

## ORGANIZADORES

Pedro Abib Hecktheuer  
Bruna Borges Moreira Lourenço  
Fabio Rychecki Hecktheuer

## COORDENAÇÃO CIENTÍFICA

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Marcia Abib Hecktheuer

# Temas Emergentes em **DIREITO**

## AUTORES:

Alex Sayev Martins Sales  
Breno Azevedo Lima  
Bruna Borges Moreira Lourenço  
Edson Antônio Sousa Pontes Pinto  
Elói Martins Senhoras  
Guilherme da Costa Ferreira Pignaneli  
Iury Peixoto Souza  
Jamile Carvalho Guedes  
Joyce Késia Ribeiro Rodrigues  
Luana Silva Franco  
Márcia Letícia Gomes  
Max André de Araújo Ferreira  
Nathielle Bárbara da Silva Prates  
Pedro Abib Hecktheuer  
Ricardo Frazão de Lima  
Ronaldo Correia da Silva  
Sidney Sobrinho Papa  
Thatiana Evelleen Sena Santana  
Vinicius de Assis  
Vinicius Silva Lemos

## ORGANIZADORES

Pedro Abib Hecktheuer  
Bruna Borges Moreira Lourenço  
Fabio Rycheki Hecktheuer

## COORDENAÇÃO CIENTÍFICA

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Marcia Abib Hecktheuer

# Temas Emergentes em **DIREITO**

2019

## AUTORES:

Alex Sayev Martins Sales	Márcia Letícia Gomes
Breno Azevedo Lima	Max André de Araújo Ferreira
Bruna Borges Moreira Lourenço	Nathielle Bárbara da Silva Prates
Edson Antônio Sousa Pontes Pinto	Pedro Abib Hecktheuer
Elói Martins Senhoras	Ricardo Frazão de Lima
Guilherme da Costa Ferreira Pignaneli	Ronaldo Correia da Silva
Iury Peixoto Souza	Sidney Sobrinho Papa
Jamile Carvalho Guedes	Thatiana Evelleen Sena Santana
Joyce Késia Ribeiro Rodrigues	Vinicius Assis
Luana Silva Franco	Vinicius Silva Lemos

Agência Brasileira do ISBN  
ISBN 978-85-93418-11-2



9 788593 418112

Apoio:



Edição



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO  
ESTADO DE RONDÔNIA - DESDE 1986  
Conhecimento a Serviço da Cidadania

PORTO VELHO/RO

### **Diretor da Emeron**

Des. Marcos Alaor Diniz Grangeia

### **Vice-Diretor da Emeron**

Juiz Guilherme Ribeiro Baldan

### **Secretário Geral da Emeron**

Alberto Ney Vieira Silva Organizadores

### **Organizadores**

Pedro Abib Hecktheuer  
Bruna Borges Moreira Lourenço  
Fabio Rychhecki Hecktheuer

### **Autores**

Alex Sayev Martins Sales  
Breno Azevedo Lima  
Bruna Borges Moreira Lourenço  
Edson Antônio Sousa Pontes Pinto  
Elói Martins Senhoras  
Guilherme da Costa Ferreira Pignaneli  
Iury Peixoto Souza  
Jamile Carvalho Guedes  
Joyce Késia Ribeiro Rodrigues  
Luana Silva Franco  
Márcia Letícia Gomes  
Max André de Araújo Ferreira  
Nathielle Bárbara da Silva Prates  
Pedro Abib Hecktheuer  
Ricardo Frazão de Lima  
Ronaldo Correia da Silva  
Sidney Sobrinho Papa  
Thatiana Evelleen Sena Santana  
Vinícius Assis  
Vinicius Silva Lemos

### **Expediente**

#### **Revisão**

Adriana Fernandes

#### **Diagramação/Revisão**

Alcides Marcelo Biliatto  
Bruno Lopes Biliatto

#### **Capa**

Leila Mara de Souza Lima

### **Créditos**

Este e-book foi possível por conta da articulação acadêmica para propagação do conhecimento científico entre a Faculdade Católica de Rondônia e a Escola da Magistratura do Estado de Rondônia - EMERON.

### **Projeto de Fomento**

Obra resultado de Convênio formulado entre diferentes órgãos de fomento, tais como Programas de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR), Fundação Rondônia de Amparo ao Desenvolvimento das Ações Científicas e Tecnológicas e à Pesquisa do Estado de Rondônia (FAPERO), Faculdade Católica de Rondônia (FCR), Escola da Magistratura do Estado de Rondônia (EMERON), o Ministério Público do Estado de Rondônia (MPRO), a Comissão dos Jovens Advogados (OAB/RO).

Bibliotecária responsável: Julia Cristina A. Meinhardt Queiroz CRB11<sup>a</sup> 1027

T278 Temas emergentes em Direito.-- Porto Velho - RO :  
EMERON, 2019.  
191 p.

1. Direito. I.Hecktheuer, Pedro Abib. II.Lourenço,  
Bruna Borges Moreira. III.Hecktheuer, Fábio Rychhecki.  
IV.Hecktheuer, Marcia Abib. V.Poder Judiciário do  
Estado de Rondônia Tribunal de Justiça. VI. Título.

CDD: 340

## APRESENTAÇÃO

A pesquisa é um caminho para a formação de informações e do conhecimento, para além disto, ela é o suporte para o avanço humano no mundo científico, cultural e tecnológico. Pesquisar é buscar novas informações com base nas já existentes e permear o conhecimento, é perceber o novo.

Esta obra é resultado de um esforço da Faculdade Católica de Rondônia (FCR), da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR), da Fundação Rondônia de Amparo ao Desenvolvimento das Ações Científicas e Tecnológicas e à Pesquisa do Estado de Rondônia (FAPERRO), da Escola da Magistratura do Estado de Rondônia, do Ministério Público do Estado de Rondônia e a da Comissão Jovens Advogados que fomentaram e promoveram as pesquisas e as publicações com vistas a debater sobre os mais atuais temas que desafiam o Direito.

Os temas discutidos nesta obra serão: As mudanças e inovações decorrentes da teoria da incapacidade civil com a instituição da lei nº 13.146/15; A responsabilidade civil e suas implicações na tutela jurídica do afeto; O direito de família: a efetividade da guarda compartilhada; Periodização evolutiva do direito do consumidor; O desvirtuamento dos contratos de estágio e a prática do assédio moral; A mediação como o meio alternativo mais adequado para solucionar conflitos familiares; A teoria dinâmica do ônus da prova no novo código de processo civil e a possível agressão ao princípio da imparcialidade do juiz; A análise econômica da gratuidade judiciária; A ineficiência prática do estatuto do torcedor no combate à violência nos estádios de futebol brasileiros; Direito e arte: conexões a partir do filme a cidade onde envelheço, de Marília Rocha; Proibição das visitas íntimas no sistema penitenciário federal brasileiro como garantia da segurança pública x violação à dignidade da pessoa humana.

**Fabio Rychecki Hecktheuer**  
Professor de Direito Constitucional  
Faculdade Católica de Rondônia

**Pedro Abib Hecktheuer**  
Professor de Direito Constitucional  
Faculdade Católica de Rondônia

## SUMÁRIO

<b>AS MUDANÇAS E INOVAÇÕES DECORRENTES DA TEORIA DA INCAPACIDADE CIVIL COM A INSTITUIÇÃO DA LEI Nº 13.146/15.....</b>	<b>4</b>
Luana Silva Franco	
<b>A RESPONSABILIDADE CIVIL E SUAS IMPLICAÇÕES NA TUTELA JURÍDICA DO AFETO .....</b>	<b>18</b>
Ricardo Frazão de Lima	
<b>DIREITO DE FAMÍLIA: A EFETIVIDADE DA GUARDA COMPARTILHADA .....</b>	<b>37</b>
Thatiana Evelleen Sena Santana Breno Azevedo Lima	
<b>PERIODIZAÇÃO EVOLUTIVA DO DIREITO DO CONSUMIDOR.....</b>	<b>52</b>
Ronaldo Correia da Silva Max André de Araújo Ferreira Elói Martins Senhoras	
<b>O DESVIRTUAMENTO DOS CONTRATOS DE ESTÁGIO E A PRÁTICA DO ASSÉDIO MORAL .....</b>	<b>67</b>
Sidney Sobrinho Papa Vinícius de Assis	
<b>A MEDIAÇÃO COMO O MEIO ALTERNATIVO MAIS ADEQUADO PARA SOLUCIONAR CONFLITOS FAMILIARES.....</b>	<b>85</b>
Joyce Késia Ribeiro Rodrigues Edson Antônio Sousa Pontes Pinto	
<b>A TEORIA DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A POSSÍVEL AGRESSÃO AO PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE DO JUIZ .....</b>	<b>102</b>
Iury Peixoto Souza Vinicius Silva Lemos	
<b>A ANÁLISE ECÔNOMICA DA GRATUIDADE JUDICIÁRIA.....</b>	<b>113</b>
Alex Sayev Martins Sales Guilherme da Costa Ferreira Pignaneli	
<b>A INEFICIÊNCIA PRÁTICA DO ESTATUTO DO TORCEDOR NO COMBATE À VIOLÊNCIA NOS ESTÁDIOS DE FUTEBOL BRASILEIROS.....</b>	<b>129</b>
Jamile Carvalho Guedes Bruna Borges Moreira Lourenço	
<b>DIREITO E ARTE: CONEXÕES A PARTIR DO FILME A CIDADE ONDE ENVELHEÇO, DE MARÍLIA ROCHA .....</b>	<b>159</b>
Márcia Letícia Gomes	

**PROIBIÇÃO DAS VISITAS ÍNTIMAS NO SISTEMA PENITENCIÁRIO FEDERAL  
BRASILEIRO COMO GARANTIA DA SEGURANÇA PÚBLICA X VIOLAÇÃO À  
DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA ..... 171**

Nathielle Bárbara da Silva Prates

Pedro Abib Hecktheuer

**TERMO DE AUTORIA E RESPONSABILIDADE ..... 190**

# AS MUDANÇAS E INOVAÇÕES DECORRENTES DA TEORIA DA INCAPACIDADE CIVIL COM A INSTITUIÇÃO DA LEI Nº 13.146/15

Luana Silva Franco<sup>1</sup>

## RESUMO

O artigo busca analisar as mudanças e inovações geradas no instituto da incapacidade do Código Civil de 2002 com a promulgação da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência. O artigo tem como metodologia a pesquisa bibliográfica, com abordagem descritiva e explicativa. O recurso utilizado é o de leituras acerca do assunto, através de documentos como artigos científicos, legislação específica e doutrina. Com explicação e descrição das mudanças e inovações geradas no ordenamento jurídico com a lei 13.146/15, que tem como fundamento a dignidade da pessoa humana e suas consequências aos institutos jurídicos já consagrados. Análise sob o princípio da igualdade e possível vulnerabilidade acarretada.

**Palavras-chave:** Estatuto da Pessoa com Deficiência. Incapacidade Civil. Vulnerabilidade. Dignidade da Pessoa Humana.

## ABSTRACT

This article seeks to analyze the changes and innovations generated at the inability of the Civil Code of 2002 with the promulgation of the Brazilian Inclusion of the Person with Disabilities. This article has as methodology the research bibliographic with a descriptive and explanatory approach. The resource used is the readings about the subject through documents such as scientific articles, specific legislation and doctrine. With explanation and description of changes and innovations generated in the legal system with the law 13.146/15, that has as foundation the dignity of the human person and its consequences for the legal institutes already established. An analysis under the principle of equality and possible vulnerability.

**Key-words:** Status of the person with disabilities. Civil disability. Vulnerability. Dignity of the human person.

## Introdução

Em 06 de julho de 2015 foi sancionada a Lei nº 13.146, que instituiu o Estatuto da Pessoa com Deficiência, cujo objetivo foi à regulação da convenção sobre os direitos de pessoas com deficiência, da Organização das Nações Unidas (ONU). Dentre os princípios constitucionais que regem a garantia da proteção aos deficientes, deu-se destaque à igualdade

---

<sup>1</sup> Bacharel em Direito pela Faculdade Católica de Rondônia - FCR, Porto Velho/RO, Brasil. E-mail: luanaf franco\_91@hotmail.com

e dignidade da pessoa. O estatuto rege os direitos humanos e tem status de emenda constitucional. A nova legislação causou impactos de grande relevância no sistema jurídico, porque alterou a teoria da incapacidade civil, que, dentre as mudanças geradas, é possível destacar a curatela e o processo de interdição que o estabelece, e a inovação do instituto da tomada de decisão apoiada. A Lei nº 13.146/15 extinguiu a expressão “interdição” do Código Civil, ao contrário do Novo Código de Processo Civil, que faz alusão a este instituto gerando uma divergência na aplicação prática e atropelo legislativo. Como consequência da modificação dos artigos. 3º e 4º do Código Civil houve reflexo no negócio jurídico no plano das validades. Com o objetivo de proporcionar uma maior inclusão isonômica na realização de atos cíveis, abriu lacunas para um possível contraponto entre a vulnerabilidade causada ao próprio deficiente na prática dos seus atos civis, em face da dignidade humana e a participação plena e efetiva no meio social, expondo os limites da dignidade-igualdade, e até que ponto se torna dignidade-vulnerabilidade. Portanto, por se referir a lei recente, pouco se conhece sobre os reais impactos de sua vigência-

## **1. O Estatuto da Pessoa com Deficiência**

A Organização das Nações Unidas (ONU) homologou uma norma internacional visando proteger e assegurar os direitos às pessoas com deficiência, o Brasil ratificou essa convenção em 2008, através de aprovação do Decreto Legislativo nº 186 e promulgou por meio do Decreto Federal nº 6.949/2009.

Em 06 de julho de 2015 foi sancionada a Lei nº 13.146, publicada em 07 de julho, que instituiu o Estatuto da Pessoa com Deficiência, com entrada em vigor no dia 04 de janeiro de 2016, no qual seu objetivo foi à regulação da Convenção de Nova York, da ONU. Dentre os princípios constitucionais que regem a garantia da proteção aos deficientes, deu-se destaque à igualdade e sua inclusão com autonomia.

Para a Convenção Internacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência<sup>2</sup>, as pessoas com deficiência são “aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, com interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas”.

---

2 BRASIL. Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Distrito Federal.

Conforme o art. 6º da Lei 13.146/2015, a deficiência não afeta a plena capacidade civil para determinados atos, como constituir união estável e casar-se, exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária, exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, na figura de adotante ou adotado, dentre outros direitos de atos existenciais.

Portanto, é expresso que a deficiência, por si só, não é causa ensejadora de incapacidade civil para atos de natureza existencial, ou seja, pode praticar negócio jurídico.

### **1.1 A Teoria da Incapacidade**

O art. 1º do Código Civil descreve que toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil, sendo que a pessoa que possui a capacidade de direito e a capacidade de fato terá capacidade civil plena. A capacidade de direito ou de gozo é pertencente ao ser humano que possui a personalidade jurídica, que tem a disposição de adquirir direitos e deveres, se fala da pessoa que tem a personalidade natural, nascer com vida. Já a capacidade de fato, se trata da aptidão para ter o exercício de forma pessoal dos atos da vida civil. Quem possui apenas a capacidade de aquisição de direitos, tem suas limitações, com necessidade que outra pessoa substitua ou complete sua vontade.

A incapacidade se estabelece por uma restrição legal ao exercício de atos cívicos, portanto, a capacidade é regra, e a incapacidade uma exceção. Isto é, que os absolutamente incapazes devem ser representados, não podendo possuir o exercício de seus direitos. A prática de atos sem a devida representação gera nulidade absoluta do negócio jurídico, consagrado pelo art. 166, inciso I, do Código Civil. A incapacidade relativa faz referência àqueles que podem praticar os atos da vida civil, se este for assistido por quem a lei determinar. Ocorrendo ausência da assistência nos atos, acarreta anulabilidade, com condicionante de iniciativa do lesado, conforme o art. 171, inciso I, do Código Civil.

A teoria da incapacidade vai influenciar de forma direta no plano da existência, validade e eficácia do negócio jurídico. No plano da existência se importa apenas a realidade da existência, passando por uma análise de declaração de vontade que passará para o plano da validade. Neste último, devem ser preenchidos certos requisitos, como: capacidade do agente, a ilicitude do objeto e a forma prescrita em lei. E por fim, o plano da eficácia, onde os fatos produzem seus efeitos.

O art. 3º do CC/2002 traz o rol taxativo das pessoas que se enquadram como absolutamente incapaz, ou seja, proibição total do exercício do direito. O referido *Códex* previa expressamente três conjunturas de incapacidade. O inciso I fazia alusão aos menores dezoito anos, ou seja, menores impúberes. O inciso II mencionava os que por enfermidade

ou deficiência mental não tivessem o necessário discernimento para a prática desses atos. E encerrava com o inciso III havia a previsão dos que, mesmo por causa transitória, não pudessem exprimir sua vontade.

Com o advento da Lei 13.146/2015, foram revogados os referidos incisos e alterou o *caput* do artigo. Passou-se a vigorar que “são absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 anos”. Ou seja, não se fala de incapacidade absoluta quando a pessoa for maior de idade, e todas as pessoas referidas no comando anterior passam a ser capazes plenamente.

Vale destacar que ato praticado pelo menor absolutamente incapaz, de acordo com o Enunciado n. 138 do CJF/STJ, pode gerar efeitos, pois, sua vontade é de suma importância em concretização de situações existenciais, se demonstrado o necessário discernimento para tanto. A vontade do menor tem caráter relevante em casos que envolvam guarda de filhos e adoção. Portanto, não há mais qualquer motivação psíquica, o critério é objetivo.

O artigo 4º do Código Civil, antes da referida lei, trazia em seu comando quatro situações. Não houve alteração dos incisos I e IV, que trata dos maiores de dezesseis e menores de dezoito anos, e os pródigos. Porém, no inciso II, que descrevia que os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tivessem o discernimento reduzido, foi retirada a menção aos que por deficiência mental possuíssem o discernimento reduzido. O inciso III mencionava os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo, o qual foi substituído com o advento da codificação, aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade. No último inciso, vale destacar que a incapacidade tem ligação direta com a manifestação da vontade. De forma geral, houve afastamento de indagações relativas ao estado mental.

Os menores tratados acima podem praticar atos cíveis, mesmo que sem assistência, como constituir matrimônio, elaborar testamento, servir como testemunha, ser empresário ou eleitor, entre outros. Além dos casos de emancipação.

Assim, os atos praticados por uma pessoa que não tem condições de exprimir sua vontade, são considerados relativamente incapaz, serão emoldurados como anuláveis, e não nulos, como se considerava na redação originária do Código Civil. Essa situação, em particular, pode ser prejudicial ao incapaz, uma vez que os atos anuláveis não podem ser conhecidos de ofício pelo juiz, nem provocado pelo Ministério Público.

## **1.2 A Curatela e Tomada de Decisão Apoiada**

As mudanças da teoria da incapacidade civil geraram efeitos nos institutos assistências. A interdição é uma ação que visa estabelecer a incapacidade da pessoa e nomear um curador para esta. Conforme visto, não se tem absolutamente incapaz maior de dezoito anos, então não se pode falar em ação de interdição absoluta. O art. 1767 do Código Civil trazia o rol de pessoas sujeitas à interdição, modificado pela lei tratada, substituiu o vocábulo de interdição por curatela e ficou exposto que estão sujeitos a este instituto: aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; os ébrios habituais e os viciados em tóxico; e os pródigos. A referida lei tem a nomeação de um curador, mas não faz menção da interdição. Porém, o Novo Código de Processo Civil de 2015, faz alusão à interdição.

O Estatuto gerou divergências com institutos jurídicos já consagrados no ordenamento, desde a sua entrada em vigor, especialmente diante de conflitos com o Novo Código de Processo Civil. Para tentar resolvê-los, tramita no Senado Federal o Projeto de Lei 757/2015.

Na incapacidade absoluta de critério cronológico, é submetida ao requisito objetivo, a comprovação da idade. Já a incapacidade relativa se funda em critério subjetivo, destacando que a incapacidade é excepcional, e é exigido o reconhecimento judicial da causa motivadora da incapacidade, através de decisão judicial a ser proferida em ação de curatela.

A curatela é o instituto que faz a nomeação de um curador com intuito de proteção e orientação a pessoa que não possa exercer os atos cíveis. A lei 13.146/15 em seu art. 84, *caput*, assegura o direito ao exercício da capacidade legal do deficiente em igualdades condições com às demais pessoas.

Se tratando de uma medida especial de caráter extraordinário, o seu estabelecimento deve ser motivado e necessário com as devidas razões, sempre preservando o interesse do curatelado e o maior exercício possível de sua autonomia. Fica limitada a atos de natureza negocial e patrimonial, conforme visto no art. 85, § 2º da referida lei.

Portanto, a curatela não alcançará direitos, quanto ao próprio corpo, à sexualidade, à educação, ao matrimônio, entre outros. Ou seja, existe a possibilidade de limitar atos patrimoniais e não existenciais. Como no caso de incapacidade do pródigo que será reconhecida quando seus gastos desordenados comprometerem a si mesmo e à sua dignidade, uma vez curatelado, não poderá praticar atos de natureza patrimonial, como alienação ou oneração de bens, sem a devida assistência do curador.

A extensão da curatela será subjetiva, definida pelo grau de deficiência, pois diversas são as consequências da deficiência. Por exemplo, pode elucidar as seguintes situações: o curador exercer plenamente a curatela do relativamente incapaz para todos os atos jurídicos praticados; o curador pode ser representante ou assistente de atos específicos; ou o curador sempre será um assistente, quando o curatelado tem condições de praticar todo e qualquer ato. Uma afirmativa do que foi dito, é o art. 753, § 2º, CPC/2015 que descreve “O laudo pericial indicará especificadamente, se for o caso, os atos para os quais haverá necessidade de curatela”. E o art. 755 do CPC/2015, afirma a necessária análise das potencialidades e características pessoais, além do procedimento adotado pelo juiz<sup>3</sup>.

Com o novo sistema inaugurado pelo Estatuto, confirma-se que os “intervalos lúcidos” são irrelevantes para reconhecer a capacidade, ao contrário do Direito Penal. Desse modo uma pessoa curatelada não tem capacidade intermitente, somente readquire por decisão judicial, em procedimento específico.

Em relação às pessoas que estavam interditadas quando passou a vigorar o Estatuto, os deficientes que foram interditados por deficiência mental passam a ser plenamente capazes, sendo uma lei de estado natural da pessoa com eficácia imediata e a interdição se passa a ser desnecessário. De maneira mais razoável, com base no ato jurídico perfeito, fundamentado no art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, só se deve ter o retorno da capacidade plena sobre uma ação, é necessária ação de reabilitação ou de levantamento de interdição, com entendimento que é um sério risco a segurança jurídica e social<sup>4</sup>.

---

3 Art. 755 do Código Civil: Na sentença que decretar a interdição, o juiz: I - nomeará curador, que poderá ser o requerente da interdição, e fixará os limites da curatela, segundo o estado e o desenvolvimento mental do interdito; I - nomeará curador, que poderá ser o requerente da interdição, e fixará os limites da curatela, segundo o estado e o desenvolvimento mental do interdito; II - considerará as características pessoais do interdito, observando suas potencialidades, habilidades, vontades e preferências. § 1o A curatela deve ser atribuída a quem melhor possa atender aos interesses do curatelado. § 2o Havendo, ao tempo da interdição, pessoa incapaz sob a guarda e a responsabilidade do interdito, o juiz atribuirá a curatela a quem melhor puder atender aos interesses do interdito e do incapaz. § 2o Havendo, ao tempo da interdição, pessoa incapaz sob a guarda e a responsabilidade do interdito, o juiz atribuirá a curatela a quem melhor puder atender aos interesses do interdito e do incapaz. § 3o A sentença de interdição será inscrita no registro de pessoas naturais e imediatamente publicada na rede mundial de computadores, no sítio do tribunal a que estiver vinculado o juízo e na plataforma de editais do Conselho Nacional de Justiça, onde permanecerá por 6 (seis) meses, na imprensa local, 1 (uma) vez, e no órgão oficial, por 3 (três) vezes, com intervalo de 10 (dez) dias, constando do edital os nomes do interdito e do curador, a causa da interdição, os limites da curatela e, não sendo total a interdição, os atos que o interdito poderá praticar autonomamente.

4 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

Havendo julgado que reconheceu a necessidade de levantamento de interdição e análise da capacidade, na transição de incapacidade absoluta para relativa do deficiente após a alteração legislativa, como pautado a seguir o entendimento do Tribunal do Rio Grande do Sul<sup>5</sup>:

APELAÇÃO CÍVEL. LEVANTAMENTO DE INTERDIÇÃO. DESCABIMENTO. ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. RECONHECIMENTO DA INCAPACIDADE RELATIVA, E NÃO MAIS ABSOLUTA, DO APELANTE. LIMITES DA CURATELA. Diante das alterações feitas no Código Civil pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015), o apelante não pode ser mais considerado absolutamente incapaz para os atos da vida civil. A sua patologia psiquiátrica - CID 10 F20.0, Esquizofrenia - configura hipótese de incapacidade relativa (art. 4º, inciso III, e 1.767, inciso I do CC, com a nova redação dada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência), não sendo caso de curatela ilimitada. Caso em que o recurso vai parcialmente provido, para reconhecer a incapacidade relativa do apelante, mantendo-lhe o mesmo curador e fixando-se a extensão da curatela, nos termos do artigo 755, inciso I, do CPC/15, à prática de atos de conteúdo patrimonial e negocial, bem como ao gerenciamento de seu tratamento de saúde. DERAM PARCIAL PROVIMENTO.

Dispõe o art. 12º do Estatuto a indispensabilidade de consentimento prévio e livre para que o deficiente seja submetido a tratamento ou procedimento médico. E se este estiver sob a curatela, deve ser garantido o máximo possível de seu consentimento. Quando se tratar de risco de morte e de emergência de saúde, poderá ser atendida sem seu consentimento livre e prévio, sempre resguardando seu interesse e adotada as salvaguardas cabíveis, segundo o art. 13º do Estatuto.

Com a implementação do Estatuto da Pessoa com Deficiência, o Título IV do Livro IV da Parte Especial do Código Civil, faz referência a tomada de decisão apoiada. No art. 84, §2º da lei 13.146/2015, determina que seja facultativo ao deficiente a adoção do processo de tomada de decisão apoiada. Foi acrescentado ao referido *Códex* o art. 1.783-A que trata da tomada de decisão apoiada<sup>6</sup>.

---

5 (Apelação Cível Nº 70069713683, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 15/09/2016). (TJ-RS - AC: 70069713683 RS, Relator: Rui Portanova, Data de Julgamento: 15/09/2016, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 19/09/2016)

6 Art. 1.783-A. A tomada de decisão apoiada é o processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência). § 1º Para formular pedido de tomada de decisão apoiada, a pessoa com deficiência e os apoiadores devem apresentar termo em que constem os limites do apoio a ser oferecido e os compromissos dos apoiadores, inclusive o prazo de vigência do acordo e o respeito à vontade, aos direitos e aos interesses da pessoa que devem apoiar. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência). § 2º O pedido de tomada de decisão apoiada será requerido pela pessoa a ser apoiada, com indicação expressa das pessoas aptas a prestarem o apoio previsto no caput deste artigo. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência). § 3º Antes de se pronunciar sobre o pedido de tomada de decisão apoiada, o juiz, assistido por equipe multidisciplinar, após oitiva do Ministério Público, ouvirá

A tomada de decisão apoiada afirma o artigo 12, item 3, do Decreto nº 6.949/09, que promulgou a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que expressa: “os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para prover o acesso de pessoas com deficiência ao apoio que necessitarem no exercício de sua capacidade legal”. Cabe lembrar como ato semelhante, que a legislação Italiana introduziu pela lei nº 6/04 em seu Código Civil, a figura do administrador de apoio, nos artigos. 404 a 413.

O legislador criou a via que se chama “tomada de decisão apoiada”, que se trata de um processo, onde serão escolhidas 02(duas) pessoas idôneas, que gozem da confiança do deficiente e tenham vínculo com este, com o objetivo de prestar apoio nas decisões que tratem de atos da vida civil. Mas não serão representantes ou assistentes.

No sistema determinado pelo estatuto, o deficiente pode expressar sua vontade não se submetendo a incapacidade jurídica, restando apenas aqueles que não puderem exprimir sua vontade. Todavia, aqueles que podem exprimir sua vontade, eventualmente, podem precisar de proteção, assim surge este procedimento especial. É a jurisdição voluntária, que visa um mero apoio auxiliar, não vem a ser cumulativo com a curatela, e sim concorrente. Tendo posição intermediária entre o extremo da pessoa sem deficiência e aquela com deficiência qualificado por não expressar sua vontade, sendo curateladas como relativamente incapaz. Com posição nas pessoas com deficiência que podem exprimir sua vontade, estas podem se beneficiar deste instituto. Como por exemplo, no caso de eloquente, é uma pessoa que tem mais de dezoito anos ou emancipada, que devido a um deficit funcional, temporário ou permanente, queira ser acompanhado na sua vida, prestando auxílio.

---

pessoalmente o requerente e as pessoas que lhe prestarão apoio. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência). § 4º A decisão tomada por pessoa apoiada terá validade e efeitos sobre terceiros, sem restrições, desde que esteja inserida nos limites do apoio acordado. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência). § 5º Terceiro com quem a pessoa apoiada mantenha relação comercial pode solicitar que os apoiadores contra-assinem o contrato ou acordo, especificando, por escrito, sua função em relação ao apoiado. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência). § 6º Em caso de negócio jurídico que possa trazer risco ou prejuízo relevante, havendo divergência de opiniões entre a pessoa apoiada e um dos apoiadores, deverá o juiz, ouvido o Ministério Público, decidir sobre a questão. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência). § 7º Se o apoiador agir com negligência, exercer pressão indevida ou não adimplir as obrigações assumidas, poderá a pessoa apoiada ou qualquer pessoa apresentar denúncia ao Ministério Público ou ao juiz. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência). § 8º Se procedente a denúncia, o juiz destituirá o apoiador e nomeará, ouvida a pessoa apoiada e se for de seu interesse, outra pessoa para prestação de apoio. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência). § 9º A pessoa apoiada pode, a qualquer tempo, solicitar o término de acordo firmado em processo de tomada de decisão apoiada. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência). § 10. O apoiador pode solicitar ao juiz a exclusão de sua participação do processo de tomada de decisão apoiada, sendo seu desligamento condicionado à manifestação do juiz sobre a matéria. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência). § 11. Aplicam-se à tomada de decisão apoiada, no que couber, as disposições referentes à prestação de contas na curatela. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência).

É um meio que estimula a plena capacidade de agir e autodeterminação da pessoa beneficiária, sem que sofra a curatela que pode ser vista, às vezes, como estigma social. Sendo um remédio para as necessidades existenciais, a qual as medidas patrimoniais vão ter cunho assessório. Ao passo que a curatela e a incapacidade relativa parecem atender preferentemente à sociedade e à família, em favor do próprio curatelado, as tomadas de decisão tem o objetivo de resguardar a liberdade e dignidade da pessoa com deficiência.

A tomada de decisão apoiada gerará efeitos sobre terceiros, sendo assim não se fala em nulidade absoluta e relativa, e a ineficácia, conforme o art. 1783-A, §4º. E no § 5º do referido artigo, afirma essa validade, a partir do momento que autoriza a assinatura dos apoiadores no contrato ou acordo, com especificação por escrito de sua devida função em relação ao apoiado. Caso não ocorra um acordo comum no negócio jurídico, o juiz ouvirá o Ministério Público e decidirá sobre.

Cabe ressaltar, que o apoiado e o apoiador têm a opção de solicitar o término do acordo decidido em processo de tomada de decisão apoiada, com autorização do juiz.

No caso de portador da síndrome de Down que antes podia ser plenamente incapaz, a depender de sua situação. Devido às modificações realizadas pela lei, este será plenamente capaz, em regra. Se tratando de atos patrimoniais, pode ser necessária a tomada de decisão apoiada, se partir de sua vontade. Apenas nos casos excepcionais poderá ser considerado como relativamente incapaz, naquele que por causa transitória ou permanente, não possa exprimir sua vontade. Vale lembrar, que este não será prejudicado para atos existenciais familiares, tendo sua capacidade plena, conforme os ditames do art. 6.º do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

### **1.3 Afetação no casamento como negócio jurídico**

A Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência de Nova York se fundamentou que, as medidas por ela referida, deviam eliminar a discriminação contra pessoas com deficiência em todos os aspectos como casamento, constituição familiar, relacionamento e paternidade em condições de igualdade com as demais pessoas. Reconhecendo o direito de constituir matrimônio respeitando o livre consentimento dos pretendentes. No Brasil, sobre o fundamento constitucional do art. 226º, § 3º da Constituição Federal, a união estável é reconhecida como entidade familiar, devendo facilitar sua transformação em casamento.

A redação originária do referido *Códex* determinava que era nulo o casamento quando um dos cônjuges era absolutamente incapaz por causa psicológica que lhe retirava a devida

consciência. Conforme o art. 1548, inciso I, do Código Civil, que relatava a nulidade do casamento contraído por enfermo mental, sem o necessário discernimento para atos cíveis, no qual foi revogado.

Devido a mudança na teoria da incapacidade, o casamento foi reconhecido como ato existencial, facultado a toda e qualquer pessoa, inclusive às pessoas com deficiência, fundamentado no entendimento da preferência pela manifestação de vontades e afetos. Havendo afastamento da antiga nulidade por incapacidade mental por causa psicológica pelo Estatuto.

A lei 13.146 acrescentou um novo parágrafo ao art. 1.550 do Código Civil, que relata que a pessoa com deficiência mental ou intelectual em idade núbil poderá contrair matrimônio, com a expressão de sua vontade de forma direta por meio do curador ou responsável.

Porém, vale salientar, que a declaração de vontade do deficiente psíquico não tem relação de dependência com a assistência. Mesmo que tal pessoa esteja sob curatela, sem assistência no ato que desencadeou o negócio jurídico, será plenamente válido e eficaz.

A legislação excluiu a legitimidade do curador de revogar autorização de casamento, se falando apenas em pais ou tutores com legitimidade para revogação deste ato, conforme o art. 1.518 do referido Código. Não será erro essencial o defeito físico irremediável que tenha característica de deficiência ou doença mental, que o cônjuge não tinha conhecimento, conforme disposto no art. 1.557 do CC<sup>7</sup>.

## **2. Da Vulnerabilidade**

Entre os princípios constitucionais norteadores do Direito Brasileiro, está o princípio da igualdade assegurado pela Constituição Federal, que visa atingir os objetivos do Estado Democrático. Em ponto de igualdade formal, se diz que todas as pessoas possuem direitos

---

7 Art. 1.557. Considera-se erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge: I - o que diz respeito à sua identidade, sua honra e boa fama, sendo esse erro tal que o seu conhecimento ulterior torne insuportável a vida em comum ao cônjuge enganado; II - a ignorância de crime, anterior ao casamento, que, por sua natureza, torne insuportável a vida conjugal; III - a ignorância, anterior ao casamento, de defeito físico irremediável, ou de moléstia grave e transmissível, pelo contágio ou herança, capaz de pôr em risco a saúde do outro cônjuge ou de sua descendência; (Vide Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência) IV - a ignorância, anterior ao casamento, de doença mental grave que, por sua natureza, torne insuportável a vida em comum ao cônjuge enganado. (Vide Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência) III - a ignorância, anterior ao casamento, de defeito físico irremediável que não caracterize deficiência ou de moléstia grave e transmissível, por contágio ou por herança, capaz de pôr em risco a saúde do outro cônjuge ou de sua descendência; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência) IV - (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

idênticos perante a lei. Este princípio deve caminhar em paralelo com a proporcionalidade, entendendo que o ser humano não é único e não pode ser tratado sobre o aspecto objetivo, como descreve Hans Kelsen em Teoria Pura do Direito, exposto a seguir:

A igualdade dos sujeitos na ordenação jurídica, garantida pela Constituição, não significa que estes devam ser tratados de maneira idêntica nas normas e em particular nas leis expedidas com base na Constituição. A igualdade assim entendida não é concebível: seria absurdo impor a todos os indivíduos exatamente as mesmas obrigações ou lhes conferir exatamente os mesmos direitos sem fazer distinção alguma entre eles, como por exemplo, entre crianças e adultos, indivíduos mentalmente sadios e alienados, homens e mulheres<sup>8</sup>.

Este princípio é analisado pelo plano do executivo ou do legislativo, que na edição das leis, medidas provisórias e atos normativos, não podem criar normas abusivas e diferenciadas a pessoas que estejam em situações idênticas. E pelo plano da obrigatoriedade da autoridade pública na aplicação da norma de maneira igual, sem estabelecer diferenças.

Como afirma o filósofo Aristóteles, deve-se tratar os iguais de maneira igual e os desiguais de maneira desigual. Do ponto de vista material, a igualdade se subordinará a diferenças que os destinatários das normas possuam, portanto, não existe igualdade absoluta. Vale dizer que é comportado diferenças em suas interpretações, para que não ocorra negativas arbitrárias e sem fundamentações. Assim, ocorre uma margem de liberdade pela autoridade pública que pode analisar as diversidades e tomar as providências mais razoáveis.

Relacionando este princípio com as descrições do Estatuto já exposto, o deficiente pode decidir sozinho as questões que possui discernimento e as que necessitam da curatela, tendo sua autonomia da vontade respeitada. Em uma visão do Estatuto, objetiva a verdadeira necessidade de tal pessoa com algum tipo de doença mental, segundo o princípio da solidariedade e da função de proteção do curador, garantir a qualidade de vida, saúde, inclusão social e dignidade do ser humano. Ou seja, a tutela da dignidade-liberdade. Expõe-se que a nova disciplina legal, é um avanço que a sociedade necessitou. Porém, se considerando exemplos de mudanças, como a extinção da expressão discernimento, que é um critério relevante na realização de atos com autonomia, abre uma lacuna na segurança jurídica e na vulnerabilidade que o deficiente fica exposto. Com isso, não se aplicando corretamente a igualdade material, o ordenamento vai sujeitar o deficiente a dignidade-vulnerabilidade.

---

<sup>8</sup> KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 6ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

Conforme foi exposto neste artigo, com as mudanças ocorreu um atropelo legislativo em relação ao Código de Processo Civil, como por exemplo, em caso de reconhecimento de incapacidade, o CPC trata de ação de interdição, em contrapartida o Estatuto cita ação de nomeação de curador. Conforme explana Flávio Tartuce<sup>9</sup>, que identifica a dignidade-vulnerabilidade. Este faz uma análise a essa alteração legislativa, exposto a seguir:

Aliás, aqui pode ser feita uma crítica em relação ao novo sistema de interdição inaugurado pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência. Isso porque, não só o sociopata como também o psicopata, anteriormente enquadrados como absolutamente incapazes, deveriam continuar a ser interditados. Ora, com a mudança engendrada pela Lei 13.146/2015, somente são absolutamente incapazes os menores de 16 anos, não sendo possível enquadrar tais pessoas no rol de relativamente incapazes do art. 4.º do CC/2002. Em suma, serão tais pessoas plenamente capazes, para fins civis, o que não parece fazer sentido. Infelizmente, o legislador pensou apenas na pessoa com deficiência, deixando de lado situações concretas.

Nesse sentido, se esclarece que o avanço foi necessário, mas as modificações sem o devido apoio processual, finda excluindo situações práticas.

### **Considerações Finais**

O presente artigo, inicialmente, analisou as modificações na teoria da incapacidade e relatou algumas consequências decorrentes destas, incorporadas no ordenamento jurídico brasileiro através da ratificação da Convenção de Nova York. É visto como vantagem o advento do Estatuto, porém não se pode deixar de harmonizar o ordenamento jurídico com os preceitos fundamentais constitucionais, assim não estando de acordo de forma completa com as alterações legislativas e ausência de apoio processual para lhe fazerem atingir seus objetivos. A impossibilidade de declarar um deficiente como incapaz absoluto, trouxe mudanças na interdição, que antes, consciente da situação e causas que ensejavam a incapacidade, lhe conferia exceções e facilitava obtenção e execução de seus direitos sem acarretar insegurança jurídica. Pois, este instituto fazia análise dos fatos de maneira conjunta, com apoio profissional de psicólogos e psiquiatras, no qual chegava a uma conclusão somente dentro das necessidades do deficiente.

O Estatuto defende que pessoa alguma pode ser pré-julgada como incapaz, mas pelo contrário. Partindo da premissa que se deve ter a liberdade, todos capazes e excepcionalmente alguém será submetido à curatela ou por duas pessoas de confiança, e apenas nos atos que houver a necessidade, sempre priorizando a autonomia do assistido. As pessoas que por motivos de doença ou déficit de caráter mental, não sejam capazes de responder por seus atos

---

9 TARTUCE, Flávio. Direito de Família. 11ª. ed. Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2016. p. 656.

estão sujeitos a uma exposição e conseqüentemente vulnerabilidade. Pois, o curador não podendo representá-los, já que não estão enquadrados como absolutamente incapazes, e estes não tendo discernimento suficiente para tomar decisão racional sobre sua vida pessoal, está exposto a realização de atos que não manifestam sua real vontade ou capacidade para tal.

Cabe salientar que o legislador teve boas intenções, mas sem um paralelo de apoio entre o Código Civil e o Código de Processo Civil, ocorre a impossibilidade de atingir o objetivo da alteração legislativa de forma plena. Havendo a necessidade de interpretação do princípio da dignidade humana junto com os processos de curatela.

