a autoridade incompetente, desde que subscrito pelas partes tem a força probatória de documento particular (art. 367, do CPC). O juiz não pode formar convicção contra o teor do documento público, salvo prova de falsidade (art. 387, do CPC). Atos que a lei exige como essencial o instrumento público, a forma e a prova são *ad solemnitatem*, e o juiz não pode aceitar como praticados sem o instrumento: há prova legal (art. 366, do CPC).

Os *documentos particulares* são aqueles não emanados de autoridade pública. Reputa-se *autor do documento particular*: a) aquele que o fez e o assinou; b) aquele, por conta de quem foi feito, estando assinado; e, c) aquele que, mandando compô-lo, não o firmou, porque, conforme a experiência comum, não se costuma assinar, como livros comerciais e assentos domésticos (art. 371, I a III, do CPC). Os livros comerciais são exemplos das hipóteses supra ‘a’ e ‘b’. A *declaração de vontade prova contra quem assinou* (art. 368, do CPC), mas a declaração de ciência exige o ônus da prova a quem interessa (art. 368, p. único).<sup>33</sup> Tome-se de exemplo, a afirmação da data de construção de um prédio: há prova da autoria e do contexto, contudo, não há prova do fato de que aquela data é efetivamente a data da construção. Reputa-se autêntico o documento quando o tabelião reconhecer a

<sup>32</sup> Arruda Alvim, ob. cit., 2 v, p. 518.

<sup>33</sup> Theodoro Jr., ob. cit., p. 411, Greco, ob. cit., p. 212, Araújo Cintra, *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 107.

firma do signatário, quando apostila em sua presença (art. 369, do CPC), salvo prova de falsidade (art. 387, do CPC). Caso contrário, há *firma reconhecida* por semelhança. No tocante à *data* do documento, a dúvida entre as partes se prova por qualquer meio em direito admitido (art. 370, 1<sup>a</sup> parte, do CPC). Contudo, em *relação a terceiros*, considera-se datado: a) no dia em que foi registrado; b) desde a morte de algum dos signatários; c) a partir da impossibilidade física, que sobreveio a qualquer dos signatários; d) da sua apresentação em repartição pública ou em juízo; e, e) do ato ou fato que estabeleça, de modo certo, a anterioridade da formação do documento (art. 371, I a V, do CPC).

Produzido pelo seu autor, o documento é *indivisível*, não podendo ser aproveitado em parte e descartado em parte, salvo prova de que um ou alguns dos fatos dele constante não ocorreram (art. 373, p. único, do CPC).<sup>34</sup>

No tocante a *livros comerciais*, fazem prova contra o autor (art. 378, do CPC); preenchidos os requisitos legais de escrituração provam a favor de seu autor (art. 379, do CPC), mas em qualquer caso admitem prova de que não correspondem à verdade dos fatos.<sup>35</sup> O juiz pode exigir a *exibição parcial* dos livros e documentos comerciais (arts. 381 e 382, do CPC, cc. arts. 1190 a 1093, do CC).<sup>36</sup> A *exibição integral* de livros comerciais dependerá de autorização judicial, sendo autorizada somente em casos de sucessão, comunhão ou sociedade, administração ou gestão à conta de outrem ou em casos de falência (art. 1.191, do CC, c.c. art. 381, do CPC).

No tocante às *cópias* de documentos particulares, valem como certidão sempre que o escrivão portar por fé sua conformidade com o original (art. 384, do CPC). Fazem prova dos fatos ou coisas representadas, as reproduções mecânicas quando admitidas contra quem se

<sup>34</sup> Nesse sentido Araújo Cintra, ob. cit., p. 107.

<sup>35</sup> Theodoro Jr., ob. cit., p. 413.

<sup>36</sup> Aplicam-se as Súmulas do STF nº 260: “O exame de livros comerciais, em ação judicial, fica limitado às transações entre os litigantes” e nº 439: “Estão sujeitos à fiscalização tributária, ou previdenciária, quaisquer livros comerciais, limitado o exame aos pontos objeto da investigação”; no sentido desta última súmula é o art. 1.193, do CC, que releva a restrição do respectivo capítulo.

produz (art. 383, do CPC), e em sendo impugnadas, exige-se produção de prova pericial (art. 383, p. único). A cópia de documento particular tem o mesmo valor probante que o original, cabendo ao escrivão, intimadas as partes, proceder à conferência e *certificar* a conformidade com o original (art. 385, do CPC). Em face disso, é possível a apresentação das chamadas cópias simples em juízo, as quais somente perdem sua fé se forem impugnadas pela parte contra quem foram produzidas (art. 383, do CPC, e art. 225, do CC).

#### 14.3. Arguição de falsidade documental

Antes de ingressarmos propriamente no incidente de falsidade documental é importante fazer uma distinção entre a falsidade ideológica e a falsidade material.

A falsidade ideológica está ligada ao conteúdo do documento, ainda que este esteja materialmente perfeito, ele padece de vícios de consentimento: erro ou ignorância, dolo, coação, simulação, estado de perigo, lesão, e fraude (arts. 138 a 165, do CC). Nessas hipóteses, exige-se uma ação constitutiva negativa para anulação do ato viciado, a qual deve ser proposta dentro do prazo decadencial de 4 anos, e cujos termos iniciais estão elencados na lei, conforme o art. 178, do CC.<sup>37</sup> Por outro lado, a falsidade material do documento, importa num *vício em seu suporte físico*, significa dizer, que o documento é formado com vício ou é adulterado, independentemente da veracidade de seu conteúdo (art. 387, do CPC). É importante notar que o art. 387, parágrafo único, I, do CPC, que prescreve que “a falsidade consiste em formar documento não verdadeiro” está ligado ao art. 388, II, do CPC, que preceitua que “cessa a fé do documento particular quando assinado em branco, for abusivamente preenchido”.

A falsidade documental pode ser objeto de *ação autônoma* (art. 4º, II, do CPC) ou da *ação incidental* que ora tratamos. O presente incidente tem natureza jurídica de ação

<sup>37</sup> Theodoro Jr., ob. cit., p. 416; Luiz Rodrigues Wambier *et alli*, *Curso avançado de direito processual civil*, v 1, p. 469.

declaratória, que por exceção refere-se a um fato, justificando-se, porém, a permissão legal porque do documento emanam diretamente relações jurídicas. O incidente pode ser *suscitado* em qualquer tempo e grau de jurisdição, no *prazo* de 10 dias da intimação de sua juntada (art. 390, do CPC), sob pena de *preclusão*. Nada obstante, poderá provocar *ação rescisória* (art. 485, VI, do CPC), quando a sentença de mérito se fundar em prova, cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou seja provada na própria ação rescisória. A parte que produziu será intimada para responder em 10 dias; cabendo perícia e audiência para prova oral (art. 392, do CPC). Se o incidente for *suscitado antes da audiência*, corre nos próprios autos principais; *se depois*, deverá ser autuado em apartado (art. 393, do CPC). Há grave divergência doutrinária sobre a natureza da decisão, que pode ser assim resumida: a) trata-se de decisão interlocutória, portanto, passível de recurso de agravo<sup>38</sup>; b) trata-se de sentença, apelável<sup>39</sup>; c) se o incidente for suscitado antes da audiência, a decisão está sujeita a recurso de agravo; se depois, cabível apelação.<sup>40</sup> Havendo grave divergência doutrinária e jurisprudencial, dentro de uma mesma quadra histórica é de se reconhecer a aplicação do *princípio da fungibilidade recursal*.<sup>41</sup>

A impugnação de autenticidade da assinatura ou veracidade de seu contexto (art. 372, do CPC), que surge igualmente como um incidente processual, deve ser suscitada no prazo de 10 dias da ciência dos documentos, sob pena de preclusão, cessando a eficácia da admissão expressa ou tácita, desde que provado que o documento foi obtido mediante erro, dolo ou coação (art. 372, p. único, do CPC). Cessa fé do documento particular, desde que lhe for contestada a assinatura (art. 388, I, do CPC) e o ônus da prova é daquele que produziu o documento (art. 389, II, do CPC).<sup>42</sup>

<sup>38</sup> Teresa Arruda Alvim Wambier, *Os agravos no CPC brasileiro, passim*.

<sup>39</sup> Greco, ob. cit., p. 214.

<sup>40</sup> Nery-Nery, ob. cit., p. 870.

<sup>41</sup> Nesse sentido, Arruda Alvim, ob. cit., p. 526, Marcos Vínius Rios Gonçalves, ob. cit., p. 449.

<sup>42</sup> Araújo Cintra, ob. cit., pp. 113/4.

## 15. Exibição de Documento ou Coisa

No tocante à exibição de documento ou coisa é possível divisar exemplo de *ações concorrentes* no sentido de o sistema disponibilizar mais de uma ação visando a tutela da mesma pretensão. Entretanto, eleita uma via, não se admite o exercício de outra. Assim, são três hipóteses de ações com a finalidade de obter a exibição de um documento ou de uma coisa.<sup>43</sup> É possível haver uma ação autônoma principal, mediante a qual exaure-se o interesse material do demandante; uma ação cautelar preparatória, na forma dos arts. 844 e 845, do CPC<sup>44</sup>; e, a ação de exibição, mediante procedimento incidental na fase probatória do processo.<sup>45</sup>

Comportará *requisição judicial*, em qualquer tempo ou grau de jurisdição, às repartições públicas de certidões necessárias à prova das alegações das partes, ou de procedimentos administrativos nas causas em que forem interessados a União, o Estado, o Município, ou as respectivas entidades da administração indireta, quando serão extraídas certidões ou cópias de peças, inclusive podendo ser fornecidos por meio eletrônico (art. 399, do CPC).

Há uma distinção de procedimento e de eficácia da decisão, em se tratando de exibição de documento ou coisa movida em face de uma das *partes* ou de *terceiro*. Em se tratando da parte, a petição inicial conterá os seguintes requisitos: individuação, tão completa quanto possível do documento ou coisa, a finalidade da prova, indicando os fatos que com ele se relacionam, e as circunstâncias em que se funda para afirmar que o documento ou a coisa existe e está em poder da parte contrária (art. 356, I a III, do CPC). Humberto Theodoro Jr. manifesta-se favorável à determinação da exibição de ofício pelo juiz, em virtude de ser procedimento incidental e considerando ainda

<sup>43</sup> Nesse sentido, Vicente Greco Filho, ob. cit., 2º v., p. 207; Marcelo Abella Rodrigues, ob. cit., 368.

<sup>44</sup> Arruda Alvim aponta que a ação dos arts. 844/845, do CPC, não precisa necessariamente ser cautelar, ob. cit., 2. v, p. 528. Parece-nos que será, então, a hipótese da ação autônoma, que deve seguir procedimento comum.

<sup>45</sup> O fato de se tratar de procedimento incidental, não retira a natureza de ação da exibição dos art. 355 e ss, do CPC, conforme expressamente, Humberto Theodoro Jr., ob. cit., v I, p. 400; Amaral Santos, 2º v., p. 433.

o poder instrutório do art. 130, do CPC.<sup>46</sup> O requerido terá prazo para resposta de 5 dias, e se negar a posse, cabe ao requerente desincumbir-se do ônus da prova (art. 357, 2ª parte, do CPC). O juiz não admitirá a recusa do requerido: a) se este tiver a obrigação legal de exibir (art. 358, I, do CPC), como por exemplo em caso de livros comerciais; b) se ele próprio aludiu ao documento ou coisa com intuito de fazer prova; e, c) se o documento, por seu conteúdo for comum às partes (art. 358, II e III, do CPC), nesse último caso é exemplo a única via do contrato objeto da lide. Se o requerido se quedar inerte, ou não apresentar o documento ou a coisa, ou ainda, se a recusa invocada for reputada ilegítima, o juiz ao decidir, admitirá os fatos que com eles se pretendia demonstrar como verdadeiros (art. 359, do CPC). No procedimento com relação ao terceiro, este será citado para responder no prazo de 10 dias (art. 360, do CPC). Em relação às partes, a ação incidental de exibição segue no processo principal (*simultaneus processus*), haja vista envolver as mesmas partes. Com relação ao terceiro, há outra ação, com outra relação processual, exigindo a autuação do processo em apartado, a qual será julgada por sentença e recorrível por meio de apelação.<sup>47</sup> O art. 361, do CPC, é expresso em preceituar que a ação de exibição em face de terceiro é resolvida por meio de sentença. Se o terceiro alegar que inexiste a obrigação de exibir ou que não tem a posse do documento ou da coisa, o juiz determinará audiência para tomar depoimento do terceiro e das partes, e se necessário ouvir testemunhas, para em seguida proferir sentença (art. 361, do CPC). Se a recusa for considerada injustificada, o juiz ordenará o depósito no prazo de 5 dias (tutela mandamental), em cartório ou outro lugar designado; havendo descumprimento o juiz expedirá mandado de busca e apreensão (tutela executiva ‘lato sensu’), sem prejuízo da ação penal por crime de desobediência (art. 362, do CPC).

O art. 363, elenca situações em que a parte ou o terceiro podem legitimamente se escusar de exibir em juízo, o documento ou a coisa, não prevalecendo a regra do art. 358, tampouco podendo incidir os preceitos

<sup>46</sup> Ob. cit., 39ª ed., v I, . 394, nota 40.

<sup>47</sup> Nery-Nery,ob. cit., p. 855.

contidos nos arts. 359 e 362, do CPC. Destarte, a recusa é legítima quando: a) o documento ou a coisa for concernente a negócios da própria vida da família do requerido; b) se a sua apresentação puder violar dever de honra; c) se a publicidade do documento redundar em desonra ou risco de ação penal em face da parte, do terceiro, ou de seus parentes consangüíneos ou afins até o terceiro grau; d) se a exibição acarretar a divulgação de fatos, a cujo respeito, por estado ou profissão, devam guardar segredo; e, e) se subsistirem outros motivos graves que, segundo o prudente arbítrio do juiz, justifiquem a recusa (art. 363, I a V, do CPC). Se esses motivos disserem respeito somente à parte do documento, o juiz determinará a extração de suma da outra parte para ser apresentada em juízo (art. 363, p. único, do CPC). Barbosa Moreira esclarece que, apesar de natureza de ação movida em face de terceiro, essa não tolhe a determinação de exibição de documento ou coisa, de ofício, pelo juiz.<sup>48</sup>

## 16. Prova Testemunhal

São elementos característicos da prova testemunhal: a) pessoa natural e capaz; b) estranha ao feito; c) que deve saber sobre o fato litigioso; d) convocada a depor; e) não estar impedida ou for suspeita.

### 16.1. Incapacidade, impedimento e suspeição da testemunha

São *incapazes* de depor: a) o interdito por demência; b) o que, acometido por enfermidade, ou debilidade mental, ao tempo em que ocorreram os fatos, não podia discerni-los; ou, ao tempo em que deve depor, não está habilitado a transmitir as percepções; c) o menor de 16 (dezesseis) anos; o cego e o surdo, quando a ciência do fato depender dos sentidos que lhes faltam (art. 405, §1º, do CPC). Não se deve olvidar que o Código Civil em vigor desde 10 de janeiro de 2003, alterou o rol dos absolutamente incapazes, conforme

seu art. 3º. São *impedidos* de depor: a) o cônjuge, bem como o ascendente e o descendente em qualquer grau, ou colateral, até o terceiro grau, de alguma das partes, por consangüinidade ou afinidade, salvo se o exigir o interesse público ou, tratando-se de causa relativa ao estado da pessoa, não se puder obter de outro modo a prova, que o juiz repute necessária ao julgamento do mérito; b) o que é parte na causa; c) o que intervém em nome de uma parte, como o tutor na causa do menor, o representante legal da pessoa jurídica, o juiz, o advogado e outros, que assistam ou tenham assistido as partes (art. 405, §2º, do CPC). E, por sua vez, são considerados *suspeitos* para depor: a) o condenado por crime de falso testemunho, havendo transitado em julgado a sentença; b) o que, por seus costumes, não for digno de fé; c) o inimigo capital da parte, ou o seu amigo íntimo; d) o que tiver interesse no litígio. (art. 405, §3º, do CPC). Em sendo estritamente necessário, o juiz poderá ouvir sem compromisso o indivíduo impedido ou suspeito, mas não o incapaz (art. 405, §4º, do CPC). A testemunha *não é obrigada a depor* sobre fatos que lhe acarrete grave dano, assim como a seu cônjuge, parentes consangüíneos e afins em linha reta e colateral de 2º grau, ou em virtude de sigilo profissional (art. 406, do CPC). Nesta última hipótese, a testemunha está proibida de depor, sob pena de crime de violação de sigilo profissional (art. 154, CP).

### 16.2. Proposição, deferimento e produção

Como toda prova, a testemunhal deve ser requerida na petição inicial (art. 282, VI, do CPC) e na contestação (art. 300). A prova será deferida, ou não, na fase de saneamento, em audiência preliminar, ou fora dela se a mesma for dispensada pelo juiz, no procedimento ordinário (art. 331, §§ 2º e 3º, do CPC). A prova testemunhal deve ser produzida em audiência de instrução e julgamento (art. 410, *caput*, cc. art. 412, do CPC). Excepcionalmente é possível prestarem depoimento em outro local e momento: por carta precatória, depoimento antecipado (inclusive, por intermédio de ação cautelar de antecipação de prova, do art. 846, do CPC), ou, em decorrência de função relevante

<sup>48</sup> O autor invoca como fundamento os arts. 130, 339, 340, III, 341, II, do CPC, *Novo processo civil brasileiro*, p. 62.

exercida dentro da federação (art. 411, do CPC).

A testemunha é intimada a comparecer à audiência para prestar testemunho, podendo ser conduzida se deixar de comparecer sem justificativa, respondendo pelas despesas decorrentes do adiamento (art. 412, do CPC). Pode deixar-se de intimar a testemunha quando a parte comprometer-se a levá-la à audiência, presumindo-se que desistiu de ouvi-la em caso de ausência (art. 412, §1º, do CPC).

É lícito à parte contrária daquela que produz a prova testemunhal, contraditar a testemunha, sob argumento de incapacidade, impedimento ou suspeição, devendo fazê-lo logo após a qualificação, e produzindo-se provas no ato (art. 414, §1º, do CPC).

A testemunha presta compromisso de dizer a verdade, sob sanção penal (art. 415, do CPC). É lícita a acareação entre testemunhas e entre estas e as partes, determinadas de ofício ou mediante requerimento (art. 418, II, do CPC). É admitido, igualmente, a intimação de testemunhas referidas.

O juiz interrogará as testemunhas na audiência (art. 446, II, do CPC), podendo as partes formular perguntas visando esclarecer o depoimento, pela ordem: primeiro a parte que arrolou a testemunha, após a parte contrária (art. 416, do CPC). No procedimento ordinário a parte deverá depositar rol de testemunhas até 10 dias antes da audiência, podendo ser arroladas no máximo 10 testemunhas, limitadas 3 para prova de cada fato; a substituição de testemunhas é autorizada em caso de morte, enfermidade, ou quando não encontrada pelo oficial de justiça em virtude de mudança de endereço (art. 407 cc. art. 408, do CPC).

## 17. Prova Pericial

A prova pericial pode consistir de exame, vistoria e avaliação, sendo certo que a lei não as define (art. 420, do CPC). O exame versa sobre a inspeção por meio de perito sobre pessoas, coisas, móveis e semoventes, para verificação de fatos ou circunstâncias que interessam à causa.<sup>49</sup> A vistoria consiste de inspeção relativamente a imóveis. Por sua vez, a avaliação é destinada à estimativa do valor

<sup>49</sup> Amaral Santos, ob. cit., 2º v., p. 481.

em moeda, de coisas, direitos ou obrigações. As partes podem formular quesitos os quais não podem levar a conclusões jurídicas; estas competem exclusivamente ao juiz da causa.

O juiz deve definir o objeto da perícia, nomeando o perito e fixando de imediato o prazo para entrega do laudo (art. 421, do CPC). O perito não pode ser impedido ou suspeito (art. 138, III, c.c. art. 423, do CPC). As causas de impedimento e suspeição estão arroladas, respectivamente, nos arts. 134 e 135, do CPC. Por ser *nomeado*, não há necessidade de prestar compromisso (art. 422, 1ª parte, do CPC). O perito deve ser *técnico especializado* na área do conhecimento da perícia, demonstrado conforme a regulação da profissão técnica de nível médio ou superior, consoante previsão legal (art. 424, I, do CPC).

Intimadas as partes da nomeação do perito, terão prazo de 5 dias para apresentarem *quesitos* e *assistentes técnicos* (art. 421, §1º, do CPC). As partes estão autorizadas a formular *quesitos suplementares* durante a diligência, devendo a parte contrária ser intimada (art. 425, do CPC). Os *assistentes técnicos* são auxiliares das partes e não estão sujeitos a impedimento ou suspeição (art. 422, 2ª parte, do CPC). O *laudo* pericial deverá ser apresentado em cartório com pelo menos 20 dias de antecedência da audiência, sendo que os *assistentes* poderão oferecer *pareceres* no prazo de 10 dias contados da intimação das partes da apresentação do laudo (art. 433, *caput*, e p. único, do CPC). As partes estão autorizadas a pedir *esclarecimentos* em audiência do perito ou dos assistentes técnicos, devendo apresentar novos quesitos (art. 435, do CPC), aqueles devendo ser intimados com antecedência de 5 dias, sob pena de não estarem obrigados a comparecer (art. 435, parágrafo único, do CPC).

É possível a realização de uma *segunda perícia*, quando a matéria não tiver ficado suficientemente esclarecida, sendo que a nova perícia deverá corrigir eventual omissão ou inexatidão dos resultados da primeira (arts. 437 e 438, do CPC). Pelo princípio do livre convencimento motivado, o juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos (art. 131 cc. art. 436, do CPC)

## 18. Inspeção judicial

Costuma-se afirmar que a inspeção judicial é meio de prova facultativo. O art. 440, do CPC, preceitua que o juiz pode, de ofício ou mediante requerimento, em qualquer fase do processo, inspecionar pessoas ou coisas, a fim de se esclarecer sobre fato que interesse à decisão da causa. Verifica-se, desde logo, que a inspeção judicial *não está limitada à fase instrutória*, podendo ocorrer antes da prolação da sentença. A inspeção judicial *recai* sobre pessoas ou coisas. O juiz poderá ser

assistido por peritos, devendo as *partes* ser intimadas para acompanhar a diligência, prestando esclarecimentos e fazendo observações que reputem de interesse à causa (arts. 441 e 442, p. único, do CPC). A inspeção judicial é *obrigatória* quando se tratar de exame e interrogatório de interditando, consoante o art. 1.181, do CPC.

## REFERÊNCIAS

- ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. **Manual de direito processual civil**. São Paulo: Ed. RT, 2008. vol. 2.
- ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2<sup>a</sup> Ed. Rio de Janeiro: Forense. 2003. Vol. IV
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Novo processo civil brasileiro**. 25<sup>a</sup> Ed. São Paulo: Ed. RT, 2007.
- CHIOVENDA, GIUSEPPE. **Principios de Derecho Procesal Civil**. Edição espanhola. Madri: Instituto Editorial Réus, 1922. Tomo I.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual**. 4<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2004. vol. 3.
- GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo curso de direito processual civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. vol. 1.
- GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. vol. 2.
- LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2002.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. **Código de Processo Civil comentado**. 4<sup>a</sup> ed. São Paulo: Ed. RT, 2006.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de direito processual civil**. 3<sup>a</sup> ed. São Paulo: Ed. RT, 2003. Vol. 1.
- RODRIGUES NETTO, Nelson. **A fase atual da reforma processual e a ética no processo**. *Revista Forense*. n. 373. p. 449. Rio de Janeiro: Forense, maio-jun. 2004.
- \_\_\_\_\_. **Recursos no Processo Civil**. São Paulo: Dialética, 2004.
- \_\_\_\_\_. **Do Seguro**, in, **Comentários ao Código Civil Brasileiro** (coord. Arruda Alvim e Thereza Alvim). Rio de Janeiro: Forense, 2004. Volume VII, p. 153-425.
- \_\_\_\_\_. **Tutela Jurisdicional Específica: Mandamental e Executiva 'Lato Sensu'**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. vol. 2.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. vol. 1.
- WAMBIER, LUIZ RODRIGUES et alli. **Curso Avançado de direito processual**. 7<sup>a</sup> ed. São Paulo: RT, 2005.
- WAMBIER, TERESA ARRUDA ALVIM. **Os agravos no CPC brasileiro**. 4. ed. São Paulo: RT, 2005..