Diante de tudo exposto, não se nega o avanço jurídico e social trago pela lei 13.146/2015. Porém, se expõe que suas alterações criaram divergências com o Código de Processo Civil, e a lacuna deve ser preenchida. A modificação do negócio jurídico sobre a influência das invalidades causadas, cabe ao intérprete analisar e modular as situações concretas. Pois, se for visto como uma interpretação absoluta do que está descrito, a capacidade da pessoa com deficiência mental, seu discernimento tem que ser visto com critério subjetivo, sob pena de gerar vulnerabilidade. Por fim, percebe-se que não foram levadas em consideração diversas questões práticas e seus variados tipos e graus de deficiência, e a ideia inicial que tem como base igualdade, autonomia e liberdade, terá dificuldade em alcançar êxito, já que realçou a vulnerabilidade.

### **Referências das fontes citadas**

BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 10.204, de 10 de janeiro de 2002. Distrito Federal.

\_\_\_\_\_. **Código de Processo Civil**. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Distrito Federal.

\_\_\_\_\_. **Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência**. Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Distrito Federal.

\_\_\_\_\_. **Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. Distrito Federal.

\_\_\_\_\_. **III Jornada de Direito Civil**. Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº 138. Brasília/DF. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/215>>. Acesso em: 24 abr. 2018.

FARIAS, Cristiano Chaves; SANCHES, Rogério; BATISTA, Ronaldo. **Estatuto da Pessoa com Deficiência: comentado artigo por artigo**. 3ª. edição. Bahia: Juspodvim, 2017.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 6ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1998

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

ROBERTO, Carlos. **Direito Civil Brasileiro**. 12ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014.

SEVERINO, Antônio. **Metodologia do Trabalho Científico**. 23ª ed. São Paulo: Cortez, 2015.

SIMÃO, José Fernando. **Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade (Parte I)**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-ago-06/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-causa-perplexidade>>. Acesso em: 24 abr. 2018.

TARTUCE, Flávio. **Alterações do Código Civil pela lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência): Repercussões para o Direito de Família e Confrontações com o Novo CPC. Parte II**. 2015. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI225871,51045-Alteracoes+do+Codigo+Civil+pela+lei+131462015+Estatuto+da+Pessoa+com>> Acesso em: 24 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. **Debate Sobre o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. 2017. Disponível em: <<http://professorflaviotartuce.blogspot.com.br/2017/04/debate-sobre-o-estatuto-da-pessoa-com.html>>. Acesso em: 25 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. **Direito de Família**. 11ª. edição. Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2016. p. 656.

\_\_\_\_\_. **Manual de Direito Civil**. 6ª. ed. Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2016.

# A RESPONSABILIDADE CIVIL E SUAS IMPLICAÇÕES NA TUTELA JURÍDICA DO AFETO

Ricardo Frazão de Lima<sup>1</sup>

## RESUMO

O Direito, como ciência, está em constante evolução. Dessa forma, no ramo do Direito das Famílias a doutrina realiza questionamentos acerca da afetividade e responsabilidade civil nas relações familiares. O intuito do presente estudo é promover reflexão sobre a possibilidade de tutela jurídica da afetividade, buscando a compreensão do Direito sobre a natureza do afeto, sendo reconhecido como mero sentimento ou princípio jurídico. Trata-se de uma pesquisa bibliográfica, com abordagem qualitativa, do tipo descritiva, com análise doutrinária sobre o tema proposto, bem como exploração de pesquisas científicas e jurisprudenciais. Apesar da divergência doutrinária sobre o tema, podemos aferir que a afetividade é tutelada pelo ordenamento jurídico brasileiro e a responsabilidade civil é um meio utilizado para efetivar aos preceitos jurídicos.

**Palavras-chave:** Princípio da Afetividade. Afeto. Abandono afetivo. Responsabilidade Civil. Teoria do Desamor.

## ABSTRACT

The Law, as science, is constantly evolving. In that way, in the field of family Law the doctrine performs questions about affection and civil liability in family relationships. The aim of the present study is to promote reflection about the possibility of legal guardianship of affectivity, seeking the understanding of law about the nature of affection, being recognized as mere feeling or legal principle. This is a literature search, with qualifying approach, descriptive type, with the doctrinal analysis about the proposed theme, as well as exploitation of scientific research and jurisprudence. Despite the doctrinal divergence on the subject, we can evaluate the affectivity is governed by the Brazilian law and the civil liability is a way used to commit the legal precepts.

**Keywords:** Principle of Affectivity. Affection. Emotional Abandonment. Civil Liability. Theory of Disaffection.

## Introdução

---

<sup>1</sup> Bacharel em Direito pela Faculdade Católica de Rondônia – FCR. Porto Velho/RO. E-mail: ricardo.lima@sou.fcr.edu.br

Diante das discussões no âmbito do Direito de Família sobre o abandono afetivo, depreende-se o tema indenização por abandono afetivo paterno-filial concomitante com a inteligência que emana do estudo da responsabilidade civil, gerando posicionamentos diversos no meio jurídico.

Tanto a doutrina como a jurisprudência divergem sobre a viabilidade de indenização decorrente de abandono afetivo. Assim, mediante o entrave proposto pelas correntes patrimonialista e afetiva com influência nas decisões do Poder Judiciário, faz-se necessária uma dicotomia entre tais posicionamentos.

As correntes patrimonialista e afetiva divergem acerca da possibilidade de tutela jurídica da afetividade. A primeira corrente defende que o afeto se demonstra como sentimento despido de juridicidade. A segunda assevera que a afetividade é um princípio jurídico, merecendo amparo pelo ordenamento jurídico posto. Conforme se verifica, o entendimento não é pacificado, pairando o questionamento: é possível ao direito tutelar a afetividade?

Dessa forma, buscou-se promover reflexão sobre a possibilidade de tutela jurídica da afetividade. Foram analisados os apontamentos doutrinários acerca da responsabilidade civil no Direito das Famílias e seus desdobramentos, bem como os entendimentos dos tribunais brasileiros sobre a tutela jurídica do afeto – pinçando de outras ciências explicações sobre o afeto.

A metodologia utilizada neste trabalho foi a pesquisa bibliográfica, com abordagem quantitativa, do tipo descritiva, e análise doutrinária sobre o tema proposto, bem como exploração de pesquisas científicas. Ante a existência de duas vertentes possíveis à análise do caso, recorreu-se, também, aos julgados do Superior Tribunal de Justiça (STJ), do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT) e do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJ-MG).

A discussão sobre o assunto é interessante, pois é imperioso que o instituto seja lapidado para que continue a evoluir; além da produção de instrumentos que auxiliem o entendimento acerca das correntes apresentadas, tendo em vista que a compreensão acerca da possibilidade de tutela do afeto no espaço jurídico causa divergência.

## **1. Responsabilidade Civil**

O Direito, em síntese, funciona como instrumento que busca entender os comportamentos sociais e, de certa forma, regular essas ações. Nos primórdios do ensino de Direito, aprendeu-se que todos os indivíduos são livres. Porém, ao passo que as ações destes

interferem na liberdade de outro de maneira negativa, poderá surgir uma responsabilização jurídica.

Nesses termos, Gagliano e Pamplona Filho<sup>2</sup> aduzem que a responsabilidade está ligada à ideia de nascimento de uma obrigação em decorrência do acontecimento de um fato jurídico *lato sensu*. A partir disso, emerge um dever jurídico sucessivo.

Essa premissa encontra guarida na ideia de que ninguém tem o direito de lesar outrem – também conhecido pelo princípio do *neminem laedere* – levantado pelo pensador romano Ulpiano, fundamentando o instituto da responsabilidade civil<sup>3</sup>.

Sobre a definição de responsabilidade civil, esboça Paulo Nader<sup>4</sup>, que em um cenário onde há o rompimento de um dever jurídico de um indivíduo para com outro, emerge nesse momento a obrigação de reparação por dano material ou moral.

O Código Civil de 2002, em seu art. 927, *caput*, preceitua que “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Tal lei ordinária nos remete ao art. 186 do mesmo diploma, *in verbis*: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Observamos que a lei reforça o entendimento proposto pelos doutrinadores, em que um indivíduo ao agir ou deixar de agir causa dano ao direito de outro. A partir desse dano passa a existir no meio jurídico o dever de reparar. Assim fala Sergio Cavaliere<sup>5</sup>:

A violação de um dever jurídico configura o ilícito, que, quase sempre, acarreta dano para outrem, gerando um novo dever jurídico, qual seja, o de reparar o dano. Há, assim, um dever jurídico originário, chamado por alguns de primário, cuja violação gera um dever jurídico sucessivo, também chamado secundário, que é o de indenizar o prejuízo.

Para configuração do ato ilícito passível de reparação civil, a doutrina compreende que é necessária a demonstração de três elementos, sendo eles: a conduta, o nexo de causalidade e o dano.

---

2 GANGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Manual de direito civil. Volume único. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 854.

3 DONNINI, Rogério. Não existe no Brasil uma indústria das indenizações. Consultor Jurídico. 28 ago 2013. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-ago-28/rogerio-donnini-nao-existe-brasil-industria-indenizacoes>>. Acesso em: 19 maio 2018.

4 NADER, Paulo. Curso de direito civil, volume 7: responsabilidade civil. 6ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 34.

5 CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 10ª edição. São Paulo: Atlas, 2012, p. 2.

Na visão de Cavalieri<sup>6</sup>, a conduta deve ser vista associada à culpa, pois a simples análise da conduta de maneira isolada tem importância apenas contextual. Assim, conceitua a conduta culposa como ato voluntário humano, a qual se concretiza no meio por intermédio de um agir ou deixar de agir, acarretando desdobramentos jurídicos.

Na análise da responsabilidade civil esse pressuposto é considerado como pressuposto objetivo, tendo em vista que, ficando evidente a ação ou omissão, resta comprovada a conduta culposa.

Quanto à comprovação, podemos considerar a culpa objetiva ou subjetiva, sendo a primeira também chamada de *in re ipsa*, em que a conduta do agente que cause dano não necessita de comprovação. Já a segunda, é essencial que haja a produção de provas no sentido de demonstrar que a conduta gerou o dano.

O dano, segundo Gagliano e Pamplona Filho<sup>7</sup>, é elemento vital para que reste demonstrada a responsabilidade civil e conceitua como lesão a um bem jurídico garantido pelo ordenamento jurídico, de natureza patrimonial ou não. Tendo em vista que tal lesão é provocada pela conduta de um indivíduo, então, a caracterização do dano está ligada ao rompimento de direitos ou interesses extrapatrimoniais.

Os autores falam da possibilidade de indenização por dano moral quando há lesão à direito ou interesse de caráter personalíssimo, qual seja o cerne deste artigo. A viabilidade de reparação indenizatória nesses casos é nítida, pois são fatos protegidos pelos direitos de personalidade.

Ainda no campo do dano, os doutrinadores supramencionados destacam seus atributos de configuração, sendo eles: a lesão ao interesse jurídico, a comprovação de que houve dano e sua subsistência<sup>8</sup>.

É mister salientar que não é apenas a existência de um dano, mas este dever ser passível de reparação indenizatória. Dessa forma, devemos seguir os elementos caracterizadores do dano indenizável exposto pelo autor, com a finalidade de justiça.

Seguindo essa cadeia de pressuposto, emerge o nexo de causalidade que, para Nader<sup>9</sup>, possui grande importância na análise do caso, quando se fala em responsabilização civil. O

---

6 CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 10ª edição. São Paulo: Atlas, 2012, p. 24.

7 GANGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Manual de direito civil. Volume único. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 881.

8 GANGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Manual de direito civil. Volume único. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 881.

autor completa asseverando que a demonstração da conduta e do dano não é suficiente para configuração do ato ilícito reparável, uma vez que o liame entre a conduta ao dano deve ficar nítido. Então, podemos dizer que, ao praticar um ato, seus efeitos devem ocasionar o dano, pois, caso contrário, o nexo de causalidade nessa relação não existiria, não podendo falar em ato ilícito.

No entanto, a lei põe a salvo algumas circunstâncias passíveis de exclusão do dever de reparar, as chamadas causas de excludente do dever de indenizar. Com cunho pedagógico, podemos citar essas excludentes, sendo elas: a legítima defesa, o estado de necessidade ou remoção de perigo iminente, exercício regular de direito ou das próprias funções e excludentes de nexo de causalidade (caso fortuito, culpa ou fato exclusivo da vítima ou de terceiros)<sup>10</sup>.

Todos os ensinamentos esboçados culminam em um sentido, na função da responsabilização civil no entendimento de Cavalieri<sup>11</sup>, qual seja o anseio por justiça em ter o dano reparado civilmente, tendo em vista que o dano causou um desequilíbrio na órbita jurídica dos envolvidos, sendo essencial o retorno ao equilíbrio. Aquilo que a doutrina chama de retorno ao *statusquo ante*, onde aquele que foi lesado é restituído na integralidade do que lhe foi tirado. Assim, a responsabilização civil daquele que causou o dano funciona no sentido de devolver o equilíbrio jurídico-econômico, por meio da indenização quantificada na mesma extensão.

## **1.1 Afeto**

É inegável que o afeto atinge grandes proporções no meio jurídico e sua importância no âmbito familiar acaba por ser abordada. Desse modo, é imperioso analisar e refletir seus encadeamentos no estudo da responsabilidade civil.

Para melhor compreender a discussão proposta pela doutrina e o objeto deste artigo, é preciso analisar o afeto de maneira isolada, para então inseri-lo no estudo da tutela jurídica da afetividade. Assim, são apresentadas algumas concepções sobre o afeto: como é visto no meio social, pela psicanálise e pela filosofia.

---

9 NADER, Paulo. Curso de direito civil, volume 7: responsabilidade civil. 6ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 155-156.

10 TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil: volume único. 5ª edição. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 540-45.

11 CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 10ª edição. São Paulo: Atlas, 2012, p. 14.

No meio social, o afeto é considerado pela maioria como um sentimento, capaz de remeter às melhores sensações de afeição. Porém, da mesma forma que exprime bons sentimentos pode despertar no ser humano emoções de caráter negativo<sup>12</sup>.

Nos ensinamentos da psicanálise, expõe Cézar Fuiza<sup>13</sup>, “o afeto é o conjunto de fenômenos psíquicos que se manifestam sob a forma de emoções, sentimentos e paixões. É o estado emocional ligado à realização de uma pulsão. É sentimento intenso”.

Nas concepções filosóficas, o afeto corresponde a sensações positivas entre indivíduos, podendo se manifestar de dois modos: reconhecimento total entre duas pessoas e através da reciprocidade nas relações interpessoais<sup>14</sup>.

De outro prisma, pode-se verificar que há defensores do afeto como princípio jurídico, pois entende-se que a Constituição Federal de 1988 deu-lhe guarida. Assim, os pais possuem a obrigação de prestar o afeto aos filhos, podendo ser compelidos a reparar civilmente o dano causado pela falta deste<sup>15</sup>.

## **1.2 Princípio da Afetividade**

No estudo do Direito das Famílias, ainda na parte principiológica, nos são apresentados alguns princípios da órbita constitucional e outros mais específicos inerentes à matéria. A afetividade, dentre esses, é demonstrada pela parcela majoritária dos estudiosos do Direito como princípio.

O doutrinador Rolf Madaleno<sup>16</sup> descreve que “o afeto é a mola propulsora dos laços familiares e das relações interpessoais movidas pelo sentimento e pelo amor, para ao fim e ao cabo dar sentido e dignidade à existência humana”. Esse entendimento é externado por grande

---

12 SANTOS, Marina Alice de Souza. Responsabilidade civil nas relações paterno/materno filiais: o abandono afetivo. Direito de família e sucessões. Organização: CONPEDI/UFMG/ FUMEC/Dom Helder Câmara. Coordenadores: Luciana Costa Poli, Valéria Silva Galdino Cardin, Tereza Cristina Monteiro Mafra. Florianópolis, 2015, p. 49.

13 FIUZA, César. Direito Civil – Curso completo. 2ª edição em e-book. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 702.

14 SANTOS, Marina Alice de Souza. Responsabilidade civil nas relações paterno/materno filiais: o abandono afetivo. Direito de família e sucessões. Organização: CONPEDI/UFMG/ FUMEC/Dom Helder Câmara. Coordenadores: Luciana Costa Poli, Valéria Silva Galdino Cardin, Tereza Cristina Monteiro Mafra. Florianópolis, 2015, p. 50.

15 OLIVEIRA, Rafael Niebuhr Maia de; MELO, Bruna. Responsabilidade civil em razão de danos causados pelo abandono afetivo parental. Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.1, 1º quadrimestre de 2017, p. 55-56.

16 MADALENO, Rolf. Manual de Direito de Família. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 37.

parte dos doutrinadores desse ramo do direito. O autor prossegue dizendo que as pessoas necessitam uma das outras para sobreviver, um sistema de comunidade na qual circula o afeto. As necessidades dos indivíduos possuem em sua essência o afeto. Com vista ao modelo atual de vivência e a tutela de causas em que o afeto está presente demonstra o seu valor real.

Assim, em convergência com o entendimento exposto pelo pensador, pautados nos preceitos eudemonistas, os indivíduos, ao constituírem as relações familiares, buscam pela felicidade e a afetividade estabelece o caminho para esse resultado. Nota-se que o afeto permeia as relações familiares permitindo aos envolvidos liberdade para constituição familiar, pois existe uma atração física ou psíquica regendo a ligação.

Nesse mesmo sentido leciona Dias<sup>17</sup> sobre tal princípio:

A afetividade é o princípio que fundamenta o direito das famílias na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia em face de considerações de caráter patrimonial ou biológico. [...] O direito ao afeto está muito ligado ao direito fundamental à felicidade. (grifo do autor)

Podemos compreender, assim, que mesmo não havendo a positivação do afeto na norma, esse instituto está presente nas ligações interpessoais. A partir das reflexões doutrinárias é possível localizar a essência da afetividade em alguns institutos positivados, de maneira implícita.

Conforme os ensinamentos de Flávio Tartuce<sup>18</sup>, por mais que a Carta Magna não aborde expressamente sobre o afeto, ele pode ser considerado um direito fundamental, estando de maneira intrínseca nos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade. Dessa forma, é evidente que o princípio da dignidade da pessoa humana é responsável por refletir diretamente a afetividade.

Assim, o princípio da afetividade reporta-se como meio para busca da felicidade. Com vistas à presente pesquisa, o afeto possui grande participação na formação da personalidade do filho, pautado na criação digna que toda criança e adolescente merece.

Correlacionando os princípios supramencionados e invocando as ideias eudemonistas, compreende-se que o ser humano está constantemente em busca da felicidade. Dessa forma, utiliza de todos os mecanismos disponíveis para alcançá-la e o Direito é capaz de proporcionar tal caminho.

---

17 DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 12ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 59.

18 TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil: volume único. 5ª edição. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 1116.

Contudo, paira sobre a doutrina uma divergência acerca da tutela jurídica da afetividade: alguns pensadores entendem pela não possibilidade de enquadramento ao grupo principiológico do Direito.

Grande parte dos juristas defende a afetividade como princípio jurídico, consistindo na corrente afetiva. Advogam dentro dessa vertente que o afeto é inerente ao direito de personalidade, fato que arrazoa a possibilidade de reparação por dano moral<sup>19</sup>. Também leciona Giselda Hironaka<sup>20</sup>:

O dano causado pelo abandono afetivo é antes de tudo um dano à personalidade do indivíduo. Macula o ser humano enquanto pessoa, dotada de personalidade, sendo certo que esta personalidade existe e se manifesta por meio do grupo familiar, responsável que é por incutir na criança o sentimento de responsabilidade social, por meio do cumprimento das prescrições, de forma a que ela possa, no futuro, assumir a sua plena capacidade de forma juridicamente aceita e socialmente aprovada.

Em contrapartida, uma parcela dos pensadores do direito assevera que a afetividade não pode ser vista como princípio, apresentando argumentos no sentido de que o afeto se constitui como um valor de caráter moral. Destarte, o direito não poderia tutelar a afetividade, assim entendendo os doutrinadores da corrente patrimonialista. Entendem dessa maneira: Fábio Ulhoa Coelho, Eduardo de Oliveira Leite, Paulo Nader, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald<sup>21</sup>.

## **2. Análise jurídica da afetividade**

A partir do antagonismo de ideias proposto pelas correntes afetiva e patrimonialista, surge a discussão acerca da possibilidade de tutela da afetividade. Em concordância com o que foi visto, os doutrinadores divergem muito com relação à natureza do afeto: em determinado momento, apresenta-se como preceito jurídico; em outro, demonstra-se intimamente ligado com o sentimento.

A afetividade é considerada como princípio jurídico pela parcela da doutrina defendente da corrente afetiva. Tem-se que o afeto está inserido nos direitos de personalidade, sendo que seu rompimento possibilita a reparação por dano moral.

---

19 LOMEU, Leandro. Afeto, abandono, responsabilidade e limite: diálogos sobre ponderação. Revista IOB de Direito de Família, Porto Alegre: Síntese, v. 11, p. 105-117, 2010.

20 HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo. Repertório de Jurisprudência IOB, v. 3, n. 13, p. 2, 2006.

21 CALDERÓN, Ricardo. Princípio da Afetividade no Direito de Família. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 108.

Trazendo à baila a Teoria do Desamor, criada pela Dr<sup>a</sup> Giselda Hironaka, tem-se a discussão de um meio de estabelecer indenização ao filho que não tenha recebido do pai ou da mãe a prestação afetiva, mesmo que estes tenham sanado suas obrigações financeiras<sup>22</sup>. Salienta-se que, ao falar de obrigações materiais, o ordenamento jurídico já possui tratamento específico positivado previsto no Subtítulo III (Dos Alimentos), Título II do Código Civil de 2002.

Ainda no sentido de valorização jurídica do afeto, apresenta Dias<sup>23</sup> que o Direito das Famílias evoluiu e está evoluindo muito. Com base nos novos moldes de família e as mudanças sociais que visam à igualdade entre os indivíduos, uma nova órbita jurídica paira sobre as famílias, outorgando ao afeto valor jurídico.

A inserção do afeto no ordenamento jurídico também é defendida por Caio Mário<sup>24</sup>, onde expõe que a inserção da afetividade no Direito vai além de fatores psicológicos e sociológicos. Equipara, ainda, o afeto a outros institutos jurídicos consolidados.

A corrente que defende o posicionamento exarado compreende que, de acordo com o princípio da paternidade responsável, no tocante à convivência com os filhos, não há que se falar em direito, mas sim no dever que o maior tem para com o filho. Entende-se, ainda, que os danos causados pela não convivência geram consequências irreparáveis à criança, a saúde emocional fica comprometida, podendo o lesado ter certas restrições ao tornar-se adulto<sup>25</sup>.

No entanto, existem aqueles doutrinadores que discordam desse entendimento. A corrente patrimonialista possui entendimento baseado no Código Civil de 1916, compreendendo que sobre o afeto não deve repercutir perdas e danos, com fulcro no pensamento de que ninguém pode ser obrigado a amar ninguém.

Nesse diapasão, César Fiuza leciona que a afetividade não deve ser vista como norma, considerando que ela pode estar presente nas relações familiares, pois sua influência na

---

22 TEORIA do desamor - É possível indenização pelo abandono socioafetivo?. Jusbrasil. 19 jul 2017. Disponível em: <<https://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/noticias/478925224/teoria-do-desamor-e-possivel-indenizacao-pelo-abandono-socioafetivo>>. Acesso em: 18 abr. 2018.

23 DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 12ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 61.

24 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil – Vol. V. 25ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 67.

25 SANTOS, Marina Alice de Souza. Responsabilidade civil nas relações paterno/materno filiais: o abandono afetivo. Direito de família e sucessões. Organização: CONPEDI/UFMG/ FUMEC/Dom Helder Câmara. Coordenadores: Luciana Costa Poli, Valéria Silva Galdino Cardin, Tereza Cristina Monteiro Mafra. Florianópolis, 2015, p. 53.

família se traduz por meio de carinho<sup>26</sup>. Dessa maneira, deixa claro que o afeto deve ser visto puramente como um sentimento.

Destarte, o direito não poderia tutelar a afetividade, assim entendendo os que se filiam a essa vertente, não sendo possível o amparo judicial ao “abandono afetivo”. A interferência do Estado nessa hipótese seria cabível, apenas, para assegurar os direitos fundamentais do menor. Logo, o Poder Judiciário não pode intervir nas relações familiares impondo-lhes o dever de amar. O afeto é demonstrado por esses pensadores como um sentimento despido de juridicidade, estabelecendo entendimento em dissenso com a doutrina majoritária, com parecer no sentido de que ele não pode ser considerado um direito fundamental daquele que o invoca<sup>27</sup>.

### **3. Abandono Afetivo**

A proteção dos filhos, com a órbita constitucional proposta pela Carta Magna de 1988, ganhou novos rumos. Dessa forma, pontua a doutrinadora Dias<sup>28</sup>:

Por preceito constitucional (CF 227) crianças e adolescentes transformaram-se em sujeitos de direito e foram contemplados com enorme número de garantias e prerrogativas. O princípio da proteção integral impõe que sejam colocados a salvo de toda forma de negligência. Mas direitos de uns significa obrigações de outros. São responsáveis a dar efetividade a esse leque de garantias: a família, a sociedade e o Estado. Ao regulamentar a norma constitucional, o ECA identifica como direito fundamental de crianças e adolescentes o seu desenvolvimento sadio e harmonioso (ECA 7.º). Igualmente lhes garante o direito a serem criados e educados no seio de sua família (ECA 19). (grifo do autor)

Logo, podemos observar com base no ordenamento constitucional que é concedido às crianças e aos adolescentes um tratamento especial, de cuidados contínuos, com comandos legais gerais e específicos. Como dito anteriormente, o afeto é base dessa matéria e dele se extrai os elementos essenciais para uma criação digna e responsável, assim, com a formação plena da personalidade.

A partir do momento em que a criança ou adolescente não possui essa assistência de maneira adequada e nos termos legais pré-estabelecidos acontece uma situação de abandono,

---

26 FIUZA, César. Direito Civil – Curso completo. 2ª edição em e-book. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 702.

27 SANTOS, Marina Alice de Souza. Responsabilidade civil nas relações paterno/materno filiais: o abandono afetivo. Direito de família e sucessões. Organização: CONPEDI/UFMG/ FUMEC/Dom Helder Câmara. Coordenadores: Luciana Costa Poli, Valéria Silva Galdino Cardin, Tereza Cristina Monteiro Mafra. Florianópolis, 2015.

28 DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 12ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 107-108.

ou seja, uma situação em que o descaso para com esse indivíduo fica nítido. É importante salientar que essa deficiência de amparo não é de caráter patrimonial, no caso, não é falta de pensão alimentícia, por exemplo.

Oliveira e Melo<sup>29</sup>, esboçando a ideia de Rolf Madaleno, tratam que os pais possuem deveres inerentes da situação jurídica que figuram. Assim, os filhos por serem indivíduos hipossuficientes da relação merecem todo apoio e assistência, sendo moral, psíquica ou afetiva. O cuidado é essencial para o desenvolvimento deles e, não estando presentes nessa relação o cumprimento dos deveres citados, haverá a existência de abandono.

No cenário atual é fácil encontrar circunstância em que o pai apenas por pagar pensão alimentícia se sente eximido da obrigação de cuidar ou que simplesmente rejeita o filho, apartando-se sem prestar qualquer tipo de auxílio, dentre outras situações possíveis. Daí surge, então, o abandono paterno-filial, ocasiões em que o pai não cumpre com sua obrigação de criar e educar. Vale ressaltar que é perfeitamente possível ocorrer a forma inversa, onde a mãe figure no polo daquele que abandona.

No estudo do instituto jurídico francês, a teoria da perda de uma chance, pode ser constatado posicionamento no sentido de que o fato do filho não ter conhecido um de seus genitores pode gerar o dano. Baseado na perda da chance de uma educação melhor, podendo, inclusive, o filho (ao pleitear o conhecimento de paternidade) cumular o pedido de indenização por esse dano.

A falta ocasionada pelo abandono afetivo pode gerar dano à personalidade da criança ou do adolescente. Conforme relata Dias<sup>30</sup>, consequências de natureza grave podem ser ocasionadas na vida dos filhos que são abandonados afetivamente pelos pais. A autora afirma que a falta provocada pelo pai ou pela mãe capaz de abalar o desenvolvimento do filho e deixa marcas emocionais negativas é passível de reparação.

Do artigo produzido por Oliveira e Melo<sup>31</sup>, expondo a ideia de Stocker e Hegeman, extrai-se o seguinte trecho:

---

29 OLIVEIRA, Rafael Niebuhr Maia de; MELO, Bruna. Responsabilidade civil em razão de danos causados pelo abandono afetivo parental. *Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.1, 1º quadrimestre de 2017, p. 60.

30 DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 12ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 108.

31 OLIVEIRA, Rafael Niebuhr Maia de; MELO, Bruna. Responsabilidade civil em razão de danos causados pelo abandono afetivo parental. *Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.1, 1º quadrimestre de 2017, p. 61.

[...] a ausência de afeto e emoções, bem como a sua deficiência, causam quadros característicos de despersonalização e várias neuroses, tão pouco sendo quesitos para uma vida saudável e humana: “sem afetividade é impossível viver uma vida humana e satisfatória, e pode até mesmo ser impossível viver uma vida humana, sequer ser uma pessoa”<sup>32</sup>.

Verifica-se, portanto, que os danos psicológicos causados possuem natureza grave, com desdobramentos muitas vezes irreversíveis. Além do dano de natureza psicológica, pode ocorrer também aqueles de caráter social, tendo em vista que nas relações familiares acontecem as trocas de experiências, afetando o desenvolvimento da personalidade do filho<sup>33</sup>.

Defende a doutrinadora Giselda Hironaka que a presença dos pais na vida do filho não deve ser apenas física, mas esses devem cumprir com suas funções parentais de maneira efetiva, podendo incorrer em abandono<sup>34</sup>.

Não seria fora de propósito tratar dos artigos 4º e 7º do Estatuto da Criança e do Adolescente<sup>35</sup> e 1.634, I do Código Civil de 2002, pois neles estão dispostas as obrigações dos pais ou responsáveis para com esses indivíduos frágeis.

Existe o Projeto de Lei nº 3212/2015, aprovado pelo Senado Federal e em tramitação na Câmara dos Deputados, que visa alterar o Estatuto da Criança e do Adolescente com intuito de positivar o abandono afetivo como ilícito civil.

Os deveres para com as crianças e adolescentes transcendem o âmbito familiar e toda sociedade, bem como o Estado, são responsáveis por velarem pela segurança, educação e todos os direitos fundamentais que emanam desses. No entanto, no que concerne à criação é dever dos pais cumulativamente prestar assistência aos filhos, pondo em prática o poder familiar.

Nesse sentido, Dias<sup>36</sup> defende a paternidade responsável, que se traduz na responsabilidade que os pais possuem de criar sua prole de maneira diligente. Aqui não há de se falar em direito que os genitores possuem de visitar os filhos, mas no dever de conviver

---

32 STOCKER, Michael; HEGEMAN, Elizabeth. O valor das emoções. São Paulo: Palas Athena, 2002, p. 45.

33 LOMEU, Leandro. Afeto, abandono, responsabilidade e limite: diálogos sobre ponderação. Revista IOB de Direito de Família, Porto Alegre: Síntese, v. 11, p. 105-117, 2010.

34 HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo. Repertório de Jurisprudência IOB, v. 3, n. 13, p. 2, 2006.

35 Em suma o ECA por ser uma legislação específica a esses indivíduos possui grande número de dispositivos que regem tal proteção e assistência, sendo os citados alguns dos principais

36 DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 12ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 108.

efetivamente com eles, proporcionando um crescimento saudável, a fim de evitar sequelas emocionais pela falta de afeto.

Vale ressaltar que para caracterizar o abandono afetivo provocado pelo pai, deve-se saber da existência da prole, pois em tempos de relacionamentos passageiros pode haver a possibilidade de desconhecimento sobre a existência filho<sup>37</sup>.

#### **4. Apontamentos jurisprudenciais acerca da responsabilização por abandono afetivo**

O entrave doutrinário é notório. Os Tribunais do Brasil possuem entendimento diverso, cabendo a estes decidirem conforme o caso concreto, segundo veremos a seguir.

O Superior Tribunal de Justiça teve um expressivo julgado que deu condão à indenização por danos morais decorrente de abandono afetivo (corrente afetiva), por meio do Recurso Especial 1.159.242/SP de Relatoria da Min. Nancy Andrighi no ano de 2012.

No referido julgado, considerando o art. 227, da Constituição Federal de 1988, entendeu-se que o cuidado possui valor jurídico e faz parte do ordenamento jurídico brasileiro de forma implícita – estando presente na essência de alguns dispositivos legais ou na hermenêutica do direito.

Assim, reconheceu que houve ilícito civil causado pela omissão no dever de cuidado dos filhos. Tendo em vista que a não prestação da devida criação, cuidado e companhia importa em lesão a um bem jurídico tutelado. Não obstante o emprego dos ensinamentos da responsabilidade civil nos casos que envolvam o Direito das Famílias, possibilitando a viabilidade de reparação por dano moral nos casos de abandono afetivo<sup>38</sup>.

Vale ressaltar que o entendimento nesse julgamento considerou também o dano psicológico como fator causa para configuração do dano.

A título ilustrativo com base na jurisprudência do Distrito Federal em decisão que manteve a sentença de 1º grau o pai foi condenado a pagar indenização por dano moral. No julgamento desse caso o tribunal utilizou como precedente o julgado citado anteriormente.

---

37 HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo. Repertório de Jurisprudência IOB, v. 3, n. 13, p. 2, 2006.

38 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - REsp 1159242/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 10/05/2012.

Ressaltando que é de suma importância, no momento da fixação da indenização, a observância dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade frente ao dano sofrido<sup>39</sup>.

Observa-se que conforme entendimento esboçado, os deveres dos pais vão além do descrito nos dispositivos legais. Em entrevista a Juíza<sup>40</sup> de 1º grau do caso narrado explana sobre a configuração dos pressupostos da responsabilidade civil. Ressalta a importância do dever de cuidado que os pais precisam ter para com seus filhos.

De outro giro, dando arrimo ao defendido pela corrente doutrinária contrária a anterior, em defesa da corrente patrimonialista, o Superior Tribunal de Justiça (por meio da 4ª Turma) decidiu em sede de Recurso Especial em dissonância ao precedente da 3ª Turma.

A turma considerou que o dever de cuidado consiste na prestação de alimentos, traduzido pelo sustento, guarda e educação. Afastando da ideia de cuidado afetivo a juridicidade, excluindo a prática de ato ilícito dessa relação. Dessa forma, se concretizado os deveres alimentares, não há que se falar em indenização por dano moral decorrente de abandono afetivo<sup>41</sup>.

Nesse mesmo sentido, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais por intermédio da Apelação Cível 1.0521.04.035405-7/002, exprimiu veredito que afasta o ato ilícito da conduta do genitor que abandona afetivamente um filho: afirmou que a pensão alimentícia é o dever imposto pela lei e a ausência de previsão legal obrigando o carinho nas relações dos pais com os filhos<sup>42</sup>.

Diante do exposto, podemos notar que a jurisprudência, assim como a doutrina, diverge. Havendo decisões de Tribunais dando sustento à corrente afetiva e em contrassenso julgados firmando o entendimento da corrente patrimonialista. Dessa forma, o estudo do tema é propício a nortear as compreensões inerentes ao tema, favorecendo uma adequação do meio social e suas mutações com o meio jurídico.

---

39 DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios - Acórdão n.947630, 20130111367200APC, Relator: LEILA ARLANCH 2ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 01/06/2016, publicado no DJE: 16/06/2016. Pág.: 287/296.

40 PAI é condenado a indenizar filho por abandono afetivo. Site institucional do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Brasília. 21 jun 2016. Disponível em :< <http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2016/junho/pai-e-condenado-a-indenizar-filho-por-abandono-afetivo> >. Acesso em 16 nov 2017.

41 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - REsp 1579021/RS, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 19/10/2017, DJe 29/11/2017.

42 MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais - TJMG - Apelação Cível 1.0521.04.035405-7/002, Relator(a): Des.(a) Otávio Portes, 16ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 24/02/2016, publicação da súmula em 04/03/2016.

## 5. Responsabilidade civil X Abandono afetivo

Como expõe a doutrinadora Giselda Hironaka<sup>43</sup>, o pai não possui apenas o dever de prestar cuidados materiais ao filho, é dado a ele o direito de convivência com a prole. Uma relação recíproca na qual o genitor emprega cuidados de caráter imaterial, traduzido pela educação, pelo amor e pela compreensão da sobrevivência humana.

Nesses termos, leciona Dias<sup>44</sup> que pela dicção do art. 1.634, incisos I e II, do Código Civil de 2002, a lei impõe a obrigação dos pais pela promoção da criação e educação. Dessa forma, ficam responsabilizados os genitores que não prestem tal assistência, culminando em abandono e violação da integridade psicofísica da prole. Conforme abordado pela doutrinadora, esse cenário propicia a indenização por dano moral.

Mediante as explicações apresentadas, podemos compreender que com a lesão ao direito do filho, concretizada pelo abandono afetivo, surge o dever de reparação por aquele que deu causa ao dano.

Porém, conforme visto, existem doutrinadores contrários a esse posicionamento, entendendo que as relações familiares são fundamentadas na autonomia privada. Dessa forma, os indivíduos são livres para constituir suas famílias, bem como para dissolvê-las, com o mínimo de intervenção do Estado.

Ao compulsar a doutrina, verifica-se que em determinado momento consideram a possibilidade de dano material decorrente de abandono afetivo, devendo a reparação ser feita *in natura*; no entanto, excluem veementemente a probabilidade de existência de dano moral<sup>45</sup>.

Anderson Schreibe<sup>46</sup> produz crítica à indenização pecuniária, afirmando não haver uma reparação do dano, mas sim uma compensação pela falta causada pelo abandono afetivo. Assiste razão na fala do caro autor, porém, o direito do filho não pode ficar sem prestação jurisdicional, sendo a indenização pecuniária mais eficaz para suprir a lacuna.

---

43 HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos—além da obrigação legal de caráter material. *Repertório de Jurisprudência IOB*, v. 3, n. 18, p. 568, 2006.

44 DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 12ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 569-570.

45 SANTOS, Marina Alice de Souza. *Responsabilidade civil nas relações paterno/materno filiais: o abandono afetivo*. *Direito de família e sucessões*. Organização: CONPEDI/UFMG/ FUMEC/Dom Helder Câmara. Coordenadores: Luciana Costa Poli, Valéria Silva Galdino Cardin, Tereza Cristina Monteiro Mafra. Florianópolis, 2015.

46 SCHREIBER, Anderson. *Responsabilidade civil e direito de família: a proposta da reparação não pecuniária*. In: BARBOSA, Eduardo (Org.); MADALENO, Rolf (Org.). *Responsabilidade civil no direito de família*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 32-49

Dessarte, a imposição de prestação pecuniária funciona no sentido de prevenir novas condutas, ou seja, com caráter pedagógico no sentido de evitar novos casos de abandono afetivo. Assim, a indenização por dano moral decorrente de abandono afetivo possui função de reparação, punição e prevenção<sup>47</sup>.

Não seria fora de propósito falar do prazo prescricional da ação que requer a reparação por abandono afetivo, defendendo a doutrina o prazo de três anos contados a partir da maioridade do filho lesado<sup>48</sup>, conforme art. 197, inciso II, do Código Civil de 2002.

### **Considerações finais**

Ante o exposto, firma-se no âmbito jurídico discordância acerca da tutela da afetividade pelo ordenamento jurídico, em que as duas correntes doutrinárias apresentam argumentos no sentido de tentar explicar e propor qual a corrente se reporta como a mais adequada. Nessa discussão surge o instituto do abandono afetivo, que decorre basicamente do princípio da afetividade.

O abandono afetivo se apresenta como a falta de um dos pais na convivência do filho. Não estamos falando de prestação material ou direito de visita. O instituto consiste na ausência de um dos genitores na vida do filho, proporcionando-lhe a devida criação, com direito ao carinho, afeto e ensinamentos.

O pais, nos termos do ordenamento jurídico brasileiro, possuem o dever de criar seus filhos, pautados nos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade. É direito de toda criança e adolescente uma vida digna, sem intercorrências que causem alguma deformação em seu desenvolvimento como ser humano, com fundamento na paternidade responsável.

Quando os filhos são privados da convivência dos seus pais, por vontade de um deles e isso ocasiona graves transtornos, há lesão ao direito de personalidade. A doutrina defende que o afeto e os direitos de personalidade estão entrelaçados, em que lesão a esse bem jurídico estaria diante de ilícito civil.

Invocando o instituto da perda de uma chance, podemos analisar que o filho que não teve uma criação diligente por falta de um dos pais poderia ter tido um crescimento diferente,

---

47 MIZERSKI, Rodrigo; SILVA, Alexandre Barbosa da. O dever de afeto e o direito de danos: uma análise da possível aproximação entre o dever paternal e a teoria da responsabilidade. Revista Multidisciplinar Pey Këyo Científico, v. 2, n. 1, 2017.

48 DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 12ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 572.

no caso, melhor. Retira-se um direito que a prole possui em razão de sentimentos particulares. Frise-se, que a ausência de um dos genitores na convivência com o filho é por ato de vontade desse e não nos casos em que há a perda do pátrio poder.

Assim, quando houver uma conduta culposa do pai ou mãe ao abandonar o filho há um dano, que se traduz na lesão ao direito da prole de ter um desenvolvimento saudável. Fica demonstrado o nexo de causalidade entre a conduta e o dano causado: haverá a configuração dos pressupostos da responsabilização civil, devendo ocorrer a reparação civil.

Portanto, conclui-se que a responsabilização por abandono afetivo é uma forma de tutela da afetividade, materializando todos os comandos legais norteadores do tema. Ficando evidente que, conforme a corrente afetiva, é possível a indenização por abandono afetivo como forma de reparação ao filho lesado.

### **Referências das Fontes Citadas**

**BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 19 maio 2018.

**BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/Leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 19 maio 2018.

**BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm)>. Acesso em: 19 maio 2018.

**BRASIL.** Superior Tribunal de Justiça - REsp 1159242/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 10/05/2012.

**BRASIL.** Superior Tribunal de Justiça - REsp 1579021/RS, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 19/10/2017, DJe 29/11/2017.

**CALDERÓN, Ricardo. Princípio da Afetividade no Direito de Família.** 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

**CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil.** 10ª edição. São Paulo: Atlas, 2012.

**DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias.** 12ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

**DISTRITO FEDERAL.** Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios - Acórdão n.947630, 20130111367200APC, Relator: LEILA ARLANCH 2ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 01/06/2016, publicado no DJE: 16/06/2016. Pág.: 287/296.

DONNINI, Rogério. Não existe no Brasil uma indústria das indenizações. **Consultor Jurídico**. 28 ago 2013. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-ago-28/rogerio-donnini-nao-existe-brasil-industria-indenizacoes>>. Acesso em: 19 maio 2018.

FIUZA, César. **Direito Civil** – Curso completo. 2ª edição em e-book. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

GANGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de direito civil**; volume único. São Paulo: Saraiva, 2017.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos—além da obrigação legal de caráter material. **Repertório de Jurisprudência IOB**, v. 3, n. 18, p. 568, 2006.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo. **Repertório de Jurisprudência IOB**, v. 3, n. 13, p. 2, 2006.

LOMEU, Leandro. Afeto, abandono, responsabilidade e limite: diálogos sobre ponderação. **Revista IOB de Direito de Família**, Porto Alegre: Síntese, v. 11, p. 105-117, 2010.

MADALENO, Rolf. **Manual de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais - TJMG - Apelação Cível 1.0521.04.035405-7/002, Relator(a): Des.(a) Otávio Portes, 16ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 24/02/2016, publicação da súmula em 04/03/2016.

MIZERSKI, Rodrigo; SILVA, Alexandre Barbosa da. O dever de afeto e o direito de danos: uma análise da possível aproximação entre o dever paternal e a teoria da responsabilidade. **Revista Multidisciplinar Pey Këyo Científico**, v. 2, n. 1, 2017.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil, volume 7: responsabilidade civil**. 6ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

OLIVEIRA, Rafael Niebuhr Maia de; MELO, Bruna. Responsabilidade civil em razão de danos causados pelo abandono afetivo parental. **Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.1, 1º quadrimestre de 2017.

PAI é condenado a indenizar filho por abandono afetivo. **Site institucional do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios**. Brasília. 21 jun 2016. Disponível em : <<http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2016/junho/pai-e-condenado-a-indenizar-filho-por-abandono-afetivo>>. Acesso em: 16 nov. 2017.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil** – Vol. V / Atualizada por Tânia da Silva Pereira. 25ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

SANTOS, Marina Alice de Souza. Responsabilidade civil nas relações paterno/materno filiais: o abandono afetivo. **Direito de família e sucessões**. Organização: CONPEDI/UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara. Coordenadores: Luciana Costa Poli, Valéria Silva Galdino Cardin, Tereza Cristina Monteiro Mafra. Florianópolis, 2015.

SCHREIBER, Anderson. Responsabilidade civil e direito de família: a proposta da reparação não pecuniária. In: BARBOSA, Eduardo (Org.); MADALENO, Rolf (Org.). **Responsabilidade civil no direito de família**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 32-49.

STOCKER, Michael; HEGEMAN, Elizabeth. **O valor das emoções**. São Paulo: Palas Athena, 2002.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único. 5ª edição. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

TEORIA do desamor - É possível indenização pelo abandono socioafetivo?. **Jusbrasil**. 19 jul 2017. Disponível em: <<https://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/noticias/478925224/teoria-do-desamor-e-possivel-indenizacao-pelo-abandono-socioafetivo>>. Acesso em: 18 abr. 2018.

# DIREITO DE FAMÍLIA: A EFETIVIDADE DA GUARDA COMPARTILHADA

Thatiana Evelleen Sena Santana<sup>1</sup>  
Breno Azevedo Lima<sup>2</sup>

## RESUMO

O presente artigo visa abordar os assuntos inerentes à forma de aplicação da guarda compartilhada no Brasil e a sua efetividade, sob o viés do modelo constitucional vigente, principalmente no que tange ao princípio para melhor interesse da criança e do adolescente, consagrado tanto na Constituição Federal de 1988 quanto no Estatuto da Criança e do Adolescente. Dessa forma, trazendo por meios de pesquisas bibliográficas e julgados, dados, modelos e entendimento das diversas modalidades de guarda e suas diversas aplicabilidades, de maneira a demonstrar a inobservância das primícias da legislação acerca da guarda compartilhada, tal seja a integridade física e moral do menor, com isso evidenciando os danos ocasionados pela sua decretação nos casos de não animosidade entre os genitores.

**Palavras-chaves:** Guarda; Guarda compartilhada; Poder familiar. Efetividade.

## ABSTRACT

This article aims to address the issues inherent in the application of shared custody in Brazil and its effectiveness, under the bias of the current constitutional model, especially regarding the principle of the best interests of children and adolescents, enshrined both in the Federal Constitution of 1988, as well as in the Statute of the Child and the Adolescent, by means of bibliographical and judged research, data, models and understanding of the different types of custody and their various applicabilities, in order to demonstrate the nonobservance of the first fruits of the legislation on shared custody, such as the physical and moral integrity of the minor, evidencing the damages caused by his decree in cases of non-animosity between the parents

**Keywords:** **Guard;** Shared guard; Family power. Effectiveness

## Introdução

A mudança comportamental dos membros familiares redefiniu fatores e critérios na família trazendo modificações nas estruturas familiares tradicionais; a garantia da isonomia entre homens e mulheres e o princípio de melhor interesse da criança e do adolescente - foi

---

1 Bacharel em Direito pela Faculdade Católica de Rondônia – FCR, Porto Velho/RO, [evelleensena1@gmail.com](mailto:evelleensena1@gmail.com), [tayto2@hotmail.com](mailto:tayto2@hotmail.com)

2 Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Mestre em História pela PURS, Professor titular de Direito Civil e Processual Civil da Faculdade Católica de Rondônia e da Faculdade de Rondônia – FARO, [breno.lima@fcr.edu.br](mailto:breno.lima@fcr.edu.br)

uma delas. Cabe frisar que a modernidade trouxe inovações no mercado de trabalho, inserindo a mulher nesse cenário e trazendo grandes modificações nos papéis dos membros da família.

É indubitável que novas estruturas familiares se formaram, tais como as monoparentais, as recompostas advindas de casamentos sucessivos, com filhos de diferentes uniões convivendo em conjunto, as homoafetivas e mais outras configurações sociais.

Diante desse novo cenário o judiciário passou a exercer um papel importante na solução dos conflitos familiares, já que as relações se tonaram mais complexas e as demandas mais volumosas.

Com o intuito de resguardar do bem maior ao menor e a sua integridade de desenvolvimento, foi criada a lei da guarda compartilhada; contudo sua aplicação é deixada à sorte dos genitores, os quais não estão preparados para exercê-la e com isso, tornando - a ineficaz.

O presente trabalho almejou pormenorizar um estudo acerca dos efeitos da nova lei que prioriza a guarda compartilhada dos filhos, quando ocorre a dissolução conjugal, independente de animosidade entre os genitores, no entanto não trouxe mecanismos auxiliares para o seu exercício com maestria – de forma a evitar os malefícios trazidos ao menor diante da ruptura conjugal.

A discussão jurídica da guarda compartilhada reflete no rompimento legal de vínculo conjugal dos genitores, no qual decidem pelo fim do laço matrimonial entre eles e, diante disso, surge a guarda dos filhos que ficam sujeitos ao que restou dessa relação.

A pesquisa buscou demonstrar que o instituto da guarda compartilhada para alcançar a efetividade da continuidade do convívio familiar do menor necessita de meios e instrumentos necessários para o seu exercício posterior à decretação, dessa forma auxiliando os genitores na sua concretude.

Desenvolveu-se uma pesquisa bibliográfica, pautada no entendimento da doutrina civilista existente, por meio de livros e periódicos - de maneira que pudessem trazer entendimentos atuais acerca do tema.

Ainda, foram feitas pesquisas de campo por meio das redes sociais, com voluntários que descreveram as suas realidades, respondendo a formulários e questionários - contando como exercem a guarda compartilhada e quais as suas principais dificuldades, assim como

uma pesquisa qualitativa/descritiva, visando demonstrar a necessidade de instrumentos e acompanhamentos posterior à decretação da guarda compartilhada.

Para melhor entender e compreender este estudo, o trabalho vai abordar temas importantes, tais como o histórico das modalidades de guarda no país, o poder familiar e sua perda, após, será analisada de maneira especial a efetividade da guarda compartilhada, com vivências pessoais trazidas por meio narrativo.

## **1. O Histórico dos Modelos de Guarda no Brasil**

A guarda é o encargo atribuído a ambos os pais para o cuidado, a proteção, o zelo e custódia do filho, assim podendo ser unilateral, quando exercida por um dos pais ou compartilhada quando exercida por ambos.<sup>3</sup>

Historicamente a mãe detinha a preferência pela guarda dos filhos, visto que era considerada a responsável pela criação e educação dos filhos.

Com a implantação do Código Civil de 1916, trouxe o instituto do desquite; em que o genitor culpado pela separação conjugal era punido com a perda da guarda; sendo considerados ambos culpados, a guarda do menor era da mãe, modelo este que permaneceu até a Lei do divórcio.

Faz – se importante ressaltar que a lei do divórcio veio a possibilitar um consenso, por parte dos pais, no que se referia à determinação da guarda dos filhos.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), foi reconhecida a igualdade entre homem e mulher para com a criação e proteção do bem-estar dos filhos.

Nos anos 2000, então, foi incorporado no Código Civil Brasileiro o entendimento do melhor interesse da criança e do adolescente, seja ele no campo afetivo, espacial, social e, por último, financeiro, de maneira tal; que veio a estabelecer o direito do menor à convivência mútua com ambos os genitores e, conseqüentemente familiares, tal qual era antes de uma possível dissolução conjugal.

## **2. O poder familiar**

Há alguns anos, o homem era o centro do poder familiar, sendo a mulher e os demais membros familiares a esse submisso; alguns doutrinadores entendem como autoridade e

---

3LÔBO, Paulo. Direito Civil Família. São Paulo: Saraiva, 2011, P. 190.

parental por remeter a uma ideia de domínio.

Observa – se, no atual cenário social, com a modernidade e as transformações sofridas na sociedade mudou – se muita essa visão patriarcal.

No artigo 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente que está prevista na Lei 8.069/90:<sup>4</sup>

O pátrio poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer á autoridade judiciária competente pra a solução da divergência.

Influenciada por outros povos, a sociedade foi se modificando, os direitos e deveres trazidos no Artigo 226, §5º da Constituição Federal – declara condições de igualdade entre homem e mulher na sociedade conjugal, inclusive em relação à criação dos filhos, devendo assim a ambos a incumbência de cuidar, proteger e priorizar o que melhor se adequar à prole.

Assim o poder familiar não é um exercício de autoridade, mas um encargo decorrente da paternidade e maternidade, visando sempre à proteção dos menor e se os deveres inerentes a ele.

O poder familiar deve ser exercido de forma adequada, o qual estará sujeito à sua perda ou a extinção, sendo esta, a sanção mais gravosa àqueles pais que não tenham responsabilidade com o seu filho, conforme regulamentação nos Artigos 24 e 155 à 163; do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)

Art. 24. A perda e a suspensão do pátrio poder familiar serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22. (Expressão substituída pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência Seção II Da Família Natural Art. 155. O procedimento para a perda ou a suspensão do pátrio poder familiar terá início por provocação do Ministério Público ou de quem tenha legítimo interesse. (Expressão substituída pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência<sup>5</sup>

Com a perda da autoridade parental, ocorrerá um processo judicial contencioso que culmina na suspensão do poder familiar. Essa se dará por iniciativa do Ministério Público ou àquele, o qual tiver legítimo interesse; portanto uma medida provisória determinada judicialmente, que gera uma incapacidade temporária no exercício do poder parental nos casos que ocorrem abuso de suas funções.

A extinção ocorrerá conforme o Artigo 1.635 do Código Civil, quando os pais morrem

---

4 BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília, DF, jun 1990.

5 BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília, DF, jun 1990.

fazendo extinguir-se o poder familiar.<sup>6</sup>

Portanto, a guarda é um dos atributos do poder familiar que tem com significado a custódia da proteção dos filhos, independente se pai ou mãe a tenha, valorizando assim o melhor interesse do menor, preservando a convivência familiar, de modo a regularizar a posse deste e à sua prestação assistencial material, moral e educacional.

### **3. As modificações sociais e a instituição da guarda compartilhada**

O objetivo da guarda é efetivar direitos e deveres atribuídos aos pais, em relação aos filhos menores, com o objetivo de proteger e suprir as suas necessidades, cuja responsabilidade é atribuída por lei ou mediante decisão judicial.<sup>7</sup>

Por questões da sociedade, homem por assim dizer, não poderia ficar com seus filhos devido à falta de preparo, pois era somente dever das mulheres cuidar de sua prole, de modo tal que, quando era realizada a separação, esta ficava sob sua responsabilidade.

Com as mudanças sociais, os pais vieram a requerer a guarda dos filhos, e com isso fazendo acender a necessidade de regulamentação da guarda compartilhada; tendo em vista a manutenção do bem-estar do menor.

Maria Berenice Dias entende que “a Constituição Federal, ao consagrar o princípio da igualdade e assegurar ao homem e à mulher os mesmos direitos e deveres referentes à sociedade conjugal (CF 226 § 5o), de maneira tal que veio a banir discriminações, e assim produziram - se reflexões significativas no poder familiar, dessa maneira deixando de vingar a vontade masculina.

Não possuía uma lei específica para a aplicação da guarda compartilhada, mas a Constituição Federal de 1988, no seu Artigo 5<sup>8</sup>, vinha a esclarecer que o homem e a mulher deveriam de igual forma exercer deveres perante à sociedade e o Estatuto da Criança e do Adolescente<sup>9</sup>, no seu artigo 21, impôs aos pais o dever de guarda, em igualdade de ambas as partes.

A Lei 11.698 de 2008 trouxe inovações ao Código Civil de 2002, instituindo a guarda compartilhada e, assim, alterando os seus Artigos 1.583 e 1.584<sup>10</sup>

---

6 BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Brasília, DF, jan 2002.

7 CARBONERA, Silvana Maria. Guarda de Filhos: na família constitucionalizada. Porto Alegre: Fabris, 2000, p. 64

8 BRASIL, Constituição, 1988. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, out 1988.

9 BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília, DF, jun 1990

10 BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Brasília, DF, jan 2002.

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada. (Redação dada pela Lei no 11.698, de 2008). § 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada 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. (Incluído pela Lei no 11.698, de 2008). § 2º A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos, os seguintes fatores: (Incluído pela Lei no 11.698, de 2008). § 2º Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos: (Redação dada pela Lei no 13.058, de 2014) I - afeto nas relações com o genitor e o grupo familiar; (Incluído pela Lei no 11.698, de 2008). II - saúde e segurança; (Incluído pela Lei no 11.698, de 2008). III - educação. (Incluído pela Lei no 11.698, de 2008). III - (revogado). (Redação dada pela Lei no 13.058, de 2014) § 3º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não detenha a supervisionar os interesses dos filhos. (Incluído pela Lei no 11.698 de 2008). § 3º Na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos. (Redação dada pela Lei no 13.058, de 2014) § 4º (VETADO). (Incluído pela Lei no 11.698, de 2008). § 5º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos, e, para possibilitar tal supervisão, qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos. (Incluído pela Lei no 13.058, de 2014)

Surgiram várias críticas quanto a aplicabilidade da nova legislação, uma vez que a sua decretação só era aplicada em casos de animosidade entre os genitores, como é possível ver no entendimento da doutrinadora e desembargadora Maria Berenice Diniz na Apelação Cível 70001021534:

“Para o seu estabelecimento, indispensável que convivam os pais em perfeita harmonia e que a livre movimentação do filho entre os dois lares não autorize definir ou priorizar a guarda de nenhum” ou, ainda, era tratada de forma errônea como guarda alternada, como é possível a verificação no parecer do representante do Ministério Público na Apelação Cível 70005127527, Antonio Carlos Stangler Pereira, in verbis<sup>11</sup>: “A guarda compartilhada em que os pais dividem os dias da semana nos quais [...]” ainda.<sup>12</sup>

Nesse cenário, foi proposta a alteração na lei da guarda compartilhada, através da PL 117/2013, com o intuito de estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada”, assim como a sua decretação como regra nos casos de divórcio. Com base, portanto, num artigo de autoria da Juíza de Direito da 2ª Vara da Família de Rondonópolis, intitulado de “Guarda Compartilhada com ou sem consenso” a PL foi proposta pelo deputado federal

---

11 TJ/ APELAÇÃO CÍVEL n.º 70005127527. Relator: Desembargador Antonio Carlos Stangler Pereira. DJ: 18/12/2003. TJRS, 2003. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=juris>>. Acesso em: 31 mai. 2018.

12 TJ/ APELAÇÃO CÍVEL n.º 70001021534. Relatora: Desembargadora Maria Berenice Dias. DJ: 21/06/2000. TJRS, 200. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=juris>>. Acesso em: 31 mai. 2018.

Arnaldo Faria de Sá e aprovada em plenário, culminando na Lei 13.058/2014<sup>13</sup>.

A guarda compartilhada temo intuito de fixar que os genitores, pais e mães possuem a obrigação de dividir todas as reponsabilidades dos filhos – como se casados fossem, de modo a forçar um acordo.

Com a nova Lei 13.058/2014, no Artigo 1.583,§ 2o, do CC, houve a modificação do direito às visitas e convivência e no Artigo 1.584,§ 2o; do novo Código Civil foi suprimida as expressões “sempre que possível”, estabelecendo “quando não houver acordo entre a mãe e o pai, quanto a guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercerem o pode familiar, com isso será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor”.

Devido os genitores exercerem uma vigilância maior dos seus filhos houve outra modificação na Lei 13.058/ 2014, a qual veio inserir no §6o, do Artigo 1.584, do Código Civil, estabelecendo que todo “estabelecimento público ou privado é obrigado a prestar informações a qualquer dos genitores sobre os filhos, sobre pena de multa”. Podendo também ser fiscalizada pelo genitor, o qual não mantém a residência do menor, para a garantia do melhor interesse ao bem - estar do filho.

Todas as regras que foram fixadas em sentença deverão ser cumpridas pelos genitores, de maneira tal que o seu não cumprimento acarretará em aplicação de sanções para àquele, o qual não as cumprir. Ainda, o juiz, verificando que o os genitores não tenham condições de permanecer na constância da guarda compartilhada, este deverá deferi-la àquele que melhor possua condições de exercê-la, podendo esse ser a um terceiro, nas formas da lei<sup>14</sup>.

Nas palavras de Rosa ,“embora exista a necessidade de decisão conjunta sobres a questões da vida da prole, o certo é que a regulamentação da rotina de convivência a induz a uma melhor organização para todos os envolvidos”.

Entretanto a alteração continuou a trazer posicionamentos divergentes. Entre os doutrinadores com o pensamento contrário, está o Gagliano, que entende ser o consenso

---

13 Lei da Guarda Compartilhada – Lei 13.058/14

14 Art.1.584.Aguarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:(Redação dada pela Lei nº13.058, de2014). II – decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste como pai e a mãe. § 4º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sobre aguardado pai ou da mãe, de ferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentes coe as relações de afinidade e compatibilidade).

fundamental para a aplicação da guarda compartilhada <sup>15</sup>.

Entre os posicionamentos favoráveis, está o da advogada e doutrinadora Sylvia Mendonça do Amaral<sup>16</sup>; afirmando que a guarda compartilhada é vantajosa porque permite o maior convívio da criança com os pais separados, sendo o benefício para todos da relação familiar.

É notório que nessa modalidade, a finalidade é a manutenção na continuidade da rotina e no cotidiano do menor com ambos os pais, sendo possivelmente, a melhor opção; haja vista ser essa a que mais se aproximada sua vida antes da separação dos pais.

Ainda nesse sentido, não se pode deixar de mencionar que é uma forma de estimular o (a) genitor (a) que não é o guardião da moradia do menor, ao cumprimento dos seus deveres assistenciais.

Assim, o magistrado declara que a participação de ambos os pais na vida do menor, possibilitando assim a eles tomarem – conjuntamente as decisões acerca dos filhos em desenvolvimento e as crianças a convivência familiar mútua.

#### **4. Afetividade da guarda compartilhada**

No Brasil, a guarda compartilhada ainda é uma realidade pouco vivenciada. De acordo com IBGE, numa pesquisa realizada em 2016, o percentual de divórcios com guarda compartilhada foi apenas de 16,9%, já para aguardados filhos menores atribuídas somente para as mulheres foi de 74,4% (IBGE)<sup>17</sup>, podendo ser observado que ainda é relevante atribuição da guardas dos filhos menores determinada para a figura maternal.

A Lei comporta um conjunto mútuo de responsabilidade e direitos, não obstante o menor tenha um lar pré-determinado, quando da decretação da guarda compartilhada.

Dentre as vantagens da Guarda Compartilhada, a manutenção da convivência do menor com ambos os genitores seria um dos pontos principais, o qual evitaria que o menor perdesse o contato familiar, a afetividade e o companheirismo diário, sendo de interesse para

---

15 GAGLINO, Pablo Stolze. Novo Curso de Direito Civil. Direito de Família – As famílias em perspectiva constitucional. São Paulo: Saraiva, 2013, P. 606.

16 MILÍCIO, Gláucia. Guarda Compartilhada de filho divide opinião de especialistas. Disponível em: <[https://www.conjur.com.br/2007-nov-04/guarda\\_compartilhada\\_divide\\_opinioao\\_especialistas](https://www.conjur.com.br/2007-nov-04/guarda_compartilhada_divide_opinioao_especialistas)>. Acessado em 26 de maio de 2018.

17 CAMPOS, Ana Cristina, Brasil registra queda no número de casamentos e aumento de divórcios em 2016 Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-11/brasil-registra-queda-no-numero-de-casamentos-e-aumento-de-divorcios-em-2016>>. 2017.

ambos a melhor proteção e o desenvolvimento do filho. Nesse sentido, explana Ana Carolina Silveira Akel<sup>18</sup>:

Na vivência do exercício da guarda compartilhada, a criança ou adolescente desfrutou convívio constante com ambos os genitores, sem, contudo, ocasionar uma ruptura na sua habitualidade e uma adaptação extremamente séria e abrangente a uma nova realidade. Um dos genitores permanece com a prole e, ao outro, é conferida total flexibilidade para participar da sua vida, resultando a ambos os pais a convivência permanente com os filhos, principalmente, no que tange a assuntos importantes referentes à sua formação e educação, preservando assim, a continuidade e o fortalecimento dos laços afetivos que existem entre pais e filhos, desde o momento da concepção.

Porém, na prática, a realidade é diferente; com o objetivo do conhecimento da vivência de famílias sob a guarda compartilhada, tenha ela sido decretada ou homologada, segue dados coletados através de pesquisa em todos os estados do país, de caráter qualitativo e por meio de entrevistas semi-dirigidas; com questões abertas.

Nesse contexto, pode-se observar pela fala do participante P1, que a decretação da guarda compartilhada não é garantia da sua efetividade: “Sim, nós exercemos a “guarda compartilhada”, a mãe muda de cidade em cidade sem me comunicar, muda de escola em escola sem meu consentimento, o convívio ficou 81% para a mamãe e 19% para o pai, no caso eu”.

A guarda compartilhada está sendo imposta aos pais para que possam ter uma divisão de responsabilidades decorrentes do menor, garantindo assim o seu direito à convivência mútua estreita, contínua, cotidiana e frequente com seus pais. Contudo não há uma fiscalização dessa imposição da Lei, de maneira a verificar se, no decorrer do tempo, está tendo eficácia à aplicação dessa modalidade de guarda, possibilitando um melhor entendimento dos índices de casos que, eventualmente deram certo ou errado. Neste sentido, um dos participantes da pesquisa expõe a sua vivência:

As crianças tem 8 e 10 anos, viveram sob a guarda compartilhada efetiva a partir dos 2 e 4 anos, querem estar metade do tempo com cada um, a mãe não quer [...] as crianças querem a companhia de pai e mãe, independente se eles (pai e mãe) ainda não são adultos o bastante para separarem os assuntos e deixarem de ser egoístas e vingativos

É importante salientar que a vida digna da criança e do adolescente deve estar em primeiro lugar e é de extrema responsabilidade dos pais, da sociedade e do Estado -a garantia do seu bem-estar de forma integral, não pode, portanto, o Estado se omitir na verificação da sua qualidade de vida na convivência familiar após a decretação da guarda compartilhada.

---

18 AKEL, Ana Carolina Silveira. Guarda Compartilhada: um avanço para a família. São Paulo: Atlas, 2008, P 113.

Outra vantagem da guarda compartilhada reside no fato do menor não precisar escolher com qual dos pais ele prefere permanecer, já que este tipo de escolha traz um grande desgaste emocional, colocando dessa maneira o menor diante de uma situação difícil e constrangedora, surgindo então um sentimento de traição para com ambos os genitores, como se estivesse magoando a um dos seus pais.

É possível acompanhar através do desabafo da participante P3 que não é fácil o exercício da guarda compartilhada - quando não tem acordo entre os genitores.

Hoje vivemos sob a guarda compartilhada e de maneira amigável, claro que por vezes tem os atritos, mas agora ficam internos e resolvemos entre nós, adultos, no entanto até chegarmos aqui, fomos todos (fazendo referência ao filho, aos pais e aos atuais companheiros) para um psicólogo, mas isso se deu depois de grande confusão e transtornos trazidos para todos nós. O meu filho até hoje faz acompanhamento psicológico, sofreu com bullying, teve seu desenvolvimento na escola reduzido e fomos algumas vezes chamados à direção, se fechou, chorava por tudo.

Faz-se necessário trazer a baila, o problema em face da maioria esquecida, a classe média baixa do país, onde, em detrimento dos mais diversos problemas socioeconômicos que a nação apresenta, transmite ao menor uma instabilidade em suas vidas, de maneira tal que não possuem referência familiar alguma, vivendo em um ambiente completamente desestruturado; é nesse cenário que crescerão adultos, futuros pais e mães de famílias, que, em casos de separação, estes terão que ter a maturidade para o exercício da guarda compartilhada; tal qual determinada pela lei.

É sabido que problemas familiares não são resolvidos por normas mandatárias, vão muito além do entendimento físico, pois envolve emoções e sentimentos íntimos, os quais necessitam da ajuda de profissionais para a resolução de problemas deles advindos.

Ainda, tem a problemática de a criança vivenciar hábitos e criações diferentes por parte de seus genitores, passando assim por rotinas diferentes.

A falta de estabilidade, tanto física quanto emocional cria dificuldade para a criança se adaptar. Nesse sentido, destaca-se o entendimento da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, in verbis:<sup>19</sup>

EMENTA: AÇÃO DE MODIFICAÇÃO DE GUARDA – GUARDA COMPARTILHADA INVIÁVEL – INTERESSE DO MENOR – MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. A guarda compartilhada requer cumplicidade, flexibilidade e

---

19 TJ/ APELAÇÃO CÍVEL nº 10024102581618/004. Relator: Desembargador Geraldo Augusto. DJ: 05/02/2013. JUSBRASIL, 2013. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=FIXA%C3%87%C3%83O+DE+GUARDA+COMPARTILHADA>>. Acesso em: 31 maio. 2018.

cooperação dos genitores, não sendo possível em situações de grande atrito entre os pais. Sabe-se que o bem - estar da criança e a sua segurança econômica e emocional devem ser a busca para a solução do litígio, nos caso sem que há pretensão de guarda de menor. Assim, evidente, neste momento, que a situação em que se encontra a menor se lhe apresenta mais favorável. Impõe-se, portanto, a manutenção da decisão. (Ap. Cível 1.0024.10.258161-8/004-1ª.CâmaraCível-TJMG-Rel.Des.Geraldo Augusto-j. 05/02/2013 -p. 14/02/2013-unânime)

Observando a ementada 1º Câmara Civil–TJMG, é possível compreender que a modalidade da guarda compartilhada em falta de animosidade entre os genitores, não é a melhor alternativa.

Um dos defeitos impostos pelo legisladora Lei – da guarda compartilhada é exatamente na questão da falta de animosidade dos genitores, de maneira a não possuir os princípios a manutenção do psicológico da criança e do adolescente, para que seja assegurado os seus direitos na totalidade. Experiências como a do entrevistado P4 comprovam isso.

...a minha ideia é levar e buscar minha filha na escola e tudo mais que ela participe. Essa não é a ideia da mãe. Que quer visitas quinzenais...toda mãe e todo pai pode exercer toda e qualquer função na vida em igualdade de deveres e responsabilidades. Impedir um homem ou mulher de exercer algo natural, como estar presente no cotidiano da criança é uma covardia, não só com o pai; mas principalmente com a criança. Um acordo mal feito e mal orientado...Vou iniciar um processo de alienação parental em pouco tempo...

Então, deveria a guarda compartilhada não somente ser regulamentada pela lei, mas ainda, acompanhada pelos órgãos competentes e pessoas capacitadas para ajudar no seu exercício, adequando-a de acordo com os benefícios para o menor e à sua melhor adaptação, como fez a participante P2.

Depois de recorrer à ajuda do profissional, passamos a cumprir tudo certinho que havia ficado estipulado no acordo judicial, os dias, os horários, quem buscava e quem pegava na escola, os dias que dormia em uma ou outra casa. Porém, observamos que ela estava ficando sem referência alguma, até a psicóloga nos chamou para falar desse problema, que nas conversas com ela mostrava essa insegurança, então fizemos algumas alterações por conta própria, conversamos e decidimos que, caso ficasse daquela outra forma melhor para ela, homologaríamos os novos termos que tínhamos definido. No entanto, foi necessário mais outra mudança, e outra, por mais que em pequenas coisas, e fomos vendo que a guarda não era o nosso interesse, e sim a forma que melhor ficasse para a nossa filha.

Analisando as modalidades de guarda existentes em nosso ordenamento jurídico e os procedimentos adotados quando da decretação delas, faz-se necessária uma reflexão quanto à lei da guarda compartilhada, a qual não trata com o mesmo cuidado - quanto aos passos seguintes à sua decretação.

Uma das soluções adequada para a escolha da guarda pode ser a mediação, em que os pais assumem suas próprias responsabilidades e tornam a vida do menor bem melhor. No

entanto, a participante P5, expõe a realidade, a qual passou na sua audiência de inauguração no processo do pedido de reversão da guarda unilateral; para a guarda compartilhada.

Quando chegamos na sala de audiência, sentei com meu advogado de um lado e ele do outro lado, com a sua advogada. Não tinha juiz e não teve durante os 5 minutos que ficamos na sala. O rapaz que estava sentado no computador perguntou se havia alguma proposta de conciliação, a advogada dele respondeu imediatamente que não, nesse momento ele começou a balançar a perna e a balançar a cabeça em sentido negativo ... O meu advogado então perguntou por que eles não aceitavam a guarda compartilhada e começou a falar sobre como ela era aplicada e que poderíamos bolar os termos em caso de acordo, aí ele se pronunciou e falou “eu já disse que não e é essa a minha palavra final” ... então perguntei o porquê dessa atitude dele, se era o bem pra nossa filha conviver com nós dois e era direito dela e meu também, ele se alterou e falou “a filha é minha e você só vai ver ela quando eu quiser”. Foi então que um senhor que estava ao lado do rapaz que estava digitando interrompeu ele e falou “espera aí rapaz, você está pensando que é quem aqui, abaixe o seu tom de voz e te deixo logo avisado, isso está escrito e não vai ajudar em nada em seu favor no decorrer do processo, muito pelo contrário, você acabou de perder e foi assim que ele encerrou a fala, o rapaz que estava digitando falou “bom, como não tem conciliação está encerrada essa audiência”.

Dito isso, fica a indagação: Por que após a decretação da guarda compartilhada os mesmos procedimentos impostos às demais modalidades de guarda, também não são exigidos? Ora, não obstante a palavra guarda compartilhada traz em seu seio um sentimento de tranquilidade, de animosidade para com a determinação da mesma, a prática vivenciada não remete, no seu dia a dia, a tão desejada paz e harmonia na criação dos filhos.

## **5.Considerações Finais**

A família sofreu transformações em vários fatores e costumes, dentre eles os direitos trabalhistas adquiridos pelas mulheres. Uma tremenda alteração ocorreu no papel familiar, tanto no que diz respeito aos deveres com a família em relação à casa e a criação dos filhos, quanto ao sustento e manutenção da família. Nesse cenário, as uniões passaram de duradouras a passageiras e instáveis, tornando os divórcios cada vez mais numerosos e frequentes, trazendo à tona a questão da guarda dos filhos.

O legislador então, no fulcro de normatizar as relações familiares nesse novo cenário, criou a Lei de Guarda Compartilhada. A lei marca o avanço do direito nas relações familiares protegendo, entre outras coisas, o melhor interesse da criança e do adolescente.

Então, a guarda compartilhada é a modalidade de guarda regra, contudo, a lei determina que o juiz, averiguando a não possibilidade da manutenção da guarda aos genitores,

a deferirá para aquele, o qual se mostrar compatível ao exercício da mesma <sup>20</sup>.

Contudo, foi possível verificar, através deste estudo que a legislação não traz os necessários procedimentos posteriores à decretação da guarda compartilhada, com isso ficando os genitores, em meio à dissolução do laço conjugal, sem nenhuma orientação e auxílio para o adequado exercício da guarda, não levando em consideração as dificuldades envolvidas nesse processo.

O ambiente trazido em detrimento da falta de animosidade entre os pais pode trazer consequências irreparáveis para o menor, ficando assim esse; sujeito aos resquícios de uma relação já desgastada, findada, mas ainda obrigada a permanecer, em detrimento de um contato direto, o qual a guarda compartilhada exige.

Além disso, verificou-se que a submissão das famílias brasileiras aos mesmos padrões americanos e europeus é negar as diferenças e análises das raízes, dos costumes, tradições, vivências pessoais daquela sociedade, generalizando assim uma estrutura social tão discrepante.

Conclui-se então, que se torna comprometido o desenvolvimento integral do menor no cenário caótico, em que certamente se instaurará na vivência da relação forçada dos genitores, diante da falta de administração dos resquícios do conflito conjugal - de maneira a não atingir a relação pais-filhos.

Por fim, ressaltam-se que as alterações trazidas pela Lei 13.058/2014 devem ser complementadas com procedimentos posteriores que acompanhem e norteiem os genitores na aplicação dessa modalidade de guarda, com foco na sua finalidade, tal seja o convívio familiar para o desenvolvimento integral do menor.

Portanto não basta somente a criação da lei e a sua decretação por parte do judiciário, pois o seu acompanhamento e a fiscalização posterior são instrumentos necessários à averiguação da efetividade da legislação criada, não ficando essa abandonada à sorte do êxito das experiências diárias de pessoas despreparadas para o seu exercício.

## Referências

---

20 Art 1.584, §5º, Lei 13.058/14 - Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e efetividade.

AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda Compartilhada: um avanço para a família.** São Paulo: Editora Atlas. 2008.

BRASIL. **Altera os artigos 1.583 e 1.584 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada.** Lei 11.698, de 13 de junho de 2008. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2007-2010/2008/lei/111698.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2008/lei/111698.htm)> acessado em 31 de maio de 2018.

BRASIL. Constituição, 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil** de 05 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, 2012.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil.** Brasília, DF, jan 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm). Acessado em 18 de maio de 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível nº 10024102581618/004. Relator: Geraldo Augusto. Minas Gerais, 14 de fevereiro de 2013. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=FIXA%C3%87%C3%83O+DE+GUA+RDA+COMPARTILHADA>>, acessado em 27 de maio de 2018.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.** Apelação Cível nº 70001021534. Relatora: DIAS, Maria Berenice. Porto Alegre, 21 de junho de 2000. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=juris>>. Acessado em: 31 de maio de 2018.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.** Apelação Cível nº 70005127527. Relator: PEREIRA, Antonio Carlos Stangler. Porto Alegre, 18 de Dezembro de 2003. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=juris>>. Acessado em 31 de maio de 2018.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.** Apelação Cível nº 70001021534. Relatora: DIAS, Maria Berenice. Porto Alegre, 21 de junho de 2000. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=juris>>. Acessado em: 31 de maio de 2018.

CAMPOS, Ana Cristina, **Brasil registra queda no número de casamentos e aumento de divórcios** em 2016. 2017. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-11/brasil-registra-queda-no-numero-de-casamentos-e-aumento-de-divorcios-em-2016>>, acessado em 26 de maio de 2018.

DIAS, Maria Berenice Dias. **Algumas reflexões sobre guarda de filhos, nome e alimentos.** Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2\\_597\)7\\_\\_algumas\\_reflexoes\\_sobre\\_guarda\\_de\\_filhos.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_597)7__algumas_reflexoes_sobre_guarda_de_filhos.pdf)>, acesso: 31/05/2018 Vice-Presidente Nacional do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM>. Acessado em 31 de maio de 2018.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 11ª ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro.** 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GAGLINO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil.** Volume 6: Direito de Família – As família sem perspectiva constitucional. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOBÔ, Paulo. **Direito Civil Família**.4° ed .São Paulo Saraiva,2011.

MILÍCIO, Gláucia. **Guarda Compartilhada de filho divide opinião de especialistas**.Disponívelem:<[https://www.conjur.com.br/2007-nov04/guarda\\_compartilhada\\_divide\\_opiniaio\\_especialistas](https://www.conjur.com.br/2007-nov04/guarda_compartilhada_divide_opiniaio_especialistas)>, acessado aos 26 de maio de 2018.

ROSSATO, Luciano Alves, LÉPORE, Paulo Eduardo, CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado artigo por artigo**.Leinº8.069,de13de julho de1990. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013.

# PERIODIZAÇÃO EVOLUTIVA DO DIREITO DO CONSUMIDOR

Ronaldo Correia da Silva<sup>1</sup>  
Max André de Araújo Ferreira<sup>2</sup>  
Elói Martins Senhoras<sup>3</sup>

## RESUMO

Na contemporaneidade, a maneira como é difundido o Direito do Consumidor no século XX leva em consideração padrões de difusão, para os quais existem diferentes tipos. Isso decorre principalmente em função dos diferentes sistemas de direito comparado e do sistema legal adotado por cada nação como o caso do *Civil Law* e *Common Law* e outros não convergentes, razão pela qual foi trabalhada a ideia de Complexos Regionais do Direito do Consumidor. Em tais complexos a aglutinação dos países ocorre por tendência. Importante destacar que essa tendência não implica uma uniformização. Para a concretização deste objetivo, foi desenvolvida uma análise por meio de uma revisão da literatura. Metodologicamente a pesquisa caracteriza-se quanto aos fins, ao meio e aos métodos, respectivamente em histórico, teórico e dedutivo. As Revisões bibliográfica e documental foram realizadas na internet e em livros, portais eletrônicos governamentais e não governamentais.

**Palavras-chave:** Direito do Consumidor. Especialização. Complexos Regionais.

## ABSTRACT

The proper regulation of consumer relations is fundamental considering the growing dynamics of social relations, given that society and law have developed considerably and a long way has been traced to the present stage. Understanding this trajectory will enable a more accurate study of the bases of Consumer Law and the current dynamics. In order to

---

1 Graduado em Direito pela Universidade Federal de Roraima, Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera – Uniderp, Mestrando do Programa de Pós-Graduação de Desenvolvimento Regional da Amazônia (PPGDRA), Professor da Universidade Federal de Roraima (UFRR). E-mail para contato: ronaldo.silva@ufrr.br.

2 Graduado em Ciências Contábeis pela Universidade Federal de Roraima, Especialista e mestre do Programa de Pós-Graduação em Sociedade e Fronteiras (PPG-SOF/UFRR), Professor da Universidade Federal de Roraima (UFRR). E-mail para contato: max.andre@ufrr.br.

3 Graduado em Economia. Graduado em Política. Especialista pós-graduado em Administração - Gestão e Estratégia de Empresas. Especialista pós-graduado em Gestão Pública. Mestre em Relações Internacionais. Mestre em Geografia - Geoeconomia e Geopolítica. Doutor em Ciências. Pós-Doutor em Ciências Jurídicas. Professor e pesquisador do Departamento de Relações Internacionais (DRI), do Programa de Especialização em Segurança Pública e Cidadania (MJ/UFRR), do Programa de MBA em Gestão de Cooperativas (OCB-RR/UFRR), do Programa de Mestrado em Geografia (PPG-GEO), do Programa de Mestrado em Sociedade e Fronteiras (PPG-SOF), do Programa de Mestrado em Desenvolvimento Regional da Amazônia (PPG-DRA) e do Programa de Mestrado em Propriedade Intelectual e Transferência de Tecnologia para a Inovação (PROFNIT) da Universidade Federal de Roraima (UFRR). Professor da Universidade Federal de Roraima (UFRR). E-mail para contato: eloi.senhoras@ufrr.br.

achieve this objective, an analysis was developed through a literature review. Methodologically the research is characterized as regards the ends, the means and the methods, respectively in historical, theoretical and deductive. Bibliographical and documentary review was conducted on the internet and in books, governmental and non-governmental electronic portals. Finally, the historical rescue is fundamental for the better understanding, structuring and analysis of the relations between consumer and supplier. With it, it becomes easier to perceive that the notion of consumer relations has always been present in society.