## RESUMO

O objetivo do presente estudo é analisar alguns aspectos históricos dos interditos possessórios, mormente na forma que foram recepcionadas pelo Direito português e inseridos nas Ordenações Filipinas. Sendo inegável a importância atual do instituto como proteção ao possuidor de boa-fé, pareceu-nos essencial estudar, ainda que de modo sucinto, a formatação dos interditos, tanto em sua origem clássica romana, eis que o instituto é apontado como de criação pretoriana, quanto nas Ordenações Filipinas, nosso principal diploma legislativo durante o período colonial.

**Palavras-chave:** Interditos. Posse. Possessório. Possuidor. Boa-Fé.

## ABSTRACT

The goal of the study herein is to analyse some historical aspects of the possessory interdict, specifically in the way that it has been incorporated by portuguese Law and was added in the Philippines Ordinances. Being impossible to deny its current importance as a protection to the holder in good faith, it seems to us essential to study, even if in a summary way, the interdict's formatting, as in its roman classic origin, being the institute pointed out as a praetorian creation, as in the Philippines Ordinances , our main legal statute during the colonial period.

**Keywords:** Interdict. Possession. Possessory. Holder. Good Faith.

\* Mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FADUSP), advogado em São Paulo, Chefe do Departamento de Humanidades e Professor de Filosofia Geral e Jurídica, de Ética Profissional e de Introdução ao Direito do Centro Universitário FMU/SP.

## 1. Introdução

Quando analisarmos a vida de uma sociedade, moderna ou antiga, é comum que encontremos a entidade familiar ocupando papel de destaque, seja sob o aspecto econômico, como fonte produtora de riquezas, seja sob o aspecto jurídico, como fonte produtora de normas. Com a sociedade romana, cujas origens o instituto objeto do presente estudo, especialmente nos séculos que se sucedem à fundação (séc. VIII a III a. C.), não foi diferente, posto que “a importância do direito privado romano está diretamente ligada ao papel que a própria família desempenha na sociedade romana em particular. O direito privado, quando bem analisado, é um sistema de regras pelo qual se mantém unida a família como entidade produtiva.”<sup>1</sup>

Segundo o mesmo autor, as regras de sucessão e de casamento vão muito além das obrigações comuns entre os cônjuges, posto que estabelecem verdadeiras obrigações sociais, já que a família é a principal entidade produtiva na Roma desse período, tendo o pai como chefe.

E, apesar de sobrelevar a importância do direito de propriedade (*dominium*), como uma espécie de jurisdição, “de poder de comandar as coisas e as pessoas da família e não surpreende que o pai dê origem ao patrão” (2000, p. 59)<sup>2</sup>, conclui, com Villey, (2000, p. 60)<sup>3</sup>, que o “sujeito por excelência do direito romano não é o indivíduo, muito embora sejam encontradas regras de proteção do escravo, da mulher, das crianças: o sujeito é o pai de família, capaz de deter propriedade, realizar negócios, dar unidade de ação a este complexo produtivo que é a *casa*”.

Portanto, sendo a casa o complexo produtivo da sociedade romana, em torno da qual se mantém a família, que tem no pai a figura do chefe (patrão), não é de estranhar, que qualquer perturbação a esse complexo sistema resultaria em perturbação à ordem pública, em que pese o fato de serem os interditos, como se verá adiante, uma criação

pretoriana visando a proteção do possuidor de boa-fé (não amparado pelo direito quiratório). Daí a doutrina majoritária entender que os interditos são, em última análise, uma espécie de proteção da ordem pública.

O fenômeno parece se repetir na Península Ibérica pois, apesar da escassez de documentos e informações, tanto sobre as relações sociais, quanto sobre a legislação adotada pelos povos que habitavam a Península Ibérica no período primitivo – anterior ao período romano –, há fortes indícios, e concordam os autores, que a família e seus costumes era o que existia de comum no período.

Conforme ensina CRUZ e TUCCI (2004, p. 120)<sup>4</sup>, entre “as comunidades dispersas pelo campo, após a ocupação dos sarracenos, estrutura-se um ordenamento jurídico costumeiro, de aplicação local, resíduo das inúmeras experiências jurídicas que tinham atravessado o território da península.”

## 2. Etimologia

Segundo ensina RIBAS (1901, p. 189)<sup>5</sup>, com fundamento na opinião de jurisconsultos, a palavra *interdictum* vem, etimologicamente, “de *interdicere*, como sinônima de *denuntiare et prohibere*”. Assim, para o autor, somente se deve considerar como interditos os proibitórios, os *restitutorios* e os *exhibitorios* denominam-se *decreta*.

Parece, entretanto que não existe unanimidade quanto à origem etimológica do vocábulo interdito. Segundo lecionam CRUZ e TUCCI e AZEVEDO (1996, p. 112)<sup>6</sup>, citando Biscardi, “com o termo *interdictum*, as fontes não designam somente um único conceito, mas inúmeros (e.g.: podiam indicar tanto a ordem emitida pelo pretor: *edere interdictum*; como a faculdade de provocá-la: *postulato interdicti*). Mais plausível, entretanto, é a doutrina da Riccobono, ao escrever que *interdictum*

<sup>4</sup> CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

<sup>5</sup> RIBAS, Antonio Joaquim. *Acções possessorias*. São Paulo: Miguel Melillo, 1901.

<sup>6</sup> CRUZ e TUCCI, José Rogério e AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

<sup>1</sup> LOPES, José Reinaldo Lima. *O direito na história*. São Paulo: Max Limonad. 2002, p. 59.

<sup>2</sup> Ibidem.

<sup>3</sup> Idem.

significava *inter duos dicere*, em razão da destinação da ordem do magistrado *cum imperium*, que, geralmente, era proferida entre as partes.

### 3. Origem

A criação dos interditos, conforme a lição de CRUZ e TUCCI e AZEVEDO (1996, p. 112)<sup>7</sup>, “especialmente do interdito *uti possidetis*”, foi determinada pela necessidade de proteção da posse da propriedade conquistada (*ager publicus*), pois, o possuidor, despido do domínio, não tinha meios para que fosse resguardada a sua posse pacífica”.

No mesmo sentido é a lição de LOPES (2000, p. 50)<sup>8</sup> dispondo que, em virtude do *ius quiritium ser* um direito herdado, não podia ser invocado pelo estrangeiro. Portanto, coube aos pretores a incumbência de “dar uma ação formular que copia a fórmula antiga, mas já não é uma novidade. Aos poucos se estende a proteção de maneira geral. Se sobre algumas terras e para algumas pessoas não há direito de *dominium* (sobre terras públicas e comuns ou para os peregrinos), sem dar uma ação para que o possuidor “reivindique sua terra” o pretor usa do seu poder de polícia e impede, em nome da boa ordem pública, que aquele que está de boa-fé seja desalojado: dá um *interdito*, obrigando à restituição se houve violência.”

Assim, tendo em vista que ao pretor incumbia primordialmente a administração da ordem pública é de se concluir que o objeto primordial do interdito era proteger a ordem pública. Era, no dizer de TUCCI e AZEVEDO (1996, p. 113)<sup>9</sup>, “um meio de coação indireta”, visto tratar-se de uma ordem de um pretor a um particular, em atendimento à solicitação de outro particular quando, via de regra, se configurava uma situação de ameaça, turbação ou esbulho da posse.

Ainda sobre a origem do instituto, podemos citar que o interdito possessório, que era o meio utilizado pelos romanos para a tutela jurídica da posse, tanto no sentido preventivo (interdito proibitório), quanto através dos “interditos *retinendae*

*possessionis, recuperandae possessionis e adipiscendae possessionis*, que visavam a conservar, recuperar ou adquirir a posse”, foi, posteriormente, adaptado ao processo medieval, chegando, consequentemente, às Ordenações.<sup>10</sup>

Novamente com RIBAS (1901, p. 194)<sup>11</sup>, temos que, com o advento do império e a posterior substituição do processo formular pelo extraordinário, “os interditos perderam a sua razão de ser, e se confundiram com as ações, conservando apenas a sua peculiar denominação.

A característica marcante desse processo interdital era, conforme ensinam CRUZ e TUCCI e AZEVEDO (1996, p.114)<sup>12</sup>, a sumariedade. Assim, ao pretor cabia tão somente o exame dos pressupostos de fato, para conceder, ou não, o interdito postulado que, conforme ensinam, tinha caráter administrativo, uma vez que era calcado no poder de polícia do pretor.

Outros, porém, como RIBAS (1901, p. 193)<sup>13</sup>, afirmam que tal processo em vez de ser sumário, era muito complicado. Para este autor, o processo interdital era muito semelhante às nossas ações possessórias “propostas dentro de ano e dia da lesão da posse, em que se começa pelo mandado expedido pelo juiz, convertendo-se, porém, o mandado em simples citação, desde que o réu pede vista dos autos para deduzir sua defesa” (anote-se que a referência do Conselheiro Ribas é relativa às ações instituídas pelo Regulamento 737, de 25/11/1850, recepcionado pelo Dec. 763, de 19/11/1890). No processo romano - conclui -, o Pretor, quando provocado por uma parte, mas em presença de ambas, decidia as questões “sem exigir prova alguma, proferia imediatamente a ordem prevista no Edito”. Proferido “o interdito o réu podia opor a exceção ou a defesa que tivesse, e então o Pretor nomeava o *judex* ou *arbiter*, e a ordem contida no interdito se transformava em fórmula”.

Assim, tendo em vista que “o escopo último, em regra, era a tutela do estado atual

<sup>7</sup> Idem, ibidem.

<sup>8</sup> Idem.

<sup>9</sup> Ob. cit.

<sup>10</sup> MARCATO, Antônio Carlos. *Procedimentos especiais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 113.

<sup>11</sup> Idem.

<sup>12</sup> Idem.

<sup>13</sup> Ob. cit.

da coisa litigiosa, entende-se que o interdito possuía natureza cautelar.<sup>14</sup>”

## 4. O Direito Português

Antes de analisarmos os interditos nas Ordenações Filipinas, é mister que façamos, um breve estudo das fontes do direito vigente em Portugal, a fim de melhor compreendermos a recepção do instituto criado pelo direito romano.

A doutrina contemporânea costuma dividir a história do direito português em períodos, segundo critérios “que os autores consideram predominantes ou decisivos na evolução jurídica, ou que mais perfeitamente a traduzem.”<sup>15</sup> Assim, em que pese o fato de existir uma certa subjetividade nessa divisão, é comum encontrarmos esse direito dividido em 4 grandes períodos. São eles: o período primitivo, o período romano; período germânico ou visigótico e período do domínio muçulmano e da reconquista cristã.

### 4.1. Período Primitivo

Denomina-se primitivo o período anterior à dominação romana. São escassas as informações sobre os povos que habitavam a Península Ibérica naquele período, seja quanto às suas relações sociais, seja no tocante à legislação por eles adotada. Apesar dessa escassez de informações, parece não haver dúvidas, entre os doutrinadores, como é o caso de COSTA (2002, p. 76) de que, ao longo do denominado período primitivo, não existia, em Portugal, “um direito único, que vigorasse uniformemente em todo o território, mas sim muitos ordenamentos jurídicos.”<sup>16</sup>

Após sobrelevar as características do direito peninsular pré-romano – conclui -, “que o direito primitivo teve exclusiva ou predominante natureza consuetudinária na generalidade do território peninsular. A grande maioria dos povos autóctones conheceu como fonte de direito apenas o costume: as normas

jurídicas surgiram pela prática reiterada das mesmas condutas, perante os vários problemas e situações sociais, acompanhada da convicção ou consciência da sua obrigatoriedade”.

### 4.2. Período Romano

Os autores que se ocuparam do tema, entre os quais está COSTA (2002, P. 85)<sup>17</sup>, costumam dividir a ocupação romana na península-ibérica em duas fases: “uma fase de conquista, que termina em 19 a. C., com o domínio dos territórios cantábricos e astures; e uma fase de romanização, quer dizer, de progressivo conhecimento e assimilação, pelos povos autóctones, das formas de vida, da cultura e do direito dos Romanos”, fase esta que perdurou até, aproximadamente, o século III d. C.

Segundo o mesmo autor (p. 87), entre as características dessa fase de romanização da península-ibérica destacam-se: “a assimilação lenta da cultura e da civilização dos Romanos pelos povos autóctones; a concessão da latinidade aos habitantes da Península, devida a Vespasiano (73/74 d. C.); e a concessão da cidadania romana aos súditos do Império em geral, no tempo de Caracala (212 d. C.)”.

A concessão da latinidade e a concessão da cidadania são consideradas como fundamentais e decisivas para a romanização jurídica da península, uma vez que passou a ter acesso à legislação, especialmente após a constituição do Imperador Caracala, quando mais da metade da população da península recebe a cidadania.

Com a decadência do Império Romano do Oriente e o início das invasões alemãs, tem início uma nova fase da vida sociopolítica da península, com inevitáveis consequências no campo jurídico eis que, conforme ensina CRUZ e TUCCI, entre os séculos VIII e XI “a unidade jurídica deixada pelos romanos é fragmentada pelos visigodos sob a égide do *Liber Judiciorum*. Entre as comunidades dispersas pelo campo, após a ocupação dos sarracenos, estrutura-se um ordenamento de direito costumeiro, de aplicação local, resíduo

<sup>14</sup> CRUZ e TUCCI, José Rogério e AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

<sup>15</sup> COSTA, Mário Júlio de Almeida. *História do direito português*. 3.ed. Coimbra: Almedina, 2002.

<sup>16</sup> idem.

<sup>17</sup> Idem.

das inúmeras experiências jurídicas que tinham atravessado o território da península.<sup>18</sup>

#### 4.3. Período Visigótico

Nos primeiros tempos do domínio visigodo estabelece-se o costume na península. Costume que passa de pai para filho. As instituições eram mantidas como hábito, uma vez que, atingir a paz de um vizinho poderia significar a expulsão da comunidade e, conforme ensina a boa doutrina, ser expulso era como ser condenado à morte.

Prevalecia, entre os povos germânicos, certas tradições, como as ordálias e o duelo judiciário.

Na península-ibérica, segundo ensina CRUZ e TUCCI (2004, p. 93)<sup>19</sup>, citando Braga da Cruz, vigorava um sistema de direito romano vulgar, que era o produto da conjugação de dois fatores que se relacionavam: a persistência de certas práticas consuetudinárias anteriores à conquista romana e a degenerescência do direito romano clássico”.

Segundo COSTA (2002, p. 106)<sup>20</sup>, “os Germanos, durante o ciclo de migração através do Império, conservaram os seus costumes jurídicos. Mas, por outro lado, também se sustenta que não os tenham impostos às populações romanizadas, muito mais numerosas, em que se enquadram. A situação correspondia, pois, ao princípio da *personalidade* ou da *nacionalidade do direito*, quer dizes, à coexistência de sistemas jurídicos diversos dentro do mesmo território, devendo cada pessoa reger-se pelo direito de sua raça”.

Por outro lado, é também aceita a tese de que os reis germânicos começando a tomar contato com essa legislação romana peninsular, percebem rapidamente os benefícios que uma legislação escrita poderia lhes trazer. Tanto é, assim, que, em 654, entra em vigor o denominado código visigodo, determinando que, daquela data em diante, aquela era a única lei passível de aplicação na península.

Ocorre, entretanto, que, em 711 a península-ibérica sofre nova invasão, agora pelos muçulmanos, com a conseqüente expulsão dos visigodos para as Astúrias, onde permanecem por um longo período, aproximadamente três séculos, quando, no limiar do século XII, começam a reconquista.

Os muçulmanos possuíam uma legislação própria, de forte cunho religioso, com punições muito severas, mas que não foi aplicada aos povos cristãos da península. O juiz muçulmano, via de regra, somente intervém quando uma das partes é muçulmana.

Aliás, essa pequena influência da legislação muçulmana na península pôde ser constatada pois, após a reconquista (neovisigótica), ocorrida no século XV, com a expulsão dos muçulmanos, pouquíssimas normas muçulmanas ali se fixaram. A parceira agrícola é uma das raras exceções.

#### 4.4. Período da Reconquista

Conforme ensina a boa doutrina, é, durante esse longo processo de reconquista, que vai do século XII até o século XV, com a expulsão definitiva dos muçulmanos do reino de Granada, que o então rei, Afonso VI, de Leão, cede a D. Teresa, sua filha proveniente de uma ligação extraconjugal e que, posteriormente, se casa com D. Henrique, nobre da Borgonha que auxilia na reconquista, uma espécie de condado, denominado Condado Portucalense. Nesse território, o filho de D. Teresa e de D. Henrique, Afonso Henriques irá fundar o reino do Portugal, após a reconquista de Lisboa, ocorrida em 1140.

Será, portanto, através de D. Afonso Henriques e seus sucessores, que o direito lusitano começa a se consolidar. Estamos num período anterior à recepção do direito canônico, onde predominam os costumes, conforme acima citado, uma vez que o direito canônico ainda não havia sido recepcionado e a vigência do código visigótico terminara por volta do ano 1000.

Não existe, na península-ibérica, nesse período, a vassalagem, comum às demais regiões da Europa, uma vez que, em virtude da reconquista, os habitantes lutam ao lado do rei, sendo concedidas, por este, honras àqueles que participavam da reconquista. Os próprios

<sup>18</sup> Idem, p. 120.

<sup>19</sup> Idem.

<sup>20</sup> Ob. cit.

nobres participavam dessas lutas, como é o caso do próprio D. Henrique, da Borgonha.

Conforme ensina a boa doutrina, o rei justo era aquele que dava coisas, aos pobres ele dava esmolas, aos nobres, um pedaço do reino. É um período em que toda a riqueza baseia-se na terra.

É interessante notar, que, em virtude das lutas pela reconquista, forma-se uma nova nobreza. Exemplo clássico citado pela doutrina é o seguinte: se uma mulher ficasse viúva de um nobre que morrera em batalha e viesse a se casar novamente, as honras do falecido passariam ao novo marido. Desse modo, fala-se, em honra velha e em honra nova.

Este fato é significativo porque, quando os denominados “juízes de fora” (que eram nomeados pelo monarca em substituição aos juízes da terra), iam efetuar uma inquirição, verificavam de onde provinha a honra e, se o novo ocupante não conseguisse comprová-la, as terras voltavam ao rei.

Características, também desse período, são as concordatas realizadas entre o rei e o bispo, que tinham por finalidade a concessão de terra para a Igreja.

Segundo a lição de CRUZ e TUCCI (2004, p. 121)<sup>21</sup>, era comum, nessa época “a circulação de coleções de preceitos costumeiros e de *precedentes judiciais*. Denominados *fueros*, em Espanha, e *forais* ou costumes municipais, nas fontes portuguesas – apesar da dificuldade (comum, aliás, a quase todas as instituições medievais) de estabelecer o seu preciso significado –, eram um documento escrito, outorgado pelo monarca, contendo as regras jurídicas próprias de uma determinada comunidade, com âmbito de vigência restrito a um específico território”.

Existiam, nessas localidades, as Cortes, espécie de parlamento, onde, inicialmente, compareciam somente os nobres e, com o passar do tempo, a eles se associam os representantes do povo. A partir do momento em que se observa o fortalecimento do monarca, essas cortes desaparecem.

Nesse período, ainda vigoram alguns traços marcantes do direito germânico, como é o caso dos “conselhos dos homens bons”, espécie de assembleia que se reunia, em sua

comunidade, para apreciar e julgar os litígios. Não existia recurso e o processo representava, do ponto de vista simbólico, uma interação de costumes e tradições.

A assembleia dos homens bons designava alguns de seus membros, geralmente três, que seriam os responsáveis pelo processo, ou seja, seriam os juízes.

Era característica do processo, nesse período, a oralidade, pois, conforme a lição de COSTA (2002, p. 225)<sup>22</sup>, “as determinações do rei e das Cortes, ou os textos legislativos, possuíam sempre uma eficácia relativa, em consequência da falta de preparo dos juízes, tabeliães e advogados, amiúde incapazes de interpretar e aplicar os preceitos leis, ou até de saber lê-los. Ainda no século XIII e, inclusive, no decurso do imediato, a justiça das comarcas continuou entregue, fundamentalmente, a juízes de eleição popular”. Os argumentos eram, portanto, apresentados de viva voz. Sendo o processo público e formalista, a ofensa era apresentada na praça e a reação tinha de ser imediata. A competência era determinada *ratione personae*, portanto, dependendo da pessoa, o processo se desenvolvia perante a Cúria Régia, e era assistido pelo Rei.

Outras características do processo, nesse período, eram: a bilateralidade, já que ambas as partes deveriam ser ouvidas; e a probidade, uma vez que todos os participantes (litigantes, testemunhas e terceiros) eram colocados de mãos dadas e faziam juramento.

Deixaremos de tecer maiores comentários sobre o desenvolvimento do processo nesse período, visto que, por certo, extrapolaria o objetivo deste trabalho. Uma nota, entretanto, sobre a citação do réu, faz-se necessária, uma vez que o lar do demandado era protegido; proibia-se, assim, ao autor ou ao oficial (auxiliar do juízo), de nele adentrar, sob pena de multa. Se o oficial insistisse, o réu poderia usar a própria força para impedi-lo.

A criação das universidades europeias, a partir do século XII, é decisiva, pois deu origem a um fenômeno que a doutrina convencionou designar pelo nome de direito romano renascido – um direito universal. Esse novo direito que, posteriormente, irá sofrer

<sup>21</sup> Ob. cit.

<sup>22</sup> Ob. cit.

forte influência do direito canônico, teve, conforme ensina COSTA (2002, p. 241-242)<sup>23</sup>, “um significado muito valioso no quadro histórico do sistema jurídico português, que se prolonga até os tempos modernos. O mesmo ocorreu, aliás, quanto à generalidade dos países de formação cristã. Na época, o direito canônico disciplinava múltiplos aspectos das relações sociais que se encontram hoje confiados à legislação estadual. Além de que, em virtude do relevo que a Igreja sempre possuiu, o conhecimento das suas instituições e organização, que é dado sobretudo pelo respectivo sistema jurídico, apresenta grande interesse para a história social e política”.

Tal influência verifica-se, já em meados do século XIII, com a promulgação da Lei das Sete Partidas pelo rei D. Afonso X, uma lei de caráter geral e “enciclopédico, essencialmente inspirada no sistema do direito comum romano-canônico, mas em que se encontram também sintetizados princípios filosóficos, teológicos, religiosos e morais, de proveniências diversas, a propósito da fundamentação de vários preceitos. Tiveram sucessivas reelaborações e o nome resulta da sistematização em sete partes”<sup>24</sup>.

Seguem-se outras legislações importantes, que não nos cabe aqui abordar, como são exemplos o Livro das Leis e Posturas e as Ordenações de D. Duarte, que, no dizer de COSTA (2002, P. 266)<sup>25</sup> “se caracterizam pela sua índole privada” e que, segundo conclui, ao lado de outras leis, costumes gerais e jurisprudência do tribunal da Corte constituíram trabalhos preparatórios das Ordenações Afonsinas.

## 5. As Ordenações

Passamos, em seguida, a uma rápida abordagem sobre alguns dos aspectos principais das Ordenações Afonsinas, Manoelinhas e Filipinas, nesta ordem.

### a) Ordenações Afonsinas

<sup>23</sup> Ob. cit.

<sup>24</sup> Idem, p. 235.

<sup>25</sup> Idem.

Embora alguns coloquem em dúvida o ano exato da publicação das Ordenações Afonsinas, a doutrina majoritária considera que as mesmas foram publicas no ano de 1446, em nome de D. Afonso V.

Trata-se das primeiras compilações de leis portuguesas, organizadas em cinco livros. É uma legislação que possui as características típicas do direito romano-canônico, tendo na escrita e na publicidade aspectos marcantes.

Segundo a boa doutrina, encontram-se entre as características marcantes dessa legislação: a obrigatoriedade da fundamentação da sentença pelo juiz e a apelação. Esta última, aliás, foi uma das razões que levou o monarca a compilar as leis, ou seja, uma forma de controle das atividades dos juízes locais.

O procedimento é solene (“ordinário”), escrito e bastante formal. Entretanto, ao lado deste, havia, por influência do direito canônico, a previsão, para determinadas causas, de um procedimento mais simplificado e menos formal.

Um aspecto importante a ser ressaltado, especialmente para os fins desse estudo, é que, no tocante à revelia, o Livro III das Ordenações Afonsinas faz distinção entre ação real e ação pessoal. Se a ação fosse real, ocorrendo a revelia, o autor obtinha, desde logo, a imissão na posse. A própria lei, no entanto, abranda esse rigor, dizendo que a revelia poderia ser relevada, se o réu apresentasse o pagamento ou o registro. Ressalta-se, portanto, a nítida importância do documento sobre a ausência.

Também é considerado muito avançado nessas Ordenações, a previsão da transação, como ato de auto-solução dos conflitos.

É recepcionada a reconvenção, já existente no direito canônico, embora não conhecida dos romanos. Excetua, entretanto, deste instituto o esbulho e o depósito, que são ações dúplices.

Quanto às provas, destaca-se, como já dito anteriormente, a documental, com especial destaque para as escritura públicas, no caso das ações reivindicatórias.

### b) Ordenações Manuelinas

Trata-se, na verdade, de uma compilação das Ordenações Afonsinas e, para alguns, teve o grande mérito de ser uma verdadeira sistematização daquela. Em 1505 o então rei D. Manoel que teria encarregado uma comissão de três juristas da época (há dúvidas entre os autores sobre a exatidão dos nomes que compõem a comissão), “Rui Boto, que desempenhava as funções de chanceler-mor, o licenciado Rui Grã e João Cotrim, corregedor dos feitos cíveis da Corte, que procederam à atualização das Ordenações do Reino, alterando, suprimindo e acrescentando o que entendessem necessário”.<sup>26</sup>

Terminada a atualização, as Ordenações foram publicadas em 1521, ano da morte do rei D. Manuel, que foi sucedido por D. João III.

Entretanto, em 1526, D. João III, que era extremamente religioso e adepto do direito canônico, nomeou uma comissão composta de juristas com tal inclinação, determinando-lhes que fosse elaborada uma reforma às então recém publicadas Ordenações Manuelinas, com a finalidade precípua de acelerar a marcha do processo. Referida alteração é conhecida como a “nova ordem do juízo”.

Entretanto, conforme ensina COSTA (2002, p. 285)<sup>27</sup>, uma “dinâmica legislativa acelerada, característica da época, teve como efeito que, a breve trecho, as Ordenações Manuelinas se vissem rodeadas por inúmeros diplomas avulsos. Estes não só revogavam, alteravam ou esclareciam muitos de seus preceitos, mas também dispunham sobre matérias inovadoras. Acrescia a multiplicidade de interpretações vinculativas dos assentos da Casa da Suplicação. Tornava-se imperiosa a elaboração, pelo menos, de uma coletânea que constituísse um complemento sistematizado das Ordenações, permitindo a certeza e a segurança do Direito”. E, acrescenta, que coube “a iniciativa ao Cardeal D. Henrique, regente na menoridade de D. Sebastião, que encarregou o licenciado Duarte Nunes do Lião de organizar um repositório do direito extravagante, ou seja, que vigorava fora das Ordenações Manuelinas”. Assim, em 1569, são publicadas essas alterações,

impropriamente denominado de “Código Sebastiânico”.

Referido “Código” não teve o condão de revogar as Ordenações Manuelinas, como efetivamente não revogou, apenas efetuou uma compilação, inclusive incorporando a legislação esparsa existente no período, bem como efetuou, o que parece ser seu grande mérito, uma verdadeira sistematização das Ordenações Manuelinas.

Tratando-se, portanto, de uma legislação compilada, coincide, em muitos aspectos, com as disposições das Ordenações Afonsinas.

Cabe, entretanto, ressaltar, algumas inovações trazidas em seu texto. Em primeiro, considerando o caráter para o qual foram instituídas, ou seja, de acelerar o procedimento, temos que os prazos são simplificados. Assim, o procedimento iniciava-se com a exposição oral, sem o libelo e, em seguida eram oferecidas exceções (peremptórias ou dilatórias). Não sendo acolhidas tais exceções peremptórias, prosseguia o processo, sendo, então, oferecidos, por escrito e articuladamente, o libelo e a contestação ao mesmo.

O sistema de provas era similar ao das Ordenações Afonsinas, com ênfase para as provas oral e documental, sendo também admitida a intervenção de terceiros (assistência, como nas Afonsinas, e oposição, com inspiração no direito canônico).

Ainda merece destaque o sistema de recursos, que, além da apelação já amparada pelas Ordenações Afonsinas, estabelece quatro tipos de agravo, a saber: agravo nos autos; agravo ordinário, agravo de petição, agravo de instrumento e agravo de ordenação não guardada. Este último, segundo a doutrina, é o cerne da correição parcial.

É de mencionar, também, a exigência de que os recursos fossem endereçados, o que não ocorria no sistema anterior.

### c) Ordenações Filipinas

Com a morte de D. Sebastião ascende ao trono português o então Rei de Espanha, Filipe II, que passa, dessa forma, a ser II de Espanha e I de Portugal e, praticamente, rei do mundo inteiro, em virtude do Tratado de Tordesilhas.

<sup>26</sup> Idem.

1. Idem.

Apesar de serem editadas sob o domínio espanhol, que durou de 1580 a 1640, as Ordenações Filipinas, datadas de 1603, são genuinamente portuguesas, posto que, D. Filipe I, com extrema habilidade política, nomeou uma comissão de juristas portugueses para efetuar a reforma das Ordenações Manuelinas, então em vigor.

Conforme ensinam aqueles que estudaram o assunto com profundidade, o principal motivo dessa reforma foi o Concílio de Trento, que estabeleceu a contra reforma na Igreja, trazendo reflexos para o direito canônico e fora dele, em especial para o direito civil, eis que modifica o casamento e a família, com a introdução, naquele, dos proclamas, da necessidade de testemunhas e da pronúncia da palavra sim.

Tratando-se de normas rigorosas, nem todos os países adotaram os procedimentos implantados pelo Concílio de Trento, entretanto, Portugal, em virtude da religiosidade de D. João III e de D. Henrique, haviam adotado tal postura. Em consequência, houve a necessidade de efetuar-se a adequação de alguns artigos das Ordenações Manuelinas.

Além disso, viu-se a necessidade de se adequar as disposições das Ordenações com as regras de algumas leis extravagantes.

Assim, em 1603 entra em vigor, em Portugal e no Brasil, aquele que seria o diploma legislativo de maior duração no período, as Ordenações Filipinas, que vigoraram em Portugal até 1867 e, no Brasil, até 1917.

Referidas Ordenações não trazem grandes modificações ao processo, pois, segundo a doutrina dominante, a ideia central do legislador de 1603 foi tornar o texto mais simples e de melhor compreensão.

Como novidade em relação às Ordenações Manuelinas, podem ser apontados, como ocorre entre os doutrinadores, o fato de estabelecer-se uma limitação para os recursos, garantindo-se, dessa forma, a estabilidade dos julgados.

Institui-se o recurso de revista, cabível quando a sentença tivesse sido concedida, por exemplo, com base em falsas provas, além de serem estabelecidos quatro tipos de processos, a saber: processo ordinário (mais ou menos parecido com o processo existente nas

Ordenações Manuelinas); processo sumário, mais célere, onde o libelo poderia ser feito oralmente, porém, limitado a causas que não ultrapassassem 1.000 réis; processo summaríssimo, sempre verbal e destinado a causas mais simples, mas que não admitia, nem a apelação, nem o agravo; e, por derradeiro, um processo especial, para as denominadas ações decendiárias. Este último, segundo a doutrina, foi uma modificação piorada, pois retirou a condenação em dobro prevista nas Manuelinas.

Com relação ao agravo são mantidas, basicamente, as regras e os tipos de agravo previstos na legislação anterior.

Quanto à apelação, é estipulado o prazo de dez dias, com a garantia de alguns privilégios à nobreza.

## 6. Os Interditos Possessórios nas Ordenações Filipinas

Conforme acima exposto, as Ordenações Filipinas não são uma legislação nova, mas uma compilação das Ordenações Manuelinas e leis extravagantes que, por possuírem uma influência do direito romano-canônico, previam os interditos possessórios, que, conforme se demonstrou, representam um modo eficaz de proteção da ordem pública, quando se configura uma situação de ameaça, turbação ou esbulho da posse.

Tendo, o legislador português de 1603 por objetivo adaptar a legislação então vigente aos preceitos das normas estipuladas pelo Concílio de Trento, as quais possuem, entre seus pilares, a proteção da família e da sociedade, não seria lógico supor que o legislador português da época deixasse de contemplar tal garantia à posse, que, além de exteriorizar o domínio, como preferem alguns, garante a ordem pública.

Assim é, que os interditos referentes à manutenção e reintegração de posse (turbação e esbulho) e o interdito proibitório, para o caso de ameaça foram recepcionados e estão contemplados nas Ordenações Filipinas.

Diz o Título 58, do Livro 4 das Ordenações Filipinas, que:

Se alguma pessoa forçar, ou esbulhar outra da posse de alguma casa, ou berdade, ou de outra

possessão, não sendo primeiro citado e ouvido com sua Justiça, o forçador perca o direito, que tiver na causa forçada, de que esbulhou o possuidor, o qual direito será adquirido e applicado ao esbulhado, e lhe seja logo restituída a posse della. E se o forçador não tiver direito na causa, em que fez a força, pagará ao forçado outro tanto, quanto a causa valer, e mais todas as perdas e danos, que na força, ou por causa della em qualquer modo receber. E posto que allegue, que he senhor da causa, ou lhe pertence ter nella algum direito, não lhe seja recebida tal razão, mas sem embargo della seja logo constrangido restituil-a ao que a possuia e perca todo o direito, que nella tinha, pelo fazer por sua própria força, e sem autoridade de Justiça.

Segundo LOBÃO (1867, p. 51)<sup>28</sup>, a Ordenação Filipina “concede nos seus casos a adquisição da posse, e immissão n’ella extrajudicialmente. Ella ao mesmo tempo se vê collocada debaixo do T. 58, e indica que n’estes casos cessa a regra geral estabelecida no princípio da mesma ordenação.”

Prosegue o citado autor (1867, p. 14)<sup>29</sup> que, para “o desforçamento ha dois meios (sem necessidade de recorrer aos interditos); um d’elles, o mais seguro e prudente, é requerer ao magistrado assistencia de officiaes de justiça para o desforçamento na forma da boa praxe (.....)..... o segundo, caso o “espoliado não quer recorrer a este meio, o mais seguro e providente, elle pela permissão da Ord., L. 4, T. 58, pr. 2, pôde recuperar a posse desforçando-se, aindaque com ajuntamento de gente, quanta lhe for necessaria conforme a prepotencia do adversario. Contabtoque assim execute in continenti (o que a ordenação deixa ao arbitrio do julgador). E isto aindaque esse ajuntamento para esse fim forme o numero que constitua assuada; e contantoque assim seja prcciso, e se

trate de recuperar uma posse justa e legitima, que foi espoliada”.

E, no Título 78, do Livro 3 do mesmo diploma vem estipulado que:

#### TÍTULO LXXVIII

3. *Outros atos extrajudiciaes há, que não poem fim às demandas, e estes são em trez maneiras; porque há hi huns, que são começados e acabados, e outros, que são começados, mas somente são cominatórios.*

*No primeiro caso não se pode appellar de taes autos, mas são por Direito introduzidos outros remedios de provimento, a que chamam interditos recuperatorios; pelos quais sabida a verdade sumariamente, todos os autos feitos e atentados serão tornados e restituídos ao primeiro stado. Assi como, se hum homem esbulhasse outro de alguma causa, que elle possuisse pacificamente, em tal caso não se acha por Direito que de tal auto possa appellar, mas he dado o dito remedio, que se chama interdicto, per o qual (provado elle como foi justamente esbulhado) sera logo restituído a posse da causa sem outro embargo, nem será o que esbulhou, relevado da dita restituição, aindaque diga da causa esbulhada he sua, e tem ela propriedade, ou qualquer outro direito.*

4. *No segundo caso dos autos, que são começados e não acabados, he achado hum só caso de Direito, em qual (postoque não pôdem appellar) pôdem denunciar segundo costume de cada lugar, a qual denunciaçao tem tanto effeito e vigor, como appellação; convem a saber, quando algum edifica novamente alguma obra, que ao outro he prejudicial, tolhendo-lhe a vista de sua casa, ou outra servidão, que lhe seja devida, pôde aquelle, a que assi se tolhe vista, ou servidão, por si denunciar ao edificante, lançando certas pedras na obra, segundo Direito e uso da terra, que mais não faça naquella obra, pois a elle he prejudicial; e depois, que a denunciaçao assi fôr feita, sendo mais edificado na obra, o Juiz da terra, sendo para isso requerido, mandara desfazer tudo que assi mais fôr edificado, e depois que tudo fôr tornado ao*

<sup>28</sup> LOBÃO, Manuel de Almeida e Sousa de. *Tratado encyclopedico compendiario, pratico e systematico dos interditos e remedios possessorios geraes e especiaes*. Lisboa: Imprensa Nacional, 1867.

<sup>29</sup> Idem.

*primeiro stado, então tomará o Juiz conhecimento da duvida e contendá, e fará justiça às partes.*

*5. E, quanto ao terceiro caso dos autos extrajudiciaes, que não começados, mas comminatorios, dizemos que a parte, que se teme, ou receia ser aggravada per a outra parte, pôde recorrer aos Juizes da terra, implorando seu Officio, que o provejam, como lhe não seja feito agravo. E poderá ainda fora do Juízo appellar de tal cominação, pondo-se sob poderio do Juiz, requerendo, e protestando de sua parte àquelle, de que se teme ser aggravado, que tal agravo lhe não faça.*

*E se depois do dito requerimento e proteção assi feita, fôr alguma novidade commettida ou attentada, mandará o Juiz (se fôr requerido) tornar e restituir tudo ao primeiro stado. E em tal protestação sera inserta e declarada a causa verisimil e razoada, por que assi protestou: pôde-se pôr exemplo: se algum se temer de outro, que o queira offendere na pessoa, ou lhe queira sem razão ocupar e tomar suas cousas, poderá requerer ao Juiz que segure à elle as suas cousas do outro, que o quizer offendere, a qual segurança lhe o Juiz dará; e se depois della elle receber offensa daquelle, de que foi seguro, restituil-o-há o Juiz, e tornará tudo o que foi commetido e attentado depois da segurança dada, e mais procederá contra o que a quebrantou, e menosprezou se umandado, como achar per Direito.*

É interessante notar, que a doutrina pátria contemporânea costuma atribuir caráter processual à ação de nunciação de obra nova, embora o Código de Processo Civil em vigor não contemple tal ação como possessória. Analisando o parágrafo 4 do Título 78 do Livro 3 acima transcrito, parece razoável supor que existe ai o germe do caráter possessório que atualmente se pretende dar a tal ação.

Não se admite a reconvenção, para que não seja impedida a restituição da cousa esbulhada, conforme nota (7) ao Título 78 do Livro 4 das Ordenações Filipinas (1985, p. 851 editada pela Fundação Calouste), em face do

disposto no par. 4, do Título 33 do Livro 3 do mesmo diploma que assim dispõe:

4. Há hi taes auções, em que não cabe reconvenção, convém saber, convenção de esbulho, guarda e depósito, e accusação de feito crime, em que a Justiça haveria lugar, posto que a parte não accusasse; porque estas convenções são privilegiadas, e não cabe em ellas reconvenção, porque não seja impedida a restituição da cousa esbulhada, ou posta em guarda e depósito, nem accusação de feito crime.

Ainda, segundo a mesma nota, “o Desembargo do Paço expedia também cartas para manter essa posse, e restitutoria da posse em favor dos esbulhados (Ord. Liv. 1 t. 3 pr. 3 e pr. 6, e liv. 3 t. 85 pr.1); o que cessou pelo art. 7 da L. de 22 de Setembro de 1828 (...) Entretanto, se o esbulhador evidentemente mostra que a propriedade he sua, parece de razão, que seja mantido na posse, e não privado (Ass de 16 de Fevereiro de 1786 no segundo quisito), por quanto cf declara o Ass *in fine*, seguir-se-ia um absurdo visível se outra cousa se determinasse (Cordeiro – Dub, 50).

A seguir – conclui -, com base na doutrina de Silva Pereira, que também não cabem embargos de terceiro.

Mais uma vez com LOBÃO (1867, p. 83)<sup>30</sup>, vemos que, apesar “de ser summario este interdicto e de depender, por via de regra, de acção ordinaria a disputa do dominio, *ex Cord.*, *de Interdict.*, Dub. 50, n. 27 e 33, Dub. 48, n. 65, Dub. 49, n. 20; contudo a nossa Ord. L. 1, T. 68, pr. 23, quer que n’este summario mesmo se conheça do direito da propriedade e justiça ou injustiça da nunciação, como bem ponderou um senador na deliberação transcripta por Peg., Tom. 6, ad Ord. L. 1, T. 68, pr. 22, n. 18 e 19. Nem eu jamais vi que nas sentenças que decidem a nunciação, se reserve direito para outra acção sobre a propriedade, como nos mais remedios possessorios. E seria absurdo, desprezada a nunciação, mandar-se findar a obra com essa reserva de direito ao nunciante, e, vencendo

<sup>30</sup> Ob. cit.

depois este na causa ordinaria, demolir-se o todo ou grande parte de algum edifício”.

## 7. Conclusão

Conclui-se, portanto, que os interditos possessórios mantêm, ao longo de aproximadamente trinta séculos, a mesma função precípua, ou seja, de garantia da ordem pública, eis que, assim como fazia o pretor peregrino, fez o legislador português e, necessariamente, deverá fazer o legislador, agora, e no futuro, ou seja, impedir, em nome da boa ordem pública, que o possuidor de boa-fé, e conforme o direito, seja desalojado.

Viu-se, também, através dos diversos períodos do direito português acima estudados, que houve sempre a preocupação, embora os objetivos possam não ter sido plenamente alcançados, de adequar a legislação ao momento vivido, a fim de evitar que a lentidão e a morosidade ocasionadas pela excessiva dilação temporal dos atos processuais, bem como a “infinidade” de recursos, no mais das vezes, meramente protelatórios, trouxessem desconforto às partes e descrédito à população sobre o verdadeiro mister do direito e do processo.

Por fim, nunca é demais ressaltar, como fazem CRUZ e TUCCI e AZEVEDO (1996, p. 20)<sup>31</sup> a importância do estudo da História, posto tratar-se “de uma ciência em marcha, que não cuida somente de narrativas a respeito de um passado finito, mas, antes disto, de imagens vivas, que por alguma razão não estavam expostas à luz, mas que agora estão a fornecer maiores subsídios à pesquisa e ao conhecimento, possibilitando a melhor compreensão da realidade presente”.

---

<sup>31</sup> Ob. cit.

## REFERÊNCIAS

- COSTA, Mário Júlio de Almeida. **História do direito português**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério e AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- LOBÃO, Manuel de Almeida e Sousa de. **Tratado encyclopedico compendiario, pratico e systematico dos interditos e remedios possessorios geraes e especiaes**. Lisboa: Imprensa Nacional, 1867.
- LOPES, José Reinaldo Lima. **O direito na história**. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- MARCATO, Antônio Carlos. **Procedimentos especiais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- RIBAS, Antonio Joaquim. **Acções possessorias**. São Paulo: Miguel Melillo, 1901.

## RESUMO

O frequente aumento de danos causados por menores tem nos levado a refletir sobre a responsabilidade civil dos pais, analisando conjuntamente as regras da Constituição Federal, do Estatuto da Criança e do Adolescente, e do Código Civil em vigor. Nessa esteira, é possível afirmar, à luz do princípio constitucional de solidariedade (art. 3º, I, CF/88), bem como à luz do dever constitucional de criação e educação dos filhos (arts. 229, 227 e 205, CF/88), que a responsabilidade dos pais permanece conquantos estejam separados ou divorciados, mesmo nos casos em que a guarda esteja com apenas um dos genitores, pois não estando suspenso ou extinto o dever familiar não resta diminuído seu dever quanto à pessoa dos filhos. De outro lado, a emancipação não será fundamento de exclusão da responsabilidade civil dos pais nas hipóteses em que continuarem os filhos a depender de seus pais, por desvirtuamento do milenar instituto. Igualmente, a paternidade socioafetiva gera os mesmos deveres que aqueles decorrentes da paternidade biológica, notadamente o dever de reparação dos danos decorrentes de atos ilícitos causados pelos menores.

**Palavras-chave:** Responsabilidade Civil. Filhos Menores. Pais. Emancipação. Socioafetividade.

## ABSTRACT

The frequent increase of damages caused by juveniles has led us to reflect on the civil liability of parents, jointly analyzing the rules of the Federal Constitution, the Statute of Children and Adolescents, and the Civil Code. About it, we can say, in the light of the constitutional principle of solidarity (art. 3º, I, CF/88) and in the light of the constitutional duty of educating and upbringing children (arts. 229, 227 and 205, CF/88), parents' responsibility stay even though they are separate or divorced, even in cases where the guard is with the other parent, as the family duty has not been suspended or extinct, and the responsibility for the kids has not been diminished. On the other hand, emancipation will not be the ground for exclusion from liability of parents in cases in which children continue to depend on their parents, by distortion of the established institute. Likewise, the affective paternity generates the same duties as those from biological paternity, especially the duty to repair damage resulting from unlawful acts caused by minors.

**Keywords:** Civil Responsibility. Minor. Children. Parents. Emancipation. Affective. Paternity.

\* Mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Especialista em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Advogado.

## 1. Introdução

A responsabilidade civil dos pais pelos atos dos filhos menores, uma das hipóteses de responsabilidade civil pelo fato de outrem, e que nas palavras de Alvino Lima<sup>1</sup> tem suscitado vivos debates doutrinários, com impossibilidade de se alcançar uma solução capaz de resolvê-los de maneira definitiva, é tema que se mostra sempre atual, sobretudo levando-se em consideração o aumento dos casos de *bullying* e *cyberbullying* envolvendo crianças, juvenis e adolescentes.

Encontra-se no texto constitucional o dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com *absoluta prioridade*, o direito à educação (art. 227, CF/88), e ainda o sagrado dever dos pais de assistir, criar e educar os filhos menores (art. 229, CF/88) – dever esse repetido nos arts. 4º e 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n. 8.069/90 –, o que não tem sido suficiente para a diminuição dos rotineiros casos em que os pais – ou quem as vezes lhes faça – são chamados às Cortes para responderem por atos ilícitos praticados por seus filhos.

Um dos maiores desafios da contemporaneidade é, indubitavelmente, a educação, cuja definição, na doutrina de Ludwig Enneccerus, Theodor Kipp e Martín Wolff,<sup>2</sup> é a influência psíquica, ainda que se exerçite com ajuda de meios físicos, com o fim de formar o caráter e espírito do filho. Ao discorrer sobre este que é uma das pilastras do dever parental, Pontes de Miranda<sup>3</sup> preleciona que “*educar* consiste em instruir, ou fazer instruir, dirigir, moralizar, aconselhar”, estando o desatendimento deste dever diretamente ligado aos crescentes casos de ilícitos praticados pelos infantes.

A mudança de paradigma ocorrida no direito brasileiro com o advento do Código Civil de 2002, que estabeleceu a responsabilidade objetiva dos pais, afastando o sistema da responsabilidade subjetiva de outrora, demonstra a preocupação social em tornar efetiva a responsabilidade que decorre da função parental, ou seja, do poder familiar, verdadeiro *munus* público, e que, segundo sustenta Pontes de Miranda,<sup>4</sup> corresponde ao conjunto de direitos concedidos aos pais, “a fim de que, graças a eles, possam melhor desempenhar a missão de guardar, defender e educar os filhos, formando-os e robustecendo-os para a sociedade e a vida”.

Sem qualquer pretensão de esgotamento do tema, o presente artigo tem por finalidade a análise da responsabilidade civil dos pais à luz do direito civil constitucional, na busca por soluções que se mostrem mais condignas aos problemas enfrentados pela sociedade hodierna.