**Keywords:** Consumer Law. Evolution. History.

## **INTRODUÇÃO**

Abordar todos os marcos seria uma ousadia que tornaria cansativo o estudo do assunto. Entretanto, não há impedimento em que se faça a ponderação daqueles marcos que apareceram com mais frequência durante as pesquisas. Os marcos referenciais não estão limitados a um único país, pelo contrário, a evolução do debate ao longo da história permitiu que o conhecimento fosse e continue sendo aperfeiçoado.

Alguns marcos, embora inseridos em normas não específicas do Direito do Consumidor, tinham como objetivo a proteção deste, ainda que de forma apenas pontual, sem o amplo debate que hoje é travado tanto no cenário nacional quanto no internacional. Na maior parte dos casos havia apenas a preocupação em regular minimamente as relações comerciais, sem, no entanto, existir uma preocupação com as relações de consumo propriamente ditas.

Sendo assim, o presente trabalho destina-se a indicar, do ponto de vista histórico, as origens do que atualmente conhecemos como Direito do Consumidor. O texto apresenta não só o resultado de um estudo histórico no passado relativamente mais distante, como é o caso do período do império romano, mas, também, iniciativas mais recentes como a da Organização das Nações Unidas.

### **1. Periodização Evolutiva do Direito do Consumidor**

Para se compreender a evolução histórica faz-se necessário definir marcos de periodização, os quais são identificados nesse texto a partir de um recorte de quatro grandes momentos. Para Whitrow (1993) a idade antiga compreende o período de 4000 a.C. e vai até aproximadamente 476 d.C. (queda do império romano no ocidente). Já a idade média tem início no século V, indo até o século XV, quando é sucedida pela idade moderna (entre os séculos XVI e XIX) e idade contemporânea, que permanece desde então até os dias atuais.

## 1.1 Idade Antiga

Desde as épocas mais remotas a comercialização estava presente na sociedade, conseqüentemente as relações de consumo também. No período da antiguidade se têm relatos de exploração comercial. Surgem de maneira embrionária à defesa do consumidor em distintas localizações, servindo de eixos de propagação e difusão três grandes três grandes civilizações: Babilônia, Índia e Roma.

Na Babilônia, Guglinski (2014) indica o Código de Hamurabi (século XVIII a.C.), ainda que de maneira rústica, como um dos primeiros documentos a conter regras destinadas às relações comerciais. Tartuce e Martus (2013) defendem que o Código de Hamurabi é o código jurídico mais remoto já descoberto.

Não se tratavam de normas específicas de proteção ao consumidor, apenas regulavam as relações civis sem preocupação específica com as relações de consumo. Havia, embora de maneira sucinta, regramentos relativos a preço, qualidade, validade ou a quantidade de produtos.

O código também continha dispositivos que normatizavam algumas categorias de trabalhadores, tais como: médicos, veterinários, barbeiros, pedreiros, arquitetos, entre outros, e atribuíam, essencialmente, direitos e obrigações entre esses profissionais e àquelas pessoas que contratavam seus produtos e serviços.

Na Índia, por volta de 1.000 a.C. surge o Código de Manu (também chamado de Massu). Apontado por Da Costa (2004) como um código jurídico-religioso, previa punições de multa para casos de adulterações de gêneros alimentícios ou quando ocorresse entrega de algo distinto do contratado, bem como penalizava quem comercializasse bens da mesma natureza, porém, com preços diferenciados.

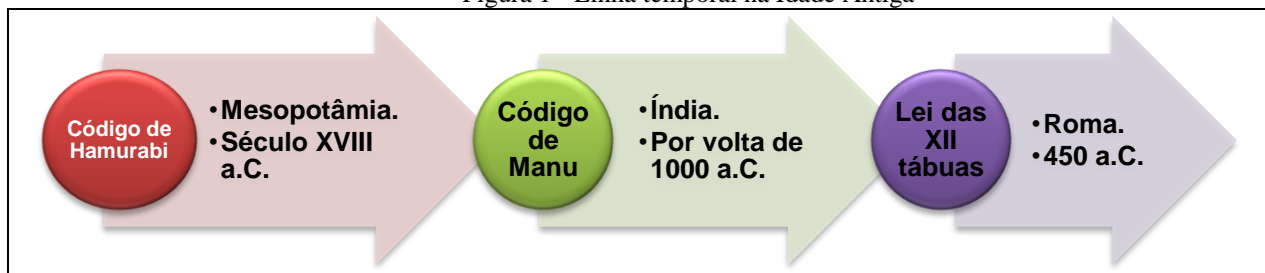
Stella (2017) não o considera propriamente um código no sentido da palavra, uma vez que a expressão em regra é utilizada, segundo o autor, referindo-se a uma coleção de regras que determina as relações das pessoas entre si e as penas aplicadas em caso de descumprimento. O Código de Manu continha isso e mais uma série de condutas religiosas.

Marchi (2005) trata da história de Roma dividida em quatro períodos fundamentais: Realza, República, Período Clássico e Baixo Império. É no final da Realza e início da República que se inicia um processo de codificação das normas que antes estavam circunscritas às decisões dos magistrados (direito consuetudinário). Surge então a Lei das XII Tábuas (450 a.C.).

Muito embora Roma seja considerada a precursora de evolução jurídica, seu ordenamento não possuía normas específicas das relações de consumo. O direito comum regulava as relações de compra e venda. Mesmo assim o estado tentava minimamente regular as relações de compra e venda como quando, no período Deocleciano (governou de 284 a 305) foi determinado o congelamento de preços em uma tentativa de combate à inflação.

Pedron e Caffarate (2000) destacam que a Lei das XII tábuas continha normas que responsabilizavam o vendedor pelos vícios das coisas, salvo se não existisse conhecimento por parte do vendedor. No período Justiniano, mesmo no caso de desconhecimento, ainda assim ocorria à responsabilização, e no caso de conhecimento a devolução do valor pago pelo produto deveria ser em dobro. (fig. 01)

Figura 1 - Linha temporal na Idade Antiga



Fonte: Elaboração própria (SILVA; SENHORAS, 2018).

## 1.2 Idade Média

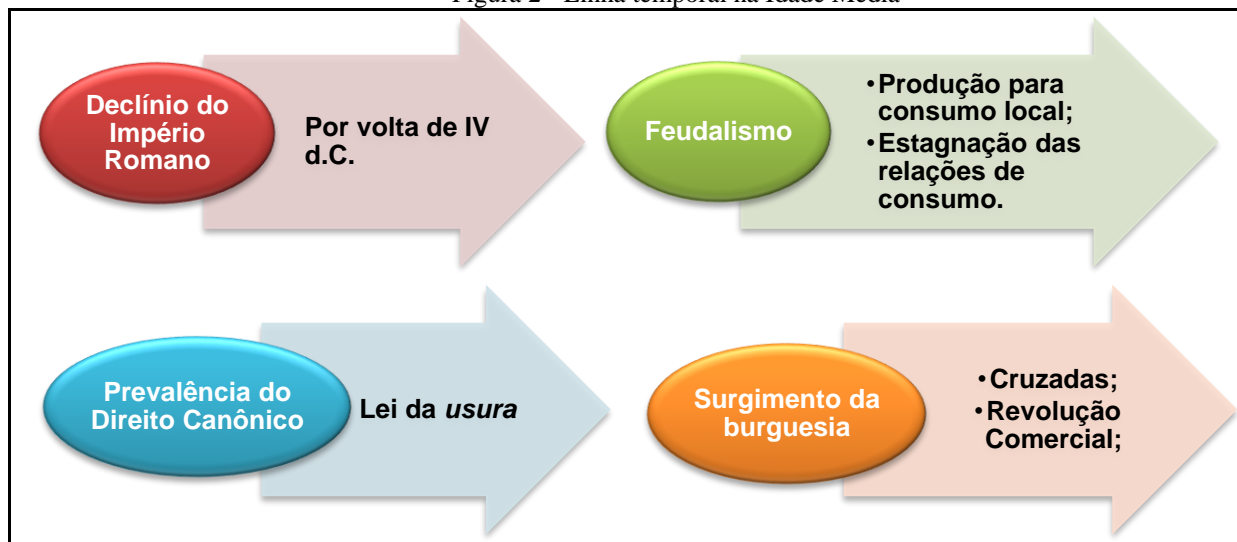
Baiardi (1997) destaca que com o declínio do Império Romano uma nova organização social ganhou espaço e ficou conhecido como o Feudalismo. A produção nesse período tinha como essencialidade a agricultura autossuficiente e envolvia o senhor feudal e os servos. Sua base organizacional estava calcada na posse da terra e não no comércio. Esse momento histórico representa uma estagnação das relações de consumo.

Prossegue o autor explicando que partes consideráveis dessas relações ficam restritas ao relacionamento entre o senhor feudal e proprietário da terra de um lado, e do outro os servos que trabalhavam e pagavam pela utilização da terra com produtos. Nesse período a produção tinha como propósito maior atender apenas o consumo local, sem as trocas comerciais. As relações de consumo quase desapareceram e nos poucos momentos que ocorriam estavam reguladas por normas da igreja.

Silva (2013) afirma que o fortalecimento da igreja fez prevalecer durante esse período o Direito Canônico. Surgiu então, provavelmente o marco mais significativo para o Direito do

Consumidor: trata-se da lei da *usura*, que acabou influenciando outros países inclusive com resquícios até o período contemporâneo. (fig. 02)

Figura 2 - Linha temporal na Idade Média



Fonte: Elaboração própria (SILVA; SENHORAS, 2018).

A Igreja condenava a usura por considerar a prática um pecado baseado em pelos menos quatro passagens bíblicas. Além dessa base documental já utilizada, a usura foi condenada no cânone 13 do Segundo Concílio de Latrão, pelo Papa Inocêncio II, em 1139.

### 1.3 Idade Moderna

A realidade religiosa e comercial permanece até o surgimento da burguesia e a economia comercial. Para Norat (2011), é nesse período que a Igreja Católica, visando combater a expansão dos muçulmanos e difundir o cristianismo, cria o movimento das Cruzadas, o que ocasiona posteriormente a Revolução Comercial e a reabertura do Mediterrâneo, fazendo com que produtos e especiarias entrem na Europa.

Para Norat (2011), essa nova forma de comércio e um grande mercado consumidor em expansão ocasionaram a interligação comercial e o ressurgimento de boa parte das cidades europeias, inclusive com a circulação de moedas. Essa expansão comercial também veio acompanhada de diversas práticas fraudulentas na produção de alimentos. Tais fatores contribuíram para a ascensão da burguesia e enfraquecimento da Igreja e da nobreza.

Prossegue o autor descrevendo que o crescente desenvolvimento comercial levou ao surgimento de feiras comerciais que deram lugar às cidades e vilas. A abertura do Mediterrâneo, já mencionada, beneficiou diretamente as cidades Veneza, Gênova e Florença,

que passaram a ter forte controle comercial, vivenciando um incremento considerável nas relações de consumo.

Percebe-se que a dinâmica deste período estava no Mediterrâneo, nas cidades apontadas e naquelas que surgiram na confluência de ligas e feiras na Europa Continental. De Faria et al. (2008) citam especificamente o caso de Veneza e seus mercadores, que praticamente monopolizavam o comércio entre Europa e Oriente. Já os árabes buscavam na China, Índia e Ceilão (atual Sri Lanka) as especiarias largamente consumidas pelos europeus. (Quadro 1)

Quadro 1 - Ciclos Políticos e Econômicos

CICLO POLÍTICO	GENOVÊS	IBÉRICO-HOLANDES
CICLO ECONÔMICO	PRÉ-CAPITALISMO MERCANTIL	CAPITALISMO MERCANTIL
CARACTERÍSTICAS	1. ROMPIMENTO COM A LÓGICA DA USURA; 2. FRAGILIDADE NAS RELAÇÕES DE CONSUMO	

Fonte: Elaboração própria (SILVA; SENHORAS, 2018).

Norat (2011) argumenta que se antes trabalhadores estavam circunscritos aos campos, com a nova contextualização, passaram a migrar cada vez mais para as cidades. Esse fluxo ocasionou a diminuição de mão-de-obra na agricultura e a sua conseqüente estagnação. Nesse período a acumulação é predominantemente financeira. É um período pré-capitalismo, também denominado capitalismo mercantil.

Nota-se que a lógica de então foi de acumulação com base nas transações comerciais, portanto, um distensionamento nas relações de Direito do Consumidor entre quem vende e quem compra. Os questionamentos oriundos do Direito Canônico e especificamente da *Lei da Usura*, parecia não mais se sustentar.

Se antes a riqueza parecia estar dimensionada pela quantidade de terras pertencentes a uma pessoa, esse padrão (embora envolto ainda de certa importância), aparentemente passou a ser atrelado, o qual dinheiro só poderia ser obtido com transações comerciais ou tributos.

Várnagy (2009) sustenta que essa necessidade de adaptação fez com que boa parte dos senhores feudais se associassem aos burgueses, lançando assim as bases para o surgimento dos estados através do desenvolvimento da figura do rei e a centralização do poder em suas mãos. É um período pré-estado. Mesmo com concentração política no rei e posteriormente com o surgimento do Estado, as relações de consumo receberam pouca atenção.

Nos séculos XV e XVI, Silver e Arrigui (2012) destacam a consolidação dos ciclos hegemônicos ibérico e holandês. Nesse período percebe-se que as relações coloniais

estabeleceram uma nova dinâmica para as laços de consumo, há o predomínio da exploração dos produtores (colônias). A base do consumo é restrita às elites, motivo pelo qual o Direito do Consumidor é incipiente.

Ainda com relação ao século XV, nota-se também o domínio das rotas terrestres e do Mar Mediterrâneo por parte de Veneza e outras cidades, o desenvolvimento das caravelas, a escassez de comida decorrente da migração da população do campo para as cidades. Aparentemente a localização geográfica de Portugal permitiu que este expandisse o comércio com a Inglaterra, França e Países Baixos (Holanda), sentindo-se motivado a buscar rotas navais para o sul do Atlântico.

Nesse mesmo período, a história mostra o início das Grandes Navegações, que posteriormente convergiria para o surgimento e exploração das colônias, como no caso do continente Americano, que mais tarde tornou-se palco importantíssimo para a história das relações de consumo. Aproxima-se o fim da idade moderna que foi marcado, além das grandes descobertas marítimas, por diversas revoluções na Europa e o início de estados independentes.

A respeito dessa expansão, Carvalho Neto (2010), para quem o período estimulou ainda mais a formação de um Estado independente, com o crescimento da atividade comercial, fatores embora considerados como evolução, na verdade fomentaram as desigualdades nas relações e em especial as de consumo, agora envoltas em um momento de grande avanço do capitalismo.

Essa realidade criou desigualdades nas relações, o que posteriormente fomentou o surgimento de debates vocacionados para a criação de legislações específicas, notadamente para as relações de consumo, fundamentados na ideia de Direitos Fundamentais e na dignidade da pessoa humana.

#### **1.4 Idade Contemporânea**

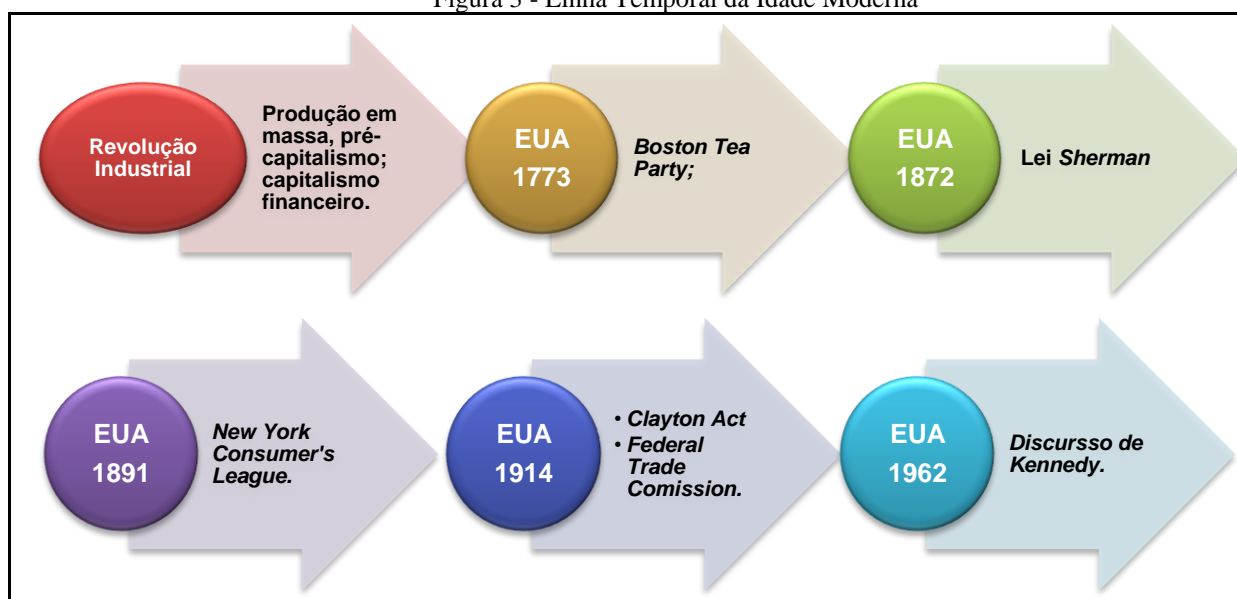
No período contemporâneo é de suma importância que seja mencionado o ciclo britânico. A hegemonia deste ciclo aparenta estar ligada diretamente a Revolução Industrial. Todos os desenvolvimentos a partir deste momento parecem convergir vinculados à dinâmica urbana e industrial. Mudam as relações de produção e, por consequência, mudam também as relações de consumo.

Carvalho Neto (2010) aponta a Revolução Industrial e a produção em massa como fatores que tornaram as relações de consumo mais dinâmicas e, conseqüentemente,

fomentaram o surgimento de maior regramento nas relações entre consumidor e fornecedor. Existe um alargamento tanto do mercado produtor quanto do mercado consumidor.

De Barros (2001) defende o fato de que no período do capitalismo industrial as massas operárias e o trabalho assalariado foram definitivamente instalados. Predominam as pequenas empresas de baixa tecnologia voltadas para o ramo alimentício e fabricação têxtil que produziam bens de consumo não duráveis. Esse momento distingue-se do período pré-capitalista ou capitalismo mercantil, no qual o consumo pertence predominantemente às grandes elites econômicas e políticas. (fig. 03)

Figura 3 - Linha Temporal da Idade Moderna



Fonte: Elaboração própria (SILVA; SENHORAS, 2018).

Lastres (1999) argumenta que com o avanço da Revolução Industrial e a chegada do século XX, a produção em massa torna-se definitivamente realidade. Surge, então, o capitalismo financeiro. Aqui o modo de produção adota uma sistemática pela qual até então, o Direito do Consumidor era pautado nos avanços construídos nos países de centro, principalmente europeus.

Norat (2011) ressalta que com o advento da Revolução Industrial e posteriormente as grandes guerras mundiais, a comercialização e industrialização avançaram para baratear a produção, além de um grande avanço tecnológico e da comunicação entre as nações. A relação consumidor X fornecedor não mais estão no plano da pessoalidade, mas no anonimato. (Quadro 2)

Quadro 2 - Ciclos políticos e econômicos

CICLO POLÍTICO	INGLÊS	AMERICANO
CICLO ECONÔMICO	CAPITALISMO INDUSTRIAL	CAPITALISMO INDUSTRIAL OLIGOPOLÍSTICO FINANCEIRO
		O CICLO AMERICANO É DE DIFUSÃO INTERNACIONAL DO DIREITO DO CONSUMIDOR E INSTITUIÇÕES NACIONAIS E INTERNACIONAIS LIGADOS A TENDÊNCIA DE DEFESA DO CONSUMIDOR
CARACTERÍSTICAS		<ol style="list-style-type: none"> <li>1. MUDANÇA NO MODO DE PRODUÇÃO E CONSUMO BEM COMO NAS RELAÇÕES;</li> <li>2. DIREITO DO CONSUMIDOR SURGE INDIRETAMENTE NO CÓDIGO CIVIL</li> </ol>

Fonte: Elaboração própria (SILVA; SENHORAS, 2018).

Tartuce e Martus (2013) abordam um marco histórico para a defesa dos direitos dos consumidores no ano de 1773, nos EUA. É o movimento *Boston Tea Party*. Ainda nos EUA, em 1872 foi editada a *Lei Sherman*<sup>4</sup>, complementada posteriormente pelo *Clayton Act*<sup>5</sup>, de 1914, e pela lei que criou a *Federal Trade Commission*, a agência antitruste americana, também no mesmo ano - agência esta destinada a proteger os interesses dos consumidores.

Norat (2011) defende que os movimentos voltados especificamente às relações de consumo - como definida nos moldes atuais - só ganharam espaço com a atuação dos sindicatos por melhores condições de trabalho para a classe operária. Em 1891, nos Estados Unidos, surgiu a *New York Consumer`s League*, atualmente denominada como *Consumer`s Union*.

Viegas e Almeida (2011) apontam outro marco histórico do Direito do Consumidor: o discurso do então presidente dos Estados Unidos, John Kennedy, em 05 de março de 1962, ocasião em que defendeu a existência de diversos direitos dos consumidores, chegando inclusive a numerá-los. São eles: o direito à saúde, à segurança, à informação, à escolha e o de ser ouvido.

Nesse período percebe-se uma forte influência dos Estados Unidos nas relações de consumo. Trata-se de uma hegemonia que, porém, não se constrói só pelo estado, mas, também, por braços informais, um sistema de governança. De um lado há o estado e de outro organismos internacionais.

4 Considera (2002) destaca que a lei *Sherman Antitrust Act* de 2 de julho de 1890, foi um dos primeiros estatuto legais da defesa da concorrência. Um ano antes o Canadá havia promulgado o que é realmente primeiro estatuto legal de defesa da concorrência.

5 Apenas com este dispositivo legal e a criação da *Federal Trade Commission* é de que de fato a lei *Sherman* passou a ser efetivada em razão da criação da agência americana que tinha a missão de fiscalizar a aplicar a norma.

### **1.4.1 Difusão Internacional do Direito do Consumidor por Organismos Internacionais**

Nota-se que a evolução do Direito do Consumidor está diretamente ligada ao perfil do ciclo hegemônico político, econômico e a difusão do multilateralismo. Por essa razão começam a surgir instituições que vão ter impacto internacional sobre outros países, sendo as principais, no âmbito do Direito do Consumidor, a Organização das Nações Unidas (ONU) e a *Consumers International*.

Verifica-se que até a década de 1970 uma parte substancial de marcos e acontecimentos históricos no plano internacional já tinham surgido. Desse momento em diante, nos chamados países em desenvolvimento, parece ficar mais evidente que os modelos utilizados são basicamente aqueles constituídos até então. Foi dos centros políticos e econômicos, os principais países que saíram os modelos para o direito do consumidor, constituídos por princípios e bases e que, posteriormente que se difundiram para outros países.

Nota-se, portanto, que a hegemonia não se constrói só pelo estado, mas por braços informais, um sistema de governança, onde atuam não só o estado, mas outros organismos internacionais como a Organização das Nações Unidas (ONU) e a *Consumers International*).

#### **1.4.1.1 Organização das Nações Unidas (ONU)**

Giacomini Filho (1991) chama a atenção de que no ano de 1972, em Estocolmo, aconteceu a Conferência Mundial do Consumidor. No ano vindouro, 1973, a Comissão das Nações Unidas sobre Direitos do Homem, em caráter deliberativo, entendeu, conforme Oliveira (2014) que o consumidor, como tal, merecia ser protegido em pelo menos quatro direitos considerados fundamentais: informação, escolha, ser ouvido e segurança.

Gaio Júnior (2005) destaca que a ONU, em 1985, aprovou a Resolução nº 39/248. Além de prever alguns princípios, essa resolução incentivou os governos a criar, fomentar, desenvolver, manter e inclusive reforçar uma política de proteção ao consumidor e ao atendimento de suas necessidades. Para este autor a resolução também buscou facilitar uma cooperação internacional de países e entidades no que diz respeito ao tema.

Para Viegas (2011) a resolução positivou diretrizes e no âmbito principiológico especificamente o da vulnerabilidade no cenário internacional. As diretrizes, além de servirem

de modelo, estabeleceram eixos temáticos principais de atuação estatal<sup>6</sup>. Norat (2011 *apud* Filomeno, 2010) a considera como o surgimento de uma política geral de proteção ao consumidor voltada para os Estados integrantes.

É possível perceber que essa resolução da ONU influenciou na preocupação em difundir as questões de proteção ao consumidor no âmbito interno de cada país. Essa expansão influenciou países na elaboração de normas, regulamentando a qualidade mínima de produtos e serviços, além de proteger o mercado nacional contra produtos sem um mínimo de segurança. Trata-se de estabelecer uma cooperação internacional mínima. Esse inclusive é o pensamento defendido por Júnior e Pereira (2005).

#### **1.4.1.2 Consumers International<sup>7</sup>**

Norat (2011) retrata o surgimento da instituição em 1960 com o título: IOCU – *Organization of Consumers Unions*. Teve como composição inicial um grupo de cinco organizações de consumidores dos EUA, Europa Ocidental e Austrália (Austrália, Bélgica, Estados Unidos, Holanda e Reino Unido). Atualmente é designada como *Consumers International* (CI).

Bevilaqua (2008) entende que o propósito inicial foi o de facilitar a troca de informações entre instituições voltadas para o teste de produtos destinados ao mercado, que cresceu exponencialmente após o período pós-guerra. Com o passar do tempo, ganhou fama, reputação e respeito como grande difusor das relações de consumo dos mais variados tipos de bens.

Com o tempo conseguiu arregimentar membros. Com 20 anos de existência atingiu o *General Status Consultivo* junto a ONU em razão de seus grandes feitos<sup>8</sup>. Atua para a produção de normas internacionais que sejam referência para orientar empresas e governos a proporcionar e regulamentar melhores serviços e produtos aos consumidores.

---

6 São eles: a) proteção dos consumidores diante dos riscos para sua saúde e segurança, b) promoção e proteção dos interesses econômicos dos consumidores, c) acesso dos consumidores à informação adequada, d) educação do consumidor, e) possibilidade de compensação em caso de danos, f) liberdade de formar grupos e outras organizações de consumidores e a oportunidade de apresentar suas visões nos processos decisórios que as afetem. Estas diretrizes forneceram importante conjunto de objetivos internacionalmente reconhecidos, destinados aos países em desenvolvimento, a fim de ajudá-los a estruturar e fortalecer suas políticas de proteção ao consumidor.

7 <http://www.consumersinternational.org/>

8 Alguns dos grandes resultados para os consumidores são a adoção do Código Internacional de Comercialização de Substitutos do Leite Materno pela Organização Mundial de Saúde (OMS); e também a campanha contra pesticidas tóxicos e práticas de marketing antiéticos.

Tem como um dos focos a contribuição, no plano internacional, a elaboração de referências capazes de orientar empresas e governos de maneira a fornecer melhores serviços e produtos aos consumidores. Os princípios da instituição são fundamentados no direito à liberdade de reunião, opinião e associação, buscando o progresso desde que não seja em detrimento das relações de consumo e do consumidor.

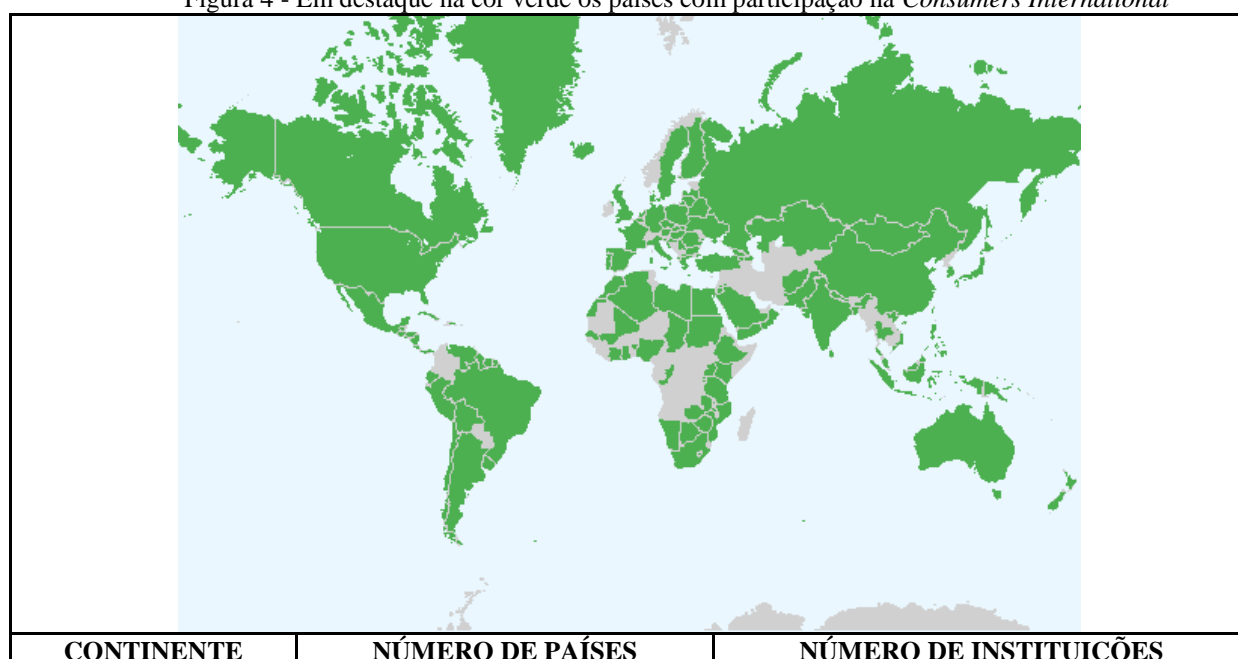
Seus principais membros são compostos por grupos regionais, nacionais ou mesmo locais; órgãos do governo vocacionados à defesa do consumidor e mesmo grupos temáticos, todos em qualquer parte do mundo. Atualmente é a maior organização mundial de consumidores.

Também aceita como membros instituições que desenvolvem trabalho voluntário de informação, educação, aconselhamento e desenvolvimento comunitário para a melhor obtenção de alimentos, serviços básicos e água nos países mais pobres.

Sua atuação é pautada em uma visão de difusão da regulamentação das relações de consumo em âmbito global, isso implica em não lidar diretamente com queixas específicas, o que não impede o recebimento de denúncias que serão tratadas em caráter coletivo quando for o caso.

Atua junto à Organização Mundial do Comércio na busca de melhores condições para as relações de consumo, como a abolição dos subsídios à exportação de produtos agrícolas. Têm integrantes em mais de 115 países em todos os continentes do Planeta, perfazendo um total de mais de 220 associações voltadas a defesa do consumidor. (fig. 04) e (Box. 01)

Figura 4 - Em destaque na cor verde os países com participação na *Consumers International*



	EXISTENTES NO CONTINENTE	INTEGRANTES DA <i>INTERNATIONAL CONSUMERS</i>
Europa	49	72
África	54	53
Ásia	50	55
Estado Unidos e Canadá	02	07
América Latina e Caribe	33	49
TOTAL	188 <sup>9</sup>	236

Fonte: Elaboração própria (SILVA; SENHORAS, 2018) com informações colhidas do site da *International Consumers*.

### Considerações Finais

Na presente pesquisa, buscou-se abordar algumas questões consideradas relevantes na compreensão e interpretação do Direito do Consumidor. O resgate histórico mostra-se fundamental para este trabalho e este foi o objetivo. Com ele, fica mais fácil perceber que a noção das relações de consumo sempre esteve presente na sociedade.

Buscou-se construir uma análise histórica que retrate a sequência dos principais acontecimentos marcante desde os primórdios até os dias atuais. Tal análise nem sempre abarca todos os eventos, visto que isso se trataria de uma atividade quase infundável e sem lógica. Assim, priorizaram-se aqueles momentos históricos mais contundentes ou que até hoje ainda ocasionem efeitos nas relações de consumo.

Alguns acontecimentos indicados como referência, embora não existisse a relação de consumo nos moldes atuais e tampouco normas específicas, mereceram destaque em decorrência dos reflexos até hoje percebidos. É o caso da norma apontada como fundamento da boa-fé já no direito romano.

Com o término do Estado Liberal de Direito, no qual apenas a isonomia formal interessava, surge o Estado Social de Direito e a noção de igualdade material. Tal evolução desenvolve-se juntamente com a ideia dos Direitos Humanos que, por sua vez, é academicamente dividido em dimensões, na qual a terceira é voltada para a proteção de categorias consideradas hipossuficientes como os consumidores.

---

9 Segundo a Organização das Nações Unidas (ONU), existem 193 países (<https://nacoesunidas.org/conheca/paises-membros/>), ou seja, cinco a mais do que os 188 apontados na tabela. Acontece que existem algumas ausências, como é o caso de Taiwan, considerando que sua independência ainda foi reconhecida pela China, e o Vaticano, que, mesmo fora do cadastro da ONU, é “observador permanente”, situação que lhe dá direito a voto. Há ainda o caso da Palestina que é um Estado observador. Por fim, a ONU não contabiliza possessões e territórios. A Groenlândia, por exemplo, fica de fora porque é território da Dinamarca.

## Referências das fontes citadas

BAIARDI, A. Mudanças técnicas na agricultura medieval e o processo de transição para o capitalismo. **Cadernos de Ciência & Tecnologia**. v. 14., n. 3., p. 449-464, 1997.

BEVILAQUA, C. B. **Consumidores e seus direitos**: um estudo sobre conflitos no mercado de consumo. Editora Humanitas, 2008.

CARVALHO NETO, W. M. de. **Considerações sobre a evolução histórica dos direitos do consumidor**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 24 out. 2010. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.29444&seo=1>>. Acesso em: 27 out. 2017.

CONSIDERA, Claudio Monteiro. **Uma breve história da economia política da defesa da concorrência**. Revista do Ibrac, v. 9, n. 5, 2002.

DA COSTA, D. J. Trajetória da Codificação Civil. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**. n. 44, p. 71-85, 2004.

DE BARROS, S. R. **Direito do Consumidor e gerações de direitos**. 2001.

DE FARIA, A. C. et al. **Estudo Histórico do Filme “O Mercador de Veneza”**. Fragmentos de Cultura, v. 18, n. 3, p. 475-484, 2008.

GIACOMINI FILHO, Gino. Consumidor versus propaganda. Summus Editorial, 1991.

GUGLINSKI, V. **Breve histórico do Direito do Consumidor e origens do CDC**. 2014. Disponível em: <<https://vitorgug.jusbrasil.com.br/artigos/112106596/breve-historico-do-direito-do-consumidor-e-origens-do-cdc>>. Acesso em: 26 nov. 2017.

JÚNIOR, D. A. P. G.; PEREIRA, A. A dimensão internacional do consumo: ONU e a proteção ao consumidor. **Revista Magister de Direito Empresarial**. Concorrencial e do Consumidor, Porto Alegre, v. 1, n. 3, p. 55-62, 2005. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/24757-24759-1-PB.pdf>>. Acesso em: 04 set. 2017.

LASTRES, H. M. M. **Informação e conhecimento na nova ordem mundial**. 1999.

MARCHI, E. C. S. V. Aspectos de direito público romano: as Constituições políticas da realeza e da República. **Revista da Faculdade de Direito**. Universidade de São Paulo, v. 100, p. 3-19, 2005.

NORAT, M. S. L. Evolução histórica do Direito do Consumidor. In: **Âmbito Jurídico**. Rio Grande, XIV, n. 88, maio 2011. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=14661&revista\\_caderno=10](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14661&revista_caderno=10)>. Acesso em 06 jan. 2018.

PEDRON, F. B. Q.; CAFFARATE, V. M. Evolução histórica do Direito do Consumidor. **Jus Navigandi**. Teresina, a, v. 4, 2000.

SILVA, M. E. P. **O valor do lucro**: usura e justiça nas Ordenações Afonsinas (séc. XV). 2013.

SILVER, B.; ARRIGHI, G. **O fim do longo século XX**. Passado e Presente na Análise dos Sistemas-Mundo, p. 77, 2012.

STELLA, J. B. As leis de Manú. **Revista de História**. v. 52, n. 104, p. 853-857, 2017.

TARTUCE, F.; MARTUS, J. A. de F. **O diálogo das fontes e a hermenêutica consumerista no Superior Tribunal de Justiça**. p. 156-188, 2013.

VÁRNAGY, Tomás. **O pensamento político de John Locke e o surgimento do liberalismo**. 2009.

VIEGAS, C. M. de A. R.; ALMEIDA, J. E de. A historicidade do Direito do Consumidor. In: **Âmbito Jurídico**. Rio Grande, XIV, n. 90, jul. 2011. Disponível em: <[http://ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9820&revista\\_caderno=10](http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9820&revista_caderno=10)>. Acesso em: 10 out. 2017.

WHITROW, G. J. **O tempo na história**. Zahar, 1993.

# O DESVIRTUAMENTO DOS CONTRATOS DE ESTÁGIO E A PRÁTICA DO ASSÉDIO MORAL

Sidney Sobrinho Papa<sup>1</sup>  
Vinícius Assis<sup>2</sup>

## RESUMO

O presente artigo tem como principal objetivo discutir acerca das mudanças trazidas pela Lei de Estágio 11.788/08 e sua efetividade nas demandas entre educando (estagiário) e a parte concedente (empresa - profissional liberal), de forma a evitar o desvirtuamento dos contratos de estágio e os consequentes reflexos negativos ao educando em aprendizagem. O estágio como complementação e aprimoramento do ensino não pode ser confundido como mera exploração de mão de obra de baixo custo e reduzido encargos sociais e trabalhistas. Analisar a prática do assédio moral nessas relações, este considerado como "risco invisível", merece uma maior atenção devido a sua relevância e o número crescente de vítimas. O desenvolvimento deste artigo foi articulado por meio de pesquisas bibliográficas usando o método indutivo, realizando uma análise doutrinária e jurisprudencial, bem como, apreciação das leis correlatas e os princípios signatários.

**Palavras-chaves:** Estágio. Desvirtuamento. Mão de obra de baixo custo. Assédio moral.

## ABSTRACT

The main objective of this article is to discuss the changes that the internship Law 11.788/08 brought and its effectiveness in the demands between the student (trainee) and the granting party (professional - liberal company), in order to avoid distortion of internship contracts and the consequent negative reflexes to the student in learning. The internship as a complementation and improvement of education can not be confused as a mere exploitation of low-cost labor and reduced social and labor costs. Analyzing the practice of bullying in these relationships, which is considered to be an "invisible risk," deserves more attention because of its relevance and increasing numbers of victims. The development of this article was articulated through bibliographical research using the inductive method, conducting a doctrinal and jurisprudential analysis, as well as appreciation of related laws and signatory principles.

**Key words:** Internship. Deviance. Low cost labor. Harassment.

---

1 Bacharel em Direito pela Faculdade Católica de Rondônia. Porto-Velho/RO. Brasil. E-mail: sidneypapasobrinho@gmail.com.

2 Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Mestre em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Pesquisador bolsista da Fundação de Amparo ao Desenvolvimento das Ações Científicas e Tecnológicas do Estado de Rondônia (FAPERRO). Professor no Curso de Direito da Faculdade Católica de Rondônia (FCR). Porto Velho/RO Advogado. E-mail: vinicius.assis@fcr.edu.br

## Introdução

O contexto atual do mercado de trabalho e o modelo econômico capitalista implantado quase que na maioria dos países, inclusive no Brasil, estimula e contribui para o aumento dos casos de desvirtuamento de contratos de estágio e assédio moral nesses cenários laborais, haja vista, a falta de segurança jurídica e a concorrência acentuada dos próprios estagiários interessados em ingressar no campo de trabalho.

Em razão da busca alucinada pelos resultados de produção, cumprimento de metas, redução dos gastos, a alta competitividade do mercado e a sobrecarga de atividades para serem desenvolvidas diariamente, o estagiário acaba sendo desvirtuado de sua finalidade educacional para satisfazer ou suprir uma necessidade da empresa como se empregado efetivo fosse, sem ressaltar a prática dos abusos e do assédio moral.

É notória a percepção de que a legislação brasileira ao definir primordialmente o estágio, buscou satisfazer o interesse dos setores produtivos das empresas, pois possibilitava um alargamento de seu conceito, o que acabava trazendo certa confusão entre estágio e emprego, resultando como consequência a precarização desta atividade.

A Lei de Estágio (Lei 11.788/08)<sup>3</sup> trouxe em seu dispositivo a necessidade do enfoque no interesse pedagógico, visando o aprendizado da atividade profissional e à contextualização curricular, bem como o desenvolvimento do educando para a vida cidadã e para o trabalho, conforme disciplina o Art. 1º, § 2º da lei em comento.

Não se pode olvidar, os avanços já alcançados pela nova lei, contudo, torna-se indispensável à atuação harmônica das partes (educando, parte concedente do estágio e a instituição de ensino) para desempenhar de maneira plena e adequada a sua finalidade, pois somente o dispositivo em si não tem a força de superar tais problemas. Diante disso, questiona-se: a lei de estágio de nº 11.788/08 tem sido efetiva no atendimento das demandas entre o educando (estagiário) e a parte concedente do estágio (empresa ou profissional liberal) de formar a evitar o desvirtuamento dos contratos e o assédio moral dentro do ambiente onde se exerce essas atividades?

Os jovens educandos (estagiários) com anseio de ingressar no mercado de trabalho, geralmente com pouca ou nenhuma experiência profissional laboral, acabam se sujeitando a

---

3 BRASIL. Lei nº. 11.788, de 25 de setembro de 2008. Dispõe sobre o estágio de estudantes. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 26 de setembro de 2008. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2008/lei/l11788.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11788.htm)>. Acesso em: 10 Janeiro de 2018.

condutas incompatíveis que desvirtuam as funções e finalidades do estágio, findando na arbitrariedade da parte concedente. Ocorre que o estagiário nesse cenário, não realiza atividades típicas da grade curricular correspondente ao curso pedagógico, mas cumpre tarefas e recebe cobranças equiparadas como se empregado efetivo fosse. Junto a isso, aparece também a figura do assédio moral nessas relações, configurada como práticas reiteradas e sistemáticas de agressão física ou psíquica capaz de provocar danos à vítima.