## 2. A Responsabilidade Civil dos Pais pelos Atos dos Filhos Menores no Código Civil de 1916 e no Código Civil de 2002

Inúmeras reflexões e debates foram gerados ao longo do tempo em razão da responsabilidade civil dos pais pelos atos dos filhos menores, nos moldes contidos no Código Civil de 1916. Com evidente influência do direito francês, o diploma brasileiro asseverava em seu art. 1.521, inciso I, serem os pais também responsáveis pela reparação civil quanto aos filhos menores que estivessem “sob seu poder e em sua companhia”. Enquanto o art. 1.518, parágrafo único, instituía a responsabilidade solidária dos pais juntamente com seus filhos, o art. 1.523 do *Codex*, por sua vez, impunha à vítima o ônus da prova de que haviam os genitores do menor causador do dano concorrido para a ocorrência do evento danoso, por culpa ou negligência. Tratava-se de responsabilidade indireta, subjetiva, sendo que a responsabilidade dos pais somente se tornava

<sup>1</sup> LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1960. p. 314.

<sup>2</sup> ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martín. *Tratado de derecho civil: derecho de familia*. v. 2. t. 4. Traduzido por Blas Pérez González e José Alguer. 2. ed. Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1952. p. 50.

<sup>3</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito de família*. v. 2. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1947. p. 31.

<sup>4</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito de família*. v. 3. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1947. p. 109-10.

efetiva quando lhes fosse imputada e comprovada a culpa por não haverem empregado a diligência necessária ou não haverem tomado as precauções para que inexistisse o dano.

A prova de culpa dos pais do infante, que haveria de ser feita pela vítima (art. 1.523, CC/1916), não constava da redação original dos Projetos de Código Civil, pois contra os pais havia presunção legal de culpa, sendo que o ônus da prova de culpa dos genitores imposto à vítima decorreu de modificação da redação original pelo Senado, que inverteu os princípios estabelecidos nos Projetos.<sup>5</sup>

O Código Civil de 1916 nada mencionou quanto à responsabilidade própria dos menores impúberes, pois ausente neles o discernimento, ou seja, desprovidos de razão, não podiam entender o que era certo ou errado, logo, não podia ser-lhes imputada culpa, o que os tornava inimputáveis, de maneira que os prejuízos que causassem eram considerados como decorrentes de força maior.

Eram considerados absolutamente incapazes os menores de 16 (dezesseis) anos (art. 5º, I, CC/1916), e relativamente incapazes os maiores de 16 (dezesseis) e menores de 21 (vinte e um) anos (art. 6º, I, CC/1916), com a modificação introduzida pela Lei n. 4.121/62, sendo estes últimos equiparados “ao maior quanto às obrigações resultantes de atos ilícitos” nos quais fossem culpados, por força do art. 156 daquele *Codex*. Assim, os menores de 16 (dezesseis) anos não eram diretamente responsabilizados, respondendo apenas seus pais, enquanto os maiores de 16 (dezesseis) anos eram solidariamente responsáveis quanto ao dever de reparação.<sup>6</sup> Vigorava, pois, a regra da responsabilidade com culpa, sendo que as outras espécies representavam exceções.

Foi com a edição do Código de Menores, instituído pelo Decreto n. 17.943-A,<sup>7</sup> de 12 de

<sup>5</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 10. ed. atual. por Achilles Beviláqua. v. 5. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1957. p. 233.

<sup>6</sup> SIMÃO, José Fernando. *Responsabilidade civil do incapaz*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 85.

<sup>7</sup> Era esta a redação do § 4º, do art. 68, do Decreto n. 17.943-A, de 12/10/1927: “São responsáveis, pela reparação civil do dano causado pelo menor os pais ou a pessoa a quem incumba legalmente a sua vigilância, salvo se provarem que não houve da sua parte culpa ou negligência. (Cod. Civ., arts. 1.521 e 1.623.)”.

outubro de 1927, cujos arts. 68, § 4º, e 74, modificaram a redação do art. 1.523, que se transferiu aos genitores o dever de provar que o ato danoso ocorreu sem culpa ou negligência de sua parte, estatuindo-se uma presunção *iuris tantum* de culpa dos pais. Da leitura do art. 68, § 4º, do Código de Menores de 1927 percebe-se que não havia exigência de estar o menor na companhia e sob o poder paternal para que fossem os genitores responsabilizados.

Ocorre que o Código de Menores instituído pela Lei n. 6.697, de 10 de outubro de 1979, que nada tratou sobre a responsabilidade dos pais, revogou, pelo seu art. 123, o Decreto n. 17.943-A/1927, deixando um vazio quanto à necessidade de prova de culpa dos pais, vez que para haver reprimir a lei posterior deve expressamente dar vigência à lei revogada, a teor do que dispõe o art. 2º, § 3º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB),<sup>8</sup> instituída pelo Decreto-Lei n. 4.657/42.<sup>9</sup> A fim de se evitar interpretações injustas, bem como afastando-se a possibilidade de se considerar objetiva a responsabilidade dos pais dada a ausência de reprimir a art. 1.523 do Código Civil de 1916, o Supremo Tribunal Federal houve por bem aplicar também aos pais a Súmula n. 341,<sup>10</sup> que trata da presunção de culpa do patrão ou comitente por ato de seu empregado ou preposto. O atual Código de Menores, Lei n. 8.069/90, conhecido como Estatuto da Criança e do Adolescente, através do art. 267 revogou integralmente a Código de Menores de 1979, sem adentrar na matéria relativa à responsabilidade dos pais por atos ilícitos

culpa ou negligência. (Cod. Civ., arts. 1.521 e 1.623.)”. O art. 74 do referido Decreto, por sua vez, tinha a seguinte redação: “São responsáveis pela reparação civil do dano causado pelo menor, os pais ou a pessoa a quem incumba legalmente a sua vigilância, salvo se provarem que não houve da sua parte culpa ou negligência. (Cod. Civ., arts. 1.521 e 1.523.)”.

<sup>8</sup> A Lei n. 12.376, de 30 de dezembro de 2010, alterou a redação do Decreto-Lei n. 4.657/42, substituindo-se a expressão “Lei de Introdução ao Código Civil” (LICC).

<sup>9</sup> É este o teor do § 3º do art. 2º, da LINDB: “Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência”.

<sup>10</sup> Dispunha a Súmula n. 341 do STF: “É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto”.

praticados pelos filhos menores, deixando a questão exclusivamente ao Código Civil.

Entretanto, a responsabilidade outrora fundada na culpa cedeu lugar à responsabilidade objetiva no Código Civil de 2002. Assevera o art. 932, inciso I, do vigente *Codex*, serem também responsáveis pela reparação civil os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia. A disposição contida no art. 933 do vigente Código, no sentido de que as pessoas indicadas nos incisos I a V do art. 932, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos dos terceiros nele referidos, representou, nas palavras de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka,<sup>11</sup> a “tão ansiada transição da *culpa presumida* e do ônus probatório invertido para uma *objetivação efetiva* dessa responsabilidade”.

Assim, no atual Código Civil, descabe perquirir qualquer indício de culpa por parte dos genitores nos casos de danos causados pelos infantes. Basta a existência do dano perpetrado pelos filhos menores para que se imponha aos genitores o dever de reparação.

Cumpre, por oportuno, esclarecer que nem mesmo os atos ilícitos cometidos pelos filhos menores no âmbito escolar devem servir de motivo para excluir a responsabilidade civil dos pais, como já tivemos a oportunidade abordar em trabalho que versou exclusivamente sobre a prática de *bullying* nas instituições de ensino.<sup>12</sup> Isso porque, conforme leciona Henri Lalou,<sup>13</sup> a responsabilidade mesma do pai reaparece, embora esteja o filho alojado em educandário, quando o ato danoso “*précédé d'une faute du père*”, ou seja, decorre por culpa (erro de conduta) do pai, ou quando decorre de defeito moral ou de direção, ou má educação do filho, sem a qual o dano não teria ocorrido, de maneira que pode a responsabilidade dos pais coexistir com a do educandário cujos prepostos, por defeito de

<sup>11</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 142.

<sup>12</sup> BOMFIM, Silvano Andrade do. *Bullying e responsabilidade civil: uma nova visão do direito de família à luz do direito civil constitucional*. In: Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. v. 22. Porto Alegre: Editora Magister. jun-jul/2011. p. 60-81.

<sup>13</sup> LALOU, Henri. *Traité pratique de la responsabilité civile*. 5. ed. Paris: Dalloz, 1955. p. 590.

vigilância, não evitaram, por exemplo, a conservação ou o uso de arma de fogo nas dependências da escola.

Por outro lado, embora exija a vigente norma o exercício da autoridade parental concomitante à companhia do infante, denotando a moradia sob o mesmo teto para que haja o dever do genitor de indenizar a vítima, entendemos que basta o exercício do poder familiar, independente de moradia sob o mesmo teto, como adiante veremos, ao tratar de pais separados ou divorciados. A moradia dos filhos com os genitores, em nosso sentir, não deve mais ser requisito para a responsabilidade dos pais, visto que com os avanços da tecnologia, a fiscalização e a direção da conduta daqueles podem ser exercidas mesmo que vivam pais e filhos em casas ou localidades distintas. Entretanto, se o filho abandonou o lar “por ato de insubordinação ou malandragem”, estará excluída a responsabilidade dos pais desde que provem que realizaram todos os esforços para trazer o filho à casa paterna,<sup>14</sup> bem como demonstrem que a fuga do infante não se deu por culpa deles, genitores. Todavia, se o afastamento do filho se der por culpa dos pais,<sup>15</sup> a responsabilidade destes permanece.

Em havendo adoção do infante, a responsabilidade é deslocada dos pais naturais para os pais civis, a partir da data em que o ato jurídico da adoção se consumou,<sup>16</sup> de maneira que, enquanto existir o poder familiar, os genitores naturais responderão pelos atos dos filhos menores, eximindo-se dessa responsabilidade com a adoção.<sup>17</sup>

À evidência, para que haja a responsabilidade direta do infante será necessário que haja um fato ilícito, que desse fato advenha um dano a outrem, que o fato seja praticado em condições de ser

<sup>14</sup> LIMA, Alvino. *A responsabilidade civil pelo fato de outrem*. 2. ed. rev. e atual. por Nelson Nery Jr. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 46.

<sup>15</sup> RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: responsabilidade civil*. 19. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). v. 4. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 66.

<sup>16</sup> LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*. v. 5. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos. 1961. p. 274-5.

<sup>17</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 99.

considerado culposo e reprovável, se em idênticas condições fosse praticado por pessoa capaz, portanto imputável, que haja nexo de causalidade, que o representante legal não tenha meios de suportar a indenização, e que a equidade justifique a reparação total ou parcial pelo menor. Esclareça-se que a culpa que se verifica quanto ao inimputável causador do dano é a culpa que se verificará nas pessoas normais, dotadas de discernimento, imputáveis, denominada, quanto aos inimputáveis, de culpa técnica ou abstrata.<sup>18</sup>

Defendem alguns autores que a responsabilidade paterna tem por fundamento o dever de guarda,<sup>19</sup> enquanto outros defendem que o fundamento é o exercício do poder familiar,<sup>20</sup> e outros asseveram que o fundamento da responsabilidade civil dos genitores no vigente *Codex* é a teoria do risco dependência,<sup>21</sup> verificada esta no campo econômico, jurídico e afetivo, em razão do exercício do poder familiar.

A responsabilidade do menor é excepcional. São responsáveis primários os genitores, somente respondendo os infantes se aqueles não puderem satisfazer a reparação. Igualmente, responde o menor de maneira direta e excepcional nos termos do art. 116 do Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual estatui que, em se tratando de ato infracional com reflexos patrimoniais, a autoridade poderá determinar, se for o caso, a restituição da coisa pelo adolescente, ou a promoção, por este, do ressarcimento do dano, ou ainda, a compensação, pelo menor, do prejuízo da vítima por outra forma, asseverando o parágrafo único da referida norma que havendo manifesta impossibilidade de restituição, ressarcimento ou compensação, a medida poderá ser substituída por outra adequada.

<sup>18</sup> SIMÃO, José Fernando. *Responsabilidade civil do incapaz*. p. 134-6 e 200.

<sup>19</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 142.

<sup>20</sup> Cf. CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2008. p. 186. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. v. 7. 18. ed. rev. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 512.

<sup>21</sup> SIMÃO, José Fernando. *Responsabilidade civil do incapaz*. p. 72-3.

Nesse sentido, o Enunciado n. 40 da I Jornada de Direito Civil estabelece, quanto ao art. 928 do Código Civil, que o incapaz responde pelos prejuízos que causar de maneira subsidiária ou excepcionalmente como devedor principal, na hipótese do ressarcimento devido pelos adolescentes que praticarem atos infracionais nos termos do art. 116 do Estatuto da Criança e do Adolescente, no âmbito das medidas sócioeducativas ali previstas.

Conquanto tenha o vigente Código estatuído a responsabilidade objetiva dos genitores, poderão estes eximir-se da reparação do dano causado pelos seus infantes se comprovarem que o fato danoso decorreu de caso fortuito, força maior, ou culpa exclusiva da vítima, pois estas excludentes geram ruptura no nexo causal.

Cumpre ainda observar quanto aos crescentes casos envolvendo o chamado *cyberbullying* ou *bullying digital*, que a responsabilidade dos pais poderá ser subsidiária à dos provedores ou hospedeiros de *internet*, quando os atos danosos forem cometidos através de *sites* de relacionamentos, em razão da responsabilidade virtual, também abrangida pelas regras do Código Civil, notadamente aquela prevista no art. 927, § único, segundo o qual “haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”, com o que, segundo prelecionam Renato Opice Blum e Marcos Gomes Bruno,<sup>22</sup> para determinadas atividades nas quais se deve assumir os riscos implícitos a ela, o que pode se aplicar a quase a totalidade das relações jurídicas que envolvem o meio virtual, haverá a responsabilidade independentemente de culpa, bastando o efetivo dano à vítima para que lhe seja devida a indenização”. Para Flávio Tartuce,<sup>23</sup> nesse contexto de busca pelos

<sup>22</sup> BLUM, Renato M. S. Opice; BRUNO, Marcos Gomes da Silva. *O novo código e o direito eletrônico*. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (coords.). *Novo código civil: questões controvertidas*. v. 1. 2. tir. São Paulo: Método, 2006. p. 205-18. A citação encontra-se à p. 214.

<sup>23</sup> TARTUCE, Flávio. *A responsabilidade civil dos pais pelos filhos e o bullying*. In: PEREIRA, Rodrigo da

responsáveis do dano, deve-se verificar se há contribuição de coautoria por ação ou omissão entre os envolvidos, respondendo todos em conformidade com a solidariedade passiva prevista no art. 942, *caput*, do *Codex*,<sup>24</sup> e no art. 7º, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor.

### 3. A Responsabilidade Subsidiária dos Incapazes (Art. 928) e a Responsabilidade Solidária dos Pais (Art. 942, Parágrafo Único)

O Código Civil de 2002, diferentemente do *Codex* revogado, pareceu haver instituído verdadeira contradição, ou seja, uma antinomia, na medida em que o art. 928 impõe responsabilidade subsidiária dos menores ao estabelecer que “o incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes”, enquanto o parágrafo único do art. 942 estatui serem solidariamente responsáveis com os autores os coautores e as pessoas designadas no art. 932. Existe aparentemente um conflito de normas que estabelecem a subsidiariedade e a solidariedade para solução do mesmo problema, sendo tais regras, à evidência, incompatíveis entre si, vez que possuem efeitos diversos.

Ao contrário daquelas antinomias que não possuem solução no ordenamento jurídico, impondo nova legislação que as dissipe, é apenas aparente esta contradição verificada nos arts. 928 e 942 do Código Civil na medida em que pode ser dirimida através das regras de solução existentes.<sup>25</sup> Inexiste dúvida de que o art. 928 pretendeu proteger os incapazes impondo a responsabilidade subsidiária, enquanto o art. 942 teve por finalidade proteger a vítima através da responsabilidade

Cunha (coord.). Família e responsabilidade: teoria e prática do direito de família. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2010. p. 271-300. A citação encontra-se à p. 291.

<sup>24</sup> É esta a redação do art. 942, *caput*, do Código Civil: “Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação”.

<sup>25</sup> SIMÃO, José Fernando. *Responsabilidade civil do incapaz*. p. 207.

solidária entre os pais e o incapaz autor do dano.

É ínsito ao conceito de subsidiariedade que a cobrança seja feita primeiramente contra o devedor principal, para somente na ausência de bens suficientes à satisfação do débito perseguir-se o devedor solidário. Por outro lado, o conceito de solidariedade importa eliminar qualquer hierarquia entre os devedores, de maneira que ao credor compete a escolha sobre qual deles recairá a execução com vistas à satisfação do débito,<sup>26</sup> não havendo divisibilidade quanto ao débito, cabendo ao devedor que integralmente pagou agir contra aquele que nada pagou para reaver o devido resarcimento relativo à sua quota.

Norberto Bobbio<sup>27</sup> preleciona que “o direito não tolera antinomias”, as quais, assevera, constituem a situação de normas incompatíveis entre si, e que constitui dificuldade com que se deparam os juristas de todas as épocas. Em outras palavras, o autor define antinomia “como aquela situação em que são criadas duas normas, sendo que uma obriga e a outra proíbe, ou uma obriga e a outra permite, ou uma proíbe e a outra permite o mesmo comportamento”, definição que, observa o autor, não está completa, sendo necessárias duas condições: que ambas as normas pertençam ao mesmo ordenamento, e que ambas as normas tenham o mesmo âmbito de validade, ou seja, temporal, espacial, pessoal e material.<sup>28</sup> Com isso, redefine-se a antinomia jurídica como sendo aquela situação jurídica que se verifica entre duas normas incompatíveis, pertencentes ao mesmo ordenamento e com o mesmo âmbito de validade, e para cuja solução existem três critérios, a saber: 1) critério cronológico; 2)

<sup>26</sup> O art. 275 do Código Civil, ao tratar da solidariedade passiva, assevera: “O credor tem direito a exigir e receber de um ou de alguns dos devedores, parcial ou totalmente, a dívida comum; se o pagamento tiver sido parcial, todos os demais devedores continuam obrigados solidariamente pelo resto. Parágrafo único. Não importará renúncia da solidariedade a propositura de ação pelo credor contra um ou alguns dos devedores”.

<sup>27</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. Tradução Denise Agostinetti. Revisão da tradução Silvana Cobucci Leite. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 228.

<sup>28</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. p. 233-42.

critério hierárquico; 3) critério da especialidade.

Cumpre observar que os dois primeiros critérios acima são ineficazes para solução da antinomia entre os arts. 928 e 942 do Código Civil vigente por serem objeto da mesma legislação, tornando o critério da especialidade o único capaz de elidir a contradição havida. Isso porque o art. 928 do *Codex* expressa e exclusivamente refere-se à responsabilidade dos incapazes, enquanto o parágrafo único do art. 942 do mesmo diploma refere-se a todas as modalidades de responsabilidade por ato de terceiro de que trata o art. 932, ou seja, não somente a responsabilidade dos pais pelos filhos menores, mas também a dos tutores e curadores pelos seus pupilos e curatelados, a dos empregadores ou comitentes por seus empregados, serviços e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir ou em razão deles, além da responsabilidade dos donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos hóspedes, moradores e educandos, e, igualmente, a dos que gratuitamente houverem participado nos produtos de crime, até a concorrente quantia.

Daí porque, tratando o art. 928 do Código Civil de forma especial quanto à responsabilidade dos incapazes prevalece esta regra de subsidiariedade sobre aquela de solidariedade contida no art. 942. É a chamada responsabilidade subsidiária mitigada.<sup>29</sup>

São os pais, no sistema vigente, responsáveis principais pela reparação do dano causado pelos filhos menores, de maneira que havendo saúde financeira para suportarem a indenização, somente aqueles responderão pelo ato danoso, não se alcançando através da ação o patrimônio dos infantes. Entretanto, na hipótese de não possuírem bens suficientes à satisfação do débito, a fim de não caírem em estado de indignidade, o menor responderá de forma subsidiária, de maneira a manter, igualmente, sua dignidade, evitando-se que seja colocado em estado de miserabilidade, com o que se verifica, nas palavras de Flávio

Tartuce,<sup>30</sup> “que o *incapaz* não é tão *incapaz assim*, pois terá responsabilidade na órbita privada”.

O Enunciado n. 39, aprovado na I Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal, assentou, quanto ao art. 928, que a impossibilidade de privação do necessário à pessoa, prevista no art. 928, traduz um dever de indenização equitativa, informado pelo princípio constitucional da proteção à dignidade da pessoa humana, e, como consequência, também os pais, tutores e curadores serão beneficiados pelo limite humanitário do dever de indenizar, de modo que a passagem ao patrimônio do incapaz se dará não quando esgotados todos os recursos do responsável, mas se reduzidos estes ao montante necessário à manutenção de sua dignidade. Por sua vez, o Enunciado n. 41 da mesma Jornada assevera que a única hipótese em que poderá haver responsabilidade solidária do menor de 18 anos com seus pais é ter sido emancipado nos termos do art. 5º, parágrafo único, inciso I, do novo Código Civil.

Conquanto tenha o vigente diploma ampliado a possibilidade de ressarcimento à vítima, verifica-se que, em razão dos princípios da equidade e da dignidade das pessoas responsáveis pela reparação – pais ou menores, quando o caso – a vítima poderá ver-se irressarcida quando o pagamento da indenização privar do necessário tanto os genitores como os infantes, a teor do que dispõem os arts. 928, parágrafo único, e 944, parágrafo único, ambos do vigente *Codex*.

Responde o menor de maneira direta e excepcional nos termos do art. 116 do Estatuto da Criança e do Adolescente, pois estabelece a citada norma que em se tratando de ato infracional com reflexos patrimoniais, a autoridade poderá determinar, se for o caso, que o adolescente restitua a coisa, promova o ressarcimento do dano, ou, por outra forma, compense o prejuízo da vítima, estatuindo o parágrafo único que havendo manifesta impossibilidade, a medida poderá ser substituída por outra adequada.

Portanto, são os pais responsáveis principais pela reparação do dano causado

<sup>29</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Comentários ao código civil*. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de (coord.). v. 11. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 430.

<sup>30</sup> TARTUCE, Flávio. *A responsabilidade civil dos pais pelos filhos e o bullying*. p. 287.

pelos filhos menores, de maneira que havendo saúde financeira para suportarem a indenização, somente eles responderão pelo ato danoso, não se alcançando através da ação os bens dos filhos menores. Entretanto, na hipótese de não possuírem bens suficientes à satisfação do débito, a fim de não caírem em estado de indignidade, o menor responderá de forma subsidiária, de maneira a manter, igualmente, sua dignidade, evitando-se que seja colocado em estado de miserabilidade.

#### 4. A Responsabilidade Civil dos Pais Separados e Divorciados

O art. 932, inciso I, do Código Civil vigente, dispõe serem responsáveis pela reparação civil os pais, quanto aos atos dos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia, não se distanciando do Código revogado, senão quanto à substituição da expressão “em seu poder” por “sob sua autoridade”.

A doutrina e a jurisprudência solidificaram-se, salvo exceções, no sentido de impor responsabilidade somente aos genitores que detenham a guarda dos filhos menores, vez que tanto o art. 1.521 do Código revogado como o art. 932 do atual *Codex* estatuíram a responsabilidade dos pais pelos filhos que estiverem em sua companhia, o que excluiria a responsabilidade dos pais separados ou divorciados que não detivessem a guarda do menor. Registre-se, neste ponto, que mesmo diante do advento da Emenda Constitucional n. 66/2010, a qual deu nova redação ao § 6º, do art. 226, da Constituição Federal,<sup>31</sup> e para a dissolubilidade do casamento pelo divórcio suprimiu o requisito da prévia separação judicial por mais de um ano, ou da comprovada separação de fato por mais de dois anos, as considerações feitas neste tópico continuam válidas para os casos de separação judicial ocorridos antes da referida emenda, ou extrajudicial, ocorridos antes ou após a *Emenda do Divórcio*.

Miguel Maria de Serpa Lopes,<sup>32</sup> ao tratar do tema antes do advento da Emenda Constitucional n. 09/1977, que instituiu o divórcio no Brasil, e antes da Lei n. 6.515/77 (Lei do Divórcio), que disciplinou a dissolução do casamento pelo divórcio, uma vez que até então existia o desquite como uma das causas de dissolução da comunhão conjugal ou sociedade conjugal – não do vínculo conjugal, que somente se extinguia pela morte de qualquer dos cônjuges (art. 315, parágrafo único, do CC/1916) –, afirma que “no caso de desquite tal responsabilidade cabe ao cônjuge que obteve a guarda do menor, se reunir além disso a condição de coabitacão”, asseverando ser necessário que o menor resida com seus pais para serem estes presumidos responsáveis pelos atos danosos do menor. Embora não haja mais a figura do *desquite*, a interpretação quanto à responsabilidade somente do genitor detentor da guarda restou mantida pela doutrina, vez que com o divórcio ou com a separação judicial, a guarda dos filhos deverá ser atribuída a um dos pais, salvo se optarem pela guarda compartilhada de que trata a Lei n. 11.698/2008, que deu nova redação aos arts. 1.583 e 1.584 do Código Civil vigente.

José de Aguiar Dias,<sup>33</sup> ao referir-se à responsabilidade paterna, preleciona que ela poderia ser intermitente, cessando-se ou restaurando-se, conforme a delegação de vigilância.

Assevera Carlos Roberto Gonçalves que estando o filho com a mãe, por força de separação judicial, dela será a responsabilidade pelos atos dos filhos menores.<sup>34</sup> Para referido autor, ambos os pais exercem o poder familiar, razão pela qual se pode afirmar que “a presunção de responsabilidade dos pais resulta antes da guarda que do poder familiar”, de maneira que a falta do requisito *guarda* pode levar à exclusão da responsabilidade.

Em que pesem os respeitáveis ensinos dos eminentes juristas acima, entendemos necessária uma visão constitucional sobre o tema, fundada no princípio da solidariedade,

<sup>31</sup> É esta a redação do § 6º, do art. 226, da Constituição da República, com a redação que lhe deu a EC n. 66/2010: “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”.

<sup>32</sup> LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*. v. 5. p. 274-5.

<sup>33</sup> DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*, p. 115.

<sup>34</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Comentários ao código civil*. p. 432 e 433.

de maneira a afastar a teoria do traspasso de responsabilidade consubstanciada na premissa de que a responsabilidade transfere-se com o menor para imputar o dever de indenizar àquele que o tem em guarda, corrente segundo a qual “a responsabilidade é fruto da convivência de fato”.<sup>35</sup>

O afastamento do posicionamento defendido pelos doutrinadores acima referidos justifica-se diante da prevalência de um direito civil constitucional, posto que, à vista do que expusemos anteriormente, inserido no capítulo destinado à família, à criança e ao adolescente, o art. 227 da Constituição da República estabelece ser dever da família “assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade” o direito à educação, enquanto o art. 205 estatui que a educação é dever da família, “visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania”, encontrando-se no art. 229 o dever dos pais em assistir, criar e educar os filhos menores.

Assim, o comando insculpido no texto constitucional leva-nos à reflexão sobre como haveria de ser a educação dos infantes “com absoluta prioridade” por parte dos pais. Estaria ela restrita tão-somente ao pagamento da pensão alimentícia e às visitas avençadas quando da separação ou do divórcio? Restringir-se-ia o dever de educação apenas aos momentos em que usufrui o menor suas férias ou finais de semana com o genitor que não possui a guarda? Com a devida *venia*, pensamos que não. Levando-se em consideração que inexistem palavras inúteis na lei, o dever dos pais de educar “com absoluta prioridade” os infantes não se coaduna com a possibilidade de exclusão de responsabilidade do genitor que não detém a guarda pelo tão-só argumento de que não tinha o filho em sua companhia.

Quanto à guarda compartilhada, instituída pela Lei n. 11.698/2008, que deu nova redação aos arts. 1.583 e 1.584 do Código Civil em vigor, na dicção do § 1º do art. 1.583, comprehende ela “a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao

poder familiar dos filhos comuns”, sendo que a responsabilidade de ambos os pais restou expressa. Entretanto, em nosso sentir, mesmo a guarda unilateral não tem o condão de eximir do não guardião o dever de educar sua prole “com absoluta prioridade”, e por ele [tal dever] ser responsabilizado, desde que não esteja ele privado do poder familiar, quer por suspensão, quer por destituição judicial daquele poder. Recentemente, a Lei n. 12.013, de 06 de agosto de 2009, alterou a redação do art. 12 da Lei n. 9.394/1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional), para determinar às instituições de ensino a obrigatoriedade de envio das informações escolares aos pais, conviventes ou não com seus filhos, bem como, se for o caso, aos responsáveis legais, demonstrando também que ambos os pais são responsáveis pelo desenvolvimento dos infantes, independentemente de eventual separação ou divórcio, e independentemente de quem matriculou e se responsabilizou pelo menor perante a instituição de ensino.

Portanto, o dever dos pais, de responder pelos atos dos filhos menores, deve estar fundado no poder familiar, e não simplesmente na convivência sob o mesmo teto, ou seja, no fato de ter o filho “em sua companhia” por ocasião do ilícito, afinal, não sendo destituído do poder familiar, embora separado ou divorciado, mantém-se o sagrado dever de assistir, criar e educar os filhos.

Igualmente, a Lei n. 8.069/90, que instituiu o vigente Estatuto da Criança e do Adolescente, visando à proteção integral dos menores, em seu art. 4º determina, tal qual o texto constitucional, ser dever da família assegurar “com absoluta prioridade” a efetivação do direito à educação dos infantes. Outrossim, o art. 22 do mesmo estatuto dispõe que aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação. O dever de sustento não está acima do dever de guarda ou educação, e nesse aspecto, a expressão educação não se limita simplesmente à educação escolar do infante, mas deve ser entendida em seu mais amplo sentido, como vimos anteriormente, ou seja, a educação de vida transmitida pelos genitores capaz de tornar o menor apto a ser inserido plenamente na sociedade, com elevados valores morais, éticos, cívicos e até mesmo religiosos.

<sup>35</sup> SIMÃO, José Fernando. *Responsabilidade civil do incapaz*. p. 164 e 165.

O Código Civil vigente estabelece em seu art. 1.511 que a base do casamento é a igualdade de direitos e deveres dos cônjuges e, dentre os deveres de ambos, está o sustento, guarda e educação dos filhos, *ex vi* do art. 1.566, inciso IV, do mesmo *Codex*. Ocorre, todavia, que a separação – havida antes da EC n. 66/2010 – e o divórcio não tornam desiguais ou diminuídos os deveres do genitor não detentor da guarda do filho menor. Isso porque, o art. 1.579 do *Codex* – o qual reproduziu o art. 27, da Lei n. 6.515/77 – estabelece que o divórcio não modifica os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos, afirmando o parágrafo único do mesmo dispositivo que o novo casamento de qualquer dos pais, ou de ambos, não importará restrição aos direitos e deveres parentais, e, ainda, ao tratar do poder familiar, o art. 1.634, inciso I, do mesmo diploma, estabelece competir aos pais, quanto aos filhos menores, dirigir-lhes a criação e educação. Somente no inciso II aparece o dever de ter os filhos em sua companhia e guarda. Portanto, a interpretação legal é no sentido de que o dever primário dos pais é a direção da criação e educação, independentemente de estarem casados, separados ou divorciados, vindo, em seguida, o dever de ter o infante em sua companhia e guarda.

Daí porque, o fato de estarem separados ou divorciados os pais, e estando o filho menor na companhia de um deles, em razão da guarda atribuída judicialmente ou por ambos consentida, não deve gerar a irreparabilidade quanto ao genitor que não tinha o menor em sua companhia no momento do evento danoso por este provocado, posto que, a separação ou o divórcio, por si só, não é causa de perda do poder familiar, de maneira que, embora não conviva com o ex-cônjuge detentor da guarda, e por conseguinte não conviva diariamente com sua prole, nem por isso seu dever de criar e educar os filhos restará diminuído.

Temos que, respeitada a opinião dominante em sentido contrário, o afastamento da responsabilidade daquele genitor que não detém a guarda ou não tem o menor em sua companhia no momento do ato danoso, fundado no art. 932, inciso I, do Código Civil em vigor, que repetiu a regra do art. 1.521, inciso I, do revogado *Codex*, assume

contornos de inconstitucionalidade à vista do expresso dever imposto aos pais, dever esse não apenas contido no texto constitucional como também nos textos infraconstitucionais referidos.

Ademais, considerando-se que o ato danoso possa dar-se quando o menor esteja com o genitor possuidor de menores recursos financeiros, o entendimento do art. 932, inciso I, do Código Civil vigente, viola, inclusive, o princípio constitucional da solidariedade, insculpido no art. 3º, inciso I, da Carta Magna, além de ferir, quanto à vítima que restará irressarcida, o princípio da dignidade da pessoa humana, disposto no art. 1º, inciso III, do texto constitucional, vez que “a garantia da dignidade da pessoa humana resplandece como verdadeiro norte de validação dos pressupostos do dever de indenizar”, sendo a dignidade da pessoa humana “o sentido e a razão de toda e qualquer construção jurídico-doutrinária ou jurídico-normativa”.<sup>36</sup>

Segundo ensina José de Aguiar Dias,<sup>37</sup> quando se cogita de responsabilidade paterna tem-se em vista o inadimplemento real ou presumido dos deveres que ao pai corre em relação ao menor, sendo esses deveres de duas ordens: a) assistência, que não é só a material, traduzida na prestação de alimentos e satisfação das necessidades econômicas, mas também moral, compreendendo a instrução e a educação, esta no seu mais amplo sentido; b) vigilância. Afirma o autor que na primeira categoria se entende incluída a obrigação de propiciar ao menor, ao lado da prestação de conhecimentos compatíveis com as suas aptidões e situação social e com os recursos do pai, o clima necessário ao seu sadio desenvolvimento moral, inclusive pelo bom exemplo. Assim, a vigilância é o complemento da obra educativa, e far-se-á mais ou menos necessária conforme se desempenhe o pai da primeira ordem de deveres, sendo esses os motivos pelos quais se presume a responsabilidade do pai, arrematando o autor que “um filho criado por quem observe à risca esses deveres não pode ser autor de injusto prejuízo para outrem”.

<sup>36</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade pressuposta*. p. 159 e 228.

<sup>37</sup> DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. p. 114.

Atribuir responsabilidade pelo ato ilícito dos filhos menores ao genitor não detentor da guarda, ou seja, que com o infante não conviva diariamente, poderia parecer, à primeira vista, desequilíbrio jurídico, vez que um dos argumentos na defesa da regra contida no Código Civil é de que se o genitor separado ou divorciado que não tem a guarda do filho menor não é agraciado – em razão da distância temporal entre as visitas – com as alegrias que da convivência constante advém, não poderia ter apenas o ônus de suportar os prejuízos causados por sua prole. Entretanto, a constitucionalização do dever relativo aos pais, de maneira a atribuir-lhes a responsabilidade pela educação de seus filhos, de forma incondicional e “com absoluta prioridade”, nas palavras da Carta Maior, não pode ceder espaço à possibilidade de eximir-se um dos genitores da responsabilidade civil sob o fundamento da inexistência de convivência com o infante.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça já afirmou a responsabilidade solidária de pais separados por danos advindos da agressão cometida por filho menor, no REsp n. 299.048-SP – embora os julgados mais recentes sejam em sentido diverso<sup>38</sup> –, encontrando-se idêntico entendimento em julgados do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, como na Apelação n. 251.173-4/0-00, e na Apelação n. 512.126-4/8-00, em cujo voto restou consignado que a agressão cometida pelo infante a um colega de escola demonstrava “falta de melhor cuidado de ambos os pais, não podendo ser limitada a responsabilidade ao guardião, nos termos do artigo 932, inciso I, do Código Civil, porque a separação legal dos pais, pondo fim à sociedade conjugal, não exclui o dever de educação, assistência e orientação de ambos na formação psicológica, educacional e profissional dos filhos”, e que a conduta ilícita do menor que comete atos infracionais é condizente com a educação e assistência moral e afetiva dos pais separados em relação aos

filhos, na medida em que não se resume a responsabilidade somente à vigilância diária sobre os infantes.

Permanecendo o poder familiar persiste a responsabilidade de ambos os pais, e, em nosso sentir, mesmo os casos de nenhuma ingerência do genitor não guardião não representa isenção do dever de educar os filhos, salvo a hipótese de ter sido impedido, pelo genitor guardião, de manter qualquer contato com sua prole, hipótese em que, já escrevemos em outra oportunidade,<sup>39</sup> poderia o genitor não detentor da guarda pleitear em juízo contra aquele uma indenização além de imposição de *astreintes* com vistas à cessação de injustos e imotivados impedimentos ao contato com o filho comum, quer seja através de visitas ou por meio de cartas, e-mails, telefonemas, entre outras modalidades de comunicação. Trata-se, pois, de dar pleno cumprimento às regras constitucionais e infraconstitucionais relativas ao dever dos pais, bem como de permitir à vítima a mais ampla possibilidade de ver-se resarcida, a fim de evitar que atos ilícitos cometidos pelos menores que estejam na companhia do genitor detentor de limitados recursos fiquem irressarcidos, devendo ambos os pais indenizar a vítima, para posteriormente, em ação regressiva entre si, buscarem a reparação proporcional ao grau de influência e culpa na formação defeituosa do menor, ou reparação integral àquele que, embora tendo o filho em sua companhia no momento do ato danoso, comprovar que a conduta ilícita foi incentivada, ensinada ou não evitada pelo outro genitor.

## 5. A Emancipação e a Responsabilidade Civil dos Pais

Conforme preleciona Alvino Lima,<sup>40</sup> embora seja a menoridade “condição imprescindível da responsabilidade do genitor”, haverá casos em que não se mostrará

<sup>38</sup> STJ, REsp n. 1.146.665/PR, 3<sup>a</sup> T., rel. Min. Massami Uyeda, j. 22.11.2011, DJe 12.12.2011; STJ, REsp n. 777.327, 3<sup>a</sup> T., rel. Min. Massami Uyeda, j. 17.11.2009, DJe 01.12.2009; STJ, REsp n. 540.459/RS, 3<sup>a</sup> T., rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 18.12.2003, DJ 22.03.2004.

<sup>39</sup> BOMFIM, Silvano Andrade do. *A aplicação do instituto da responsabilidade civil nas relações familiares*. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; SIMÃO, José Fernando (coords.). *Ensaios sobre responsabilidade civil na pós-modernidade*. v. 2. Porto Alegre: Magister, 2009. p. 409-42.

<sup>40</sup> LIMA, Alvino. *A responsabilidade civil pelo fato de outrem*. p. 43.

suficiente a emancipação para afastar a responsabilidade civil dos pais, posto que se os pais conferiram a emancipação ao filho para eximirem-se de qualquer obrigação de resarcimento de dano, “em virtude do habitual procedimento irregular do filho”, que continua a residir com os genitores, não pode a emancipação prevalecer, pois houve fraude à lei, impondo-se a anulação da escritura de emancipação.

Para José de Aguiar Dias,<sup>41</sup> se a emancipação se revela como ato impensado, em face do ilícito cometido pelo menor, permanece a responsabilidade do pai, quando não fundada no art. 932, inciso I, fundada nos princípios do art. 186 do Código em vigor. Caio Mário da Silva Pereira,<sup>42</sup> no mesmo sentido, preleciona que em se tratando de emancipação legal, como por exemplo, aquela advinda pelo casamento, os pais estão liberados da responsabilidade, enquanto que no caso de emancipação voluntária não se eximem da responsabilidade paterna, pois “um ato de vontade não elimina a responsabilidade que provém da lei”.

A emancipação do filho entre 16 e 18 anos, nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves,<sup>43</sup> produz todos os efeitos naturais do ato, menos o de isentar os genitores da responsabilidade pelos atos ilícitos praticados pelo filho emancipado, diversamente do que ocorre quando a emancipação decorre do casamento ou de outras causas previstas no art. 5º, do Código Civil. Entretanto, para referido autor, a responsabilidade dos pais, seria solidária com o filho emancipado.

Munir Karam,<sup>44</sup> por sua vez, preleciona o ato voluntário da emancipação deve corresponder à realidade dos fatos, de maneira que se o filho emancipado continua a viver na companhia dos pais, a deles depender, a seguir suas ordens, a viver às suas expensas, torna-se

evidente que a emancipação se realizou apenas no plano formal, sem suporte fático. De igual modo, se o filho não possui ainda maturidade suficiente, segurança no seu comportamento, não se mostra capaz de gerir os seus atos na vida civil, tem-se que a emancipação foi um ato irrefletido, e o filho continua dependente dos pais e sob o seu poder. Com, isso, conclui o autor, este tipo de emancipação não pode produzir efeitos liberatórios da responsabilidade do pai em relação aos atos danosos do filho.

José Fernando Simão,<sup>45</sup> por outro lado, sustenta que a responsabilidade dos pais pelos atos praticados por filhos emancipados deve ser exceção, e não regra, somente sendo admitida nos casos em que o filho emancipado continua a viver na casa paterna, sob vigilância, cuidado e dependência econômica e afetiva, sendo nesta hipótese ineficaz, para fins de isenção de responsabilidade dos genitores, a emancipação havida.

De fato, não se poderia dar interpretação diversa daquela contida no art. 932, inciso I, combinada com o art. 5º, do Código Civil em vigor, vez que não se poderia ter como fraudulenta ou concedida com finalidade ilícita toda e qualquer emancipação. Todavia, entendemos que caso a dependência econômica persista após a emancipação sequer há necessidade de o filho residir na casa paterna para que haja a responsabilidade dos genitores quanto aos atos ilícitos por aquele praticados. Isso porque, pode ocorrer de filho emancipado residir até mesmo em localidade diversa daquela em que residam seus genitores, embora deles continue a depender economicamente para sua manutenção e sobrevivência, para pagamento de aluguel, pagamento de prestação de apartamento e condomínio, para aquisição e manutenção de automóvel, para alimentação e pagamento dos estudos, enfim, caso dependa o filho emancipado de seus genitores por não alcançarem, conquanto emancipados, a autonomia plena de vida, ínsita ao próprio instituto da emancipação, sendo evidente que nestas circunstâncias, a emancipação havida não produziu os efeitos jurídicos inerentes ao próprio instituto, pouco importando se houve

<sup>41</sup> DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. p. 115-6.

<sup>42</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. p. 100.

<sup>43</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Comentários ao código civil*. p. 431.

<sup>44</sup> KARAM, Munir. *Responsabilidade civil dos pais pelo fato do filho*. In: FRANÇA, Rubens Limongi (coord.). *Encyclopédia Saraiva do Direito*. v. 65. São Paulo: Saraiva, 1981. p. 393-410. A citação encontra-se à p. 404.

<sup>45</sup> SIMÃO, José Fernando. *Responsabilidade civil do incapaz*. p. 171-7.

ou não intenção dos genitores de fraudarem a lei, de maneira que a responsabilização dos genitores, nessas hipóteses, atenderá, inclusive, ao princípio constitucional da solidariedade, inserto no art. 3º, inciso I, da Carta Maior, de maneira a não deixar a vítima irressarcida, sobretudo em razão do dever identicamente constitucional de educar os filhos, evitando que cometam atos ilícitos.

## 6. A Responsabilidade Decorrente da Paternidade Socioafetiva

A paternidade socioafetiva tem sido objeto das mais amplas reflexões, sobretudo em nossos dias, permeados de famílias reconstituídas. O cumprimento de funções parentais por aqueles que não são os genitores faz nascer uma responsabilidade tal qual a dos pais pelos atos dos infantes.

Pontes de Miranda,<sup>46</sup> ao discorrer sobre o tema, preleciona que embora o Código Civil não fale da responsabilidade do padrasto nem da madrasta, “se a mãe que casou com outrem tem a guarda, o padrasto tem o mesmo dever de vigilância” e se a mãe detentora da guarda vive maritalmente com outrem, haveria a necessidade de prova, a ser feita pela vítima, quanto à convivência e culpa do companheiro. Para referido autor, o mesmo dever paterno tem o avô, outro parente, ou estranho, inclusive preceptor, que, tendo legalmente a vigilância, não seja detentor do poder familiar. Segundo o autor, a regra contida no Código Civil abrange mais do que o poder familiar, de forma que “o padrasto, se o enteado está em companhia, da mãe, e, pois, dele, ou a madrasta, se em sua companhia está o enteado, é responsável”.

Referindo-se Pontes de Miranda à mãe detentora da guarda que “vive em companhia, maritalmente, de alguém”, está, sem dúvidas, a tratar do que hoje conhecemos como união estável, de maneira que não haveria motivo para se perquirir culpa do companheiro, pois assume na família a posição paterna. Daí

porque afirma José de Aguiar Dias<sup>47</sup> que “há contra o pai e, consequentemente, contra a pessoa que lhe faz as vezes, uma presunção *juris tantum de responsabilidade*” de maneira que, quando o Código alude aos pais, implicitamente se abrange aquele que, mesmo não sendo o genitor, é, entretanto encarregado da vigilância, sendo possível atribuir genericamente a responsabilidade por fato de menores ao chefe de família, seja ele o pai natural ou não.

Alvino Lima,<sup>48</sup> por sua vez, assevera que nas situações em que não viva o menor com o genitor, a solução da questão relativa ao dano ocasionado por aquele deve ser analisada de acordo com cada caso, concretamente, posto que há casos em que embora viva o menor com terceiros permanece sob a autoridade paterna, sustentando referido autor que havendo ato danoso é preciso examinar se a causa do dano provém da má-educação já recebida, ou de outra circunstância decorrente de orientação paterna, ou se a causa do dano se prende à nova orientação daquele com quem resida o menor, sendo que neste último caso deixa de existir a responsabilidade do genitor para existir a exclusiva responsabilidade do terceiro com quem more o filho menor.

Até mesmo a legislação tem acompanhado as transformações sociais e familiares, de maneira a permitir expressamente, com o advento da Lei n. 11.924, de 17 de abril de 2009 – que alterou o art. 57 da Lei n. 6.015/73, acrescentando-lhe o § 8º –, que o enteado ou enteada possa adotar o nome da família do padrasto ou madrasta “desde que haja expressa concordância destes”, sem prejuízo dos apelidos de família dos enteados. Referida lei, de autoria do Deputado Federal Clodovil Hernandes, tramitara como Projeto de Lei n. 206/2007, em cuja justificativa constou corretamente que muitas vezes, a relação entre os enteados e padrastos (ou madrastas) é semelhante àquela que liga pai e filho, asseverando que a nova regra “vem em socorro daquelas centenas de casos que vemos todos os dias, de pessoas que, estando em seu segundo ou terceiro

<sup>46</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: parte especial: direito das obrigações*. v. 53. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1966. p. 134-5; 138; 141-2.

<sup>47</sup> DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. p. 109-110.

<sup>48</sup> LIMA, Alvino. *A responsabilidade civil pelo fato de outrem*. p. 45.

casamento, criam os filhos de sua companheira como se seus próprios filhos fossem. Essas pessoas dividem uma vida inteira e, na grande maioria dos casos, têm mais intimidade com o padrasto do que com o próprio pai, que acabou por acompanhar a vida dos filhos à distância", sendo natural que nestes casos surja o desejo dos enteados de trazer em seu nome aquele da família do padrasto.

Cumpre lembrar que mesmo o Decreto n. 3.048/1999, que aprova o regulamento da Previdência Social, em seu art. 16, § 3º, com a redação que lhe conferiu o Decreto n. 4.032/2001, equipara os enteados aos filhos para efeito de recebimento de pensão, e ainda, a Lei n. 8.213/1991, dispondo sobre os planos de benefícios da Previdência Social, em seu art. 16, inciso II, "a", com a redação dada pela Lei n. 9.528/1997, estabelece serem os enteados equiparados aos filhos, mediante declaração do segurado e prova da dependência econômica daquele, com o que é considerado igualmente dependente e beneficiário do regime previdenciário. Assim, a equiparação dos enteados aos filhos, para fins de recebimento de pensão, corrobora a tese de responsabilidade decorrente da paternidade socioafetiva, consubstanciada na posse do estado de filho. Portanto, correta e atual a doutrina de José Fernando Simão,<sup>49</sup> para quem a paternidade socioafetiva gera as consequências da paternidade biológica, com a total e plena responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos menores.