De acordo com uma pesquisa realizada por Rafael Barifouse<sup>4</sup> pela BBC Brasil dos 4.975 profissionais de todas as regiões do país ouvidos no fim de maio de 2015, 52% dos entrevistados disseram ter sido vítimas de assédio sexual ou moral. E, entre quem não passou por esta situação, 34% já presenciaram algum episódio de abuso, segundo ainda os dados da Organização Internacional do Trabalho (OIT), o assédio moral ou risco invisível já atinge 42% dos trabalhadores brasileiros.

O objetivo desse artigo é analisar os desvirtuamentos dos contratos de estágio e a prática do assédio moral nas relações de estágio não obrigatório remunerado. Compreender se, na prática, a Lei nº 11.788/2008 tem sido capaz de mitigar a quantidade de número de denúncias de assédio moral nas relações entre a parte concedente e estagiários. Apesar do assédio moral estar presente em outras searas de interação humana (seio familiar ou na escola, por exemplo.), será abordado nesse presente artigo, tão somente aqueles ocorridos no ambiente de trabalho.

A partir disso será analisado um breve contexto histórico do estágio incrementado nas relações laborais no Brasil, seguido de suas mudanças e definições conceituais no decorrer das décadas até os dias atuais com a vigência da Lei 11.788/08 e o seu liame com o assédio moral no trabalho, que é uma prática delituosa que se permeia em nossa cultura de trabalho e que ocasiona grandes danos à saúde das vítimas que sofrem por esses atos de violência. Para tanto, foi utilizado o método bibliográfico indutivo, com base em julgados e leis correlatas acerca do tema, bem como, o uso da doutrina do direito trabalhista para corroboração e enriquecimento do conteúdo.

### **Breve contexto histórico do estágio no Brasil**

---

4 BARIFOUSE, Rafael. Metade dos brasileiros já sofreu assédio no trabalho, aponta pesquisa. São Paulo/SP. 15 de Junho de 2015. Disponível em BBC: <[http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/06/150610\\_assedio\\_trabalho\\_pesquisa\\_rb](http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/06/150610_assedio_trabalho_pesquisa_rb)>. Acesso em: 10 de março de 2018.

No Brasil, as variações no conceito de estágio foram acompanhadas pela evolução da legislação educacional. Desde a década de 1940, algumas normas legais buscaram regulamentar e esclarecer o conceito acerca do termo estágio. O Decreto Lei 4073 de 1942<sup>5</sup>, por exemplo, conceituava o estágio como um "período de trabalho" exercido pelo educando sob a supervisão de um docente.

Contudo, muito embora houvesse a previsão da presença de um docente para supervisão desse período de labuta, este não cumpria o seu papel de acrescer na experiência prática do educando. Por se aproximar muito de uma forma de obtenção de mão de obra de baixo custo, nesta época não havia nenhuma formalização entre a empresa e a instituição de ensino.

Apenas em 1967, o Ministério do Trabalho e Previdência Social, sanciona a portaria de nº 1002 em 29 de setembro de 1967<sup>6</sup>, a qual regulamentava a relação entre a instituição de ensino e a empresa. Foi a partir dessa portaria que os educandos das instituições de ensino superior e das escolas técnicas de nível colegial (atual ensino médio) foram inseridos na categoria de estagiários. Essa portaria destacou a importância do estágio na formação do educando, determinando que o estágio deveria ser obrigatoriamente formalizado por meio de contrato, indicando a duração do período, a carga horária, o valor da bolsa e seguro contra acidentes pessoais.

Estabeleceu ainda, que o contrato de estágio não gerava vínculo empregatício, ou seja, não haveria pagamento de encargos sociais e trabalhistas, nem direito a férias e 13º salário. Nota-se que o foco ainda era o interesse das empresas, seguindo a mesma linha de pensamento do Decreto de 4073/42.

A lei federal 5.692 de 1971<sup>7</sup>, fixou Diretrizes e Bases para o ensino de 1º e 2º grau e tomou outras providências relacionados ao tema estágio. Essa lei definia que todo o ensino do segundo grau assumia caráter profissionalizante e tornava-se condição indispensável tanto para a conclusão do ensino quanto para continuidade dos estudos e ao ingresso no nível

---

5 BRASIL. Decreto leinº. 4073, de 30 de janeiro de 1942. Lei orgânica do ensino industrial. CLBR, Rio de Janeiro, RJ, 31 de dezembro de 1942. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1937-1946/Del4073.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del4073.htm)>. Acesso em 10 Janeiro de 2018.

6 BRASIL. Portaria de nº 1002 em 29 de setembro de 1967. Ministério do trabalho e da previdência social. Diário Oficial da União, 06 setembro de 1967. Disponível em: <[http://www.lex.com.br/doc\\_3416594\\_portaria\\_n\\_1002\\_de](http://www.lex.com.br/doc_3416594_portaria_n_1002_de)>. Acesso em 10 março de 2018.

7 BRASIL. Lei federal 5.692, de 11 de agosto de 1971. Fixa Diretrizes e Bases para o ensino de 1º e 2º graus. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 12 de agosto de 1971. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5692.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5692.htm)>. Acesso em 10 março de 2018.

superior. Entretanto, a citada lei flexibilizava o cumprimento legal desse requisito, o que resultava em trabalho precário.

No fim da década de 1970 houve a inclusão do estagiário no ordenamento jurídico com o advento da Lei 6.494/77<sup>8</sup>, esta foi a primeira lei a tratar, específica e exclusivamente, sobre o estágio e somente foi regulamentada pelo Decreto nº 87.497<sup>9</sup>, em agosto de 1982.

Após três décadas de vigência, a lei 6.494/77 e a lei 8.859/94 foram revogadas pela nova lei de estágio de nº 11.788/08, a qual passou a vigorar a partir de 25 de setembro de 2008, determinando novas regras e apresentando uma nova roupagem da concepção do termo estágio.

### **1.1 Conceito e função do estágio**

De início, cumpre dizer que a definição do conceito de estágio ao longo de quase seis décadas (1940-2008) buscou uma interpretação de acordo com a época, relacionando as atividades do estágio com as prioridades e os interesses dos setores produtivos das empresas.

A norma específica atual que disciplina sobre o estágio é a lei de nº 11.788/08, trazendo em seu bojo diversos avanços significativos na regulação desse processo pedagógico desenvolvido no ambiente de trabalho, que tem como finalidade precípua aperfeiçoar o educando para o mercado de trabalho, estabelecendo regras e procedimentos que devem ser efetivamente executadas.

Nas palavras de Alice Monteiro Barros<sup>10</sup> e em consonância com a nova lei de estágio, a doutrinadora afirma o conceito de estágio como "um ato educativo escolar supervisionado", desenvolvido no ambiente de trabalho. Conforme salienta o artigo 1º, § 2º<sup>11</sup>, da lei nº.

---

8 BRASIL. Lei 6.494, de 07 de dezembro de 1977. Dispõe sobre os estágios de estudantes de estabelecimento de ensino superior e ensino profissionalizante do 2º Grau e Supletivo. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 09 de dezembro. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/leis/L6494.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L6494.htm)>. Acesso em 10 de março de 2018.

9 BRASIL. Decreto lei nº 87.497, 18 de agosto de 1982. Regulamenta a Lei nº 6.494, de 07 de dezembro de 1977, que dispõe sobre o estágio de estudantes. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 19 de agosto de 1982. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d87497.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d87497.htm)>. Acesso em 10 de março de 2018.

10 BARROS, Alice Monteiro. Curso de direito do trabalho. 5. ed. São Paulo: Ltr, 2008, p. 225.

11 BRASIL. Lei de estágio nº 11.788/08 - Art. 1º Estágio é ato educativo escolar supervisionado, desenvolvido no ambiente de trabalho, que visa à preparação para o trabalho produtivo de educandos que estejam frequentando o ensino regular em instituições de educação superior, de educação profissional, de ensino médio, da educação especial e dos anos finais do ensino fundamental, na modalidade profissional da educação de jovens e adultos. (...) § 2º O estágio visa ao aprendizado de competências próprias da atividade profissional e à contextualização curricular, objetivando o desenvolvimento do educando para a vida cidadã e para o trabalho.

11.788/08, o objetivo do estágio como a preparação dos educandos para o trabalho produtivo. Aduz ainda que estes deverão estar frequentando o ensino regular em instituições de educação superior, de educação profissional, de ensino médio, da educação especial e dos anos finais do ensino fundamental, na modalidade profissional da educação de jovens e adultos.

Conforme esclarece a autora, a ideia do estágio deve ser entendida como uma preparação do educando para o mercado de trabalho, proporcionando uma experiência prática daquilo que foi aprendido na teoria. Além disso, a nova lei primou que o contrato de estágio deve ser harmônico entre as partes: o estagiário (educando), a instituição de ensino, a parte concedente do estágio e os agentes de integração públicos e privados, conforme o artigo 5º da Lei de estágio (11.788/08).<sup>12</sup>

A Lei de Estágio estabeleceu em seu corpo normativo a necessidade da perspectiva no interesse pedagógico buscando o aprendizado da atividade profissional e o seu liame curricular, objetivando o desenvolvimento do educando na vida cidadã e para o trabalho. A função do estágio na construção teórico-intelectual do estagiário (educando) é muito importante, haja vista, que o saber adquirido durante essa trajetória é uma subsunção entre o conhecimento adquirido e o aplicado na prática. Podemos dizer que se trata de uma oportunidade educativa de reforçar o aprendizado profissional entre aquilo que foi dito em sala de aula e a experiência prática vivenciada.

## **1.2 Regras e formalidades do estágio**

O saber teórico e o fazer na prática complementam-se, embora sejam ações conceitualmente distintas. Esta complementação revela a importância do estágio como forma de suplementação pedagógica no Ensino Técnico, Tecnológico e Superior. É, de fato, uma oportunidade educativa de reforço mútuo entre a prática e a teoria.

A execução da atividade de estágio não gera por si só vínculo empregatício de qualquer natureza, ou seja, a ideia central do estágio, não revela a subsistência de liame empregatício entre as partes, contanto que, sejam obedecidas as regras e formalidade legalmente impostas pela lei de nº 11.788/08.

O estágio poderá ser remunerado ou não remunerado, o que ficará esclarecido com o que fora pactuado no acordo entre as partes, comumente, há o pagamento de um valor

---

12 BRASIL. Lei de estágio nº 11.788/08 - Art. 5º - "As instituições de ensino e as partes cedentes de estágio podem, a seu critério, recorrer a serviços de agentes de integração públicos e privados, mediante condições acordadas em instrumento jurídico apropriado, devendo ser observada, no caso de contratação com recursos públicos, a legislação que estabelece as normas gerais de licitação."

fixo, que recebe a denominação de bolsa-estágio. Destarte, não há o que se falar em recolhimento previdenciário, depósitos referentes ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, multas rescisórias e outros encargos trabalhistas.

Fora estabelecido na lei de estágio mecanismos para se evitar a fraude e a conseqüente precarização dessas atividades, pondo em vigor requisitos formais e materiais para a validação da contratação de novos estagiários. Assim, Mildred Lima Ptiman<sup>13</sup> classifica os requisitos formais em dois, quais sejam: a comprovação de que o aluno esteja matriculado e frequentando regularmente as aulas e a celebração de termo de compromisso<sup>14</sup>. Já os requisitos materiais, divide-se em compatibilidade entre as atividades desenvolvidas no estágio e aquelas previstas no termo de compromisso e o acompanhamento efetivo do professor orientador da instituição de ensino e por supervisor da parte concedente.

Podemos observar que a lei de estágio procurou em sua nova redação aprimorar os requisitos formais e materiais e assim trazer avanços de maneira a criar uma blindagem maior de proteção ao educando, contudo, torna-se imprescindível a atuação harmônica da tríade (educando, instituição de ensino e parte concedente) para a execução plena e adequada, pois ela por si só não supera as dicotomias historicamente implantadas em nossa cultura de trabalho.

No que tange a carga horária, estipula a lei de estágio uma jornada diária de 6 (seis) horas diárias e 30 (trinta) horas semanais para os estudantes de ensino médio, técnico ou superior. Outro ponto interessante abordado pela lei, foi a preocupação quanto a preparação do educando para o período avaliativo, devendo a carga horária do estágio ser reduzida pelo menos pela metade, conforme estipulado no termo de compromisso de estágio.

A duração do contrato de estágio, com a mesma parte concedente, será no máximo de 02 (dois) anos. Considerando que o estágio poderá ter duração de 24 meses, o educando dentro de um período anual deverá ter um recesso (férias) de 30 dias, que poderá ser usufruído de forma fracionada ou contínua, preferencialmente no mesmo período de férias escolares (art. 13 da lei 11.788/08).

---

13PTIMAN, Mildred Lima. Leis trabalhistas especiais. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 219.

14 Diz respeito a um acordo celebrado entre as três partes envolvidas na relação, o educando, a parte concedente do estágio e a instituição de ensino, indicando as condições de adequação do estágio à proposta pedagógica do curso, à etapa e modalidade da formação escolar do estudante, o horário e o calendário escolar (art. 7º, I, Lei 1.788-08).

A lei de estágio também estipulou o número máximo de contratação de estagiários de acordo com o número de funcionários efetivos na empresa, estabelecendo a seguinte regra: de 1 (um) a 5 (cinco) empregados: (1) estagiário; de 6 (seis) a 10 (dez) empregados: até 2 (dois) estagiários; de 11 (onze) a 25 (vinte e cinco) empregados: até 5 (cinco) estagiários; acima de 25 (vinte e cinco) empregados: até 20% (vinte por cento) de estagiários (art. 17 da lei nº 11.788/08).

A ideia do legislador foi de evitar que as empresas fraudassem o contrato de estágio para se eximir dos encargos trabalhistas mais onerosos e se valessem de mão de obra de baixo custo, no entanto, desrespeitado os limites estabelecidos em lei, a fraude ocasionará o reconhecimento do vínculo empregatício.

É importante ressaltar que a lei de estágio norteou avanços relevantes ao tema, todavia, existem ainda lacunas a serem preenchidas para atenderem melhor a função do estágio. Os atos educativos impõem que a instituição de ensino e a parte concedente do estágio (empregador) trabalhem didaticamente com os educandos, em relação ao planejamento, desenvolvimento, avaliação e aos resultados das atividades compatíveis com suas respectivas atribuições.

Deste modo, deve-se atentar para finalidade do contrato de estágio, não podendo deixar de cumprir seu papel educativo e se aproximar de uma forma de se obter mão de obra de baixo custo, sendo assim caracterizado como mera prestação de serviços.

## **2. Desvirtuamentos dos contratos de estágios**

O regramento normativo (lei 11.788/08) trouxe em seu bojo regras e procedimentos que devem ser efetivamente cumpridas, pois caso contrário, será reconhecido o vínculo empregatício entre o educando e a parte concedente do estágio.

Acerca desse assunto ensina Maurício Godinho Delgado<sup>15</sup> que o estágio, portanto, tem de ser correto, harmônico ao objetivo educacional que motivou a sua criação pelo direito: deste modo, segundo o doutrinador, é incorreto, irregular, tratar como simples relação empregatícia dissimulada.

O estágio deve atender o seu objetivo educacional, perseguindo uma melhor formação do educando com a associação da teoria e prática. Não pode ser confundido com simples relação de emprego camuflado, sob pena de ser reconhecido o vínculo empregatício e o

---

15 DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 9. ed. São Paulo: Ltr, 2010, p. 316.

consequente pagamento dos encargos trabalhistas<sup>16</sup>, com fulcro no princípio da primazia da realidade consagrado pelo direito do trabalho.

Dessa maneira, Maurício Godinho Delgado<sup>17</sup>, aduz que no direito do trabalho deve-se, preferentemente, averiguar a prática concreta da prestação do serviço, independentemente da vontade eventualmente manifestada pelas partes na relação jurídica, segundo o doutrinador, a prática habitual altera o contrato pactuado, gerando novos direitos e obrigações às partes contratantes.

Isto posto, podemos concluir que, sendo ultrapassado os limites do contrato, vigorará o que está sendo realizado na prática e, conseqüentemente, gerará direitos e obrigações novas às partes. É possível nos casos de reincidência dessas irregularidades a parte concedente ficar impedida de contratar com novos estagiários por um prazo de 02 (dois) anos, contados da data da decisão definitiva do processo administrativo correspondente<sup>18</sup>.

Nesse mesmo seguimento salienta Sérgio Pinto Martins<sup>19</sup>, que a contratação de estagiários não deve ter como finalidade somente o aproveitamento de mão de obra mais barata, sem pagamento de qualquer encargo social, mascarando a relação de emprego e exigindo do trabalhador muitas horas diárias de trabalho. O autor faz uma sátira comparando o estágio como uma escravização ou exploração, chamando-os de "escravidão ou de Officeboy de luxo" e frisa que deve ser realmente proporcionado ao educando o aprendizado no estágio, dado que, se o estágio estiver em desacordo com as regras da lei nº 11.788/08, haverá o vínculo de emprego entre as partes, atraindo a aplicação do artigo 9º da CLT<sup>20</sup>.

Deve-se atentar também que as atividades que serão atribuídas ao educando devem ser compatíveis e conexas com a sua formação pedagógica do curso, uma vez que o estágio visa, não apenas o aprendizado de competência própria da atividade profissional contextualizada na grade curricular, mas também, o desenvolvimento e preparação para uma vida cidadã digna.

---

16 BRASIL. LEI DE ESTÁGIO nº 11.788/08 - Art. 15. A manutenção de estagiários em desconformidade com esta Lei caracteriza vínculo de emprego do educando com a parte concedente do estágio para todos os fins da legislação trabalhista e previdenciária.

17 DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 7. ed. São Paulo: Ltr, 2008, p. 300 e 301.

18 BRASIL. LEI DE ESTÁGIO nº 11.788/08 - Art. 15. § 1º A instituição privada ou pública que reincidir na irregularidade de que trata este artigo ficará impedida de receber estagiários por 2 (dois) anos, contados da data da decisão definitiva do processo administrativo correspondente.

19 MARTINS, Sérgio Pinto. Curso de Direito do Trabalho. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 94.

20 BRASIL. Decreto-lei nº 5.452 de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, RJ, 09 de agosto de 1943. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm)>. Acesso em: 20 de março de 2018.

O Tribunal Regional do Trabalho da 3ª região<sup>21</sup> tratando sobre o tema do desvirtuamento dos contratos de estágio reconheceu o vínculo empregatício e destacou a relevância social e acadêmica, consistindo numa complementação da formação do estudante junto a uma atividade organizacional, para o entendimento que tanto o estagiário ganha por estar se integrando no mundo do trabalho aspirando uma vida profissional qualificada, quanto à parte concedente, atendendo a sua função social, beneficia-se da força de trabalho em formação adiantada, a um custo bem moderado. Conclui que toda a sociedade ganha com a oportunidade. Todavia, deve-se ter o cuidado para que o estágio não represente apenas mão de obra barata e desvirtue-se o nobre escopo do estágio. Fora constatado que o estudante (reclamante) ativava-se no conjunto produtivo como indispensável força de trabalho. Por fim, foi reconhecido judicialmente a formação direta do vínculo empregatício.

Portanto, o estágio oferece ao educando a chance de colocar em prática o conhecimento adquirido nas aulas teóricas obtidas nas salas de aula, sob a supervisão de um profissional da área que irá ajudar e orientar nas atividades que serão desenvolvidas. Acredita-se que esses jovens em carreira, o momento em que atuarem como profissionais, consigam aplicar a experiência já adquirida e, conseqüentemente, diminuam as possibilidades de falhas nos cumprimentos de suas competências. Ou seja, a função precípua do estágio é reforçar o aprendizado profissional do educando através da experiência da realização prática.

Em que pese o desvirtuamento dos contratos seja um problema corriqueiro nas relações de estágio, este não é o único, razão pela qual também se aborda nesse trabalho, o assédio moral.

### **3. Assédio moral decorrente do contrato de estágio**

Antes de discorrermos sobre o assédio moral, cumpre salientar sobre o princípio da dignidade da pessoa humana. Basilar da ordem jurídica brasileira, encontra-se disposto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988<sup>22</sup>, norteando a ideia de proteção ao cidadão, inclusive no ambiente de trabalho, seja como empregador, empregado ou estagiário. Este princípio é considerado como um dos elementos essenciais que direciona e sustenta a

---

21 BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª região - Recurso Ordinário - 0000580-97.2010.5.03.0025, Relator Ministro (convocado): Vitor Salino M. Eca, Data de Julgamento: 25/02/2011, 6ª Turma, Data de Publicação: 28/02/2011. Disponível em: <<https://trt-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/124316762/recurso-ordinario-trabalhista-ro-580201002503005-0000580-9720105030025>>. Acesso em: 15 de março de 2018.

22 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.

concepção de igualdade, tolerância, liberdade, respeito em uma sociedade que se declara democrática de direitos. Assim assevera Barroso<sup>23</sup>:

O princípio da dignidade da pessoa humana expressa um conjunto de valores civilizatórios que se pode considerar incorporado ao patrimônio da humanidade, sem prejuízo da persistência de violações cotidianas ao seu conteúdo. Dele se extrai o sentido mais nuclear dos direitos fundamentais, para tutela da liberdade, da igualdade e para a promoção da justiça. No seu âmbito se inclui a proteção do mínimo existencial, locução que identifica o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute dos direitos em geral. Aquém daquele patamar, ainda quando haja sobrevivência, não há dignidade.

Note-se que este princípio deve ser visto como uma premissa no vínculo de trabalho e deve acompanhar as mudanças nesse cenário de modo a aperfeiçoar essa relação. Certo é que, o trabalho dignifica o homem e lhe possibilita para ele e sua família o pleno desenvolvimento, dando fôlego a sua valorização como pessoa humana.

Por seu turno, o assédio moral é uma conduta delituosa cometida na maioria das vezes dentro do ambiente de trabalho (pode ocorrer também em escolas e em seio familiar, por exemplo) por meio de constrangimentos e condutas abusivas de formas sistemáticas e reiteradas, causando danos psicológicos, dano à moral e a própria dignidade da vítima, além das consequências negativas refletidas no desempenho das atividades cotidianas laborais. Conceitua Marie-France Hirigoyen<sup>24</sup> o assédio moral:

O assédio moral no trabalho é definido como qualquer conduta abusiva (gesto, palavra, comportamento, atitude...) que atente, por sua repetição, contra a dignidade ou integridade psíquica ou física de uma pessoa, ameaçando seu emprego ou degradando o clima de trabalho.

O Tribunal Superior do Trabalho<sup>25</sup>, no julgamento de um recurso de revista que tratava sobre o assédio moral e o dano moral, firmou o entendimento que para caracterização do assédio moral, seria necessário que as condutas ofensivas fossem praticadas de forma reiterada e sistemática, direta ou indiretamente pelo agressor ou prepostos, que traduziria em um a atitude ostensiva de perseguição com a finalidade de eliminar a vítima daquele ambiente de trabalho, de tal forma que os danos atingissem as condições físicas e psíquicas, afetando

---

23 BARROSO, Luís Roberto. Direito Constitucional Contemporâneo. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015. p. 289-290.

24 HIRIGOYEN, Marie-France. Mal-Estar no Trabalho: redefinindo o assédio moral. Tradução de Rejane Janowitz. 3. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002. p.17.

25 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho - Recurso de Revista: 22500-74.2005.5.09.0013 , Relator Ministro: Hugo Carlos Scheuermann, Data de Julgamento: 17/10/2012, 1ª Turma, Data de Publicação: 26/10/2012. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/41780841/tst-25-10-2012-pg-304>>. Acesso em: 15 de março de 2018.

sua autoestima. Todavia, no presente julgado entendeu o egrégio Tribunal que não houve a ocorrência do assédio alegado. O recurso de revista não conhecido, no tema.

De forma pontual Francisco das Chagas Lima Filho<sup>26</sup>, alude que o assédio moral no trabalho é constituído por toda conduta, podendo ser ela ativa ou omissiva, desde que consista em reiterados ataques de caráter degradante e que atentem contra a integridade moral de uma pessoa (atentado à dignidade) de forma a prejudicar de forma grave a empregabilidade da vítima.

O homem não pode ser visualizado por aqueles que possuem maior poder aquisitivo ou que explorem atividade econômica, como um simples objeto de trabalho, não podendo ser confundido como mera peça da engrenagem para se fazer impulsionar a economia.

Ensina Maria Aparecida Alckimin<sup>27</sup>, que o assédio moral não ocorre somente nas relações hierárquica onde há subordinação (muito embora seja o mais frequente), mas a doutrina divide em: assédio vertical (descendente) que o sujeito ativo é o empregador ou superior hierárquico, horizontal que pode ser um colega de serviço ou ascendente, quando o sujeito ativo é um subordinado.

A partir disso, para a configuração do assédio moral é necessária à expressão por meio de comportamentos, como, palavras, atos ou gestos visíveis e incompatíveis com a ética e bons costumes adotados pela nossa sociedade com o intuito de desestabilizar o emocional da vítima.

Esclarece Margarida Maria Silveira Barreto<sup>28</sup>, que a degradação deliberada das condições de trabalho em que prevalecem atitudes e condutas inadequadas, constituem uma experiência subjetiva que acarreta prejuízos práticos e emocionais, alude também, que o assédio moral inserido no trabalho, muitas vezes é tolerado e até mesmo incentivado pelos próprios colegas, haja vista, o receio de também sofrer as mesmas humilhações ou até mesmo perder seu emprego, pelas palavras da doutrinadora em comento é a chamada celebração do "pacto da tolerância e do silêncio.

---

26 LIMA FILHO, Francisco das Chagas. O assédio moral nas relações laborais e a tutela da dignidade humana do trabalhador, ed. São Paulo: Ltr, 2009. p. 38

27 ALCKIMIN, Maria Aparecida. Assédio moral na relação de trabalho. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2010. p. 38/39.

28 BARRETO, Margarida Maria Silveira. Violência, saúde, trabalho: Uma jornada de humilhações. São Paulo: FAPESP; PUC, 2000.

Enfatiza ainda Nordson Gonçalves Carvalho<sup>29</sup>, que a prática do assédio moral prejudica, degrada, destrói o ambiente de trabalho, desestabilizando a vítima, provocando nesta um cansaço, um verdadeiro desgaste emocional que pode evoluir para doenças de ordem psíquicas e físicas, acarretando incomensuráveis prejuízos à saúde mental e física do obreiro.

O assédio moral não se caracteriza com o ato esporádico de abuso de poder ou alguma crise passageira, muito embora seja uma conduta reprovável, não pode ser considerado assédio. Esclarece Sérgio Pinto Martins<sup>30</sup> que o fato do empregado exercer função estressante não implica que é assediado moralmente. Ou seja, deve ser preenchidos requisitos específicos caracterizadores, dado que, em razão do atual modelo de mercado, os empregadores e empregados estão sujeitos às irritações, frustrações e nervosismo que decorrem do simples exercício da função.

O Tribunal Regional do Trabalho da 14<sup>o</sup> região<sup>31</sup>, aduz que para a caracterização do assédio moral são necessários o preenchimento de quatro elementos: a natureza psicológica, o caráter reiterado e prolongado da conduta ofensiva ou humilhante, a finalidade de exclusão e a presença de grave dano psíquico-emocional, que comprometa a higidez mental da vítima. No presente julgado não restou comprovado nos autos os requisitos caracterizadores do assédio moral, indevida, portanto, a condenação em indenização por danos morais que dele seriam recorrentes.

Tornou-se o assédio moral um fenômeno comum nas empresas, resultado de uma competitividade exacerbada incentivada pelo nosso sistema. Nesse contexto se insere o estagiário, que não rara às vezes é violentado psicologicamente, sendo essa violência enraizada na mentalidade de alguns indivíduos como algo normal, abarcando a ideia de que o estagiário tem que ser o "faz tudo" da empresa e necessariamente passar por situações vexatórias e constrangedoras.

As empresas se aproveitam da mão de obra qualificada por baixo custo e sem ônus, suprimindo direitos sociais com o escopo de maximizar os lucros, sendo o estagiário o meio conveniente e menos oneroso para alcançar os objetivos exigidos pelo mercado e a política neoliberal, que coloca o lucro em primeiro lugar.

---

29 CARVALHO, Nordson Gonçalves. Assédio moral na relação de trabalho. 1. ed. São Paulo: Rideel, 2009. p.61

30 MARTINS, Sérgio Pinto. Assédio moral no emprego. São Paulo: Atlas, 2012, p. 23.

31 BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 14<sup>o</sup> região - Recurso Ordinário - 39120080011400 RO 0000391.2008.001.14.00, Relator: Juiz Vulmar de Araújo Coêlho Junior, data de julgamento: 03.09.2008, data de publicação: 09/09/2008. Disponível em: <<https://trt-14.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18888556/recurso-ordinario-trabalhista-ro-39120080011400-ro-000039120080011400>> Acesso em: 20 de março de 2018.

Insta salientar, que no caso do estagiário, deve-se ter uma cautela maior, uma vez que, em regra, não lidamos com empregados adultos, maduros ou que já possuem caráter formado e convicções sólidas, mas sim jovens estudantes, inexperientes, que estão dando início ao ingresso no mercado de trabalho, de forma que qualquer conduta que gere danos psíquicos ou físicos poderá influenciar de maneira negativa na formação intelecto profissional do educando, dado que, este está construindo sua personalidade e aspira uma vida digna.

O assédio é um trauma na vida da vítima, podendo gerar danos físicos e psicológicos que perdurará na lembrança daquela pessoa assediada, essa debilidade pode alcançar não somente sua vida profissional, mas pode ser alastrada em outros campos da vida do sujeito, como por exemplo, em sua vida social, acadêmica, conjugal e familiar.

Nos contratos de estágio a vítima se encontra na parte inferior da estrutura funcional da empresa, ou seja, está subordinado a todos os empregados da empresa, logo, estes são hierarquicamente superiores aos estagiários. Isso resulta em uma maior chance de sofrer o assédio moral, haja vista que, normalmente, o estagiário é considerado como o membro mais frágil e acaba sendo objeto para descontos de estresses e frustrações.

É imprescindível que o estagiário exerça suas atividades em ambientes saudáveis e agradáveis, a fim de melhorar a experiência prática, levando-se em conta o equilíbrio físico e psicológico do ambiente. Compreende-se que as consequências dessas condutas, além da declaração do vínculo de emprego devido a não observância do termo de compromisso é suscetível de pagamento de ressarcimento pelo dano moral em relação à conduta reprovável do assediador.

O Tribunal Regional do Trabalho da 14ª região<sup>32</sup> reconheceu o assédio moral em favor do estagiário, em razão da regra contida no art. 844 da CLT, o reclamado não compareceu a audiência e foi considerado revel. No presente caso foram tido como verdadeiros os fatos descritos na inicial, na medida em que a reclamante dirigia aos estagiários palavras ofensivas e humilhantes, de forma reiterada, razões pelas quais deve ser mantida a sentença em que o juízo reconheceu a configuração do assédio moral e, via de consequência, condenou a reclamada ao pagamento de indenização a título de danos morais.

---

32 BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 14ª região - Recurso Ordinário - 0000879-69.2012.5.14.0002; Relatora: Desembargadora Maria Cesarineide de Souza Lima; data de Julgamento: 17/12/2012, 1ª Turma, data de publicação: 18/12/12. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/75171267/trt-14-judiciario-19-08-2014-pg-274>>. Acesso em: 20 de março de 2018.

Examinando e realizando pesquisas nas jurisprudências, verifica-se a escassez de decisões relacionando o assédio moral nos contratos de estágio, isso se dá por medo de retaliação e insegurança dos educandos em ter problemas em sua futura carreira profissional, optando por não ir atrás do seu direito, podendo essa vítima vir a desenvolver problemas de saúde físico ou mental. Outro ponto, é a necessidade da bolsa estágio para complementação e manutenção de suas despesas, essas situações facilitam com que os estagiários sejam alvos de assédio, se vendo encurralados entre se submeter ao assédio ou abrir mão do estudo.

Dessa maneira, percebe-se que há pouca valorização do estagiário na seara do trabalho, muito embora a nova lei tente proteger e inibir a prática do desvirtuamento do contrato de estágio e coibir o assédio moral, ainda faltam mecanismos eficientes para essa concretização. Pois, diante dos danos causados não só perde as vítimas, mas toda a sociedade. A melhor e mais eficiente forma de se combater o assédio moral é a prevenção.

### **Considerações finais**

Observamos que, em razão da busca desenfreada pelo lucro, exigindo sempre maiores produtividades e redução de custos de logística, a imposição de metas e o estabelecimento de competitividade acirrada, acabam resultando em um ambiente de trabalho estressante e degradante, desfavorecendo as condições de qualidade nas execuções das atividades laborais e consequentemente oportuniza-se casos de desvirtuamentos e também de assédio moral.

Não obstante, o fato de o jovem estagiário não conhecer de maneira apropriada seus direitos e também não possuir um vínculo mais rígido com a parte concedente de estágio, bem como a pouca ou nenhuma fiscalização dessas atividades, cria-se ambientes propícios para o cometimento de irregularidades e, também, o assédio moral.

Em razão disso, é imprescindível, imprescindível que a parte concedente do estágio atue com boa-fé e preventivamente, na linha de orientar seus subordinados, utilizando da educação, bom senso e ética, alicerçado no respeito e dignidade da pessoa humana em proveito da harmonia e bem estar social.

A lei nº 11.788/2008 em nada redigiu ou criou mecanismos com a finalidade de mitigar o assédio moral nas relações de estágio no ambiente de trabalho. De certo, a pouca ou nenhuma fiscalização ou acompanhamento dos educandos (estagiários) nessas atividades laborais resultam em um mecanismo facilitado para manobras de utilização de mão de obra de baixo custo, abrindo-se espaço para excessos e desvirtuamentos.

Por conseguinte, embora a nova legislação que regula o contrato de estágio seja bem redigida, há muitos anos essa relação vem sendo utilizada como meio de se obter vantagem

com a contratação de mão de obra barata, dado que, distintivamente de um contrato de emprego ordinário que possui encargos previdenciários e trabalhistas, o contrato de estágio por sua vez abre espaços em nosso ordenamento jurídico para o acometimento de meios fraudulentos para burlar o contrato de emprego.

A dificuldade prática quanto à prova e a configuração do dano no assédio moral e, também, a falta de legislação específica sobre o tema, causam certa preocupação, mas não inibem as vítimas de serem reparadas. Para tanto, como já dito nesse trabalho, existem requisitos a serem preenchidos para sua correta caracterização, sob pena de banalização do instituto.

Outro ponto, é a constante mutação dos conceitos em nossa sociedade e do nosso direito no ordenamento jurídico, cabendo ao poder legislativo acompanhar esses fenômenos, criando mecanismos e normas jurídicas ou o aperfeiçoamento destes sobre a matéria em comento, com a finalidade de prevenir a conduta e a prática desses atos reprováveis.

Os direitos violados não são apenas inerentes ao trabalho, mas ao direito da pessoa humana, haja vista, atingir diretamente sua dignidade e honra. Apesar de que a lei de nº 11.788/08 tenha estabelecido ditames para que a finalidade do estágio fosse obtida, visualiza-se que o seu fim não está sendo alcançado, posto que, a falta de fiscalização incisiva e a falta de denúncias de estágios irregulares, acabam agravando a situação.

Afinal, estando em um Estado democrático de direito, deve ser implementada também essa democratização nas relações de trabalho, no tocante a eliminar qualquer tentativa ou violência contra à dignidade da pessoa humana, haja vista que os prejuízos decorrentes dessa violação resultam em graves consequências à saúde da vítima e da sociedade como um todo.

Os desvirtuamentos dos contratos de estágio e o assédio moral são condutas inaceitáveis e reprováveis em nossa cultura de trabalho, atingindo diversos obreiros em suas respectivas conjunturas laborais, razão pela qual, merece uma atenção especial o tema em comento, no sentido de buscar coibir essas referidas práticas, visando com que o ambiente de trabalho seja sempre respeitoso, harmônico e salubre.

### **Referências das fontes citadas**

ALCKIMIN, Maria Aparecida. **Assédio moral na relação de trabalho**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

BARIFOUSE, Rafael. **Metade dos brasileiros já sofreu assédio no trabalho, aponta pesquisa**. São Paulo/SP. 15 de Junho de 2015. Disponível em BBC: <[http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/06/150610\\_assedio\\_trabalho\\_pesquisa\\_r\\_b](http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/06/150610_assedio_trabalho_pesquisa_r_b)>. Acesso em: 10 de fevereiro de 2018.

BARRETO, Margarida Maria Silveira. **Violência, saúde, trabalho: uma jornada de humilhações**. São Paulo: FAPESP; PUC, 2000.

BARROS, Alice Monteiro. **Curso de direito do trabalho**. 5.ed. São Paulo: Ltr, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Direito Constitucional Contemporâneo**. 2. edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

BRASIL. **Decreto lei nº. 4073, de 30 de janeiro de 1942**. Lei orgânica do ensino industrial. CLBR, Rio de Janeiro, RJ, 31 de dezembro de 1942. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1937-1946/Del4073.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del4073.htm)>. Acesso em: 10 Janeiro de 2018.

BRASIL. **Decreto lei nº 87.497, 18 de agosto de 1982**. Regulamenta a Lei nº 6.494, de 07 de dezembro de 1977, que dispõe sobre o estágio de estudantes. Diário Oficial da União, Brasília, DF, de 19 de agosto de 1982. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d87497.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d87497.htm)>. Acesso em: 10 de março de 2018.

BRASIL. **Lei 6.494, de 07 de dezembro de 1977**. Dispõe sobre os estágios de estudantes de estabelecimento de ensino superior e ensino profissionalizante do 2º Grau e Supletivo. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 09 de dezembro. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/leis/L6494.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L6494.htm)>. Acesso em: 10 de março de 2018.

BRASIL. **Lei nº. 11.788, de 25 de setembro de 2008**. Dispõe sobre o estágio de estudantes. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 26 de setembro de 2008. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2008/lei/111788.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111788.htm)>. Acesso em: 10 Janeiro de 2018. O

BRASIL. **Lei federal 5.692, de 11 de agosto de 1971**. Fixa Diretrizes e Bases para o ensino de 1º e 2º graus. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 12 de agosto de 1971. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15692.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15692.htm)>. Acesso em: 10 março de 2018.

BRASIL. **Portaria de nº 1002 em 29 de setembro de 1967**. Ministério do trabalho e da previdência social. Diário Oficial da União, 06 setembro de 1967. Disponível em: <[http://www.lex.com.br/doc\\_3416594\\_portaria\\_n\\_1002\\_de](http://www.lex.com.br/doc_3416594_portaria_n_1002_de)>. Acesso em: 10 março de 2018.

BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho da 3ª região - Recurso Ordinário - 0000580-97.2010.5.03.0025**, Relator Ministro (convocado): Vitor Salino M. Eca, Data de Julgamento: 25/02/2011, 6ª Turma, Data de Publicação: 28/02/2011. Disponível em: <<https://trt-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/124316762/recurso-ordinario-trabalhista-ro-580201002503005-0000580-9720105030025>>. Acesso em: 15 de março de 2018.

BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho da 14ª região - Recurso Ordinário - 0000879-69.2012.5.14.0002**; Relatora: Desembargadora Maria Cesarineide de Souza Lima; data de Julgamento: 17/12/2012, 1º Turma, data de publicação: 18/12/12. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/75171267/trt-14-judiciario-19-08-2014-pg-274>>. Acesso em: 20 de março de 2018.

BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho da 14ª região - Recurso Ordinário - 39120080011400 RO 0000391.2008.001.14.00**, Relator: Juiz Vulmar de Araújo Coêlho

Junior, data de julgamento: 03.09.2008, data de publicação: 09/09/2008. Disponível em: <<https://trt-14.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18888556/recurso-ordinario-trabalhista-ro-39120080011400-ro-000039120080011400>> Acesso em: 20 de março de 2018.

BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho** - Recurso de Revista: 22500-74.2005.5.09.0013 , Relator Ministro: Hugo Carlos Scheuermann, Data de Julgamento: 17/10/2012, 1ª Turma, Data de Publicação: 26/10/2012. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/41780841/tst-25-10-2012-pg-304>>. Acesso em: 15 de março de 2018.

CARVALHO, Nordson Gonçalves. **Assédio moral na relação de trabalho**. 1. ed. São Paulo: Rideel, 2009.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 9.ed. São Paulo: Ltr, 2010.

HIRIGOYEN, Marie-France. **Mal-Estar no Trabalho: redefinindo o assédio moral**. Tradução de Rejane Janowitz. 3. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

LIMA FILHO, Francisco das Chagas. **O assédio moral nas relações laborais e a tutela da dignidade humana do trabalhador**.ed. São Paulo: Ltr, 2009.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Curso de Direito do Trabalho**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

PTIMAN, Mildred Lima. **Leis trabalhistas especiais**. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2009.

# A MEDIAÇÃO COMO O MEIO ALTERNATIVO MAIS ADEQUADO PARA SOLUCIONAR CONFLITOS FAMILIARES

Joyce Késia Ribeiro Rodrigues<sup>1</sup>  
Edson Antônio Sousa Pontes Pinto<sup>2</sup>

## RESUMO

Este trabalho trata sobre a Resolução 125/2010 do CNJ, mais precisamente sobre os meios alternativos de solução de conflitos, a pesquisa foi feita através de aplicação de questionário e a coleta de opiniões subjetivas, como também pesquisa bibliográfica, com o objetivo de comprovar que a mediação é mais adequada para aplicar em conflitos familiares e que embora esteja definido em lei e seja entendimento majoritário é comprovado por meio desta pesquisa que há desconhecimento sobre o assunto, pois a maioria opina ser a conciliação o meio mais adequado ou que não há distinção sobre os institutos.

**Palavras chave:** meios alternativos de solução de conflito; mediação; direito de família;

## ABSTRACT

This research is about the Resolution 125/2010 of the CNJ, specifically on alternative means of problem solving. The research was done through an applied questionnaire and the search for subjective results, as well as bibliographical research, with the goal of proving that mediation is the most adequate way to apply in familiar conflicts, and although it is defined in law and it is a majority understanding, it is proven by means of this research that there is ignorance about the subject, because most of the people think that conciliation is the most appropriate or that there is no distinction on the institutes.

**Key-words:** alternative means of conflict solution; mediation; family right.

## Introdução

Este trabalho tem como objetivo apresentar os meios alternativos de solução de conflitos, mais especificamente a Mediação e Conciliação nos processos judiciais de Direito de Família, pois no artigo 694 do Código de Processo Civil, afirma que:

Nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação.

---

1 Bacharel em Direito pela Faculdade Católica de Rondônia. E-mail: [joycekesia@hotmail.com](mailto:joycekesia@hotmail.com) / [joyce.rodriques@sou.fcr.edu.br](mailto:joyce.rodriques@sou.fcr.edu.br)

2 Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Docente da disciplina de Direito Tributário do Curso de Direito da Faculdade Católica de Rondônia. E-mail: [edson.pinto@fcr.edu.br](mailto:edson.pinto@fcr.edu.br)

E mostrar os motivos pelos quais a Mediação é o meio alternativo mais adequado para solucionar conflitos familiares, trazendo então conceitos sobre os institutos, suas semelhanças e principalmente as suas distinções.

Para isso utilizou-se dos métodos de pesquisa bibliográficas, pesquisas de campo por meio de aplicação de questionários, aplicados nas varas de família da comarca de Porto Velho, traduzidos através de tabulação de dados por meio de gráficos para apresentação dos resultados obtidos. A definição de pesquisa de campo trazida por Pradanov e Freitas:

Pesquisa de campo é aquela utilizada com o objetivo de conseguir informações e/ou conhecimentos acerca de um problema para o qual procuramos uma resposta, ou de uma hipótese, que queiramos comprovar, ou, ainda, descobrir novos fenômenos ou as relações entre eles. Consiste na observação de fatos e fenômenos tal como ocorrem espontaneamente, na coleta de dados a eles referentes e no registro de variáveis que presumimos relevantes, para analisá-los.<sup>3</sup>

Na atualidade, onde é mais fácil à interação pessoal, inclusive por meios tecnológicos, há maior probabilidade de surgirem conflitos de direitos e com isso é notório o aumento da judicialização dos conflitos, então, para buscar celeridade, pessoalidade, resolução mais justa, houve a necessidade de buscar outros meios para solucionar conflitos para que não seja sempre solucionado por uma sentença. Assim atentaram-se então a inovar, com a Resolução 125/2010 do CNJ trouxe Mediação e Conciliação como Meios Alternativos de Solução de Conflitos com o objetivo de realizar políticas públicas incentivando a autocomposição.

Há também a aplicação da Mediação e Conciliação extrajudicial, porém este trabalho limita-se a aplicação nos processos judiciais, com foco na Mediação como o Meio Alternativo mais adequado para ser aplicado nos processos que discutem conflitos familiares.

## **1. Conceito de conciliação e mediação**

Conforme a Resolução 125/2010 do CNJ que observando os princípios do artigo 37 da Constituição Federal respeitando o acesso a Justiça previsto no artigo 5º, XXXV também da Constituição Federal e estabelecendo políticas públicas, resolvem que antes que o processo seja decidido por meio de sentença deverá passar por um mecanismo de soluções de controvérsia dando ênfase a Mediação e Conciliação conforme descreve o parágrafo único do artigo 1º desta resolução:

Aos órgãos judiciários incumbe, nos termos do art. 334 do Novo Código de Processo Civil combinado com o art. 27 da Lei de Mediação, antes da solução

---

3 PRADANOV, Cleber. FREITAS, Ernani. Metodologia do Trabalho Científico: Métodos e Técnicas da Pesquisa e do Trabalho Acadêmico. 2ª Edição. Novo Hamburgo – Rio Grande do Sul. Universidade FEEVALE. 2013. P. 59

adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão.<sup>4</sup>

Com isso, deixa claro que a lei dá uma atenção especial para Mediação e Conciliação como formas consensuais para solucionar conflitos, visando com a autocomposição uma resolução mais célere, justa e eficaz, pois serão os próprios litigantes que estarão solucionando, conforme suas vontades, a lide. E esse, então é um dos pontos em comum entre os institutos, pois ambos são autocompositivos e há a presença de um terceiro e não será esse terceiro que solucionará o conflito. E o que os distingue é justamente a atuação desse terceiro, a forma que ele abordará a sessão.

Sendo assim, qual a distinção entre Conciliação e Mediação? Pois bem, a Conciliação é um Meio Alternativo de Solucionar Conflitos, autocompositiva, com a presença de uma terceira pessoa imparcial que agirá de maneira ativa, cujo foco principal está no problema objetivando um acordo entre as partes. Geralmente é utilizada para conflitos em que as partes não possuam relação anterior ao fato que deu ensejo a lide, pois o conflito é circunstancial, ou seja, é um método mais objetivo. Na Conciliação, o terceiro imparcial irá fazer propostas razoáveis, onde as das partes irão ter ônus e bônus, isto é, terão benefícios ao mesmo passo que terão que ceder, chegando a um meio termo no qual as partes concordem, Cahali traz uma definição de conciliação, observando o artigo 165, §2º do Código de Processo Civil:

O conciliador intervém com o propósito de mostrar às partes as vantagens de uma composição, esclarecendo sobre os riscos de a demanda ser judicializada. Deve, porém, criar ambiente propício para serem superadas as animosidades. Como terceiro imparcial, sua tarefa é incentivar as partes a propor soluções que lhes sejam favoráveis. Mas o conciliador deve ir além para se chegar ao acordo: deve fazer propostas equilibradas e viáveis, exercendo, no limite razoável, influência no convencimento dos interessados.<sup>5</sup>

Como segue a definição em lei:

ART. 165 §2º. O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.<sup>6</sup>

---

4 JUSTIÇA, Conselho Nacional. Resolução nº 125. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br//images/atos\\_normativos/resolucao/resolucao\\_125\\_29112010\\_11032016162839.pdf](http://www.cnj.jus.br//images/atos_normativos/resolucao/resolucao_125_29112010_11032016162839.pdf)> acessado em 16/05/2018

5 CAHALI, Francisco José. CURSO DE ARBITRAGEM: Resolução CNJ 125/2010: Mediação e Conciliação. p. 39 e 40. 2ª Edição. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2012.

6 [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm) Acesso em 17/05/2018

Enquanto na Mediação, apesar de também de autocompositiva, ter a presença do terceiro imparcial, esse terceiro que é o mediador, será apenas um canal para a comunicação entre as partes facilitando e auxiliando no diálogo para que os litigantes entrem em consenso sozinho, sem que o mediador intervenha de maneira direta, por isso é a mais indicada para aplicar em casos que exista uma relação anterior a lide, como é o caso de conflitos familiares. Cahali também definiu mediação da seguinte forma:

O mediador não julga, não intervém nas decisões, tampouco se intromete nas propostas, oferecendo opções. O que faz é a “terapia do vínculo conflitivo”, sem apresentar propostas ou sugestões de resolução, pois estas deverão vir dos próprios mediados, com amadurecimento quanto à relação conflituosa. Como se vê, uma diferença fundamental na mediação em relação à conciliação é que naquela o mediador não faz propostas de acordo, mas apenas tenta reaproximar as partes para que elas próprias consigam alcançar uma situação consensual de vantagem.<sup>7</sup>

Dispositivo legal afirma sobre mediação, no Código de Processo Civil:

ART. 165 §3º. O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.<sup>8</sup>

Nesta acepção observa-se que há diferenças significativas quanto à aplicação e o foco da conciliação e mediação.

A conciliação e a transação podem, em um primeiro momento, parecer com a mediação, mas as diferenças são gritantes. A conciliação e a transação não trabalham o conflito, ignorando-o, e, portanto, não o transformam como faz a mediação. O conciliador exerce a função de ‘negociador de litígio’, reduzindo a relação conflituosa a uma mercadoria. O termo de conciliação é um termo de cedência de um litigante ao outro, encerrando-o. Mas o conflito no relacionamento, na melhor das hipóteses, permanece inalterado, já que a tendência é a de agravar-se devido a uma conciliação que não expressa o encontro das partes com elas mesmas.<sup>9</sup>

### **1.1. Mediação e conciliação segundo os operadores do direito**

Ante o exposto, depois de abordadas as definições de mediação e conciliação, foi então feita uma pesquisa de campo por meio de questionário (anexo I) com 4 (quatro) questões direcionado a 3 (três) grupos de pessoas e 1 (um) subgrupo todos operadores do

---

7 CAHALI, Francisco José. CURSO DE ARBITRAGEM: Resolução CNJ 125/2010: Mediação e Conciliação. p. 41. 2ª Edição. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2012.

8 [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em 17/05/2018

9 WARAT, Luiz Alberto. O OFÍCIO DO MEDIADOR. Florianópolis: Habitus, 2001, p. 80. APUD: CAHALI, Francisco José. CURSO DE ARBITRAGEM: Resolução CNJ 125/2010: Mediação e Conciliação. p. 41. 2ª Edição. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2012.

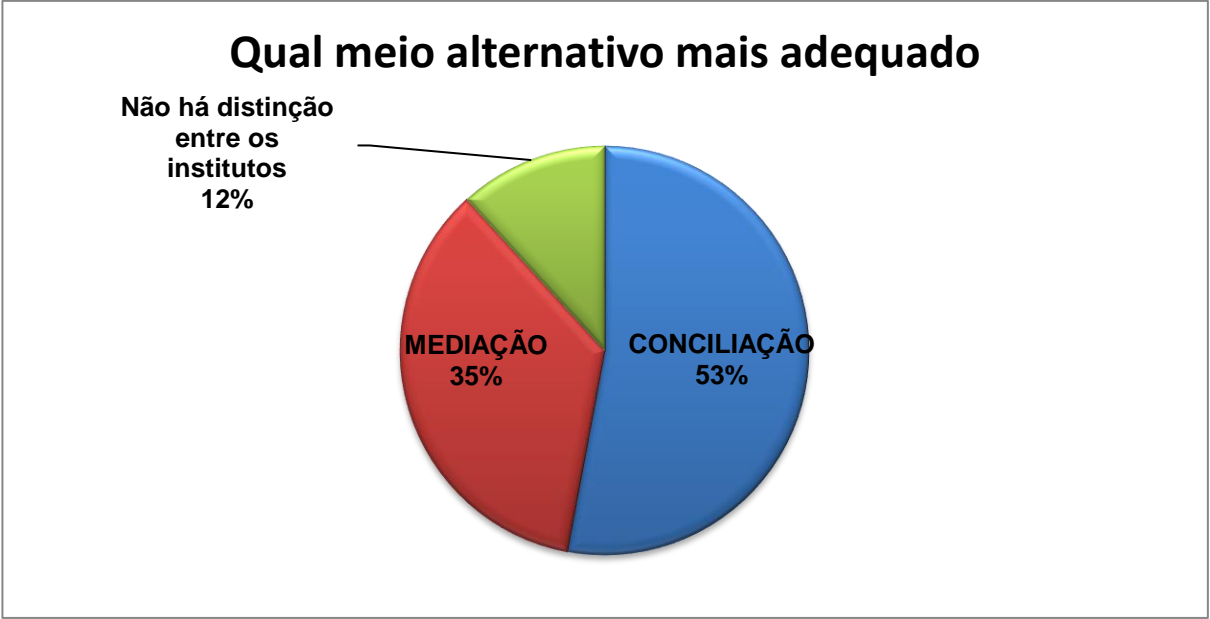
direito, que foram advogados, estudantes de direito e servidores da vara de família e o subgrupo formado por conciliadores da vara de família.

O objetivo do questionário era analisar as diversas opiniões sobre o tema, se achavam importante a aplicação desses meios alternativos em processos já judicializados, se observava distinções entre os institutos de mediação e conciliação e qual o meio alternativo a pessoa considerava mais indicado para solucionar os conflitos familiares.

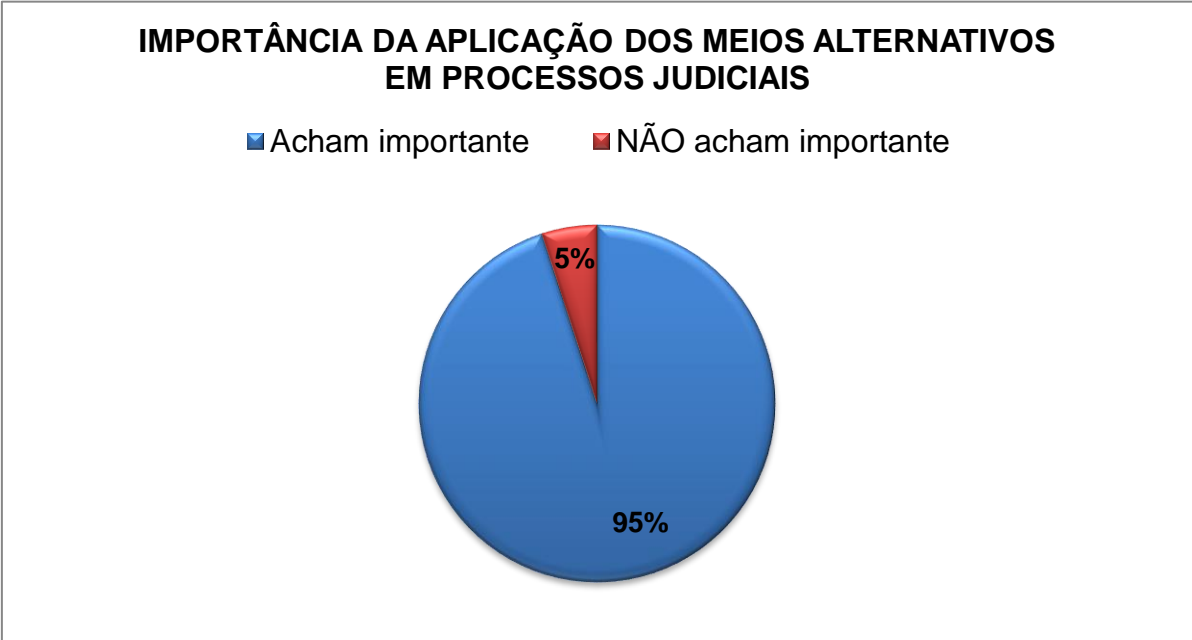
Com isso, no primeiro grupo a ser entrevistados foram advogados que atuam na área do Direito de Família, no total foram entrevistados 17 (dezesete) advogados, dentre esses entrevistados, todos consideram importante à aplicação dos meios alternativos nos processos judiciais. Porém, 88% (oitenta e oito por cento) opinaram que há distinção entre os institutos, enquanto 12% (doze por cento) opinaram que não há distinção, que tanto mediação quanto a conciliação são a mesma coisa.



E quanto à pergunta de qual meio alternativo mais adequado para aplicar em conflitos familiares, cujas alternativas estavam entre mediação, conciliação e que não havia distinção entre os institutos, o resultado foi que 53% (cinquenta e três por cento) acreditam que a conciliação é o meio alternativo mais adequado, assim como 35% (trinta e cinco por cento) acreditam ser a mediação e 12% (doze por cento) acreditam não ter distinção sobre os institutos. Como demonstra o gráfico abaixo.



O segundo grupo de são os acadêmicos de direito, no total de 20 entrevistados, dos quais na pergunta sobre a importância da aplicação dos meios alternativos de solução de conflito nos processos judiciais, obteve-se o resultado abaixo demonstrado, a maioria considera importante a aplicação, com a justificativa da celeridade processual.



Aplicada a segunda pergunta sobre a distinção entre os institutos e o resultado foi que 75% (setenta e cinco por cento) opinam que há distinção, 25% (vinte e cinco por cento) opinam que não há distinção entre os institutos.

## Opinião sobre distinção entre os institutos

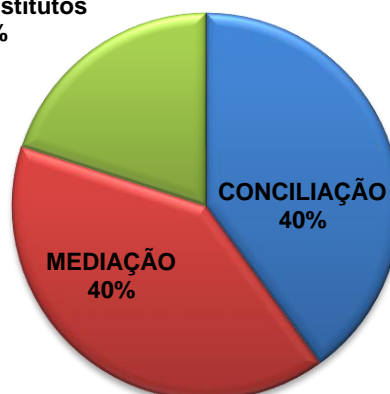
- Opinaram que há distinção entre Mediação e Conciliação
- Opinaram que não há distinção entre Mediação e Conciliação



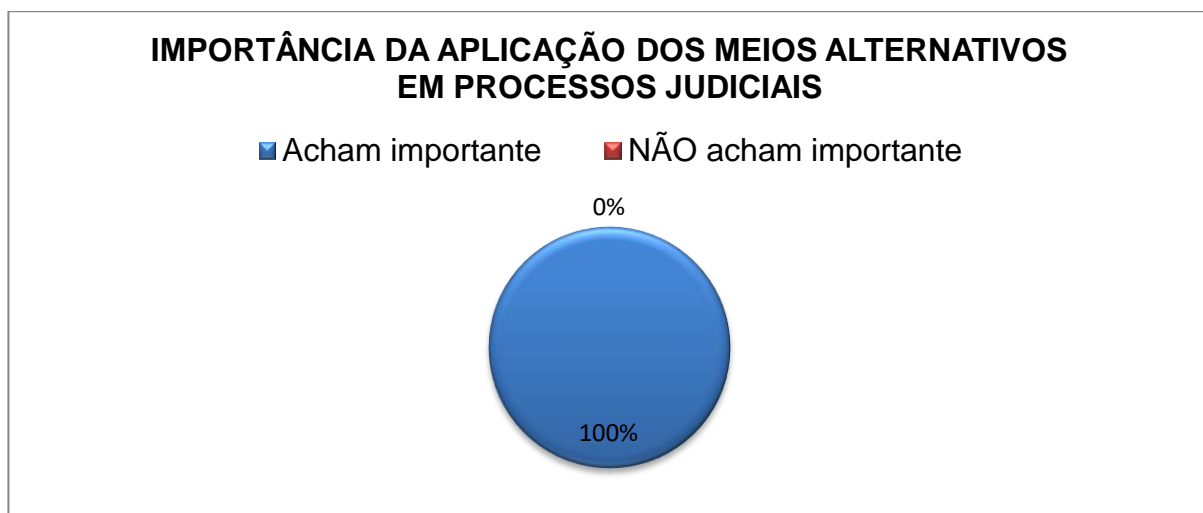
Quando a questão de qual meio alternativo mais adequado para aplicar aos conflitos familiares 40% (quarenta por cento) acreditam ser a conciliação o meio alternativo mais adequado, 40% (quarenta por cento) acreditam ser a mediação, 20% (vinte por cento) acreditam não haver distinção sobre os institutos.

## MEIO ALTERNATIVO MAIS ADEQUADO

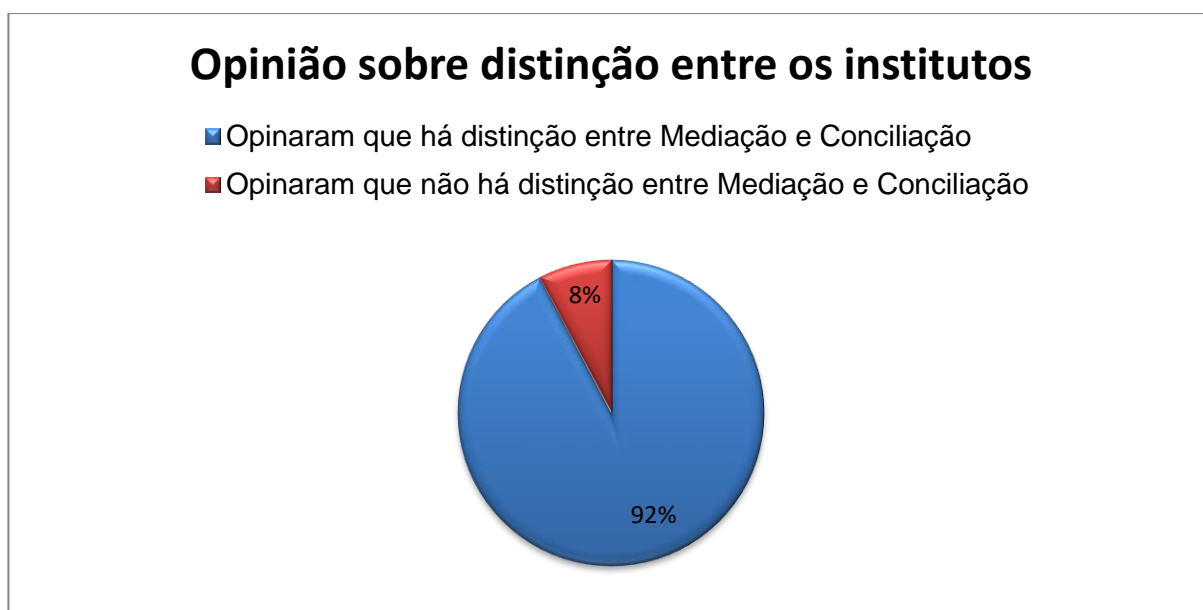
NÃO há distinção  
entre os institutos  
20%



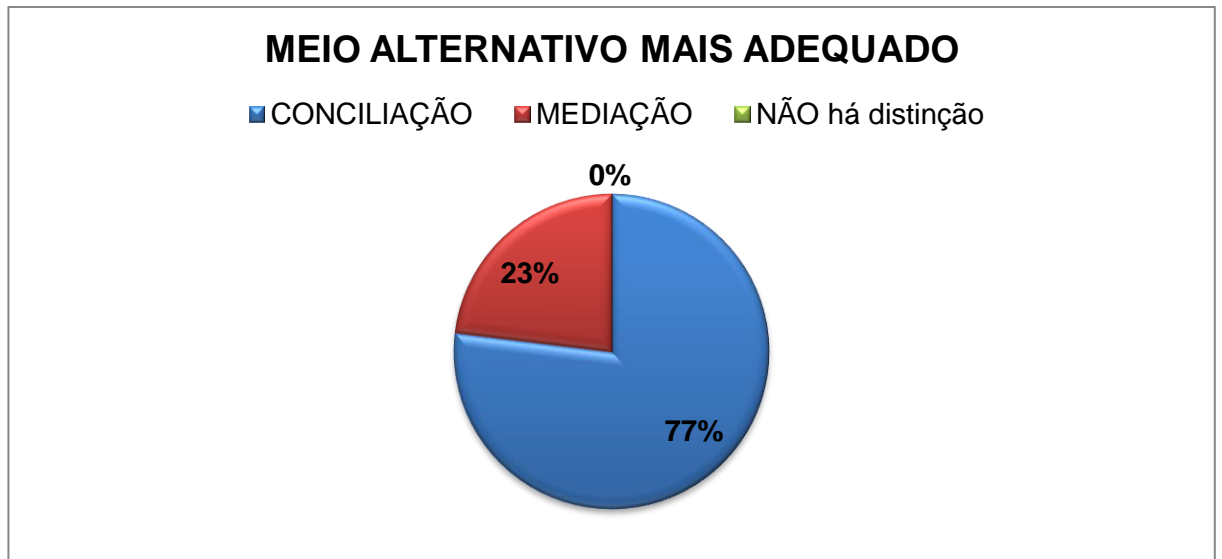
Seguindo para o terceiro grupo, o grupo dos servidores das varas de família, num total de 13 (treze) entrevistados, conforme o gráfico a seguir, todos consideram importante à aplicação dos meios alternativos para solucionar conflitos, com a justificativa que assim a resolução do processo se torna mais célere, até mesmo se alcança uma justiça maior para a definição da lide.



Quanto a opinião sobre a distinção entre os institutos, obteve-se o resultado de que a maioria, no total de 92% (noventa e dois por cento) dos entrevistados opinaram que há distinção entre os institutos, conseqüentemente 8% (oito por cento) opinaram que não há distinção entre os institutos.



No entanto, quanto a pergunta de qual meio alternativo mais adequado para ser aplicado, 77% (setenta e sete por cento) opinam que a conciliação é o meio mais adequado, 23% (vinte e três por cento) opinam que a mediação é o meio mais adequado.

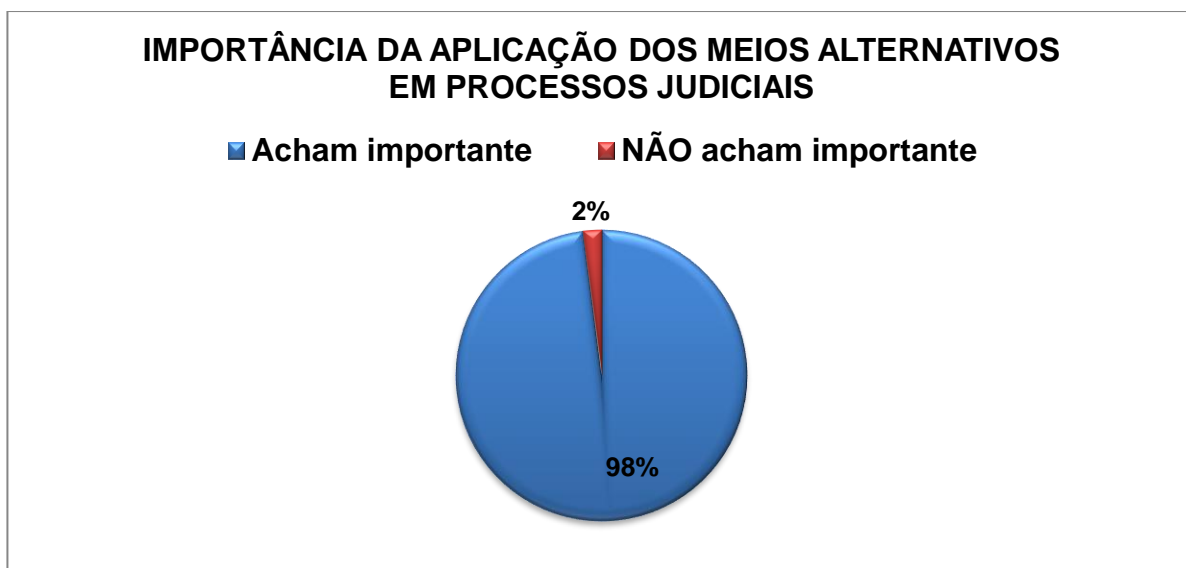


Aplicada a mesma pergunta ao subgrupo, que eram especificamente os conciliadores da CEJUSC (Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania), que foram 3 (três) indicaram que embora sejam conciliadores, concordam que seja a mediação o meio alternativo mais adequado, como demonstra o gráfico abaixo.



Depois de explanadas as alternativas e os gráficos com os resultados de cada grupo individual, far-se-á então uma análise do todo, o resultado final obtido pelas pesquisas, bem como uma análise das justificativas que foram respondidas subjetivamente.

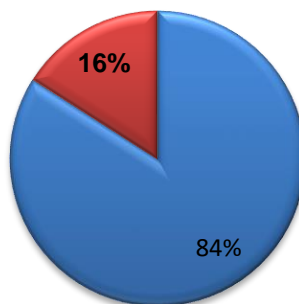
No total foram entrevistadas 50 (cinquenta) pessoas, todos operadores do direito conforme citado acima, entre eles advogados, estudantes de direito e servidores das varas de família, dentro deste um subgrupo, os conciliadores das varas de família. Os resultados obtidos através da pergunta sobre a importância dos meios alternativos em processos judiciais, o resultado foi que a grande maioria, sendo 98% (noventa e oito por cento) consideram importante a aplicação, em contrapartida, 2% (dois por cento) não consideram importante.



Pois bem, quanto a pergunta sobre a distinção entre mediação e conciliação, 84% (oitenta e quatro por cento) opinam que há distinção entre os institutos, enquanto 16% (dezesseis por cento) acreditam que não há distinção.

## Opinião sobre distinção entre os institutos

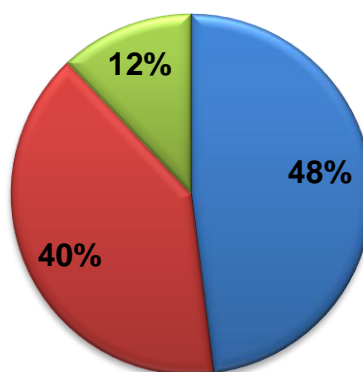
- Opinaram que há distinção entre Mediação e Conciliação
- Opinaram que não há distinção entre Mediação e Conciliação



Finalmente, aplicada a última pergunta do questionário, sobre qual o meio alternativo considera mais adequado para ser aplicado nos conflitos familiares, 48% (quarenta e oito por cento) optam por ser a conciliação o meio mais adequado, enquanto 40% (quarenta por cento) optam por ser a mediação e 12% (doze por cento) acreditam não haver distinção entre a aplicação dos dois institutos.

## MEIO ALTERNATIVO MAIS ADEQUADO

- CONCILIAÇÃO
- MEDIAÇÃO
- NÃO há distinção



Depois de demonstrados e explicados todos os gráficos, com a análise também das justificativas subjetivas que alguns entrevistados quiseram opinar, pode-se concluir que é para a grande maioria das pessoas é importante a aplicação dos meios alternativos para solucionar

conflitos, em especial a mediação e conciliação. Questionados os motivos, responderam que visam uma celeridade processual, embora não seja apenas esse o objetivo de aplicar a mediação e conciliação.

Posto indiscutivelmente importante, a autocomposição não deve ser vista como uma forma de diminuição do número de causas que tramitam no judiciário ou como técnica de aceleração dos processos. São outros valores subjacentes à política pública de tratamento adequado dos conflitos jurídicos: o incentivo à participação do indivíduo na elaboração da norma jurídica que regulará o seu caso e o respeito a sua liberdade, concretizada no direito ao autorregramento.<sup>10</sup>

Compreende-se que a solução negocial não é apenas um meio eficaz e econômico de resolução de litígios: trata-se de importante instrumento de desenvolvimento da cidadania, em que os interessados passam a ser protagonistas da construção da decisão jurídica que regula as suas relações<sup>11</sup>

Pois bom, vale salientar que os meios alternativos de solução de conflito tem como principal objetivo desenvolver a cidadania, possibilitando as partes que resolvam sua lide de maneira democrática, podendo escolher uma forma de cumprir com suas obrigações e ter seus direitos respeitados. Principalmente se tratando de conflitos familiares, pois a personalidade do conflito torna mais delicado para um terceiro decidir, sendo mais justo e sábio que as próprias partes entrem em consenso.

Quanto ao segundo aspecto do questionário, pôde ser observado pelo gráfico que a grande maioria, no caso 84% (oitenta e quatro por cento) sabe que existe distinção entre mediação e conciliação, porém o mais interessante é que, apesar de aplicadores do direito, nem metade desta porcentagem soube explicar qual era a distinção, ou ao menos sugerir o que poderia ser esta distinção. Analisadas algumas contribuições subjetivas pelos entrevistados obtivemos justificativas de que o acordo feito por meio de uma mediação não gera um título, ou seja, não é possível ser homologado pelo juiz para que possa cobrar o cumprimento da obrigação. O que não é verdade, pois tanto a mediação quanto a conciliação geram acordos que serão sim, títulos, podendo ser exigido seu cumprimento.

E finalmente na pergunta sobre qual meio alternativo considera mais adequado para ser aplicado nos processos de família, obteve-se um resultado curioso, pois apesar de a lei que trata sobre o assunto, bem como as doutrinas, todas apontam a mediação como meio mais adequado, principalmente pela peculiaridade do conflito e pelas características da aplicação

---

10DIDIER, Fredie Jr. CURSO DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL, vol. 1. p. 280. 17ª Edição. Salvador - Bahia. Juspodvm. 2015.

11DIDIER, Fredie Jr. CURSO DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL, vol. 1. p. 273. 17ª Edição. Salvador - Bahia. Juspodvm. 2015.

da mediação, a grande maioria apontou a conciliação como meio mais adequado, totalizando 48% (quarenta e oito por cento) e 12% (doze por cento) acham que tanto a mediação quanto a conciliação são a mesma coisa, totalizando 60% (sessenta por cento), representa uma porcentagem tanto quanto significativa, pois dos 50 entrevistados, 30 acreditam que não é a mediação o melhor caminho. Seja por falta de conhecimento do que prega a mediação, ou por achar que um ou outro representam a mesma coisa, sendo apenas uma questão de nomenclatura.

Embora não restem dúvidas, tanto por força de lei, em seu artigo 165, §3º, da Resolução 125/2010, como doutrinariamente que a mediação é o meio alternativo mais adequado, ainda há uma margem para confusão quanto aos institutos para o conhecimento comum.

Mediação familiar: sem dúvida, para estes litígios, a melhor indicação é a mediação, pois na maioria dos casos falta a escuta, a comunicação, e sentimentos negativos (como rancor, mágoa e frustrações), podem comprometer o diálogo. Ainda, além da enorme carga de subjetividade na relação pretérita, mesmo com o rompimento do vínculo jurídico entre as partes, quando o debate envolve filhos comuns, a relação deverá ser continuada, a exigir um restabelecimento do equilíbrio e respeito às posições. Nestas situações, inclusive, recomenda-se a mediação familiar com equipe multidisciplinar, com o objetivo de atender as diversas questões satélites do conflito. Nesta mediação, busca-se com maior atenção romper com a ideia de culpa, com a análise do certo e errado, procurando programar novo padrão de conduta, com a conscientização das responsabilidades de cada um, não só pelo passado, mas principalmente pelo futuro.<sup>12</sup>

Diferentemente do pensamento comum, conforme comprovado pela pesquisa de campo, a mediação não tem o objetivo de encerrar o processo de forma mais rápida e sim visa a pacificação dos conflitos, reduzindo-os em prol de um consenso, onde todas as partes precisam abrir mão de suas vontades para que todos consigam benefícios, assim podendo escolher e opinar sobre os deveres e direitos que serão adquiridos por meio do acordo.

## **Conclusão**

Ante o exposto ao longo do artigo, conclui-se que é muito importante a aplicação da Resolução 125/2010 do CNJ, visando entre outros objetivos a aplicação de políticas públicas com o intuito de praticar a cidadania, concedendo o direito de as partes consentirem sobre seus conflitos, por meio democrático, sendo que o judiciário, cumprindo com seu papel, aplica

---

12CAHALI, Francisco José. CURSO DE ARBITRAGEM: Resolução CNJ 125/2010: Mediação e Conciliação. p. 68. 2ª Edição. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2012.

meios alternativos de solução de conflitos, com equipes treinadas, multidisciplinares para que se alcance ao final, sucesso numa resolução justa para as partes.

Entre os meios alternativos de solucionar conflitos expostos na Resolução do CNJ, estão a conciliação e mediação, as quais tem ênfase, por todos os seus conceitos, principalmente por ser meios autocompositivos, em que as partes tem autonomia para resolverem sua lide. Porém, não há no que se confundir os institutos, pois na conciliação, como já citado, o terceiro poderá agir de maneira mais ativa, que irá conduzir o diálogo, podendo até mesmo sugerir um acordo entre as partes. Diferentemente da mediação, em que o terceiro apenas conduzirá o diálogo, não sendo incisivo, deixando que as partes fluam, sendo apenas um auxiliador, que será um vetor para o diálogo, deixando as partes livres para que elas mesmas possam compor um acordo que solucionará seus conflitos.

Porém, como comprova a pesquisa de campo, entre os 3 (três) grupos de operadores do direito, popularmente ainda não há a definição da distinção entre estes dois institutos, quer dizer, embora definidos em lei e também doutrinariamente, ainda há um certo desconhecimento sobre os institutos, sendo até que algumas pessoas acreditam que nem há distinção entre eles, o que não é verdade. Outros dizem que há distinção, mas não justificam de fato o que é a distinção, acreditam que seja procedimental após o acordo e não é bem assim, a distinção está na aplicação e na atuação do terceiro. Alguns ainda afirmam que o papel do mediador e do conciliador é o mesmo.

Com isso, resta claro que embora o CNJ tenha investido na aplicação dos meios alternativos de solução de conflito, ainda não está aculturado no nosso ordenamento pelos aplicadores do direito, com ênfase aos aplicadores do direito da área de família da comarca de Porto Velho, os quais foram os entrevistados. Embora achem importante a aplicação do instituto, ainda há certo desconhecimento sobre o assunto.

### **Referências Das Fontes Citadas**

CAHALI, Francisco José. **CURSO DE ARBITRAGEM: Resolução CNJ 125/2010: Mediação e Conciliação**. 2ª Edição. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2012;

DIDIER, Fredie Jr. **CURSO DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL**, vol. 1. p. 280. 17ª Edição. Salvador - Bahia. Juspodvm. 2015;

PRADANOV, Cleber. FREITAS, Ernani. **Metodologia do Trabalho Científico: Métodos e Técnicas da Pesquisa e do Trabalho Acadêmico**. 2ª Edição. Novo Hamburgo – Rio Grande do Sul. Universidade FEEVALE. 2013. P. 59;

WARAT, Luiz Alberto. **O OFÍCIO DO MEDIADOR**. Florianópolis: Habitus, 2001, p. 80.  
 APUD: CAHALI, Francisco José. **CURSO DE ARBITRAGEM: Resolução CNJ 125/2010: Mediação e Conciliação**. p. 41. 2ª Edição. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2012;

JUSTIÇA, Conselho Nacional de. **Resolução nº 125**. Disponível em:  
 <[http://www.cnj.jus.br//images/atos\\_normativos/resolucao/resolucao\\_125\\_29112010\\_11032\\_016162839.pdf](http://www.cnj.jus.br//images/atos_normativos/resolucao/resolucao_125_29112010_11032_016162839.pdf)> Acessado em 16 maio 2018;

CIVIL, Código. **Código Civil Brasileiro**. Disponível em  
 <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)> Acessado em 17 maio 2018;

## DADOS ENTABULADOS

<b>ADVOGADOS</b>	
Quantidade de entrevistados	17
Quantos acham importante a aplicação da Mediação e Conciliação nos processos judiciais	17
Quantos acreditam que há distinção entre Mediação e Conciliação	15
Quantos acreditam que não há distinção entre Mediação e Conciliação	2
Quantos acreditam que a Conciliação é o Meio Alternativo mais adequado	9
Quantos acreditam na MEDIAÇÃO como Meio Alternativo mais adequado	6
Quantos não vêem distinção entre os institutos	2

<b>ESTUDANTES DE DIREITO</b>	
Quantidade de entrevistados	20
Quantos acham importante a aplicação da Mediação e Conciliação nos processos judiciais	19
Quantos NÃO acham importante a aplicação da Mediação e Conciliação nos processos judiciais	1
Quantos acreditam que há distinção entre Mediação e Conciliação	15
Quantos acreditam que não há distinção entre Mediação e Conciliação	5
Quantos acreditam que a Conciliação é o Meio Alternativo mais adequado	8

<b>Quantos acreditam na MEDIAÇÃO como Meio Alternativo mais adequado</b>	8
<b>Quantos não vêem distinção entre os institutos</b>	4

<b>SERVIDORES DAS VARAS DE FAMÍLIA</b>	
<b>Quantidade de entrevistados</b>	13
<b>Quantos acham importante a aplicação da Mediação e Conciliação nos processos judiciais</b>	13
<b>Quantos NÃO acham importante a aplicação da Mediação e Conciliação nos processos judiciais</b>	0
<b>Quantos acreditam que há distinção entre Mediação e Conciliação</b>	12
<b>Quantos acreditam que não há distinção entre Mediação e Conciliação</b>	1
<b>Quantos acreditam que a Conciliação é o Meio Alternativo mais adequado</b>	10
<b>Quantos acreditam na MEDIAÇÃO como Meio Alternativo mais adequado</b>	3
<b>Quantos não vêem distinção entre os institutos</b>	0

<b>CONCILIADORES DAS VARAS DE FAMÍLIA</b>	
<b>Quantidade de entrevistados</b>	3
<b>Quantos acham importante a aplicação da Mediação e Conciliação nos processos judiciais</b>	3
<b>Quantos NÃO acham importante a aplicação da Mediação e Conciliação nos processos judiciais</b>	0
<b>Quantos acreditam que há distinção entre Mediação e Conciliação</b>	3
<b>Quantos acreditam que não há distinção entre Mediação e Conciliação</b>	0
<b>Quantos acreditam que a Conciliação é o Meio Alternativo mais adequado</b>	0
<b>Quantos acreditam na MEDIAÇÃO como Meio Alternativo mais adequado</b>	3
<b>Quantos não vêem distinção entre os institutos</b>	0

<b>TODOS OS ENTREVISTADOS</b>	
-------------------------------	--

<b>Quantidade de entrevistados</b>	50
<b>Quantos acham importante a aplicação da Mediação e Conciliação nos processos judiciais</b>	49
<b>Quantos NÃO acham importante a aplicação da Mediação e Conciliação nos processos judiciais</b>	1
<b>Quantos acreditam que há distinção entre Mediação e Conciliação</b>	42
<b>Quantos acreditam que não há distinção entre Mediação e Conciliação</b>	8
<b>Quantos acreditam que a Conciliação é o Meio Alternativo mais adequado</b>	24
<b>Quantos acreditam na MEDIAÇÃO como Meio Alternativo mais adequado</b>	20
<b>Quantos não vêem distinção entre os institutos</b>	6

# A TEORIA DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A POSSÍVEL AGRESSÃO AO PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE DO JUIZ

Iury Peixoto Souza<sup>1</sup>  
Vinicius Silva Lemos<sup>2</sup>

## RESUMO:

O presente artigo tem como fito versar sobre a teoria dinâmica do ônus da prova, no novo ordenamento processual cível e suas possíveis consequências em relação a uma possível agressão ao princípio da imparcialidade dos Magistrados. Entre as tantas matizes consagradas pelo novo código de processo civil, uma das mais destacadas no novo ordenamento processual no campo das provas cíveis é a consolidação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, agora legislada no artigo 373, §1º do NCPC. A definição dessa teoria exaure que o ônus da prova é referente a quem tem condições superiores de acarretá-la, diante das circunstâncias fáticas presentes no caso concreto, permitindo no novo ordenamento a possibilidade da distribuição dinâmica do ônus da prova pelo juiz. Veremos, por fim, que o normatizador objetiva, na nova legislação processual, a distribuição do ônus da prova de forma dinâmica, para aquele em que estiver em melhores condições de provar aquilo que deseja suscitar.