## 7. Conclusão

Conclui-se, pois, ser necessário interpretar a responsabilidade civil dos pais pelos atos dos filhos menores de forma a buscar, mais do que a pacificação social, o integral cumprimento dos deveres conferidos aos pais pela Constituição da República, deveres que foram repetidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, e sedimentados com o Código Civil vigente. Além disso, o princípio da solidariedade contido no texto constitucional é elemento capaz de demonstrar que havendo ato ilícito cometido por filhos menores de pais separados ou divorciados, que

acarrete dano a outrem, impõe-se o dever solidário de ambos os genitores à reparação da vítima, para, posteriormente, em ação regressiva entre si, perseguir qualquer dos genitores a reparação proporcional ao grau de influência e culpa na defeituosa formação do caráter do infante, ou reparação integral, podendo aquele que detiver a guarda do filho menor no momento do dano comprovar em juízo que a conduta ilícita foi incentivada, ensinada ou não evitada pelo outro genitor, pois persistindo o poder familiar do genitor não detentor da guarda, não estará ele isento de educar a prole com "absoluta prioridade".

Os pais são responsáveis principais pela reparação do dano causado pelos filhos menores, de maneira que havendo saúde financeira para suportarem a indenização, somente eles responderão pelo ato danoso, não se alcançando através da ação os bens dos filhos menores. Entretanto, na hipótese de não possuírem bens suficientes à satisfação do débito, a fim de não caírem em estado de indignidade, respondem os menores de forma subsidiária, de maneira a manterem, igualmente, sua dignidade, evitando-se que sejam colocados em estado de miserabilidade.

No tocante à responsabilidade civil dos pais pelos atos dos filhos emancipados, restará o dever de indenizar somente quando se tratar da modalidade voluntária, oriunda da vontade dos genitores, comprovando-se fora concedida ao infante para eximir os genitores do dever de indenizar, ou ainda nos casos em que o menor emancipado continuar a depender economicamente dos genitores para sua sobrevivência, desnaturando o instituto da emancipação.

Conclui-se, igualmente, pela existência de responsabilidade decorrente da paternidade socioafetiva, na medida em que há, nesses casos, o exercício de funções paternas, além dos demais requisitos autorizadores do dever de reparação. Por outro lado, a responsabilidade objetiva dos genitores, ou de quem lhes faça as vezes, poderá ser elidida, de maneira a eximir-se da reparação do dano causado pelos infantes, se comprovarem que o fato danoso decorreu de caso fortuito, força maior, ou culpa exclusiva da vítima, pois estas excludentes geram ruptura no nexo causal e afastam o dever de indenizar.

<sup>49</sup> SIMÃO, José Fernando. *Responsabilidade civil do incapaz*. p. 150.

## REFERÊNCIAS

- BEVILÁQUA, Clóvis. **Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. 10. ed. atual. por Achilles Beviláqua. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves. 1957. v. 5
- BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. Tradução Denise Agostinetti. Revisão da tradução Silvana Cobucci Leite. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes. 2008.
- BOMFIM, Silvano Andrade do. **Bullying e responsabilidade civil: uma nova visão do direito de família à luz do direito civil constitucional**. In: Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. v. 22. Porto Alegre: Editora Magister. p. 60-81. jun./jul. 2011.
- \_\_\_\_\_. **A aplicação do instituto da responsabilidade civil nas relações familiares**. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; SIMÃO, José Fernando (coords.). **Ensaios sobre responsabilidade civil na pós-modernidade**. Porto Alegre: Magister. 2009. v. 2. p. 409-42.
- BLUM, Renato M. S.. Opice; BRUNO, Marcos Gomes da Silva. **O novo código e o direito eletrônico**. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (coords.). **Novo código civil: questões controvertidas**. v. 1. 2. tir. São Paulo: Método. 2006. p. 205-18.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas. 2008.
- DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Revista Forense. 1944. v. 2.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 18. ed. rev. aum. e atual. São Paulo: Saraiva. 2004. v. 7.
- ENNECERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martín. **Tratado de derecho civil: derecho de familia**. Traduzido por Blas Pérez González e José Alguer. 2. ed. Barcelona: Casa Editorial Bosch. 1952. v. 2. t. 4.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva. 2008.
- \_\_\_\_\_. **Comentários ao código civil: parte especial: direito das obrigações (arts. 927 a 965 CC/2002)**. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de (coord.). São Paulo: Saraiva. 2003. v. 11.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade pressuposta**. Belo Horizonte: Del Rey. 2005.
- KARAM, Munir. **Responsabilidade civil dos pais pelo fato do filho**. In: FRANÇA, Rubens Limongi (coord.). **Encyclopédia Saraiva do Direito**. São Paulo: Saraiva. 1981. v. 65. p. 393-410
- LALOU, Henri. **Traité pratique de la responsabilité civile**. 5. ed. Paris: Dalloz. 1955.
- LIMA, Alvino. **A responsabilidade civil pelo fato de outrem**. 2. ed. rev. e atual. por Nelson Nery Jr. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2000.
- \_\_\_\_\_. **Culpa e risco**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1960.
- LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil: fontes acontratuais das obrigações – responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos. 1961. v. 5.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense. 1990.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado: parte especial: direito das obrigações**. Rio de Janeiro: Editor Borsoi. 1966. v. 53.
- \_\_\_\_\_. **Tratado de direito de família**. 3. ed. São Paulo: Max Limonad. 1947. v. 2.
- \_\_\_\_\_. **Tratado de direito de família**. 3. ed. São Paulo: Max Limonad. 1947. v. 3.
- RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: responsabilidade civil**. 19. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva. 2002. v. 4.
- SIMÃO, José Fernando. **Responsabilidade civil do incapaz**. São Paulo: Atlas. 2008.
- TARTUCE, Flávio. **A responsabilidade civil dos pais pelos filhos e o bullying**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Família e responsabilidade: teoria e prática do direito de família**. Porto Alegre: Magister/IBDFAM. 2010. p. 271-300.

## RESUMO

O presente ensaio direciona-se ao estudo da possibilidade de se deserdar herdeiros necessários por falta de vínculo afetivo e de boa-fé familiar, a despeito de tais hipóteses não estarem expressamente previstas nos róis dos artigos 1.962 e 1.963 do Código Civil Brasileiro.

## ABSTRACT

This essay aims to study the possibility of disinheriting forced heirs due to a lack of emotional relationship and good faith in the family, in spite of the fact that these assumptions are not expressly provided for in Articles 1,962 and 1,963 of the Brazilian Civil Code.

**Palavras-chave:** Família. Afetividade. Ausência. Deserdação. Sucessão Testamentária.

**Keywords:** Family. Affectivity. Absence. Disinheritance. Testate succession.

\* Especialista em Direito de Família e das Sucessões, Mestre em Função Social do Direito pela Faculdade Autônoma de Direito – FADISP, membro fundador da Academia de Pesquisas e Estudos Jurídicos – APEJUR, advogado em São Paulo.

## 1. Introdução

A ideia de redigir o presente ensaio nasceu a partir de uma consulta que nos foi endereçada por uma de nossas clientes, a qual se dizia interessada em preservar o quinhão hereditário de seu filho menor impúbere, bem como o seu próprio.

Segundo a narrativa que nos foi apresentada, a conselente vive há mais de dez anos em união estável com o seu companheiro quinquagenário, tendo nascido desse relacionamento um filho que presentemente tem sete anos de idade. Além disso, registra-se a existência de dois outros filhos, maiores de idade, exclusivos do companheiro, advindos de anterior casamento.<sup>1</sup>

Ocorre que, às vésperas de completar quarenta e cinco anos de idade, o companheiro foi surpreendido com o recebimento de um oficial de justiça em sua residência, que o citou para responder aos termos de uma ação investigatória de paternidade movida por uma jovem de então vinte e oito anos de idade, supostamente sua filha primogênita.

Realizado o exame de DNA, o companheiro foi, de fato, apontado como sendo o pai da autora da ação de investigação, com percentual de acerto de praticamente cem por cento. Até onde é dado saber, os pais da jovem teriam tido um antigo relacionamento afetivo, acompanhado evidentemente de congresso carnal, durante o período em que frequentaram juntos o mesmo colégio em uma cidade do interior paulista.<sup>2</sup>

A surpresa da paternidade causou profunda indignação ao companheiro da conselente, pois jamais havia sido sequer informado acerca da gravidez da mãe da jovem, tampouco esta o procurou nesses anos todos com o fito de estreitar os laços de afetividade, de modo a constituírem uma família, ainda que monoparental.

A atitude inusitada e repentina da filha ao buscar solução pela via do Poder Judiciário

deixa transparecer, em verdade, que almeja “preparar o terreno” para, futuramente, pleitear parte ideal do acervo hereditário a ser deixado em virtude do decesso de seu pai, em concorrência sucessória com os outros três filhos – seus meio-irmãos –, além da companheira-conselente. Tal suspeita ganha força na medida em que o pai – réu na ação de investigação de paternidade<sup>3</sup> – é conhecido empresário na cidade em que tem residência e domicílio, sendo proprietário de diversos terrenos e politicamente influente no meio social em que vive.

Obviamente, não se está aqui a questionar, a princípio, a qualidade de filha da autora da investigação de paternidade, mormente tendo sido a ação julgada procedente à luz do enorme grau de certeza que o exame de DNA hodiernamente proporciona<sup>4</sup>. Aliás, todos conhecem o dito popular que preconiza: “Filho é filho e ponto final!”. Contudo, pensamos que, atualmente, possa não ser bem assim. De fato, filho é filho, mas daí a colocar um “ponto final” vai longa distância.

Esse nosso modo de refletir encontra fundamento no fato de a afetividade ter sido elevada à importante categoria de princípio do Direito das Famílias. Por conseguinte, onde não houver afetividade não haverá uma família verdadeiramente formada para cumprir o seu primordial papel de possibilitar aos seus integrantes o desenvolvimento das suas melhores potencialidades humanas. É que no atual período pós-positivista vem prevalecendo na doutrina e nos pretórios o entendimento de que não bastam os laços de sangue para a constituição de uma família dita nuclear<sup>5</sup>, mas

3. A referida ação de investigação de paternidade não foi cumulada com pedido de alimentos. Tampouco a filha pretendeu passar a assinar o sobrenome do pai.

4. A medicina moderna reconhece que o exame de DNA tem um grau de confiabilidade de 99,999% e o risco de falha humana no laboratório é controlado com a realização de perícia em 3 etapas. (Disponível em <<http://laboratoriogene.info/Paternidade/Index.htm>>. Acesso em 10.11.2011)

5. “O estudo da família pós-moderna tem a família nuclear como alvo de aprimoramento, ao contrário da era da modernidade, na qual a família era descrita e valorizada sob seu enfoque extenso, como grupo gerador de recursos econômicos, daí seu aspecto patrimonial. Trazendo o aporte da psicologia aplicada ao campo da terapia familiar, pode-se acentuar que a

1. Trata-se, portanto, da denominada “filiação híbrida”, na feliz expressão de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka.

2. Pelo cálculo que é possível efetuar, o pai da jovem contava com 17 anos de idade quando ela nasceu (45 – 28 = 17).

sim a capacidade de se estabelecer um vínculo de afeto, carinho e amor, é que deve prevalecer em todos os sentidos.

Assim delineada a quaestio iuris que envolve a consulente, seu companheiro e os filhos dele exclusivos, bem como o filho único comum do casal, indaga-se se, ao menos teoricamente, a filha primogênita do companheiro poderia ser afastada (rectius: deserdada) da concorrência sucessória pelo fato de nunca ter tido qualquer tipo de aproximação do seu pai, mesmo isso lhe sendo possível, de modo a evidenciar um absoluto desinteresse afetivo relativamente à figura de seu genitor.

Acresça-se a informação de que, ao optar por ingressar no Judiciário, a autora da ação de investigação de paternidade deixa ainda mais evidenciada a falta de entrosamento com seu pai que, frise-se, muito tardivamente veio saber de sua existência. A propósito, nem mesmo durante grave cirurgia a que se submeteu mais recentemente, o pai pôde contar com a presença carinhosa e auxílio da filha, pois ambos apenas se cruzaram – sem se falarem – nos corredores da clínica médica onde foi colhido material para a realização do exame de DNA.

Por tudo isso, sabendo-se que o contrário do amor é a indiferença – e não o ódio como se poderia eventualmente supor<sup>6</sup> –, passaremos a analisar a seguir a possibilidade de a referida filha (herdeira necessária<sup>7</sup>) ser deserdada por seu genitor, pela via testamentária, por falta de afetividade e de boa-fé familiar, hipóteses estas não contempladas expressamente nos

família contemporânea é essencialmente relacional, constituída, progressivamente, como um espaço privado, no qual os membros experimentam um interesse crescente de manter o convívio íntimo e de compartilhar esta intimidade, tornando-se cada vez mais sensíveis à qualidade de suas relações, que serão projetadas nos relacionamentos externos à família. As pautas relacionais humanas são oriundas da família.” (BARBOSA, Águida Arruda. Conceito pós-moderno de família. In: Direito de Família e das Sucessões: temas atuais. Coords.: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 26)

6. “O ódio nada mais é senão o amor que adoeceu gravemente.” (Chico Xavier)

7. Código Civil, artigo 1.845 – “São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.”

artigos 1.962 e 1.963 do Código Civil Brasileiro<sup>8</sup>, que são considerados taxativos, ou seja, *numerus clausus*. Dita deserdação, é óbvio, teria o condão de resguardar os nacos da herança que tocariam aos demais herdeiros do falecido – que com ele conviveram, prestaram auxílio mútuo e foram afetuosos –, sem nenhum decréscimo patrimonial.

A mudança de paradigma ocorrida no direito brasileiro com o advento do Código Civil de 2002, que estabeleceu a responsabilidade objetiva dos pais, afastando o sistema da responsabilidade subjetiva de outrora, demonstra a preocupação social em tornar efetiva a responsabilidade que decorre da função parental, ou seja, do poder familiar, verdadeiro *munus público*, e que, segundo sustenta Pontes de Miranda,<sup>9</sup> corresponde ao conjunto de direitos concedidos aos pais, “a fim de que, graças a eles, possam melhor desempenhar a missão de guardar, defender e educar os filhos, formando-os e robustecendo-os para a sociedade e a vida”.

Sem qualquer pretensão de esgotamento do tema, o presente artigo tem por finalidade a análise da responsabilidade civil dos pais à luz do direito civil constitucional, na busca por soluções que se mostrem mais condignas aos problemas enfrentados pela sociedade hodierna.

## 2. Breve Escorço Histórico e Legislação Alienígena

No Direito Romano, primeiro surgiu a deserdação para, depois, passar a serem reconhecidos os casos de indignidade. O pai de família, segundo Eugene Petit<sup>10</sup>, estava sempre obrigado a instituir ou deserdar seus herdeiros, não podendo omiti-los. Se o testador não se referisse a um dos filhos o testamento era anulado. Mas, se se tratasse de omissão de filhas ou herdeiros mais distantes, valia o

8. Os artigos 1.962 e 1.963, ambos do Código Civil Brasileiro, tratam das causas que autorizam a deserdação dos descendentes por seus ascendentes e dos ascendentes pelos descendentes, respectivamente. (v. apêndice – item 12)

9 MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito de família. v. 3. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1947. p. 109-10.

10. Aut. cit. *Tratado elemental de derecho romano*. Buenos Aires: Albatroz, 1970. p. 682.

testamento, atribuindo-se parte da herança aos herdeiros omitidos.

A denominada exheredatio foi o primeiro ato solene de despojamento da herança do filho, imposto como castigo pelo pai. Posteriormente, essa forma de deserdação se converteu em uma declaração testamentária com o fito de excluir determinados herdeiros da sucessão.<sup>11</sup>

Sílvio de Salvo Venosa<sup>12</sup> relata que “as formas e consequências da deserdação eram diversas se dirigidas a um filho, ou uma filha, ou a outros herdeiros. Pelas fontes parece que podemos concluir que as deserdações abusivas eram raras e, nesse caso, cabia ao pretor deixar intacta a ordem legítima da herança. Havia grande margem de decisão para o pretor decidir no caso concreto. Somente na época imperial é que se concede ação contra a deserdação injusta (querela inofficiosi testamenti), numa época em que Roma já vivia na corrupção e dissolução de costumes. Não se consegue fixar corretamente a origem dessa ação, parecendo ter sido trazida dos costumes gregos. Já por essa ‘querela’ não se colocava o herdeiro como beneficiário do testamento, mas anulava-se todo o testamento”.

No direito justinianeu (Novela 115), já estava criada uma herança legítima, sendo que a deserdação devia ser feita nominalmente, com base na lei, pautando-se na ideia de ingratidão. O exercício da querela ficava restrito aos descendentes e ascendentes, aos irmãos e irmãs, quando eram excluídos em benefício de pessoa torpe. Nessa época, então, a deserdação só era possível quando colocada no testamento e justificada por motivos expressos e plausíveis, cuja discussão ficava sempre aberta ao herdeiro legítimo. A expressão moderna da indignidade e deserdação já estava desde essa época desenhada<sup>13</sup>, mas sabe-se que, historicamente, a deserdação é uma instituição que vem de remotas eras, pois se encontra no Código de

Hammurabi, que data de 2000 anos antes de Cristo.<sup>14</sup>

Hodiernamente, embora a deserdação constitua instituto jurídico bastante polêmico, não admitido em diversas legislações, é, todavia, acolhido pela legislação civil de Portugal, Espanha, Suíça, Áustria, Alemanha, Argentina, Uruguai, Paraguai, Peru, Chile, Colômbia, Macau, além da brasileira<sup>15</sup>. Contudo, conforme adverte Zeno Veloso<sup>16</sup>, “em alguns países, não há que se falar em deserdação, pois a liberdade testamentária é irrestrita, absoluta, não havendo o modelo de nosso herdeiro necessário (Inglaterra, EUA, México), podendo o autor da herança dispor, sem nenhuma limitação, de todos os seus bens. Realmente, o Código Civil francês, o Código Civil belga, o Código Civil italiano, o Código Civil venezuelano deixaram de abrigar o instituto, que foi absorvido pela figura da indignidade”.

### 3. A Família Eudemonista e a Herança na Constituição Federal De 1988

Na visão moderna do Direito das Famílias (não do vetusto Direito de Família), a família é identificada pela comunhão de vida, de amor e de afeto no plano da igualdade, da liberdade, da solidariedade e da responsabilidade recíproca<sup>17</sup> (g.n.). Portanto, mesmo que existentes os laços de sangue, não se terá uma verdadeira família, na expressão jurídica da palavra, caso os demais elementos mencionados não estejam presentes entre pessoas de um mesmo círculo. É a vitória do afeto sobre a formal indiferença!

Com efeito, no momento em que o formato hierárquico da família cedeu à sua democratização, em que as relações são muito

14. GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: direito das sucessões. 5<sup>a</sup> edição. vol. 7. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 422.

15. Ibidem, p. 423.

16. Aut. cit. **Comentários ao Código Civil**: parte especial – direito das sucessões. vol. 21 (arts. 1.857 a 2.027). Coord.: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 307.

17. LÔBO, Paulo Luiz Netto. **A repersonalização das relações de família**. In: **Revista Brasileira de Direito de Família**. nº 24. Porto Alegre: IBDFAM/Síntese, 2004. p. 138.

11. Cf. ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. **Instituciones de derecho romano**. Buenos Aires: Depalma, 1973. p. 615.

12. Aut. cit. **Direito Civil**: direito das sucessões. 10<sup>a</sup> edição. São Paulo: Atlas, 2010. p. 318.

13. Ibidem, pp. 318 e 319.

mais de igualdade e de respeito mútuo, e o traço fundamental é a lealdade, não mais existem razões morais, religiosas, políticas, físicas ou naturais que justifiquem a excessiva e indevida ingerência do Estado na vida das pessoas<sup>18</sup>. Daí ter surgido uma nova designação para essa tendência de identificar a família pelo seu envolvimento afetivo: família eudemonista, isto é, que busca a felicidade individual vivendo um processo de emancipação de seus membros<sup>19</sup>. Por outras palavras, o eudemonismo<sup>20</sup> enxerga a felicidade como um bem supremo, que não pode ser comparado a qualquer outro.

A absorção do princípio eudemonista pelo ordenamento altera o sentido da proteção jurídica da família, deslocando-o da instituição para o sujeito, como se infere da primeira parte do § 8º do artigo 226 da Constituição Federal: o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos componentes que a integram<sup>21</sup>. A possibilidade de buscar formas de **realização pessoal** e gratificação profissional é a maneira que as pessoas encontram de viver, convertendo-se em seres socialmente úteis, pois ninguém mais deseja e ninguém mais pode ficar confinado à mesa familiar<sup>22</sup>. (g.o.)

Por conseguinte, a busca da felicidade, a supremacia do amor, a vitória da solidariedade, ensejam o reconhecimento do afeto como único modo eficaz de definição da família e de preservação da vida<sup>23</sup>. Logo, pode-se afirmar que existe uma família onde

18. DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 6ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 55.

19. WELTER, Belmiro Pedro. **Estatuto da união estável**. 2ª edição. Porto Alegre: Síntese, 2003. p. 32.

20. Expressão que, na sua origem grega, liga-se ao adjetivo 'feliz' e denomina a doutrina que admite ser a felicidade individual ou coletiva o fundamento da conduta humana moral, isto é, que são moralmente boas as condutas que levam à felicidade. (HOLANDA FERREIRA, Aurélio Buarque de. **Novo dicionário da língua portuguesa**. p. 592)

21. PIANOVISKI, Carlos Eduardo. **Famílias simultâneas e monogamia**. In: **Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família**: família e dignidade humana. Coord.: CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006. p. 205.

22. MADALENO, Rolf Hanssen. **Novas perspectivas da família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 20.

23. DIAS, Maria Berenice. Op. cit. p. 55.

houver **afetividade** como elo de união e comprometimento entre os seus diversos integrantes. (g.n.)

Relativamente ao direito de herança, tem-se que ele foi constitucionalizado na Carta Magna de 1988, no artigo 5º, XXX<sup>24</sup>, não podendo a lei civil deixar de reconhecer a sucessão hereditária de herdeiros necessários (filhos, especialmente), se os houver, nos bens deixados pelo de cujus<sup>25</sup>.

De fato, o Código Civil de 2002 não deixou de contemplar os descendentes, os ascendentes e o cônjuge supérstite, na qualidade de herdeiros necessários de primeira, segunda e terceira vocação, respectivamente – vide as hipóteses de concorrência (artigo 1.829)<sup>26</sup> –, de modo a atender plenamente o comando constitucional. Porém, há que se ter em mente que mesmo tendo sido assegurado o direito de herança, por meio da lei civil, isso não quer dizer, necessariamente, que herdeiros não possam ser deserdados, mormente por falta de afetividade e de boa-fé familiar<sup>27</sup>, ainda que estas hipóteses não estejam previstas nos róis exaustivos dos artigos 1.962 e 1.963 do Código Reale.

Esse nosso modo de pensar se justifica plenamente na medida em que “em pleno século XXI não seria mais admissível legislar

24. Constituição Federal, artigo 5º, XXX – “é garantido o direito de herança”.

25. Cf. SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 6ª edição. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 126.

26. Código Civil, artigo 1.829 – “A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I – aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares; II – aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge; III – ao cônjuge sobrevivente; IV – aos colaterais.”

27. “O exame complessivo da trajetória da noção de sistema no direito e o do princípio da boa-fé demonstra que ambos se interrelacionam no que diz respeito à efetiva moldura e ao significado do sistema, uma vez que à boa-fé está conectada a questão das fontes de produção jurídica, a qual é matriz e elemento condicionante das particulares noções de sistema no direito.” (MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 516)

se por normas que definissem precisamente certos pressupostos e indicassem, também de forma precisa, suas consequências, formando uma espécie de sistema fechado. (...) Já não basta, para bem interpretar o direito e dar a ele efetividade, analisar os fatos e confluí-los com as normas oriundas do Estado para se chegar a uma solução plausível para os problemas”<sup>28</sup>. Além disso, mister não deslembra que o ordenamento jurídico é dotado de normas, que são um gênero que comporta duas grandes espécies (as regras e os princípios)<sup>29</sup>, sendo que a **afetividade** é princípio geral do Direito das Famílias.