**Palavras-Chave:** Teoria Dinâmica do ônus da prova; novo código de Processo civil; Princípio da imparcialidade do Juiz, aprimoramento jurisdicional.

## ABSTRACT:

This article aims to address the dynamic theory of the burden of proof in the new civil procedural law and its possible consequences in relation to a possible aggression to the principle of impartiality of the Magistrates. Among the many nuances of the new civil procedure code, one of the most outstanding in the new procedural law in the field of civil evidence is the consolidation of the theory of the dynamic distribution of the burden of proof, now legislated in Article 373, §1 of the NCPC. The definition of this theory exhausts that the burden of proof is related to who has the superior conditions to carry it, in view of the factual circumstances present in the concrete case, allowing in the new order the possibility of the dynamic distribution of the burden of proof by the judge. We will see, finally, in this article that the normatizador objective in the new procedural legislation, the distribution of the

---

1 Advogado. Brasileiro. Aluno da Pós Graduação da Faculdade Católica de Rondônia – FCR. E-mail: iury\_peixoto\_pvh@hotmail.com

2 Advogado. Brasileiro. Docente da Pós Graduação da Faculdade Católica de Rondônia. Doutorando em Direito Processual pela UNICAP/PE. Mestre em Sociologia e Direito pela UFF/RJ. Especialista em Processo Civil pela FARO. Professor de Processo Civil na FARO e na UNIRON. Coordenador da Pós-Graduação em Processo Civil da Uninter/FAP. Vice-Presidente do Instituto de Direito Processual de Rondônia - IDPR. D Membro da Associação Norte-Nordeste de Professores de Processo - ANNEP. Membro do Centro de Estudos Avançados em Processo - CEAPRO. Membro da Academia Brasileira de Direito Processual Civil - ABDPC. Membro da Associação Brasileira de Direito Processual - ABDPRO. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP. Email: viniciuslemos@leмосadvocacia.adv.br

burden of proof in a dynamic way, to the one in which he is in better conditions to prove what he wants to provoke.

**Key Words:** Dynamic Theory of burden of proof, new code of Civil Procedure, Principle of impartiality of the Judge, jurisdictional improvement.

## **Introdução**

Entre as tantas nuances consagradas pelo novo código de processo civil, no campo das provas cíveis, uma das basilares no campo das provas cíveis é a consolidação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, agora nomartizada no artigo 373, §1º do Novo Código.

A abordagem do presente artigo tem como proposta versar acerca da teoria dinâmica do ônus da prova no novo ordenamento processual cível e suas possíveis consequências em relação a uma possível agressão ao princípio da imparcialidade dos Magistrados.

Entre as tantas matizes consagradas pelo novo código de processo civil, uma das mais destacadas no novo ordenamento processual no campo das provas cíveis é a consolidação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, agora nomartizada no artigo 373, §1º.

A definição dessa teoria exaure que o ônus da prova é referente a quem tem condições superiores de acarretá-la diante das circunstâncias fáticas presentes no caso concreto, permitindo no novo ordenamento processual a possibilidade à distribuição dinâmica do ônus da prova pelo juiz.

Com esse novo paradigma inserido pela nova legislação processual, trouxe discussões acerca se tal teoria iria suprimir princípio da imparcialidade do juiz; pensamento totalmente descabido tendo em vista a evolução do nosso ordenamento e demais nuances que serão abordadas ao longo deste texto.

## **Conceito De Ônus Da Prova E Suas Funções Objetivas E Subjetivas**

O ônus da prova é aquela função da qual sua inobservância pode inserir o sujeito num cenário de desvantagem em um determinado processo. Com efeito, em outras palavras, o ônus da prova é, pois, o encargo que se atribui a um sujeito para demonstração de determinadas

alegações de fato, este encargo pode ser atribuído pelo Legislador, pelo Juiz ou pela convecção das partes.<sup>3</sup>

De forma mais sucinta, ARAZI, outro renomado doutrinador da Teoria da Prova, corroborando com as ideias emanadas do escólio acima transcrito, ensina que:

"Ante la falta de prueba, es importante que el juez valore las circunstancias particulares de cada caso, apreciando quien se encontraba en mejores condiciones para acreditar el hecho controvertido, así como las razones por las cuales quien tenía la carga de la prueba no la produjo, a fin de dar primacía a la verdad jurídica objetiva, de modo que su esclarecimiento no se vea preturbado por um excesivo rigor formal, en palabras de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (ver CSJN, 20/08/96, E.D. 171-361)<sup>4</sup>."

Com efeito, justamente no que tange aos encargos probatórios que se detêm nessa seara processual, podemos analisar a questão do critério objetivo e subjetivo das regras do ônus da prova, que permite “dar conhecimento a cada parte de sua parcela de responsabilidade na formação material probatória destinada à construção do juízo de fato<sup>5</sup>”.

Por conseguinte, de forma sucinta, as regras processuais que disciplinam a distribuição do ônus da prova tanto são regras dirigidas às partes, na medida em que as orientam sobre o que precisam provar (ônus subjetivo) como também são regras de julgamento dirigidas ao órgão jurisdicional.<sup>6</sup> De forma que aquele que orieta sobre decidir em caso de insuficiência das provas produzidas, pode ser dito como ônus subjetivo.<sup>7</sup>

### **A Teoria Dinâmica Do Ônus Da Prova No Novo Código De Processo Civil**

A teoria da distribuição dinâmica já tem previsão no ordenamento Brasileiro, bem como na sua jurisprudência; algo que afasta qualquer pensamento de que tal princípio suprimiria o princípio da imparcialidade do Juiz.

Um exemplo é a legislação consumerista, onde indica explicitamente no art.6, inciso VII, como direito basilar o princípio básico aos consumidores, ao exaurir que facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova a seu favor, no processo

---

3 DIDIER Jr, Fredie. A Distribuição Legal, Jurisdicional e Convencional do Ônus da Prova no Novo Código de Processo Civil Brasileiro. São Paulo: Revista de Direito Mackenzie, 2017.

4 ARAZI, Roland. *La carga probatoria*. Disponível em: <http://www.apdp.com.ar/archivo/teoprueba.htm>. Acesso em: 29.01.07.

5 CARPES, A. Onus Dinâmico da Prova. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

6 DIDIER Jr, Fredie. A Distribuição Legal, Jurisdicional e Convencional do Ônus da Prova no Novo Código de Processo Civil Brasileiro. São Paulo: Revista de Direito Mackenzie, 2017.

7 TESHEINER, J.M.R Sobre o ônus da prova ( em homenagem e Egas Dirceu Moniz de Aragão) in. MARINONI, L.G. Estados do direito processual civil. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2005

civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.<sup>8</sup>

Com efeito, a técnica da inversão do ônus da prova, em arrimo com os ditos legais, é evidente a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova. Nessa linha de raciocínio, acerca de qual seria o momento ideal para inversão, o Superior Tribunal de Justiça já coadunou o pensamento de que, na seara de saneamento do processo, com o fito de permitir que: “à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo, a reabertura de oportunidade para apresentação de provas”.<sup>9</sup>

Em consonância a essa linha reflexiva jurídica em uma seara mais ampla, o STJ tem pormenorizado a aplicação da teoria em outras demandas, partindo de uma premissa de interpretação sistemática e constitucionalizada da norma processual em vigor.<sup>10</sup>

Nessa linha de raciocínio, o novo ordenamento processual cível conserva a vigente distribuição do ônus probatório entre demandante e demandado, permitindo, entretanto, no §1º do artigo 373, a probabilidade de aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova pelo magistrado. Por conseguinte, o referido dispositivo exaure:

“Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído<sup>11</sup>”.

O novo ordenamento processual dá possibilidade à distribuição dinâmica do ônus da prova pelo juiz. Além disso, abre possibilidade de a legislação esparsa prever outras hipóteses de aplicação dessa teoria. O dispositivo ressalta também a necessidade de fundamentação específica da decisão judicial que tratar do tema e positiva o entendimento pacificado no STJ de que o momento adequado para a redistribuição do ônus da prova é o saneamento do processo<sup>12</sup>.

---

8 BRASIL, LEI Nº 8.078, DE 11 DE SETEMBRO DE 1990.

9 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 802.832/MG, 2ª Seção.

10 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.286.704/SP; REsp 1.084.371/RJ; REsp 1.189.679/RS e RMS 27.358/RJ

11 BRASIL. LEI Nº 13.105 de 16 de MARÇO de 2015.

12 ALVIM, Rafael; MOREIRA, Felipe. Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova no Novo CPC. Disponível no site: <http://www.cpcnovo.com.br/blog/carga-dinamica-da-prova/> publicado dia 26 de janeiro de 2015. Acessado dia 22 de nov de 2017.

No tocante à matéria de provas não foi diferente. O NCPC, por óbvio, mantém a regulamentação do tema, mas alinha o que já existia no diploma anterior com aquilo que já se verificava na prática, garantindo que a atuação das partes neste momento processual se dê de forma conjunta e equilibrada, valorizando o contraditório, assim como, na medida do possível, buscando a efetividade e a celeridade processual.<sup>13</sup>

Em arrimo a esta seara, o art. 373, no §2º do código de processo civil discorre que a parte decisória de redistribuição do ônus da prova não possibilita acarretar “situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil”. Em outras palavras, é dizer que, caso a prova seja “diabólica” para todas as partes da demanda, o juiz deverá decidir com base nas outras provas eventualmente produzidas, nas regras da experiência e nas presunções.<sup>14</sup>

Com efeito, são vastos os pilares que abrangem no ordenamento Brasileiro que servem de premissa ao Novo Código de Processo Civil se utilizar da Teoria Dinâmica do Ônus da Prova.

### **3. A “Inversão *Ope Legis*” Do Ônus Da Prova E A Não Quebra Ao Princípio Da Imparcialidade Do Juízo**

Além da forma mais convencional prevista no nosso ordenamento processual já explicada, há casos em que o legislador altera a regra mais abrangente e cria hipóteses excepcionais de distribuição do ônus da prova – ao autor não caberia o ônus da prova do fato constitutivo, por exemplo.<sup>15</sup>

Com efeito, esta tal inversão *ope legis* do ônus da prova é um caso legal de presunção relativa. Dessa forma, um dos polos do processo que alega o fato encontra-se dispensada de prová-la. Existindo outra parte do polo processual, provar que o fato não ocorreu.

Por conseguinte, tal inversão *ope legis* do ônus da prova é um caso previsto legalmente de acordo com as previsões jurídicas do nosso ordenamento.

---

13 LEÃO, Fabiana; FERRARA, Gabrielle. Prova: inovações no novo CPC. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI234071,51045-Prova+inovacoes+no+novo+CPC>

pUB> Publicado em 18 de fev. 2016

14 ALVIM, Rafael; MOREIRA, Felipe. Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova no Novo CPC. Disponível no site: <http://www.cpcnovo.com.br/blog/carga-dinamica-da-prova/> publicado dia 26 de janeiro de 2015. Acessado dia 22 de nov de 2017.

15 DIDIER Jr, Fredie. A Distribuição Legal, Jurisdicional e Convencional do Ônus da Prova no Novo Código de Processo Civil Brasileiro. São Paulo: Revista de Direito Mackenzie, 2017.

O próprio art. 38 do código de defesa do consumidor exaure, por exemplo, em arrimo com o pensamento supracitado, que ônus da prova da veracidade da correção da informação ou comunicação publicitárias cabe quem as patrocina.

A regra do ônus da prova para determinar a correção ou veracidade da informação publicitária é a de que cabe ao fornecedor – o patrocinador da publicidade, o anunciante, que é quem contrata a campanha das agências e dos veículos e quem se beneficia da mensagem publicitária – fazer prova.<sup>16</sup>

#### **4. Prova Diabólica e sua Proibição no ordenamento processual cível**

A prova diabólica é aquela cuja produção é considerada praticamente impossível de praticar no processo em que a parte tem sua lide. Tratando-se, segundo CÂMARA, (2005), de:

“expressão que encontra na doutrina para fazer referência àqueles casos em que a prova da veracidade da alegação a respeito de um fato é extremamente difícil, nenhum meio de prova sendo capaz de permitir tal demonstração.<sup>17</sup>”

Um dos exemplos mais claros para a chamada prova diabólica é o que refere-se ao usucapião especial, onde o autor que ingressa com essa modalidade usucapião judicialmente teria que provar que, de fato, não fosse proprietário de nenhum outro imóvel. Com efeito, seria uma prova humanamente impossível de comprovar, tendo em vista que o autor dessa hipotética ação teria que juntar certidões negativas de todos os cartórios de registro do imóvel do mundo. Outro exemplo do que seria prova diabólica são os “factos que correm em ambiente fechado ou de acesso restrito.<sup>18</sup>”

Dessa forma, faz-se necessário a maior flexibilidade da Distribuição do ônus da prova, para evitar o engessamento que poderia ocasionar um sistema processual com previsão de prova diabólica, pois, além da chamada teoria dinâmica do ônus da prova aqui debatida, devemos sempre nos ater que a mesma teoria não impediria a atuação do Magistrado para redistribuir o ônus da prova. Por conseguinte, isso mostraria o fato de que não haveria quebra

---

16 DIDIER Jr, Fredie. A Distribuição Legal, Jurisdicional e Convencional do Ônus da Prova no Novo Código de Processo Civil Brasileiro. São Paulo: Revista de Direito Mackenzie, 2017.

17 CÂMARA, A. F. Doenças Preexistentes e ônus da prova: o problema da prova diabólica e uma possível solução. P.12. Revista Dialética Processual, São Paulo. N. 31,2006

18 SILVA, P.C e; REIS, N.T.dos. A Prova Difícil: da *probatio levior* à inversão do ônus da prova. Revista de Processo. São Paulo, ano 38, v.222. p149-171, ago 2013. P.12

ao princípio da imparcialidade do Juízo na nova teoria dinâmica no novo ordenamento processual.

Com efeito, a chamada prova diabólica encontra-se invariavelmente proibida no nosso ordenamento, e seu estudo e perpetuação da teoria dinâmica faz com que a mesma seja proibida na nossa legislação. As provas mais comuns como já exauridas anteriormente são as chamadas teorias de prova convencional e prova dinâmica, a qual é distribuída pelo Magistrado.

### **5, Distribuição Do Ônus da prova feita pelo Juiz (Distribuição dinâmica do ônus da prova) e a não agressão princípio da imparcialidade do Magistrado**

Com efeito, o legislador brasileiro autoriza o Juiz, preenchidos certos pressupostos, a redistribuir o ônus da prova diante de peculiaridades do caso concreto. É chamada, por isso, de Distribuição dinâmica do ônus da prova.<sup>19</sup>

Destaca-se que a regra é a distribuição legal do ônus da prova; a dinamização depende da decisão do magistrado, seja de ofício, seja a requerimento de uma das partes. Ou seja, dinamização é excepcional e depende do reconhecimento dos pressupostos do parágrafo primeiro do art. 373 do NCPC.<sup>20</sup>

O NCPC acrescenta nova regra, e a distribuição do ônus deixa de ser estática, na medida em que o §1º do artigo 373 abre a possibilidade de aplicação da **teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova** pelo Juiz no caso concreto<sup>21</sup>.

Este pensamento, vemos o Art. 7º do NCPC<sup>22</sup>, ao afirmar que ônus da prova deve ficar com aquele que, no caso concreto, tem condições de suportá-lo.<sup>23</sup>

O certo, no entanto, é que a possibilidade de redistribuição do ônus da prova, além de significar nova e importante ferramenta para o Juiz na busca pela solução da lide, terá relevantes consequências na definição de estratégias processuais pelos causídicos, desde a

---

19 DIDIER Jr, Fredie. A Distribuição Legal, Jurisdicional e Convencional do Ônus da Prova no Novo Código de Processo Civil Brasileiro. São Paulo: Revista de Direito Mackenzie, 2017.

20 MACÊDO, L.B de PEIXOTO, R.M. Ônus da Prova e sua Dinamização. Salvador: Juspodivm, 2014

21 LEÃO, Fabiana; FERRARA, Gabrielle. Prova: inovações no novo CPC. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI234071,51045-Prova+inovacoes+no+novo+CPC>

pUB> Publicado em 18 de fev. 2016

22 BRASIL, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.

23 DOMINGUES, M.S. Estudios Derecho probatório. Lima: libreria communitas EIRL, 2009

formação da demanda, passando pela narrativa fática, até chegar no que diz respeito ao meio probatório a ser utilizado<sup>24</sup>.

Além do Fato do novo ordenamento processual suportar esse ditame de distribuição do ônus da prova feito pelo Magistrado, o Código de Defesa do consumidor, como já fora dito, também suporta para as causas de consumo.

### **5.1 Pressuposto Formal para distribuição do ônus da prova – Decisão Motivada**

Conforme já fora exaurido, a redistribuição deve ser exaurida em decisão que tenha motivação clara, de acordo com pressuposto no art. 373, parágrafo primeiro do novo ordenamento processual.

Por conseguinte, para além de apontar as premissas fáticas de dinamização, a exemplo do predomínio das técnicas necessárias, o julgador deverá sempre discriminar sobre os fatos que aplicará a modificação probatória. Se a regra geral é distribuição legal, os fatos não referidos expressamente na decisão do Juiz não terão seus encargos probatórios alterados.<sup>25</sup>.

### **5.2. Pressuposto Formal para distribuição do ônus da prova – Decisão de Redistribuição**

O magistrado deve fazer tal redistribuição do referido ônus da prova antes de proferir a decisão, de forma que a parte possa se desincumbir do novo ônus que lhe foi atribuído. Com efeito, tal previsão está expressamente na parte final do parágrafo primeiro do art. 373 do CPC, porém, o momento da redistribuição pode ser qualquer um, desde que permita, de forma clara, a parte se desincumbir do ônus que acaba de lhe ser atribuído. No entanto, parece ser mais oportuna a redistribuição feita por ocasião da decisão de saneamento e organização do processo, como, aliás, indica o art. 357, III, do CPC.<sup>26</sup>

### **5.3 Pressuposto Formal para distribuição do ônus da prova – Proibição de a Redistribuição implicar prova diabólica reversa**

A redistribuição judicial do ônus da prova não é permitida se implicar prova diabólica para parte que agora passa a ter ônus (art.373, parágrafo 2º do CPC). Trata-se de uma

---

24 LEÃO, Fabiana; FERRARA, Gabrielle. Prova: inovações no novo CPC. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI234071,51045-Prova+inovacoes+no+novo+CPC> pUB> Publicado em 18 de fev. 2016

25 MACÊDO, L.B de PEIXOTO, R.M. Ônus da Prova e sua Dinamização. Salvador: Juspodivm,2014. P.420.

26DIDIER Jr, Fredie. A Distribuição Legal, Jurisdicional e Convencional do Ônus da Prova no Novo Código de Processo Civil Brasileiro. São Paulo: Revista de Direito Mackenzie, 2017.

premissa negativa para a efetivação prática, exatamente devida a existência de prova diabólica é, muitas vezes, o seu principal fundamento a redistribuição judicial do ônus da prova não pode implicar uma situação que torne impossível ou excessivamente oneroso à parte arcar como o encargo que acabou de receber.<sup>27</sup>

## **6. Da Segurança Jurídica Do Jurisdicionado Ao Usar A Teoria Dinâmica**

O novo ordenamento processual mescla tal protagonismo da teoria de distribuição convencional do ônus da prova com a teoria dinâmica, e tal fato engradece ainda mais o Novo Código de processo Civil objetivando-se uma estabilização e coerência jurídica no jurisdicionado em geral.

Entretanto, existem opiniões antagônicas a respeito do fato de que essa nova sistemática poderia tirar a imparcialidade do Juízo em distribuir o ônus da prova; porém, como já vimos adequadamente, o próprio Juiz poderá redistribuir o ônus da prova de forma que fique mais adequado ao processo, afastando essa quebra de imparcialidade por alguns doutrinadores pessimistas.

Desse modo, a valoração da mescla entre a distribuição convencional e a distribuição dinâmica traduz uma modernidade necessária e adequada ao novo ordenamento processual, tendo em vista a maior flexibilidade entre os casos determinados.

Por fim, não há que se fale que a teoria dinâmica no aspecto da prova deteriora o aspecto da imparcialidade do juízo, pois a mesma não só engrandece a segurança jurídica, como também dá possibilidades do Juízo participar ativamente do processo, sem estar engessado na lei, mas sempre ativo de acordo com o caso concreto.

### **Conclusão**

Portanto, a teoria dinâmica da prova do Processo Civil chega para aperfeiçoar nosso próprio jurisdicionado, tanto que a premissa dela, a teoria convencional da prova dá pressuposto para aquela. Ademais, a própria jurisprudência como a legislação dá norte e arcabouço jurídico para o dinamismo processual das provas.

Além disso, a teoria dinâmica abrange status que não fere a imparcialidade do juízo no novo ordenamento, tampouco fere os princípios legais e de segurança jurídica; tanto

---

27 MIRANDA NETO. F.G. de. Ônus da prova: no direito processual público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009

é que a mesma teoria impede teorias nefastas para o nosso ordenamento probatório na parte probatória.

Ante todo o exposto neste trabalho, espera-se que a Teoria Dinâmica de Distribuição do Ônus da Prova receba proeminente adesão dos estudiosos do Direito como também dos magistrados. Aquela visão estática que, aprioristicamente, obriga ao autor provar os fatos constitutivos de seu direito invocado, e, ao réu, os fatos obstativos da pretensão contra ele articulada, sem levar em consideração as condições probatórias de cada parte, não condiz com os preceitos da atual sistemática do Processo Civil Brasileiro. Em nome da submissão incontestada à regra advinda do art. 333, do Código de Processo Civil, a prestação jurisdicional, muitas vezes, não produz lídima Justiça à causa submetida à apreciação pelo Poder Judiciário – pois, pela regra geral tradicional, o ônus da prova poderia recair sobre a parte mais fraca do processo, isto é, sobre quem não tem condições de fazer a melhor prova capaz de lhe assegurar o direito por ela invocado; enquanto o juiz não faria nada para amenizar essa suposta injustiça, apenas aplicando a regra do ônus da prova se, ao final do processo, as partes não apresentarem suas alegações devidamente provadas<sup>28</sup>.

Dessa forma, doutrinadores ainda afirmam que a teoria dinâmica sintetiza didaticamente o dinamismo dessa teoria ora estudada: "as regras que determinam a posição da parte litigante - autor ou réu - nos processos, quanto à prova, em geral, são imutáveis ao longo da demanda. No entanto, por decisão do juiz, tais posições podem variar - e o sistema deixa de ser pétreo, para se tornar dinâmico."<sup>29</sup>

Sendo assim, a teoria dinâmica do ônus da prova prioriza o jurisdicionado e também não esquece do Juiz, que pode redistribuir a prova, conforme achar melhor o caso específico; dessa forma, a mesma ainda engrandece a segurança jurídica do nosso ordenamento processual cível.

### **Referências Bibliográficas**

ALVIM, Rafael; MOREIRA, Felipe. **Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova no Novo CPC**. Disponível no site: <http://www.cpcnovo.com.br/blog/carga-dinamica-da-prova/> publicado dia 26 de janeiro de 2015. Acessado dia 22 de nov de 2017.

---

28 AZEVEDO, Antonio Danilo Moura de. A teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova no direito processual civil brasileiro. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/10264/a-teoria-dinamica-de-distribuicao-do-onus-da-prova-no-direito-processual-civil-brasileiro/3> .publicado em 03/03/2017.

29 KFOURI NETO, Miguel. *Culpa médica e ônus da prova*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 137.

AZEVEDO, Antonio Danilo Moura de. **A teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova no direito processual civil brasileiro.** Disponível em <https://jus.com.br/artigos/10264/a-teoria-dinamica-de-distribuicao-do-onus-da-prova-no-direito-processual-civil-brasileiro/3> .publicado em 03/03/2017.

BRASIL, **Lei nº 13.105**, de 16 de março de 2015.

BRASIL, **LEI Nº 8.078, DE 11 DE SETEMBRO DE 1990.**

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça.** REsp 802.832/MG, 2ª Seção.

BRASIL. **Superior Tribunal de justiça.** REsp 1.286.704/SP; REsp 1.084.371/RJ; REsp 1.189.679/RS e RMS 27.358/RJ

CÂMARA, A. F. **Doenças Preexistentes e ônus da prova:** o problema da prova diabólica e uma possível solução. Revista Dialética Processual, São Paulo. N. 31, 2006.

CARPES, A. **Onus Dinâmico da Prova.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

DIDIER Jr, Fredie. **A Distribuição Legal, Jurisdicional e Convencional do Ônus da Prova no Novo Código de Processo Civil Brasileiro.** São Paulo: Revista de Direito Mackenzie, 2017.

DOMINGUES, M.S. **Estudios Derecho probatório.** Lima: libreria communitas EIRL,2009

KFOURI NETO, Miguel. **Culpa médica e ônus da prova.** 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002;

LEÃO, Fabiana; FERRARA, Gabrielle. **Prova:** inovações no novo CPC. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI234071,51045-Prova+inovacoes+no+novo+CPC> Publicado em 18 de fev. 2016.

MACÊDO, L.B de PEIXOTO, R.M. **Ônus da Prova e sua Dinamização.** Salvador: Juspodivm,2014.

MIRANDA NETO. F.G. de. **Ônus da prova:** no direito processual público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SILVA, P.C e; REIS, N.T.dos. **A Prova Difícil:** da probatio levior à inversão do ônus da prova. Revista de Processo. São Paulo, ano 38, v.222. p149-171, ago 2013. P.12

TESHEINER, J.M.R. **Sobre o ônus da prova (em homenagem e Egas Dirceu Moniz de Aragão)** in. MARINONI, L.G. Estados do direito processual civil. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2005.

## A ANÁLISE ECÔNOMICA DA GRATUIDADE JUDICIÁRIA

Alex Sayev Martins Sales<sup>1</sup>  
Guilherme da Costa Ferreira Pignaneli<sup>2</sup>

### RESUMO:

No ordenamento jurídico, o acesso à justiça garante a todos acesso ao Judiciário na busca de suas pretensões das mais variadas formas. Nesse passo, a gratuidade judiciária surge para corroborar com esse direito, tornando-o realmente efetivo, conquanto possibilita àqueles desprovidos de condições financeiras adequadas a litigar em juízo. Ocorre que, a partir dessa solução, se criou um novo problema, porquanto, a intensificação do acesso trouxe consigo externalidades negativas, em especial, a morosidade do Poder Judiciário decorrente da sua superutilização. Respectivo problema se intensifica, ainda mais, quando se percebe que boa parte dessas demandas ajuizadas sem qualquer custo ao proponente são formadas por ações inautênticas ou frívolas. Com efeito, o presente trabalho se propõe a refletir, com o método bibliográfico dedutivo, a partir da Análise Econômica do Direito, acerca de afirmação paradoxal de que para se garantir o acesso à Justiça na atualidade se deve restringir o próprio acesso.

**Palavras-chave:** Acesso à justiça. Gratuidade Judiciária. Análise Econômica do direito. Tragédia dos comuns. Ações frívolas.

### ABSTRACT

In the legal system, access to justice, guarantees to all, access to the Judiciary in search of its pretensions of the most varied forms. In this step, judicial gratuity arises to corroborate with this Law, making it really effective, although it makes it possible for those lacking adequate financial conditions to litigate in court. It happens that from this solution, a new problem has been created, since the intensification of access has brought with it negative externalities, especially the slowness of the Judiciary Power due to its overuse. The problem is intensified, even more, when it is perceived that a good part of these lawsuits filed at no cost to the proponent are formed by inauthentic or frivolous actions. In fact, the present work proposes to reflect, with the deductive bibliographical method, from the Economic Analysis of the Right, about paradoxical affirmation that to guarantee the access to the Justice in the present time one must restrict the own access

**Keywords:** Justice access. Judiciary gratuity. Law Economic Analysis. Tragedy of the commons. Frivolous actions.

---

1 Bacharel em Direito pela Faculdade Católica de Rondônia (FCR). Porto Velho, Rondônia/Brasil. E-mail: alexsayev100@hotmail.com.

2 Professor de Direito Processual Civil do Curso de Direito da Faculdade Católica de Rondônia. Advogado. Porto Velho/RO, Brasil. E-mail: guilherme@dplaw.com.br.

## **Introdução**

O presente artigo tem como premissa básica analisar a gratuidade judiciária sob a ótica da economia. Respectivo Direito, que há tempos está presente como um dos principais temas do Sistema Jurídico Brasileiro, foi concebido, originalmente, como questão basilar de ampliação da efetividade do acesso à justiça.

Ocorre que o Estado, na busca pela efetividade do acesso por meio da gratuidade judiciária, esbarrou-se em um grande problema, devido à ausência de filtragem específica para as concessões de benefícios da gratuidade, acabou gerando o excesso de demandas, em especial, demandas frívolas, que conotam grandes efeitos colaterais no sistema judicial brasileiro.

Com isso, o Estado acaba por garantir somente um acesso aparente, porquanto em que pese facilitar acesso à porta de entrada, não consegue, com a mesma proporção, garantir um acesso à porta de saída.

Diante dessa problemática, o estudo analisará, a partir do método bibliográfico dedutivo, como a ferramenta interdisciplinar da Análise Econômica do Direito (AED) pode contribuir no estudo da gratuidade judiciária, em especial, no combate à litigância frívola.

Para tanto, em um primeiro momento, será analisado o direito ao acesso à justiça em sua concepção mais ampla, a da efetividade, para, em seguida, refletir acerca da gratuidade da justiça sob a ótica da AED e, ao final, concluir como essa ferramenta interdisciplinar pode corroborar para o equacionamento da superutilização do Judiciário.

### **1. Acesso à justiça e a sua efetividade**

O instituto do acesso à justiça, no decorrer dos tempos, sofreu grandes transformações, tendo em vista que, por volta dos séculos XVIII e XIX, esse direito era tido com um simples direito natural e, conseqüentemente, o Estado não respaldava a todos com assistência devida.

Nesse sentido, é enfático trazer os ensinamentos dos doutrinadores Cappelletti e Garth<sup>3</sup>, em sua obra acesso à justiça:

Nos Estados liberais “burgueses” dos séculos dezoito e dezenove, os procedimentos adotados para solução dos litígios civis refletiam a filosofia essencialmente individualista dos direitos, então vigorante. (...) A teoria era

---

3CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Tradução de Ellen Gracie Nortfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

de que, embora o acesso à justiça pudesse ser um “direito natural”, os direitos naturais não necessitavam de uma ação do Estado para sua proteção. Esses direitos eram considerados anteriores ao Estado. (...) O Estado, portanto, permanecia passivo, com relação a problemas tais como a tutela de uma pessoa para reconhecer seus direitos e defendê-los adequadamente, na prática.

No tocante à época descrita, o Sistema Judiciário possuía custos que somente alguns poderiam arcar, conseqüentemente, aqueles considerados hipossuficientes, ou seja, que não tinham como enfrentar o ônus de adentrar ao judiciário, ficavam a mera sorte, não podendo utilizar dos meios judiciais para discutir suas pretensões.

Com isso, o Estado mostrava-se inerte no que tange prestar assistência devida às pessoas necessitadas na busca de seus interesses e direitos, existindo então um acesso à justiça teórico, disposto em tipificações, porém, não na prática. E mesmo por muito tempo, o Estado continuou ignorando a realidade vivida em sociedade.

No entanto, com o passar das épocas, as sociedades foram crescendo e a incidência dos direitos humanos junto a isto, desencadeando transformações tanto no sentido teórico, como prático da efetividade do acesso à justiça.

Assim, nasce o movimento do acesso à justiça, sendo suas raízes estabelecidas no Projeto de Florença, tendo como principal doutrinador Mauro Capelletti<sup>4</sup>, trazendo em sua obra a definição de acesso à justiça:

A expressão “acesso à justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – O sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. (CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant, 1988, p. 8).

Conseqüentemente, notou-se que o Estado passou a procurar a garantia de direitos básicos à sociedade, conjuntamente a isto, o real acesso à justiça ganhava forças para sua efetivação, nesta visão ampliada do Direito. Ainda sobre isso, entende-se que o acesso à justiça, é um direito inerente ao ser humano, um dos mais básicos direitos, percebendo isso nas palavras de Cappelletti e Garth<sup>5</sup> (1988, p12):

O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar direito de todos.

---

4 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

5 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

Além da definição de acesso à justiça, Cappelletti<sup>6</sup> demonstra os principais obstáculos a serem enfrentados, como complicadores do acesso ao judiciário. Configurando estes como as custas judiciais, o valor das pequenas causas, o tempo do processo, a disposição sobre a possibilidade das partes e a relação dos interesses difusos.

Decorrente dessas problemáticas, tem o nascedouro das “ondas”, que são instrumentos para o rompimento das barreiras que impediam a efetividade do acesso à justiça.

Nesta ênfase, as “ondas” eram direcionadas à assistência jurídica ao pobre, Tutela de direitos coletivos e uma concepção mais ampla sobre acesso à justiça. Nota-se que tais ramificações denotam para a época uma quebra de paradigma das concepções daquele momento.

Em decorrência da implementação destas “ondas” idealizadoras, os direitos de várias localidades sofreriam a influência do novo ideal de acesso à justiça. Assim, no Brasil, a influência apresenta-se disposta na chegada da Constituição de 1988, trazendo no seu artigo 5º, XXXV<sup>7</sup>, efetivando este instituto como garantia fundamental e questão basilar da unidade do direito.

Com o advento do acesso à justiça, a Constituição trouxe o respaldo inovador da assistência jurídica integral e gratuita, no art. 5º, inciso LXXIV<sup>8</sup>, tendo esse dispositivo dado a possibilidade de abarcar até o processo administrativo, como proporcionar a dispensação das custas judiciais e a ampliação do acesso ilimitado ao judiciário. Neste sentido, o Brasil opta por adotar ao modelo clássico do acesso à justiça.

Com a incidência das “ondas” determinadas por Cappelletti<sup>9</sup>, como citado anteriormente, traz uma nova concepção do Direito, quebrando vertentes estabelecidas

---

6CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Tradução de Ellen Gracie Nortfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

7 Art. 5º, Constituição Federal de 1988. “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”

8 LXXIV – o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

9CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Tradução de Ellen Gracie Nortfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

em épocas passadas; no entanto, com relação ao objeto em estudo neste artigo, será direcionado a primeira “onda”, ora comentada.

A referida onda é trazida como solução para os problemas de acesso ao judiciário, dando início à adequação de assistência jurídica ao pobre, possibilitando a amplitude de acesso à justiça no que tange à entrada das ações, mas gerando um retardo na saída destas.

Com isso, buscar a ampliação do acesso à justiça trouxe um efeito colateral, causando um efeito controverso na sistemática processual, o que era para resolver um problema, acabou gerando um problema com maiores proporções, desencadeando uma das principais problemáticas da justiça atual, a morosidade.

Em respeito à morosidade, esta enseja uma das maiores injustiças do Direito, que é a justiça tardia, não atribuindo a duração razoável do processo em questões de julgamentos de demandas propostas no judiciário.

Restando evidente a problemática gerada em virtude do exposto anteriormente, este artigo se propõe a analisar a gratuidade judiciária pela concepção econômica do Direito, demonstrando o paradoxo de que para se ampliar o acesso à justiça, deve ser necessário reduzir o próprio acesso.

## **2. Gratuidade judiciária**

A gratuidade judiciária é um benefício que foi impulsionado pelo ideal de Cappelletti<sup>10</sup>, enraizado no Projeto de Florença, e posteriormente influenciado de forma direta pela primeira “onda” proposta pelo referido doutrinador, com a ideia de gratuidade à parcela pobre da sociedade, onde objetivou alcançar as pessoas que não poderiam arcar com ônus financeiro do sistema processual.

Essa conscientização de gratuidade judiciária atinge o ordenamento jurídico brasileiro pelo viés constitucional e infraconstitucional. Sendo que durante variadas Constituições realizadas, a presença da gratuidade trazia suas raízes, até ser consolidada na Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, LXXIV<sup>11</sup> descrevendo: “O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovem insuficiência de recursos”.

---

10 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Tradução de Ellen Gracie Nortfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

11 “O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovem insuficiência de recursos”. Constituição Federal de 1988.

Em nível infraconstitucional, em 1950, é efetivada a Lei n.º 1.060, na qual assegura a gratuidade judiciária para aqueles cidadãos desprovidos de condição financeira adequada para o ingresso no judiciário, sendo atribuída a expressão: “Justiça Gratuita”. No entanto, com a implementação do Código de Processo Civil de 2015, trazendo dos artigos 98 a 102 a seção da gratuidade da justiça, acabou por revogar em parte a lei 1.060/50<sup>12</sup>.

Nota-se que a intenção do legislador é determinar que a gratuidade judiciária é a via pela qual o cidadão, de condições financeiras escassas ou hipossuficientes, tem a possibilidade de buscar o acesso ao judiciário, eximindo-se de custas.

Neste sentido, a gratuidade judiciária vem com o propósito de efetivar o acesso à justiça de acordo com a concepção de Cappelletti<sup>13</sup> e Garth, buscando uma ampliação deste acesso, conotando aspectos de facilidade para a propositura de demandas.

Para melhor enfatizar, Marcellino Jr<sup>14</sup> (2016, p.121), em sua obra, demonstra a definição de justiça gratuita da Doutrinadora Chuairi<sup>15</sup> (2001, p.124-132) na qual denota o referido instituto de forma clara e plena, dizendo, “A justiça gratuita (ou gratuidade de justiça) pode ser conceituada como a isenção de custas e demais despesas processuais para o acesso ao judiciário”.

Demonstrado a influência de Cappelletti<sup>16</sup>, bem como a intenção do legislador nas disposições no ordenamento jurídico sobre a gratuidade, é necessário agora ponderar a diferença entre gratuidade judiciária e assistência judiciária que, apesar de terem nomenclaturas parecidas, não possuem a mesma definição. Como abordado anteriormente, a justiça gratuita ou gratuidade judiciária é a disposição concedida ao hipossuficiente de ficar isento de custos judiciais de um determinado processo no intuito de facilitar a entrada ao judiciário. Por outro lado, a assistência judiciária gratuita vigora

---

12 O Código de Processo Civil de 2015, trouxe uma proposta mais voltada ao lado humanístico do processo, sendo caracterizado por diversos princípios, dentre eles o acesso à justiça e a gratuidade, com isso diversos dispositivos existentes no ordenamento jurídico nacional foram ab-rogados ou derogados.

13 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Tradução de Ellen Gracie Nortfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

14 MARCELLINO JR. Júlio Cesar. Análise econômica do Acesso à justiça: A tragédia dos Custos e a questão do Acesso inautêntico, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

15 CHUAIIRI, Silva Helena. Assistência jurídica e serviço Social: Reflexões interdisciplinares. Serviços Social e Sociedade, São Paulo: Editora Cortez, v. 22,n.67.2001.

16CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Tradução de Ellen Gracie Nortfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

sobre a prestação de serviços jurídicos de forma gratuita podendo ser em juízo quando em relação a patrocínio de causas, ou fora de juízo, sendo de cunho informativo sobre matérias jurídicas.

Este tipo de assistência pode ser prestado pelo poder público, seus conveniados ou entidades não estatais. Quando prestada pelo poder público, poderá ser por meio da defensoria ou por estipulação de advocacia dativa. Toda essa sistemática de prestação de assistência judiciária é considerada um serviço público organizado. Para consolidar as diferenças de ambos, o doutrinador Marcellino Jr<sup>17</sup> (2016, p122) traz os pontos conceituais de Medeiros<sup>18</sup> (2014, p66-68) sobre cada instituto:

A assistência judiciária gratuita, como o próprio termo sugere, vincula-se a um serviço prestado em sede judicial, ou seja, ao trabalho prestado por um advogado ou defensor público – assistente judiciário – perante o poder judiciário em defesa do direito do assistido. Refere-se, portanto, ao patrocínio de demandas judiciais para a população pobre, que não dispõe de recursos financeiros para arcar com as despesas de um advogado particular nem tampouco para pagar as custas de um processo judicial.[...] A justiça gratuita, por seu turno, é mais restrita do que a assistência judiciária uma vez que compreende apenas a gratuidade das custas judiciais e honorários sucumbenciais, ou seja, a gratuidade difere da assistência judiciária por não abarcar o assistente judiciário, devendo ser requerida no bojo de uma demanda judicial pelo advogado da parte que afirma não poder arcar com as custas processuais e honorários sucumbenciais [...]

Neste sentido, na obra *Assistência jurídica gratuita: acesso à justiça e carência econômica* do doutrinador Bezerra<sup>19</sup> (2013, p134) são citados os ensinamentos de Grinover<sup>20</sup> (1984, p22):

Ada Pellegrini Grinover, com amparo em lição de Ponte de Miranda, distingue os conceitos de assistência judiciária e justiça gratuita. Este seria “um direito pré-processual exercível perante o juiz que deve prestar a jurisdição”; aquele estabeleceria em desfavor dos entes federativos um dever de organização, isto é, de se prover estruturas capazes de fornecer o serviço público em questão.