Lobriga-se, portanto, que mesmo tendo a Constituição Federal de 1988 assegurado o direito de herança, e mesmo tendo o Código Civil de 2002 determinado a ordem da vocação hereditária, seria possível, em tese, operar-se a deserdação de herdeiros necessários, por quebra de afeto, ao menos naqueles casos crônicos em que a própria vida se encarrega de separar definitivamente parentes tão próximos como, v.g., pais e filhos<sup>30</sup>. Outrossim, é forçoso considerar que o sistema jurídico hodierno é aberto e móvel, conforme veremos com maior vagar na sequência (item 5).

28. Cf. NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. **Código Civil Comentado**. 7<sup>a</sup> edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. pp. 194 e 201.

29. Para um mais aprofundado enfoque do assunto vide o item 6 (“O pós-positivismo. As normas jurídicas são um gênero que comporta duas grandes espécies: as regras e os princípios”).

30. Ilustrando, seria o caso, por exemplo, de um pai que em razão de contingência profissional, tivesse se mudado para país distante e nunca mais voltado ao Brasil, tornando esmaecidos ou inexistentes os laços de afeto em relação aos seus filhos, que não mais reconhecem a figura e autoridade paterna. Ou, então, o caso do pai que sai de casa para comprar cigarros e nunca mais volta... Mas os exemplos não param por aí. Existem também aquelas mães que imaginam que os homens têm função meramente reprodutiva: uma vez tendo dado luz a um bebê, viram-se para os seus maridos e simplesmente os dispensam, como se se tratasse do término de um “contrato de trabalho”, por prazo determinado. Contudo, não defendemos a possibilidade de deserdação por quebra de afetividade naqueles casos em que, deliberadamente e de má-fé, pais e filhos se afastam uns dos outros com o intuito único de se furtarem às suas obrigações alimentares (mesmo porque isso seria, em tese, crime de abandono material capitulado no artigo 244 do Código Penal).

#### 4. A Deserdação no Código Civil Brasileiro de 2002

A deserdação vem tratada nos artigos 1.961 a 1.965 do Código Civil Brasileiro (vide íntegra do texto legal no apêndice – item 12), sendo considerada como o ato pelo qual o de cujus exclui da sucessão, mediante testamento com expressa declaração de causa (Código Civil, artigo 1.964), herdeiro necessário (Código Civil, artigos 1.962 e 1.963), privando-o de sua legítima (Código Civil, artigo 1.846), por ter praticado qualquer ato taxativamente enumerado nos artigos 1.814, 1.962 e 1.963 do Código Civil<sup>31</sup>. Tal pena não irá além da pessoa do delinquente, logo não incidirá sobre os sucessores deste.<sup>32</sup>

Além das causas que autorizam a exclusão de herdeiro por indignidade (Código Civil, artigo 1.814), a deserdação do descendente pelo ascendente dar-se-á se houver: a) ofensas físicas, leves ou graves, por indicar **falta de afeição** para com o ascendente; b) injúria grave que atinja seriamente a honra, a respeitabilidade e a dignidade do testador; c) relações ilícitas com a madrasta ou o padrasto, por serem incestuosas e adulteras; d) desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade, por indicar, da parte do herdeiro, **desafeição** pelo autor da herança, e falta de sentimento de solidariedade humana.<sup>33</sup> (g.n.)

Já o descendente terá autorização legal para deserdar ascendente se ocorrerem as causas justificadoras da exclusão por indignidade (Código Civil, artigo 1.814), ou as arroladas no artigo 1.963: ofensas físicas, injúria grave, relações ilícitas (conjunção carnal, lascívia, concupiscência) com a mulher ou companheira do filho ou a do neto, ou com o marido ou companheiro da filha ou o da neta, e abandono do descendente (filho ou neto) doente física ou mentalmente.<sup>34</sup>

Para que se efetive a deserdação será preciso testamento válido com expressa

31. DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 15<sup>a</sup> edição. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1.361.

32. RT, 691:89. Em sentido contrário, vide a posição isolada de Washington de Barros Monteiro, in **Curso de Direito Civil**, vol. 6, pp. 243 e ss.

33. DINIZ, Maria Helena. **Código...** p. 1.362.

34. Ibidem, p. 1.363.

declaração do fato que a determina, ocorrido, obviamente, antes da morte do testador. Se nulo for o testamento, nula será a deserdação.<sup>35</sup>

Por fim, a lei retira do arbítrio do testador a decisão quanto aos motivos da deserdação, devido à gravidade do fato<sup>36</sup>. Logo, imprescindível será que o disponente especifique a causa legal (Código Civil, artigos 1.814, 1.962 e 1.963) que o levou a deserdar herdeiro necessário.<sup>37</sup>

Nesse contexto, porém, faz-se necessário um esclarecimento: não discordamos que a lei determina taxativamente quais são as hipóteses de deserdação, o que, aliás, é entendimento uníssono da doutrina<sup>38</sup>. Acontece que o ordenamento jurídico brasileiro não é, definitivamente, composto somente de regras, mas sim de regras e princípios<sup>39</sup>, que são espécies do gênero normas jurídicas.

Portanto, a despeito de a lei (Código Civil, artigos 1.962 e 1.963) prever as hipóteses de deserdação de descendente pelo ascendente e de ascendente por descendente, mister considerar que a afetividade é princípio do Direito das Famílias, conforme já tivemos oportunidade de afirmar, o que, a nosso ver,

autoriza a exhereditatio nos casos em que restar configurada a sua quebra.

A propósito, note que uma das hipóteses legais, prevista no artigo 1.963, IV, do Código Civil, contempla justamente a desafeição ao fazer referência ao “desamparo do filho ou neto com deficiência mental ou grave enfermidade”. Mas a tanto o legislador nem precisaria ter chegado, pois o rompimento definitivo da afetividade, por si só, autoriza a deserdação<sup>40</sup>, por mera aplicação sistemática dos princípios, sem que houvesse sequer necessidade de se proceder a qualquer inclusão ou alteração no texto da lei.

Ressalte-se, por derradeiro, que a quebra da afetividade autorizadora da deserdação deverá ser sempre definitiva, não podendo se sujeitar a estados de humor inconstantes, como o do pai que num dia diz amar o filho e no outro não, depois ama de novo e assim por diante. Óbvio que, além disso, há que se atentar constantemente à boa-fé familiar, pois assim não age o filho que se aproxima do pai, depois de décadas de falta de convivência, auxílio e afeto, movido exclusivamente pelo desejo de assegurar o seu naco da herança.

## 5. A Abertura e Mobilidade do Sistema Jurídico Hodíerno

Por qualquer prisma que se analise a questão da possibilidade de deserdação dos herdeiros necessários por falta de vínculo afetivo e de boa-fé familiar, é preciso não descurar que, atualmente, o nosso sistema jurídico é aberto e móvel.

A expressão “sistema jurídico aberto”, nas palavras de Rogério Ferraz Donnini<sup>41</sup>,

40. “Entendemos que não se deve restringir a noção de desamparo apenas ao aspecto material, pois a lei não o qualifica. Na realidade, o abandono moral e afetivo pode ser pior e mais nefasto que o material. Além de constituir ato ilícito que gera a possibilidade, em nossa opinião, de indenização, o abandono moral e afetivo pode gerar ainda a deserdação. Trata-se do valor jurídico do afeto.” (TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil*. vol. 6. São Paulo: Método, 2007. p. 82)

41. Aut. cit. A complementação de lacunas no Código Civil: continua a viger o artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil? In: *Temas atuais de Direito*. Academia Paulista de Direito. Coords.: DONNINI, Rogério Ferraz; CARRAZZA, Roque Antonio. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 279.

35. Ibidem, p. 1.363.

36. Quis o legislador evitar que o testador pudesse dar vazão a sentimentos de ódio e vingança em face do deserdado.

37. DINIZ, Maria Helena. Op. cit. p. 1.363.

38. Vide, por todos, exemplificativamente: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Deserdação**. In: **Direito das Sucessões**. Coautor: CAHALI, Francisco José. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 298.

39. “Os princípios constitucionais são expressos ou implícitos. Estes últimos podem derivar da interpretação do sistema constitucional adotado ou podem brotar da interpretação harmonizadora de normas constitucionais específicas (por exemplo, o princípio da afetividade). (...) Para efeito didático, os princípios jurídicos aplicáveis ao direito de família e a todas as entidades familiares podem ser assim agrupados: a) Princípios fundamentais: I – dignidade da pessoa humana; II – solidariedade familiar; b) Princípios gerais: III – igualdade; IV – liberdade; V – afetividade; VI – convivência familiar; VII – melhor interesse da criança.” (LÔBO, Paulo Luiz Netto. *A nova principiologia do direito de família e suas repercuções*. In: *Direito de Família e das Sucessões: temas atuais*. Coords.: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 3 – g.n.)

significa que é reconhecida a sua não plenitude ao se permitir a intromissão de elementos estranhos, além de não se recusar a incertezas de questões exteriores, enquanto a expressão “sistema jurídico móvel”, como o próprio nome diz, significa que possui mobilidade, o que permite um progresso, um verdadeiro aperfeiçoamento pela aplicação e interpretação das cláusulas gerais. Esse sistema está, em verdade, recheado de cláusulas gerais, conceitos legais indeterminados, conceitos legais determinados pela função, além dos **princípios gerais do direito**, em constante interação (g.n.). É o que sucede com o Código Civil atual.

Por outras palavras, é necessário compreender que, a partir da Constituição Federal de 1988, houve uma ruptura com o sistema rígido<sup>42</sup> e fechado<sup>43</sup> (que outrora regia o Código Civil de 1916)<sup>44</sup>, o qual era “impermeável às modificações econômicas e sociais, não tendo mais lugar na sociedade hodierna”<sup>45</sup>.

A rigidez procura preservar a estabilidade da ordem constitucional e a segurança jurídica, ao passo que a plasticidade procura adaptá-la aos novos tempos e às novas demandas, sem que seja indispensável

recorrer, a cada alteração da realidade, aos processos formais e difíceis de reforma.<sup>46</sup>

Com razão, o magistrado paulista Jorge Tosta<sup>47</sup> anota que “é sensível a diferença entre os Códigos Civis de 1916 e de 2002 no que toca ao papel do juiz. A tendência dogmática, que marcou o início do século XX, realçava o império da lei como um dos postulados do Estado de Direito e reservava ao juiz o papel de simples intérprete da vontade do legislador. Essa tendência foi substituída no Código Civil de 2002 pela abertura e flexibilização de diversas normas jurídicas que remetem diretamente ao juiz a solução do caso concreto, seja por meio da concreção judicial de ‘conceitos vagos ou indeterminados’, seja por intermédio da incidência de normas cuja aplicação se faz por juízos de oportunidade”.

Com efeito, o sistema de antanho não mais se justifica, o que levou Renan Lotufo<sup>48</sup> a afirmar que “o direito cria o seu mundo sobre o mundo dos fenômenos sociais”. Tem razão o eminente desembargador, pois as normas do direito oitocentista não têm lugar na sociedade do Século XXI.

O método tradicional de interpretação jurídica – o subsuntivo, fundado na aplicação de regras – continua válido para a solução de boa quantidade de problemas, mas não é suficiente para o equacionamento de inúmeras situações envolvidas na interpretação constitucional. No Direito contemporâneo, mudou o papel do sistema normativo, do problema a ser resolvido e do intérprete. Para acudir às novas demandas, decorrentes da maior complexidade da vida moderna, foram identificadas, desenvolvidas ou aprofundadas categorias específicas, voltadas sobretudo para a interpretação constitucional, que incluem: os conceitos jurídicos indeterminados, a **normatividade dos princípios**, a colisão de direitos fundamentais, a ponderação e a argumentação (g.n.). Nesse ambiente, nem

42. “O que motivou a adoção de um sistema fechado de direito positivista foi o receio da insegurança jurídica e pelo temor de interferência da nobreza e do clero nas decisões judiciais.” (TEIZEN JÚNIOR, Augusto Geraldo. **A função social no Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 101)

43. “Os Códigos representam, assim, a manifestação máxima de um sistema do tipo fechado. Supõem, em especial na área do direito privado, uma sociedade unitária e formalmente igualitária para a regulação de cujos interesses seria suficiente a perspectiva de unidade, totalidade, plenitude que, filosófica e metodologicamente, adoram.” (MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. **As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico**. In: Revista dos Tribunais. nº 680. São Paulo: Revista dos Tribunais, jun./1992. pp. 47-58)

44. “Nesse sistema (rígido e fechado), a solução para um determinado caso deveria ser encontrada no próprio ordenamento jurídico, o que o tornava distante, muitas vezes, das constantes transformações sociais e econômicas, em flagrante descompasso com a realidade.” (DONNINI, Rogério Ferraz. Op. cit. p. 279)

45. NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de. **Código Civil Comentado**. p. 193.

46. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2<sup>a</sup> edição. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 128.

47. Aut. cit. **Manual de interpretação do Código Civil**: as normas de tipo aberto e os poderes do juiz. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 3.

48. Aut. cit. **Curso avançado de Direito Civil**. vol. 1. 2<sup>a</sup> edição. Coord.: CAMBLER, Everaldo Augusto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 21.

sempre será possível falar em resposta correta para os problemas jurídicos, mas sim em soluções argumentativamente racionais e plausíveis.<sup>49</sup>

Precisamente em decorrência da normatividade dos princípios<sup>50</sup> acima referida, pode-se asseverar que, havendo quebra de afetividade entre membros de um mesmo círculo familiar, autorizado está o testador a deserdar seus herdeiros necessários, pois, como dito, a afetividade é princípio do Direito das Famílias. Note-se que nem mesmo seria necessário se valer dos princípios de forma subsidiária, caso a deserdação não fosse prevista na lei<sup>51</sup>, pois, sendo o sistema jurídico aberto e móvel, regras e princípios convivem lado a lado, formando um todo unitário e harmônico de elementos conjugados entre si.

## 6. O Pós-Positivismo. As Normas Jurídicas São um Gênero que Comporta duas Grandes Espécies: as Regras e os Princípios

Um dos aspectos mais interessantes da discussão em torno do direito, nesses anos, é o fato de terem sido questionadas as fontes tradicionais das normas jurídicas, inclusive nos países continentais. Esse questionamento é acompanhado da importância cada vez maior dada às chamadas fontes extralegislativas (ou, até mesmo, extra-estatais). Um dos dogmas do positivismo jurídico em sentido estrito foi que a fonte principal de direito no Estado moderno fosse a lei, isto é, a norma presumidamente geral e abstrata posta por um órgão específica e exclusivamente competente, de acordo com a constituição. Um dos aspectos pelos quais se

49. BARROSO, Luís Roberto. Op. cit. p. 400.

50. “Denomino ‘princípio’ um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.” (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad.: Nelson Boeira. 3<sup>a</sup> edição. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 36)

51. Seria equívoco imaginar que os princípios gerais de direito só pudesse ser aplicados no caso de absoluta ausência de lei que regulasse uma determinada situação fática, pois tanto as regras quanto os princípios são espécies do gênero normas jurídicas, sem que haja necessariamente uma hierarquia ou ordem de aplicação entre eles.

manifesta a crise do positivismo jurídico é a crescente consciência da emergência de outras fontes do direito, que minam o monopólio da produção jurídica detido pela lei – em uma sociedade em rápida transformação e intensamente conflituosa, como é a sociedade capitalista na atual fase de desenvolvimento. (...) De resto, não há nada de novo sob o sol: meio século atrás, falaríamos da revolta dos fatos contra as leis, da emergência de um “direito social” contra o direito do Estado.<sup>52</sup>

Com efeito, após longo processo evolutivo, consolidou-se na teoria do Direito a ideia de que as normas jurídicas são um gênero que comporta, em meio a outras classificações, duas grandes espécies: as regras e os princípios. (...) O reconhecimento da distinção qualitativa entre essas duas categorias e a atribuição de normatividade aos princípios são elementos essenciais do pensamento jurídico contemporâneo. Os princípios são a porta pela qual os valores passam do plano ético para o mundo jurídico. Em sua trajetória ascendente, os princípios deixaram de ser fonte secundária e subsidiária do Direito para serem alçados ao centro do sistema jurídico. De lá, irradiam-se por todo o ordenamento, influenciando a interpretação e aplicação das normas jurídicas em geral e permitindo a leitura moral do Direito<sup>53</sup>. É que se se pode fazer coisas com a regra, com os princípios se pode fazer muito mais.<sup>54</sup> (t.n.)

Por isso se diz que os princípios são mandados de otimização: devem ser realizados na maior intensidade possível, à vista dos demais elementos jurídicos e fáticos presentes na hipótese. Daí decorre que os direitos neles fundados são direitos *prima facie* – isto é, poderão ser exercidos em princípio e na medida do possível<sup>55</sup>. Aliás, entre regras e princípios constitucionais não há hierarquia jurídica, como decorrência do princípio instrumental da unidade da Constituição.

Logo, não há empecilho algum para que se opere a deserdão de herdeiros

52. Cf. BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Barueri: Manole, 2007. pp. 41 e 42.

53. BARROSO, Luís Roberto. Op. cit. pp. 204-205.

54. ALPA, Guido. *Trattato di Diritto Privato: I Principi Generali*. Seconda edizione. Milano: Giuffrè, 2006. p. 18.

55. BARROSO, Luís Roberto. Ibidem. p. 209.

necessários, por quebra de afetividade, mesmo não sendo hipótese prevista no Código Civil, pois, como demonstrado, os princípios têm inegavelmente conteúdo normativo. Ademais, o Poder Judiciário não pode se fechar às transformações sociais, que, pela sua própria dinâmica, muitas vezes se antecipam às modificações legislativas. O intérprete deve, enfim, buscar a justiça, ainda quando não a encontre na lei!

Entretanto, pensamos que caberá ao juiz, diante do caso concreto, avaliar se a aplicação do princípio da afetividade a autorizar a deserdação se dará na busca do justo, do equânime, bem como se realmente teria havido um grave rompimento do vínculo afetivo por período de tempo suficiente para tornar o testador e o herdeiro deserdado pessoas praticamente estranhas uma à outra.

## 7. O Princípio da Afetividade Aplicado ao Campo Sucessório

Trata-se a família de um núcleo social primário, tendo havido consideráveis mudanças nas relações familiares, passando a dominar novos conceitos em detrimento de valores antigos. Nesta visão, tem mais relevância o sentimento afetivo<sup>56</sup>, não mais sendo suficientes meros laços de sangue para se concluir pela existência de uma entidade familiar.<sup>57</sup>

A Constituição elenca um rol imenso de direitos individuais e sociais, como forma de garantir a dignidade de todos. Isso nada mais é do que o compromisso de assegurar afeto: o primeiro obrigado a assegurar o afeto por seus cidadãos é o próprio Estado<sup>58</sup>. Mesmo que a

Constituição tenha enlaçado o afeto no âmbito de sua proteção, a palavra afeto não está no texto constitucional<sup>59</sup>. Ao serem reconhecidas como entidade familiar merecedora da tutela jurídica as **uniões estáveis**, que se constituem sem o selo do casamento, tal significa que a afetividade, que une e enlaça duas pessoas, adquiriu reconhecimento e inserção no sistema jurídico. Houve a constitucionalização de um modelo de família eudemonista e igualitário, com maior espaço para o afeto e a realização individual.<sup>60</sup> (g.o.)

Nesse sentido, Paulo Luiz Netto Lôbo<sup>61</sup>, discorrendo sobre o princípio da afetividade, escreve:

A afetividade como princípio jurídico fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia sobre as considerações de caráter patrimonial ou biológico. Recebeu grande impulso dos valores consagrados na Constituição de 1988 e resultou da evolução da família brasileira nas últimas décadas do século XX, refletindo-se na doutrina jurídica e na jurisprudência dos tribunais. O princípio da afetividade especializa, no âmbito familiar, os princípios constitucionais fundamentais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da solidariedade (art. 3º, I), e entrelaça-se com os princípios da convivência familiar e da

---

Código Civil. Coord.: CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 54.

59. “(...) não é necessário que os princípios estejam enunciados explicitamente em texto escrito. Aliás, os princípios gerais de direito são sempre não positivados, eis que, uma vez positivados, tornam-se eles cláusulas gerais.” (PEREIRA, Tarlei Lemos. **Direito sucessório dos conviventes na união estável**: uma abordagem crítica ao artigo 1.790 do Código Civil Brasileiro. Dissertação apresentada para obtenção do título de Mestre na Faculdade Autônoma de Direito – FADISP, 2011. p. 105)

60. CARBONERA, Silvana Maria. **O papel jurídico do afeto nas relações de família**. In: **Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família: repensando o direito de família**. Coord.: CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 508.

61. Aut. cit. **A nova principiologia do direito de família e suas repercussões**. p. 12.

56. Cf. RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**: Lei nº 10.406, de 10.01.2002. 5ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2007. pp. X (Prólogo) e 9.

57. A propósito, relembrar-se que foi justamente em virtude de laços estreitos de afeto que a guarda do pequeno Chico foi concedida a Eugenia, parceira homoafetiva da cantora Cássia Eller, e não ao avô materno. (Disponível em <[www.conteudojuridico.com.br](http://www.conteudojuridico.com.br)>. Acesso em 14.11.2011)

58. SOUZA BIRCHAL, Alice de. **A relação processual dos avós no direito de família**: direito à busca da ancestralidade, convivência familiar e alimentos. In: **Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família**: afeto, ética, família e o novo

igualdade entre cônjuges, companheiros e filhos, que ressaltam a natureza cultural e não exclusivamente biológica da família. A evolução da família ‘expressa a passagem do fato natural da consanguinidade para o fato cultural da afinidade’ (este no sentido de afetividade). A família recuperou a função que, por certo, esteve nas suas origens mais remotas: a de grupo unido por desejos e laços afetivos, em comunhão de vida.

Com efeito, o princípio jurídico da afetividade e o sentimento de solidariedade recíproca não podem ser perturbados pela preponderância de interesses patrimoniais. É o respeito à pessoa humana, nas relações familiares, que deve prevalecer<sup>62</sup>. Por isso, reportando-nos ao caso narrado na introdução deste ensaio, entendemos que não agiu de boa-fé a filha que ajuizou ação investigatória de paternidade com o claro intuito de, uma vez tendo sido reconhecida a filiação judicialmente, assegurar o seu quinhão hereditário. Obviamente, a boa-fé constante do Código Civil de 2002 não é apenas e tão somente a boa-fé contratual e dos negócios jurídicos, mas também a boa-fé familiar, eis que um pai não poderá agir de má-fé em relação aos seus filhos, nem vice-versa. Ferir-se-ia fundamentalmente a eticidade<sup>63</sup>, que é um dos três princípios norteadores do Código

Reale, ao lado da socialidade e da operabilidade.<sup>64</sup>

Outrossim, a conduta da mencionada filha configuraria até mesmo um abuso de direito<sup>65</sup>, a encontrar óbice no disposto no artigo 187 do Código Civil.<sup>66</sup>

Sendo assim, acreditamos que o juiz, na hipótese sub examine, não deveria prestigiar interesses meramente econômicos da herdeira em detrimento dos laços afetivos que jamais existiram entre ela e o seu genitor. Mutatis mutandis, seria o mesmo que conceder remuneração a alguém que não tivesse trabalhado, pois a filha (autora da ação de investigação de paternidade) estaria concorrendo à herança juntamente com os demais coerdeiros que, ao longo de toda uma vida, mostraram-se afetuosos e solidários em relação ao falecido.<sup>67</sup>

64. “... foram princípios orientadores do Código Civil de 2002 a socialidade, a eticidade e a operabilidade, que por questão de mnemônica, apelidamos simplesmente de ‘SEO’.” (PEREIRA, Tarlei Lemos. **Lacunas, Meios de Integração e Antinomias**: uma abordagem à luz do sistema jurídico aberto e móvel. In: **Revista Brasileira de Direito Civil, Constitucional e Relações de Consumo**: doutrina e jurisprudência. Coords.: DONNINI, Rogério; FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. vol. 7. ano 2. São Paulo: Fiuza, 2010. pp. 217-278)

65. “Embora em sua forma atual seja recente a concepção de abuso de direito, o espírito, que inspira a teoria, já se encontrava na velha Roma. No estudo de seu histórico, feito no 2º Capítulo de seu excelente livro sobre a matéria (Do abuso do direito no exercício da demanda, São Paulo, 1932), JORGE AMERICANO mostra que a primeira impressão que se tem ao examinar textos antigos – de que os romanos desconheciam a ideia de abuso de direito, pois nullus videtur dolo facere qui suo jure utitur – é destruída por uma observação mais atenta. De fato, só a noção de abuso de direito pode conduzir à condenação de seu absolutismo, o que se encontra na palavra de CÍCERO (De Officis, 1,10), sumnum jus, summa injuria, ou na fórmula malitiis non est indulgendum, a qual condena não só os atos praticados à margem do direito, como também aqueles praticados abusivamente.” (RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**: parte geral. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1981. p. 315. nota de rodapé nº 314)

66. Código Civil, artigo 187 – “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela **boa-fé** ou pelos bons costumes.” (g.n.)

67. A nosso ver, a situação cogitada seria causa de profunda injustiça, eis que, sob o prisma sucessório, teriam direito à herança por morte do genitor, tanto os filhos amorosos, quanto aquela filha que jamais se fez

62. Cf. LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Código Civil Comentado**: famílias. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 47.

63. “A eticidade do CC se opõe ao formalismo jurídico do CC/1916. (...) o Código passado foi elaborado com base em técnica hoje superada, porque não se mostrava eficiente para tornar a experiência jurídica permeada por todos os valores éticos necessários à realização do bem comum. Ou seja: o Código de 1916 era voltado para determinações de caráter estritamente jurídico e o Código de 2002 tem forte inspiração ética, e abre espaço para valores como: probidade, **boa-fé**, correção. (...) Não se pode negar, por outro lado, que essa mudança de critério valorativo, a par de ter sido fruto da evolução científica do próprio direito privado, é também chancelada por nossa Constituição Federal.” (NERY-NERY. **Código Civil Comentado**. p. 202, item 42 – g.n.)

Aliás, foi por isso que, logo no início deste ensaio, tivemos oportunidade de frisar que a conhecida frase “Filho é filho e ponto final” não mais tem lugar, pois reescrevendo-a à luz da eficácia irradiante oriunda da Constituição Federal “Filho é filho desde que haja um mínimo de afetividade em relação a seus genitores”<sup>68</sup>. Não sendo assim, melhor que cada um siga o seu caminho e, principalmente, não busque herança um do outro, como se estivesse a arriscar a sorte grande. Afinal, se toda uma vida não foi suficiente para unir, por laços afetivos, o ascendente ao descendente, não será o decesso de um deles que o fará.

## 8. A Forma da Deserdação: Testamento

Já vimos que a falta de vínculo afetivo e de boa-fé familiar autorizam, em tese, a deserdação do herdeiro necessário pelo autor da herança, por força da aplicação dos princípios, notadamente dos princípios da afetividade e da eticidade.

Resta-nos tratar agora da forma dessa deserdação que, certamente, se dará por via testamentária, a teor do disposto no artigo 1.964 do Código Civil<sup>69</sup>, verbis: “Somente com expressa declaração de causa pode a deserdação ser ordenada em testamento.” (g.n.)

Conforme explica Márcia Maria Menin<sup>70</sup>, são requisitos indispensáveis para a

presente, mercê de seu próprio desiderato. Outrossim, frise-se que o pai jamais a rejeitou, mesmo porque sequer sabia da sua existência; mas, a filha veio a saber da existência do pai, tanto que contratou advogado para ajuizar a ação investigatória de paternidade.

68. “(...) o direito das famílias instalou uma **nova ordem jurídica** para a família, atribuindo **valor jurídico ao afeto**. (...) Talvez nada mais seja necessário dizer para evidenciar que o princípio norteador do direito das famílias é o princípio da afetividade.” (DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. p. 72 – g.o.)

69. “Só o testamento (art. 1.964) tem o poder de gerar a deserdação, mas a expressa declaração da causa é indispensável para produzir o efeito desejado pelo testador.” (OLIVEIRA LEITE, Eduardo de. **Direito Civil Aplicado**. vol. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 283)

70. Aut. cit. **Direito das Sucessões**. vol. 8. Orient.: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes.

configuração da pena de deserdação: a) a validade do testamento; b) a existência de herdeiros necessários; c) a existência de cláusula de deserdação<sup>71</sup>; e d) a prova da existência da causa arguida pelo testador (por meio de ação ordinária, conforme será visto no item 9).

Portanto, para que o testador prive herdeiro necessário de sua metade indisponível, necessitará, no que ora releva salientar, fazer constar por ocasião da facção do testamento, cláusula de deserdação com expressa declaração de causa (i.e., rompimento definitivo do vínculo afetivo e/ou falta de boa-fé familiar).

Nada impede, antes recomenda, que menção expressa também seja feita no testamento acerca do desrespeito ao princípio da afetividade, descrevendo-se as circunstâncias em que se deu o último contato entre o autor da herança e o herdeiro deserdado, bem como de quando datam as últimas notícias suas. Todo e qualquer aspecto que demonstre a má-fé do deserdado, igualmente deverá ser pormenorizado na cédula testamentária<sup>72</sup>, pois, conforme dito, a eticidade é princípio norteador do Código Civil de 2002, compreendendo a boa-fé familiar, o que é curial.

---

Coords.: CASSETTARI, Christiano; MENIN, Márcia Maria. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 223.

71. **DESERDAÇÃO**. Pretensão de reconhecimento judicial. Impossibilidade. Questão possível de ser apreciada após aberta a sucessão. Exigência, portanto, de disposição de última vontade. Inclusão de cláusula em testamento como pressuposto indispensável. Impossibilidade jurídica do pedido judicial manifesta. Sentença confirmada. (TJSP – Ap. Cível nº 544.816-4/6-00 – 7ª Câmara de Direito Privado – Rel. Des. ELCIO TRUJILLO – j. 17.06.2009)

72. “Para que seja possível promover a deserdação, é indispensável que o testador detalhe no testamento os fatos que caracterizariam a causa de deserdação que está a arguir. Isso se deve ao fato de que concerne aos demais herdeiros o ônus da prova do alegado pelo testador. Sem narrativa dos fatos, não há tema que esteja apto juridicamente a ser provado. Observe-se que não basta mencionar, genericamente, a qualificação do fato que se supõe seja capaz a encetar deserdação: o fato não se confunde com a qualificação que recebe no mundo do direito que, por geral e abstrata, pode se referir a um sem-número de fatos.” (FACHIN, Luiz Edson. **Questões do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. pp. 142 e 143)

Contudo, a deserdação não se opera de pleno direito, não bastando a inserção de cláusula exclusória em testamento para que se retire herdeiro necessário da sucessão<sup>73</sup>. É o que analisaremos a seguir.

## 9. Ação Ordinária de Deserdação: Aspectos Processuais

A deserdação exige previsão em testamento, com expressa declaração de causa<sup>74</sup>. Portanto, incumbe ao herdeiro instituído, ou àquele a quem aproveite a deserdação, provar a veracidade da causa<sup>75</sup>, consoante o disposto no artigo 1.965 do Código Civil, verbis: “Ao herdeiro instituído, ou àquele a quem aproveite a deserdação, incumbe provar a veracidade da causa alegada pelo testador.”

O parágrafo único do referido artigo ainda prevê: “O direito de provar a causa da deserdação extingue-se no prazo de **quatro anos**, a contar da data da abertura do testamento.”<sup>76</sup> (g.n.)

73. MENIN, Márcia Maria. Op. cit. p. 220.

74. PROVA DOS ATOS – CONFIRMAÇÃO DA DESERDAÇÃO. Tendo o falecido exarado em testamento a firme disposição de deserdar os filhos, apontando as causas da deserdação, e havendo comprovação desses fatos, deve ser mantida a disposição de última vontade do testador. (TJMG – Ap. Cível nº 1.0707.01.033.170-0/001 – 6ª Câmara Cível – Rel. Des. EDÍLSON FERNANDES – j. 05.09.2006)

75. INVENTÁRIO – TESTAMENTO. O deserdado somente será excluído da sucessão se reconhecida por sentença como verdadeira a causa declarada pelo testador (art. 1.965 do CC). A improcedência do pedido formulado na ação ajuizada pelo deserdado visando à anulação de testamento não é suficiente para tanto. Decisão mantida. Agravo de instrumento não provido. (TJSP – A.I. nº 669.611-4/2-00 – 9ª Câmara de Direito Privado – Rel. Des. PIVA RODRIGUES – j. 15.12.2009)

76. “O parágrafo único deste artigo diz que o direito de provar a causa da deserdação extingue-se no prazo de quatro anos, a contar da abertura do testamento. É um equívoco! O testamento público é sempre aberto; o particular, igualmente, é aberto. Testamento fechado, e que deve ser aberto pelo juiz, falecido o testador, é o cerrado (art. 1.875). Mas a deserdação pode constar em todas as formas testamentárias, inclusive as especiais. O prazo de decadência, é claro, deve ser contado da data da abertura da sucessão, como está, aliás, no art. 178, § 9º, IV, do Código Civil de 1916.” (VELOSO, Zeno. **Código Civil Comentado**. 6ª edição. Coord.: SILVA, Regina Beatriz Tavares da. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 2.143)

Trata-se evidentemente de prazo decadencial, dentro do qual deverá ser ajuizada a competente ação ordinária de deserdação<sup>77</sup> no juízo do inventário, mas não nos mesmos autos. Apresentado o testamento, efetuado o registro, o juiz determina o arquivamento e seu cumprimento (Código de Processo Civil, artigo 1.126). A ação de deserdação deve ser instruída com a certidão do testamento. A ausência do testamento autoriza a extinção do processo (Código de Processo Civil, artigo 267, VI). A ação tem **eficácia declaratória** e produz **efeito retroativo** a partir da abertura da sucessão.<sup>78</sup> (g.o.)

Dispõem de legitimidade ativa para a demanda os demais herdeiros e quem irá se beneficiar com a exclusão do deserdado. Não se pode excluir a possibilidade de a ação ser proposta pelo inventariante, bem como pelo cônjuge ou companheiro sobreviventes. Também o onerado (Código Civil, artigo 1.934, parágrafo único), o testamenteiro e o Ministério Públco podem propô-la, pois ambos têm o dever de zelar pelo cumprimento do testamento, onde se encontra a manifestação de vontade do testador de deserdar um herdeiro.<sup>79</sup>

Note-se que as causas de deserdação previstas nos artigos 1.962 e 1.963 do Código Civil, aplicam-se apenas aos herdeiros necessários, eis que, tendo eles direito à legítima, é preciso que haja motivo suficientemente grave para que sejam excluídos da herança. Isso não significa,

77. DESERDAÇÃO – ARTIGO 1.962 DO CC – MOTIVOS AUTORIZADORES – NÃO CONFIGURAÇÃO. A deserdação só pode realizar-se através de testamento, mas não basta a exclusão expressa prevista na disposição de última vontade, é necessário que o herdeiro instituído no lugar do deserdado, ou o beneficiário da deserdação, promova ação judicial e prove a existência das causas autorizadoras da deserdação, nos termos do artigo 1.965 do Código Civil. Sem a comprovação dos motivos alegados pelo testador para deserdação, esta é ineficaz, não ficando prejudicada a legítima do deserdado. (TJMG – Ap. Cível nº 1.0713.04.037.977-6/001 – 1ª Câmara Cível – Rel. Des. VANESSA VERDOLIM HUDSON ANDRADE – j. 21.03.2006)

78. DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 313.

79. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. vol. 55. 3ª edição. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. p. 304.

porém, que os demais herdeiros não possam ser deserdados. Para que estes herdeiros (companheiros e colaterais) sejam excluídos do direito à herança, não é preciso invocar nenhuma causa; basta que o testador disponha do seu patrimônio, sem os contemplar (Código Civil, artigo 1.850).<sup>80</sup>

Outrossim, Euclides de Oliveira e Sebastião Amorim<sup>81</sup> ressaltam que “essas causas constituem *numerus clausus*, por isso que não admitem interpretação extensiva, para abrangência de outros atos de ingratidão ou de ofensa à pessoa do autor da herança. Assim, com relação ao abandono do descendente ou do ascendente, não basta que haja **esfriamento de relações** ou mesmo atos de hostilidade entre esses parentes”. (g.n.)

Sucede que, a nosso ver, caso esse “esfriamento de relações” seja de tal magnitude que revele, indubitavelmente, absoluta falta de vínculo afetivo entre ascendentes e descendentes, por período considerável de tempo, abertas estariam as portas da deserdação por quebra de afetividade<sup>82</sup>, não por aplicação literal da lei (Código Civil, artigos 1.962 e 1.963), mas sim por aplicação dos princípios, adotando-se a interpretação conforme a Constituição. Veja, finalmente, que sequer haveria qualquer necessidade de alteração da lei, com o fito de implementar a deserdação por falta de afetividade, pois a própria interpretação sistemática do ordenamento jurídico autoriza tal procedimento, desde que declarada a causa pelo testador na cédula testamentária, conforme previsto no artigo 1.964 do Código Civil.

## 10. Conclusões

Ao final deste ensaio apresentamos uma breve síntese de nossas conclusões, porém não

80. Cf. OLIVEIRA, Euclides Benedito de; AMORIM, Sebastião Luiz. **Inventários e Partilhas**: direito das sucessões – Teoria e Prática. 21<sup>a</sup> edição. São Paulo: LEUD, 2008. p. 53.

81. Ibidem, p. 54.

82. No mesmo sentido: GUERRA, Bruna Pessoa. **A deserdação ante a ausência de afetividade na relação parental**. In: **Jus Navigandi**. Teresina. ano 16. nº 2.961. 2011. Disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/19722>>. Acesso em 15.11.2011.

sem antes esclarecer que jamais foi nossa intenção questionar se os róis dos artigos 1.962 e 1.963, ambos do Código Civil Brasileiro, são ou não taxativos. Parece-nos fora de dúvida que as hipóteses compreendidas nos referidos artigos de lei são positivamente *numerus clausus*, consoante entendimento unânime da doutrina. Logo, se algum mérito houver no presente estudo é justamente o de tentar demonstrar que ao lado das regras existem também os princípios, espécies do gênero normas jurídicas, sem que o intérprete tenha que se valer de um ou de outro de maneira subsidiária e sem que haja necessariamente uma hierarquia entre eles. Abaixo, então, seguem as nossas derradeiras considerações de forma articulada, sem a preocupação de repetir, na mesma ordem, as principais ideias expostas ao longo do texto:

É uma ilusão pensar que o Direito possa estar totalmente contido nas leis (*rectius: regras*). Esta, definitivamente, é uma falsa percepção, que não condiz com uma análise sistemática do ordenamento jurídico;

O juiz, ao julgar o caso concreto, deve sempre buscar a solução mais justa, equânime, mesmo quando a encontre fora das regras. Isso não implica, necessariamente, num desprestígio às leis, pois o próprio sistema o autoriza a assim proceder;

A afetividade é princípio geral do Direito das Famílias, com clara repercussão no campo sucessório. Tendo havido uma grave e duradoura quebra de afeto entre herdeiros necessários (descendentes, ascendentes e cônjuge), isso autoriza o autor da herança, em tese, a deserdá-los, por testamento, uma vez indicada a causa. E nem poderia ser diferente, pois a ausência de afetividade descharacteriza a entidade familiar e, consequentemente, as recíprocas obrigações civis, não bastando apenas a existência de laços de sangue;

Pode-se afirmar que existe uma família onde houver afetividade como elo de união e realização pessoal entre os seus diversos integrantes;

Há que se ter em mente que mesmo tendo sido assegurado o direito de herança, por meio da Constituição Federal e da lei civil, isso não quer dizer, necessariamente, que herdeiros não possam ser deserdados, por falta

de afetividade e de boa-fé familiar, mesmo que estas hipóteses não estejam expressamente previstas nos róis taxativos dos artigos 1.962 e 1.963 do Código Civil;

Para que se efetive a deserdação será preciso testamento válido com expressa declaração do fato que a determina. Logo, imprescindível será que o disponente especifique a causa legal ou principiológica que o levou a deserdar herdeiro necessário;

A nosso ver, o rompimento definitivo da afetividade, por si só, autoriza a deserdação, por mera aplicação sistemática dos princípios, sem que haja sequer necessidade de se proceder a qualquer inclusão ou alteração do texto da lei;

O sistema jurídico atual é aberto e móvel, repleto de cláusulas gerais, conceitos legais indeterminados, conceitos legais determinados pela função, além dos princípios gerais do direito, em constante interação. Para acudir às novas demandas, decorrentes da maior complexidade da vida moderna, foram identificadas, desenvolvidas ou aprofundadas categorias específicas, voltadas sobretudo para a interpretação constitucional, que incluem, dentre outros, a normatividade dos princípios;

Entre regras e princípios constitucionais não há hierarquia jurídica, como decorrência do princípio instrumental da unidade da Constituição. Logo, não há empecilho algum para que se opere a deserdação de herdeiros necessários, por quebra de afetividade, mesmo não sendo hipótese prevista no Código Civil, pois os princípios têm conteúdo normativo. O intérprete deve buscar a justiça, ainda quando não a encontre na lei;

A boa-fé constante do Código Civil de 2002 não é apenas a boa-fé contratual e dos negócios jurídicos, mas também a boa-fé familiar, eis que um pai não poderá agir de má-fé em relação aos seus filhos, nem vice-versa. Ferir-se-ia, fundamentalmente, a

eticidade, que é um dos três princípios norteadores do Código Reale, ao lado da socialidade e da operabilidade;

No caso concreto, exposto na introdução deste ensaio, temos por absolutamente reprovável o fato de a filha (autora da ação de investigação de paternidade) ter se aproximado de seu pai, após décadas de voluntário afastamento, tão só para assegurar o seu naco da herança, sem qualquer envolvimento e compromisso afetivos. Para se dizer o mínimo, isso configuraria um abuso de direito;

É preciso abandonar a ideia de que “filho é filho e ponto final”, pois à luz da eficácia irradiante dos direitos fundamentais oriunda da Constituição Federal, “filho é filho desde que haja um mínimo de afetividade em relação a seus genitores”. Do contrário, será um estranho – não um filho – e estranhos não devem obrigatoriamente herdar;

A deserdação é uma pena civil, sendo os seus requisitos indispensáveis: a) a validade do testamento; b) a existência de herdeiros necessários; c) a existência de cláusula de deserdação; e d) a prova da existência da causa arguida pelo testador, por meio de ação ordinária;

Finalmente, entendemos que, uma vez existindo absoluta falta de vínculo afetivo entre herdeiros necessários, por período considerável de tempo, autorizada estaria a deserdação por quebra de afetividade, não por aplicação literal da lei (Código Civil, artigos 1.962 e 1.963), mas sim por aplicação dos princípios, adotando-se a interpretação conforme a Constituição. Nesse sentido, não haveria necessidade de alteração da lei, com o objetivo de implementar a deserdação por falta de afetividade, pois a própria interpretação sistemática do ordenamento jurídico autoriza tal procedimento, uma vez declarada a causa pelo testador na cédula testamentária (Código Civil, artigo 1.964). .

## REFERÊNCIAS

- ALPA, Guido. **Trattato di Diritto Privato: I Principi Generali**. Seconda edizione. Milano: Giuffrè, 2006.
- ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. **Instituciones de derecho romano**. Buenos Aires: Depalma, 1973.
- BARBOSA, Águida Arruda. **Conceito pós-moderno de família**. In: **Direito de Família e das Sucessões**: temas atuais. Coords.: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Barueri: Manole, 2007.
- CARBONERA, Silvana Maria. **O papel jurídico do afeto nas relações de família**. In: **Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família**: repensando o direito de família. Coord.: CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 6ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- \_\_\_\_\_. **Manual das Sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 15ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010.
- DONNINI, Rogério Ferraz. **A complementação de lacunas no Código Civil**: continua a viger o artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil? In: **Temas atuais de Direito**. Academia Paulista de Direito. Coords.: DONNINI, Rogério Ferraz; CARRAZZA, Roque Antonio. São Paulo: Malheiros, 2008.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad.: Nelson Boeira. 3ª edição. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.
- FACHIN, Luiz Edson. **Questões do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: direito das sucessões. 5ª edição. vol. 7. São Paulo: Saraiva, 2011.
- GUERRA, Bruna Pessoa. **A deserdação ante a ausência de afetividade na relação parental**. In: **Jus Navigandi**. Teresina. ano 16. nº 2.961. 2011. Disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/19722>>. Acesso em 15.11.2011.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Deserdação**. In: **Direito das Sucessões**. Coautor: CAHALI, Francisco José. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. **A repersonalização das relações de família**. In: **Revista Brasileira de Direito de Família**. nº 24. Porto Alegre: IBDFAM/Síntese, 2004.
- \_\_\_\_\_. **Código Civil Comentado**: famílias. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010.
- \_\_\_\_\_. **A nova principiologia do direito de família e suas repercussões**. In: **Direito de Família e das Sucessões**: temas atuais. Coords.: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- LOTUFO, Renan. **Curso avançado de Direito Civil**. vol. 1. 2ª edição. Coord.: CAMBLER, Everaldo Augusto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- MADALENO, Rolf Hanssen. **Novas perspectivas da família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. **As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico**. In: **Revista dos Tribunais**. nº 680. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- \_\_\_\_\_. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- MENIN, Márcia Maria. **Direito das Sucessões**. vol. 8. Orient.: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Coords.: CASSETTARI, Christiano; MENIN, Márcia Maria. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado.** vol. 55. 3<sup>a</sup> edição. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.
- NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. **Código Civil Comentado.** 7<sup>a</sup> edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- OLIVEIRA, Euclides Benedito de; AMORIM, Sebastião Luiz. **Inventários e Partilhas:** direito das sucessões – Teoria e Prática. 21<sup>a</sup> edição. São Paulo: LEUD, 2008.
- OLIVEIRA LEITE, Eduardo de. **Direito Civil Aplicado.** vol. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- PEREIRA, Tarlei Lemos. **Lacunas, Meios de Integração e Antinomias:** uma abordagem à luz do sistema jurídico aberto e móvel. In: **Revista Brasileira de Direito Civil, Constitucional e Relações de Consumo:** doutrina e jurisprudência. Coords.: DONNINI, Rogério; FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. vol. 7. ano 2. São Paulo: Fiuza, 2010.
- \_\_\_\_\_. **Direito sucessório dos conviventes na união estável:** uma abordagem crítica ao artigo 1.790 do Código Civil Brasileiro. Dissertação apresentada para obtenção do título de Mestre na Faculdade Autônoma de Direito – FADISP, 2011.
- PETIT, Eugene. **Tratado elemental de derecho romano.** Buenos Aires: Albatroz, 1970.
- PIANOVISKI, Carlos Eduardo. **Famílias simultâneas e monogamia.** In: **Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família:** família e dignidade humana. Coord.: CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006.
- RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família:** Lei nº 10.406, de 10.01.2002. 5<sup>a</sup> edição. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil:** parte geral. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1981.
- SALVO VENOSA, Sílvio de. **Direito Civil:** direito das sucessões. 10<sup>a</sup> edição. São Paulo: Atlas, 2010.
- SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição.** 6<sup>a</sup> edição. São Paulo: Malheiros, 2009.
- SOUZA BIRCHAL, Alice de. **A relação processual dos avós no direito de família:** direito à busca da ancestralidade, convivência familiar e alimentos. In: **Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família:** afeto, ética, família e o novo Código Civil. Coord.: CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil.** vol. 6. São Paulo: Método, 2007.
- TEIZEN JÚNIOR, Augusto Geraldo. **A função social no Código Civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- TOSTA, Jorge. **Manual de interpretação do Código Civil:** as normas de tipo aberto e os poderes do juiz. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- VELOSO, Zeno. **Comentários ao Código Civil:** parte especial – direito das sucessões. vol. 21 (arts. 1.857 a 2.027). Coord.: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. São Paulo: Saraiva, 2003.
- \_\_\_\_\_. **Código Civil Comentado.** 6<sup>a</sup> edição. Coord.: SILVA, Regina Beatriz Tavares da. São Paulo: Saraiva, 2008.
- WELTER, Belmiro Pedro. **Estatuto da união estável.** 2<sup>a</sup> edição. Porto Alegre: Síntese, 2003.