---

17 MARCELLINO JR. Júlio Cesar. *Análise econômica do Acesso à justiça: A tragédia dos Custos e a questão do Acesso inautêntico*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

18 MEDEIROS, Isabela. *Assistência jurídica gratuita: cidadania e emancipação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

19 BEZERRA, José Wellington. *Assistência judiciária gratuita Acesso à justiça e carência econômica*, Brasília: Editora Gazeta jurídica, 2013.

20 Ada Pellegrini Grinover (1984) apud José Wellington Bezerra (2013).

Como bem ponderado, existem muitas diferenças entre justiça gratuita e prestação judiciária gratuita, no entanto, o objeto central deste estudo é a justiça gratuita ou gratuidade judiciária, já definida anteriormente.

Ocorre que, no ordenamento jurídico brasileiro, com a consolidação da Constituição Federal de 1988, implementa-se a concepção das garantias fundamentais e, assim, o ideal de acesso à justiça ganha conotações de universalização. Conseqüentemente, a gratuidade judiciária se encontra em um papel basilar para efetivação do acesso à justiça para todos, sendo o meio pelo qual possibilitaria ao hipossuficiente adentrar ao judiciário. Assim, a gratuidade traz ares de ampliação de acesso ao judiciário, juntamente a isso demonstra grande fragilidade no que diz respeito à concessão do benefício da gratuidade, tendo em vista que, no sistema processual, não existem filtros adequados para concessões de gratuidade justas.

Sendo assim, o instituto da justiça gratuita tomou proporções inimagináveis desencadeando concessões da gratuidade em demasia, não ocorrendo a filtragem correta nos momentos de deferimentos dos pedidos de justiça gratuita. Causando, assim, uma verdadeira demasia de acesso.

Ocorre que o intuito de possibilitar o acesso a todos e efetivar o real sentido de justiça, trazendo o ideal de isonomia, na verdade, provocou um efeito contrário, desenvolvendo a cultura de litigância para todo e qualquer problema do cotidiano da sociedade, sendo como fator encorajador a facilidade de adentrar ao judiciário e se ver isento das custas judiciais. Neste sentido, a concessão desmedida da gratuidade judiciária causa um problema colateral ao direito de acesso à justiça que antes se propôs a garantir.

### **3. Análise econômica do direito e gratuidade judiciária**

Existe no sistema jurídico brasileiro o ideal de universalizar a justiça gratuita permeado pela lógica de um acesso ilimitado. Ocorre que essa afirmação se esbarra na própria realidade fática, em especial pela escassez de recursos do Poder Judiciário.

Com efeito, tendo em vista que o judiciário não possui capacidade plena para suportar a entrada ilimitada de ações judiciais, a facilidade com que ele é acionado é responsável por criar a falsa sensação de um acesso à justiça efetivo.

Com a adaptação do modelo clássico de acesso à justiça, o entendimento que é extraído do sistema jurídico é de que proposta a inicial, independentemente se esta demanda tem probabilidade de êxito ou não, o juiz se depara com a obrigação de

recebê-la, desde que presentes os pressupostos da ação, ou seja, em sua posição, o magistrado fica necessariamente sem saída para a resolução dessa problemática.

Em decorrência, o que se verifica no atual sistema processual brasileiro é um acesso à justiça aparente ou inautêntico, ocorrendo proposições de inúmeras demandas judiciais aliadas à sistematização inadequada do judiciário em saber lidar com esse alto índice de demandas, derivando uma inviabilidade em resolver tais ações em tempo hábil e efetivo.

Este excesso de demandas se passa pelas proposituras de ações frívolas. As ações frívolas que são aquelas com pouca probabilidade de ganho e com um custo elevado diretamente ou indiretamente aos recursos financeiros do Judiciário, na qual será melhor explicada ulteriormente.

A cultura jurídica brasileira é pautada pela lógica litigante, na qual se procura sempre a resolução dos mais simples conflitos pelas rédeas da justiça. Esse comportamento social, como também o modelo jurisdicional momentâneo, está enraizado por um formato antiquado e clássico de resoluções de conflitos, desconsiderando, em síntese, as limitações orçamentárias que pautam a realidade financeira do judiciário.

É evidente que há limites orçamentários em relação aos recursos financeiros proporcionados ao Judiciário, e estas limitações causam a incapacidade de gerir todos os recebimentos de demandas ao sistema processual. E mesmo o judiciário tendo as arrecadações para o bom desenvolver de seus custos operacionais, não é o bastante para lidar com as proposições de ações judiciais em demasia.

Torna-se notório que a estruturação do judiciário passa por um grande problema logístico, que, mesmo diante do reconhecimento da garantia da justiça gratuita, deve-se observar de forma gradual os contrapontos que isso está causando, ou seja, denotando o que a doutrina determina como excesso de acesso, trazendo à tona todas as limitações que o poder judiciário possui para o ideal progresso dos processos.

Decorrente de uma deficiência do funcionamento adequado do poder judiciário, torna-se preponderante a concepção analítica acerca da visão econômica do Direito, observando sobre o custeio da litigância, para compreender de forma mais clara a dinâmica processual e a busca da real efetividade da gratuidade judiciária que traga somente benefícios a toda coletividade.

Ainda existe grande dificuldade em analisar além do pensamento constitucional clássico, no entanto, diante dos problemas logísticos instalados no sistema judiciário, se

faz fundamental criar conceitos modernos, a partir da análise econômica do Direito, em busca de saídas para a problemática gerada pelo acesso inautêntico desencadeado pela gratuidade judiciária.

Como consequência, existe a necessidade de combater os excessos de demandas frívolas, vigorando por uma situação totalmente ampla de alterações de mecanismos de concessões da gratuidade judiciária, para que seja revertido o denominado excesso de acesso.

A realidade jurídica do sistema processual atual denota a realística de que concessões de Justiça gratuita são deferidas facilmente e, na mesma sistematização, localiza-se o uso inconsciente do direito de ação. Neste sentido, nota-se uma condição de abuso do direito de ação, desencadeando o cenário de um problema logístico do judiciário, consolidando um congestionamento de ações ingressas e em trâmite, conseqüentemente, a todos estes fatores, criando uma condição de externalidade negativa.

Todas estas situações causam grandes problemas na máquina judiciária que são costumeiramente criticados e, em consequência, quando o judiciário confronta estas problemáticas estruturais, põe a vista as mais profundas fragilidades deste, como a ineficiência do poder judiciário em efetivar a duração razoável do processo em um viés prático, causando morosidade processual.

Outro ponto a comentar norteia sobre a interposição de recursos judiciais ao longo do processo, com pouquíssima ou nenhuma probabilidade de êxito, sendo interpostos sem qualquer receio, com intuito de protelar o término do processo, sendo denominados recursos frívolos. O entendimento que se constrói não é de que a gratuidade, em si, é um problema para o judiciário, pelo contrário, é uma garantia essencial à sociedade. O que se questiona é a sua concessão em demasia, sem a devida avaliação prévia, conotando a situação de prejuízo ao próprio instituto da gratuidade. Sendo esta concedida para situações de demandas frívolas, universalizando esse tipo de concessão e prejudicando todo o contexto judicial, afetando de forma negativa a subvenção da gratuidade ampla e possibilitando a generalização do acatamento de gratuidades frívola, isto porque, quando os jurisdicionados vislumbram a possibilidade de adentrar com uma ação judicial isentando-se das custas operacionais e possíveis honorários, por via da gratuidade judiciária, enseja a parte um encorajamento a iniciar uma litigância mesmo diante de viabilidades insignificantes de êxito em sua demanda.

E ainda nesta ocasião, utilizando-se do benefício da justiça gratuita decorrente de sua incomplexidade de concessão, muitos litigantes pleiteiam o referido instituto como se fossem sujeitos que necessitassem deste, para se eximir das custas judiciais, quando, na verdade, poderiam arcá-las sem prejudicar sua vida econômica de forma gradativa.

Tudo isso decorrendo do encorajamento de propor a demanda, tendo em vista a facilidade de concessão da gratuidade.

A situação do excesso de acesso passa pela postura do abuso do direito de propor ação e a ausência de filtros corretos para regradar essa litigância exacerbada, onde os litigantes deparam-se com pouquíssimos riscos de prejuízo no seu capital financeiro, mesmo diante de uma possível perda na sua demanda processual.

Diante de todos esses fatores, entende-se que o melhor caminho a seguir para o progresso na sistematização judiciária, passa pela filtragem correta das proposituras de ações, com intuito de retenção ao acesso à justiça, tendo em vista que o acesso infundável apenas transparece um falso acesso à justiça com amplitude, criando uma condição irrazoável para o judiciário conseguir administrar.

Dito isso, resta fundamental realizar uma análise econômica prévia de custo benefício das demandas para tentar reverter a situação de tragédia em que o instituto da justiça gratuita está provocando no poder judiciário atualmente, como bem será explanado no tópico posterior.

#### **4. Gratuidade e a tragédia dos comuns**

O instituto da gratuidade judiciária é um amparo que toda a coletividade possui respaldado a nível constitucional pela Constituição Federal de 1988, no art. 5º, LXXIV, e a nível infraconstitucional no Código de Processo Civil de 2015 e na Lei 1.060/50, como já explicado nesse trabalho<sup>21</sup>.

A justiça gratuita é definida como a possibilidade do jurisdicionado ficar isento das custas judiciais e até mesmo de honorários advocatícios do trâmite processual. Como consequência, a parte que fica isenta das referidas despesas processuais enseja o encargo financeiro ao Estado, utilizando de seus recursos orçamentários para cobrir tais custos.

---

21 O Código de Processo Civil de 2015 reafirma o texto apresentado pelo inciso LXXIV, artigo 5º da Constituição Federal.

Com isso, a gratuidade judiciária procura assegurar a realização da efetividade do acesso à justiça no ordenamento jurídico brasileiro. Nesta seara, é necessário citar o entendimento do doutrinador Bezerra<sup>22</sup> (2013, p195) em relação ao papel da gratuidade judiciária:

[...] Parece fora de dúvida que a concessão de gratuidade para o litígio constitui forma elementar de proceder à equalização dos mais carentes, meio de atender ao postulado da isonomia material.

Por isto é que as benesses concedidas justificam-se na medida em que se prestem ao atendimento desta finalidade. Aí não vai novidade nenhuma, e dispensamos nesta oportunidade considerações mais detidas sobre este evidente propósito do benefício.

Decorrente deste tipo de entendimento vigente no sistema processual brasileiro, onde busca-se em demasia as concessões de benefícios da justiça gratuita, acaba desenvolvendo um problema essencialmente logístico ao poder judiciário.

Assevera-se que o ordenamento jurídico adota um modelo totalmente clássico de acesso à justiça, objetivando conceder pedidos de gratuidade judiciária sem uma filtragem específica, enfatizando a explicação a seguir do Doutrinador Marcellino Jr<sup>23</sup> (2016, p.155-156):

O modelo tradicional de acesso à justiça, seja em sua versão clássica, seja em sua versão atual baseada no modelo gerencial e de eficiência, ainda se mostra precário e insuficiente para dar conta de toda a demanda de ações judiciais.

Em outras palavras, entende-se que tal protótipo ainda não alcançou, apesar dos significativos avanços, efetividade em nível razoável. Isso porque há evidente saturação da capacidade de resposta do judiciário.

Há uma parcela da demanda judicial, e que representa muito em termos de volume de ações propostas com perfil frívolo. Entende-se e defende-se como questão central, a partir deste estudo, que nesses casos de baixa probabilidade de êxito e demandas, há flagrante abuso de direito de ação.

Sendo assim, a realidade vivenciada nesse modelo de concessão de benefícios desencadeia um turbilhão de ações ao judiciário, ocorrendo um aumento de demandas judiciais inicializadas, de cunho frívolo, afetando diretamente a questão do custo benefício do Estado explanando as mais profundas falhas estruturais do poder judiciário.

---

22 BEZERRA, José Wellington. Assistência judiciária gratuita Acesso à justiça e carência econômica, Brasília: Editora Gazeta jurídica, 2013.

23 MARCELLINO JR. Júlio Cesar. Análise econômica do Acesso à justiça: A tragédia dos Custos e a questão do Acesso inautêntico, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

Tem-se o conhecimento em sociedade de que existe uma escassez de recursos financeiros para sistematizar o âmbito processual em cada jurisdição e, com todo o contexto explicado sobre a gratuidade e as ações frívolas, resulta uma concepção acerca do pensamento da teoria da Tragédia dos comuns, a mesma que é bem explicitada pelo doutrinador Marcellino Jr<sup>24</sup> (2016, p 156-157):

A questão da escassez de recursos pode ser pensada por meio da teoria da tragédia dos comuns. Tal teoria nos oferece uma linha de raciocínio em relação ao ambiente de escassez e suas implicações que podem auxiliar na compreensão de limitação de recursos financeiros no Poder Judiciário, frente à grande demanda de ações judiciais, tendo em vista a tentativa de viabilização do acesso à justiça.

A tragédia dos Comuns – também chamada de tragédia dos Bens Comuns – originou-se no final da Segunda Guerra Mundial, como um ramo da matemática aplicada. O conceito foi estendido e popularizado por Garret Hardin no ensaio *The tragedy of the common*, publicado em 1968, na revista científica *Science*. O termo utilizado era *Tragedy of the Commons* (commons no sentido de “público”).

A referida teoria traz a nomenclatura “tragédia”, que em seu sentido puro, relaciona-se com a dificuldade de alterar determinada coisa, uma vez que esteja em trâmite (Marcellino jr, 2016, p157)<sup>25</sup> e tem origem com William Fosrter Lloyd, que direciona a explicação da tragédia por meio de disputa de terras medievais.

O paralelo entre pretensões individuais e a utilização de bens da coletividade, tendo em vista que a utilização em demasia dos recursos da coletividade, pode levar a sua própria extinção e conseqüente problemática a toda a estrutura estatal.

Com o passar do tempo, estudos e análises mais profundas foram feitas em relação à Tragédia dos comuns, surgindo variadas adaptações, nas quais tramitavam sobre a ideia de demonstrar que há uma escassez nos fundos de organização, e que, decorrente da facilidade de um grande número de pessoas buscar efetivar seus interesses individuais, ignorando o interesse coletivo, gerará efeitos colaterais que afetarão a todos.

No entanto, quem melhor exemplifica esta teoria é Hardin<sup>26</sup>, muito bem detalhada na obra de Marcellino Jr. (2016, p157)<sup>27</sup>:

---

24 MARCELLINO JR. Júlio Cesar. *Análise econômica do Acesso à justiça: A tragédia dos Custos e a questão do Acesso inautêntico*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

25 MARCELLINO JR. Júlio Cesar. *Análise econômica do Acesso à justiça: A tragédia dos Custos e a questão do Acesso inautêntico*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

26 HARDIN, Garret. *The tragedy of the commons*. *Science*, V. 162, N. 3859. 13 Dez.1968.

Hardin, por sua vez, demonstrou o problema por meio da parábola de um grupo de pastores que tinham seus animais numa terra pública. Cada pastor pensava em adicionar um animal a seu rebanho com o seguinte raciocínio: Um animal extra proporcionaria bom lucro adicional e, no geral, a pastagem diminuiria somente um pouco; então parece perfeitamente lógico aos pastores colocarem um animal extra. A tragédia ocorre quando todos os outros pensam da mesma maneira. Quando todos adicionam um animal a terra e a torna superpopulosa.

Cabe trazer os ensinamentos de Ost<sup>28</sup> (1997, p149) que comenta sobre a teoria da tragédia dos comuns e seu fundador:

O mito fundador desta corrente de pensamento foi escrito em 1968 por G. Hardin: Verdadeiro vínculo comum da argumentação neoliberal, ele é conhecido sob o nome “tragédia dos comuns”. Imaginemos, explica Hardin, uma pradaria aberta a todos. É de esperar que cada pastor procure criar o máximo de animais possíveis neste prado. Não há qualquer problema, desde que o seu número não prejudique as capacidades de regeneração do recurso em erva. Chega-se, no entanto, a um ponto em que esta começa a rarear. Cada Pastor dá-se conta disso e começa a preocupar-se. Mas, individualmente, ele não pode modificar essa situação. Pelo contrário, enquanto ‘Pastor racional’ ele tem todo o interesse em aumentar o número de cabeças de gado que conduz ao pasto: em qualquer hipótese, o seu benefício é superior à fração de desvantagem que suporta, por causa da deterioração crescente do recurso coletivo. Entramos, assim, na lógica infernal da tragédia dos bens comuns: cada um vê-se encerrado num sistema que leva a aumentar a sua manada ilimitadamente, num contexto de recursos limitados. E depressa, se impõem a conclusão: a liberdade dos bens conduz à ruína de todos.

Diante da definição da teoria da tragédia dos comuns e de sua devida exemplificação, se torna notório que o poder judiciário sofre desse fenômeno. Tendo como um dos fatores de causa, a cultura de litigância brasileira, na qual o jurisdicionado pleiteia satisfazer um interesse individual sobrepondo o custo da coletividade, isso sendo um dos principais configuradores da teoria ora citada.

Outra situação que concretiza essa tragédia é o atingimento das limitações orçamentárias do poder judiciário, ocasionando o inchaço que vigora no sistema judicial, decorrente das grandes quantidades de concessões de gratuidade judiciária. Assim, possibilitando a propositura de demandas com baixa probabilidade de êxito, dando forças para a litigância frívola que será o próximo objeto em estudo.

## **Considerações Finais**

---

27 MARCELLINO JR. Júlio Cesar. Análise econômica do Acesso à justiça: A tragédia dos Custos e a questão do Acesso inautêntico, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016

28 OST, François. A natureza à margem da lei: a ecologia à prova do direito. Tradução de Joana Chaves Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

A problemática tratada no presente artigo foi analisar economicamente as concessões em grande escala da justiça gratuita que causam alto índice de propositura de ações frívolas, nas quais resultam na superlotação do poder judiciário.

Assim, demonstrou a evolução histórica da garantia constitucional do acesso à justiça, sua disposição constitucional e infraconstitucional, suas definições doutrinárias e a importância que se tem em sociedade em relação a este direito fundamental na busca de sua real efetividade.

Posteriormente, salientou-se sobre a gratuidade judiciária, no que diz respeito sua evolução, definições e a tentativa de efetivação do acesso à justiça para a coletividade, na qual desencadeou um verdadeiro efeito rebote.

Com isso, engatilhando a temática da gratuidade, foi realizada a análise econômica do instituto da gratuidade, alegando toda a problemática causada em decorrência da concessão em demasia da justiça gratuita e a ausência de filtragem correta para concessões justas.

Neste sentido, atrelado à Análise Econômica do Direito, falou-se da gratuidade e a tragédia dos comuns, que constitui como realidade vertente do poder judiciário, tendo como principal fator causador as demandas frívolas.

Diante de todo o exposto, se pode concluir que o poder judiciário está passando por uma crise, conquanto não consegue dar vazão às demandas na mesma proporção que é acionado e, justamente para equacionar respectivo problema, se apresenta a AED, uma ferramenta interdisciplinar que, por meio de predicados da microeconomia, possibilita o estudo das ações humanas e suas consequências.

Nesse passo, a análise deve ser realizada na origem do problema, atingindo as concessões de justiça gratuita indevidas para demandas frívolas. E o meio adequado para combater esta litigância frívola corre pela via de uma análise de custo benefício no momento da propositura da ação.

Essa análise de cunho econômico determinaria como competente a fazê-la o próprio magistrado no primeiro grau, averiguando se a demanda que chegou em suas mãos realmente é questionável ao ponto de adentrar ao judiciário com pelo menos relativa probabilidade de êxito, e não o inverso.

Adequando este papel ao magistrado, seria criada uma filtragem coerente em relação às concessões descabidas de gratuidade judiciária, na qual combateria a litigância frívola, reduziria o ônus orçamentário do poder judiciário, tornaria o mesmo

mais hábil e efetivo excluindo a morosidade processual e, como consequência, seria um motivador à tentativa de mudança da cultura litigante brasileira.

### **Referências das Fontes Citadas**

BEZERRA, José Wellington. Assistência judiciária gratuita, acesso à justiça e carência econômica. Brasília: Editora Gazeta jurídica, 2013.

BRASIL. Código de Processo Civil. Lei nº 13.105 de 2015. Saraiva. São Paulo, 2015.

BRASIL. Constituição Federal. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei n. 1.060. Lei de assistência judiciária aos necessitados. 1950. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L1060.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1060.htm)>. Acesso em : 18.09.2017

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Tradução de Ellen Gracie Nortfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CHUAIARI, Silva Helena. Assistência jurídica e serviço Social: Reflexões interdisciplinares. Serviço Social e Sociedade, São Paulo: Editora Cortez, v. 22,n.67.2001.

CRISTOFANI, Claudia Cristina. Artigo – Ações repetitivas nos juizados cíveis: precisão na quantificação de danos e julgamento por amostragem. Revista CNJ. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/gestao-planejamento-cnj/575-aco-es-e-programas/programas-de-a-a-z/pesquisas-judiciarias/82494-revista-cnj-html>> Acesso em: 23.10.2017.

HARDIN, Garret. The tragedy of the commons. Science, V. 162, N. 3859. 13 Dez.1968.

MANDADO DE SEGURANÇA - MS n.º 4000015-30.2014.9001, Comarca de São João Batista – Santa Catarina – Tribunal de Justiça; Relator: Juiz de Direito Alexandre Morais da Rosa.

MARCELLINO JR. Júlio Cesar. Análise econômica do Acesso à justiça: A tragédia dos Custos e a questão do Acesso inautêntico. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

MEDEIROS, Isabela. Assistência jurídica gratuita: cidadania e emancipação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

NEUMANN, John Von. POUDSTONE, William. Prisoner's dilemma, game theory and the puzzle of the bomb. Anchor Books, 1992.

OST, François. A natureza à margem da lei: a ecologia à prova do direito. Tradução de Joana Chaves Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

PATRÍCIO, Miguel C. T., Análise econômica da litigância. Coimbra: Almeida, 2005.

# A INEFICIÊNCIA PRÁTICA DO ESTATUTO DO TORCEDOR NO COMBATE À VIOLÊNCIA NOS ESTÁDIOS DE FUTEBOL BRASILEIROS

Jamile Carvalho Guedes<sup>1</sup>  
Bruna Borges Moreira Lourenço<sup>2</sup>

## RESUMO

O presente estudo tem como escopo analisar o Estatuto do Torcedor acerca da violência no futebol e esclarecer os motivos da falta de segurança nos estádios brasileiros, considerando que o Brasil é um dos países com o maior número de mortes entre torcedores de futebol e, em contraposição, possui legislação para combater tal violência. O objetivo desta pesquisa é descrever a evolução do Estatuto do Torcedor, identificar os fatores que levam aos altos índices de violência nos estádios e verificar o porquê da falta de eficiência do estatuto do torcedor mesmo após anos de sua entrada em vigor no ordenamento jurídico brasileiro. A metodologia utilizada no presente estudo foi o método qualitativo de pesquisa, empregado na coleta de dados bibliográficos, com base nos estudos que já foram feitos acerca do tema, sejam eles em artigos, doutrinas e reportagens jornalísticas ligadas à temática.

**Palavras-chave:** Estatuto do Torcedor; Violência; Segurança; Futebol; Direito Desportivo.

## ABSTRACT

The present study it has as target to analyze the soccer's statute concerning the violence in the soccer and to clarify the reasons of the lack of security in Brazilian stadiums. Considering that Brazil is one of the countries with the biggest number of deaths among soccer fans and in contraposition, has legislation to combat the violence. The specific objective of this study contemplates the following proposals: a description of the evolution of the Statute was carried through, since its creation, as well as was analyzed the reason the same not to possess efficiency in the scope of the soccer; the identification of the factors that lead to the high organized indices of violence between wisted and because after as many years, the crimes still are common in stadiums. The methodology used in the present study was the qualitative method of research, used in the collection of bibliographic data, on the basis of the studies that already had been made concerning the subject, is they in articles, on doctrines and journalistic news articles to the thematic one.

---

1 Graduada em Direito pela Faculdade Católica de Rondônia – FCR, Porto Velho – Rondônia, [jamile.carvalho@sou.fcr.edu.br](mailto:jamile.carvalho@sou.fcr.edu.br), [jamilecg@gmail.com](mailto:jamilecg@gmail.com).

2 Doutoranda em Ciência Jurídica pela Universidade Do Vale de Itajaí (UNIVALI); Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI) e em Direito Ambiental e Sustentabilidade pela Universidade de Alicante (UA/España); Especialista em Gestão do Esporte e Direito Desportivo pelo Instituto Brasileiro de Direito Desportivo (IBDD); Advogada. Brasil. E-mail: [bruna@fcr.edu.br](mailto:bruna@fcr.edu.br).

**KeyWords:** Soccer's fan statute; Violence; Security; Soccer; Sport Law.

## **Introdução**

Ao longo da história, foram criadas proteções ao torcedor devido à importância que o esporte ganhou na sociedade, principalmente o futebol no Brasil. Em 16/5/2003, entrou em vigor a Lei nº 10.671/03<sup>3</sup>, que dispõe sobre o Estatuto de Defesa do Torcedor (“Estatuto do Torcedor”) com o intuito de proteger o torcedor nestes eventos desportivos.

Ocorre que os dados demonstram que a violência nos estádios é grande e já vem ocorrendo há muito tempo. Quem sofre com esta falta de segurança é o próprio cidadão brasileiro, tanto aquele que vai ao estádio para assistir ao evento quanto aquele que deixa de ir por insegurança.

Ao observarmos os mecanismos que já foram implementados para assegurar uma maior segurança aos torcedores nas praças desportivas, é possível verificar que são ferramentas eficientes e importantes neste combate à insegurança, porém, são pouco aplicadas ou nem são utilizadas na maioria dos estádios brasileiros.

Destarte, o presente estudo visa descrever o crescimento e processo de enraizamento do futebol brasileiro, destacando os principais pontos que contribuíram para a criação do Estatuto do Torcedor e de que forma a violência acontece nas principais praças esportivas do país, identificando em quais locais há um trabalho de prevenção, cuidado e segurança para com o torcedor.

Para ao final, identificar os fatores de que levam a não segurança do torcedor, mesmo possuindo regulamento no ordenamento jurídico para tal demanda.

### **1. A evolução do combate à violência nos estádios de futebol através do Estatuto do Torcedor**

Quando se fala em desporto no Brasil, é normal que se pense imediatamente no futebol; e isto não é de se estranhar, haja vista que é o esporte mais difundido no país e que já rendeu cinco Copas do Mundo e uma infinidade de outros títulos<sup>4</sup>. O futebol,

---

3 BRASIL. Lei nº 10.671/03. Estatuto de Defesa do Torcedor. Brasília: 2003.

4 DE SOUZA, Gustavo Lopes Pires. Estatuto do Torcedor: o direito do consumidor de atividades esportivas. Revista Jurídica da Faminas, v. 6, n. 1-2, 2015

como estudo da dimensão do lazer, tem uma importante função social nas sociedades modernas de todo o mundo, onde este abre uma vasta gama de interpretações metodológicas. Pode-se definir futebol como um “ritual coletivo de intensa densidade dramática e cultural, pleno de conexões múltiplas com a realidade brasileira<sup>5</sup>”.

É importante salientar como se deu o processo de enraizamento do futebol na sociedade brasileira. Dessa forma, são dirigidos os olhares aos clubes que surgiram no Rio de Janeiro, no final do século XIX e início do XX, e que envolvia camadas cada vez mais vastas da população e o consequente envolvimento do Estado nessa modalidade esportiva<sup>6</sup>.

Em 1901, foi criada a Liga Paulista de Futebol, que realizou posteriormente o primeiro Campeonato Paulista. O time de Charles Miller<sup>7</sup> era uma sensação e foi tricampeão paulista. Os clubes que surgiam estavam se organizando e, até 1919, quase todos os estados brasileiros já possuíam um campeonato regional e sua federação. Em 1914, foi criada a Confederação Brasileira de Desportos (CDB), que administrava outros esportes além do futebol<sup>8</sup>.

Já, no ano de 1950, o Brasil sediou a Copa do Mundo e coincidiu com um momento de muita euforia e expectativa sobre a Seleção Brasileira; porém, a seleção foi derrotada na final do torneio pelo Uruguai. Essa derrota marcante causou diversas mudanças no futebol brasileiro, uma delas foi o fato de a seleção passar a jogar com o uniforme verde-amarelo ao invés da camisa branca, o esquema tático foi substituído pelos conhecidos 4-5-1 e 4-3-2-1, que, até então, era o mesmo para todos os clubes, criado pelo ex-técnico do Arsenal que desenhava um “WM” dentro de campo. Depois

---

5 MURAD, M. *Dos pés à cabeça* – Elementos básicos de sociologia do esporte. Rio de Janeiro: Irradiação Cultural, 1996.

6 REIS, Heloísa Helena Baldy. O espetáculo futebolístico e o estatuto de defesa do torcedor. Unicamp – Faculdade de Educação Física – Rev. Brás. Cienc, Esporte, Campinas, p. 111-130 2010.

7 É considerado o pai do futebol brasileiro. Charles Miller estudava na Inglaterra e lá teve contato com o futebol e, em 1894, trouxe uma bola e um conjunto de regras para o Brasil. A primeira partida de futebol no Brasil foi realizada em São Paulo, no dia 14 de abril de 1895.

8 IANNI, Fernando. O Futebol Brasileiro: como tudo começou. Universidade do Futebol. Disponível em: 1/10/2010. Disponível em: <<https://universidadedofutebol.com.br/o-futebol-brasileiro-como-tudo-comecou/>> Acesso em: 3/6/2018.

dessa época, o país cresceu em quantidade de craques de futebol e surgiram nomes como Garrincha, Pelé, Zagallo, Djalma Santos, Nílton Santos e Bellini<sup>9</sup>.

Vale ressaltar que uma das maiores conquistas do futebol brasileiro foi a posse definitiva da taça “Jules Rimet”, conquistada por causa das três vitórias consecutivas conseguidas em uma Copa do Mundo, no ano de 1958 na Suécia, em 1962 no Chile, e em 1970 no México. Em 1972, o Brasil ganhou a Taça Independência, denominada Mini-Copa no Brasil, pelo fato de a seleção brasileira ter batido o recorde mundial com 34 jogos sem perder<sup>10</sup>.

Em 1988, com a promulgação da Constituição Federal, iniciou-se um novo ciclo legislativo que viria a ser aplicado no desporto do país, além da inserção como direito fundamental no artigo 5º da referida Carta Magna. O artigo 217 faz menção ao esporte como dever do Estado<sup>11</sup>, que deve estimular práticas desportivas formais (desportos federados) e não-formais. Observando autonomia das entidades desportivas, destinação de recursos públicos para a promoção prioritária do desporto educacional, trato diferente do desporto profissional e não profissional e, ainda, o cuidado e incentivo às manifestações desportivas de nível nacional.

O Estatuto do Torcedor<sup>12</sup> foi criado em 2003, sucedendo a já extinta Lei Zico (Lei n. 8.672/93), na qual previa:

Art. 2º O desporto, como direito individual, tem como base os seguintes princípios: (...) XI – segurança, propiciada ao praticante de qualquer modalidade desportiva, quanto a sua integridade física, mental ou sensorial; e XII – eficiência, obtida através do estímulo à competência desportiva e administrativa.

Com a Lei Zico, o conceito de desporto, antes adstrito e centrado apenas no desporto de rendimento, foi ampliado para compreender o desporto na escola, de participação e lazer, assim como a Justiça Desportiva recebeu uma estrutura mais consistente. Em suma, houve uma redução considerável da interferência do Estado dentro dos esportes, bem como fortaleceu a iniciativa privada e a autonomia no âmbito desportivo, sob o mesmo ponto de vista, extinguiu o velho Conselho Nacional de

---

9 IANNI, Fernando. O Futebol Brasileiro: como tudo começou. Universidade do Futebol. Disponível em: 1/10/2010. <https://universidadedofutebol.com.br/o-futebol-brasileiro-como-tudo-comecou/> Acesso em: 3/6/2018.

10 BORSARI, J. R. Futebol de campo. São Paulo: Editora Pedagógica e Universitária, 1975.

11 BRASIL. Constituição (1998). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: 1998.

12 BRASIL. Lei nº 10.671/03. Estatuto de Defesa do Torcedor. Brasília: 2003.

Desportos, que cumulava funções normativas (executivas e judiciais) e era muito burocrático.

Ainda sobre esse dispositivo, sucedeu-se a remoção de um entulho autoritário desportivo, revestido de instrumentos legais que pretendiam facilitar o modo operacional e funcional do ordenamento jurídico-desportivo, muito deficiente até então de normas adstritas a esse assunto, onde a proibição deu lugar à indução.

Após a revogação da Lei Zico, em 24 de março de 1998, surge a Lei Pelé, mantendo, em grande parte, as inovações trazidas pela Lei Zico e trazendo outras contribuições para o desporto nacional (para a grande maioria, contribuições para pior)<sup>13</sup>.

O Projeto de Lei n. 7262/02 deu origem ao nosso estatuto do torcedor no fim do governo FHC. O texto trouxe o argumento de que os direitos humanos juntamente com o direito de consumidor do torcedor eram evidentemente violados, de modo que estes eram elementos fundamentais para a fomentação do esporte brasileiro.

Vale destacar que entre a década de 90 e início dos anos 2000, a segurança nos estádios era precária. No Rio de Janeiro, o Maracanã sofria com as superlotações, por exemplo, na decisão do Campeonato Brasileiro de 1992 entre Flamengo e Botafogo, que registrou a morte de três torcedores e outros noventa feridos<sup>14</sup>.

No ano de 1995, o estádio do Pacaembu sediou a final da Super Copa de Futebol Júnior. No balanço geral, um torcedor morreu e outros 101 ficaram feridos durante briga entre palmeirenses e são-paulinos<sup>15</sup>. Já, no ano 2000, Vasco e São Caetano se

---

13 Antes da Lei Pelé, o "passe" dos atletas profissionais pertencia aos clubes. Depois da deletéria *lex sportiva*, a "posse" dos atletas, de fato, passou para agentes e empresários, ou, como averba Ives Gandra Martins "a nova lei simplesmente tirou os jogadores dos clubes e os repassou para os empresários". E os clubes que sempre foram celeiros de craques transfiguraram-se, na maioria dos casos, em "laranjas" dos empresários. Com efeito, com poucas exceções, estes agentes atuam como "atravessadores desportivos"; quer dizer, autênticos "senhores feudais" dos atletas, "apropriando-se" deles como se fossem "res" e induzindo-os à "mercenarização" desportiva motivada por contratos em dólares ou euros. (FILHO, Álvaro Melo. "Laranjas" desportivos: uma contribuição de "pioria" da Lei Pelé. Migalhas – 15/8/2007 – Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI43647,11049-Laranjas+desportivos+uma+contribuicao+de+pioria+da+Lei+Pele>> acesso em: 15 de maio de 2018).

14 POMBO, Bernardo. Et. Al. A Queda, 25 anos depois. Globo Esporte – 19/07/2017 – Disponível em: <<https://globoesporte.globo.com/futebol/times/flamengo/noticia/a-queda-25-anos-depois.ghtml>> acesso em: 15/05/2018.

15 BONO, Isabella. Jogo Limpo Nos Campos E Nas Arquibancadas. Jornalismo Júnior – 2/10/11 – Disponível em: <<http://jpress.jornalismojunior.com.br/2011/10/violencia-futebol-torcida-copa-mundo/>> acesso em: 15/5/2018 <http://jpress.jornalismojunior.com.br/2011/10/violencia-futebol-torcida-copa-mundo/>

enfrentaram na Copa João Havelange, no estádio de São Januário (RJ), a partida rendeu 150 feridos<sup>16</sup>.

Diante desses acontecimentos, o então atual ministro dos esportes, Aldo Rebelo, impulsionou o fortalecimento dos direitos do torcedor no Plenário da Câmara em fevereiro de 2003. A tramitação foi rápida e não sofreu qualquer alteração, mantendo seu texto original para aprovação.

O Estatuto foi criado com o intuito de proteger e defender, de uma forma mais eficaz, os direitos do Torcedor, ou seja, a prevenção da violência nos esportes, a segurança nos locais onde são realizados os eventos esportivos, antes, durante e após a realização das partidas.

Define, então, o torcedor como todo aquele que aprecie, apoie ou se associe a qualquer entidade de prática desportiva do país e acompanhe a prática de determinada modalidade esportiva (art. 1º e 2º do Estatuto), que tem como objetivo principal a segurança do torcedor, bem como a prevenção à violência nos estádios.<sup>17</sup>

Neste ínterim, o Estatuto do Torcedor foi direcionado ao regramento de conduta e responsabilização do próprio torcedor, que, cumprindo o seu papel, permitirá um grande enriquecimento nos eventos esportivos, principalmente o futebol. A principal inovação da lei foi a criminalização de uma conduta que, há tempos, prejudica nossa sociedade, não necessariamente em espetáculos esportivos, mas eventos culturais em geral. Os dispositivos 41-F e 41-G trazem penalidade de 1 a 4 anos para quem pratica o crime, prejudicando os cofres dos clubes.<sup>18</sup>

Além da proteção e dos cuidados para com o direito do torcedor, o estatuto exige uma maior transparência e organização dos dirigentes esportivos; ademais, as entidades esportivas devem apresentar ao Ministério Público laudos técnicos que comprovem as condições de segurança nos estádios, gerando penalidades àqueles que descumprirem as normas, acarretando suspensões e até desligamento de cargos.

Apesar da criação do Estatuto do torcedor para combater atos violentos nos estádios de futebol, a violência nestas praças ainda não foi resolvida; pelo contrário,

---

16 ANÔNIMO. Vasco x São Caetano - Em 2000, o jogo que não terminou. O Curioso do Futebol – data indisponível – Disponível em: <<http://www.ocuriosodofutebol.com.br/2016/12/vasco-x-sao-caetano-em-2000-o-jogo-que.html>> acesso em 15/5/2018 <http://www.ocuriosodofutebol.com.br/2016/12/vasco-x-sao-caetano-em-2000-o-jogo-que.html>

17BRASIL. Lei nº 10.671/03. Estatuto de Defesa do Torcedor. Brasília: 2003.

18 BRASIL. Lei nº 10.671/03. Estatuto de Defesa do Torcedor. Brasília: 2003.

agrava a cada dia. Diante deste fato, será analisado este problema na sociedade brasileira.

## **2. O problema social da violência no futebol brasileiro**

Em relação à segurança no futebol, o Brasil é o país que ocupa o primeiro lugar em mortes comprovadas de torcedores por conflitos entre grupos violentos e delinquentes que se infiltraram nas torcidas organizadas de futebol<sup>19</sup>.

Segundo o Doutor em Sociologia, Maurício Murad<sup>20</sup>, existe uma cultura de violência em todo o mundo; todavia, no Brasil, é mais intensa, uma vez que o país é considerado o campeão em número de mortes entre torcedores por conflitos nas torcidas organizadas. Murad afirma que 3% dos delitos acontecem no âmbito do Futebol, e isto se dá também pelo fato de ainda existir uma cultura machista e violenta no país, caracterizado justamente por abrigar uma sociedade com um grau de violência muito alto.

Uma onda de violência vem ocorrendo nos jogos de futebol onde há arrastão, agressões, empurra-empurra e furto nas praças esportivas. No ano de 2017, foram registrados cerca de 104 episódios violentos ligados ao futebol brasileiro, episódios estes que resultaram em 11 mortes de torcedores, decorrente de um quadro de insegurança que aterroriza um dos principais estados que possui influência no futebol, o Rio de Janeiro<sup>21</sup>.

O futebol, por ser um esporte da massa, reflete em maior forma a violência. Soma-se mais de três décadas desde que foram registradas as primeiras mortes no Brasil referentes a brigas entre torcidas, e o problema não foi estancado.

Segundo Murad, essas e outras mortes são consequências da infiltração de facções do crime organizado nas principais torcidas uniformizadas do Brasil – e da falta de atitudes concretas do poder público para conter o problema<sup>22</sup>.

---

19 MURAD, M. A Violência no futebol, novas pesquisas, novas ideias, novas propostas. São Paulo: Benvirá, 2017, p.21.

20 MURAD, Mauricio. A violência no futebol: novas pesquisas, novas ideias, novas propostas. São Paulo, Editora Benvirá, 2017.

21 PIREZ, Breiller. A violência no futebol como um retrato do Brasil. El País – 31/12/2017 – Disponível em: <[https://brasil.elpais.com/brasil/2017/12/28/deportes/1514427700\\_914142.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2017/12/28/deportes/1514427700_914142.html)> acesso em 13/5/2018.

22 MURAD, M. A Violência no futebol, novas pesquisas, novas ideias, novas propostas. São Paulo: Benvirá, 2017.

As associações de torcedores de futebol de um determinado clube esportivo no Brasil são denominadas Torcidas Uniformizadas ou simplesmente Torcida Organizada. Tem como objetivo buscar a melhor maneira de apoiar o time de coração, seja com bandeiras, cantos, mosaicos e performances dentro e fora do estádio<sup>23</sup>.

A primeira organização dessa natureza teve início com a fundação da Torcida Organizada do São Paulo, em 1940 e, também, da Charanga Rubro Negra, que representava o Flamengo, em 1942<sup>24</sup>. Em dezembro de 2014, foi criada a ANATORG<sup>25</sup>, Associação Nacional das Torcidas Organizadas, onde se encontra a maior reunião dessas entidades no Brasil, a qual vem tentando “limpar” a imagem das organizadas, aproximando os principais líderes e também agremiações de torcedores, objetivando a paz.

Tanta festa e apoio, em pouco tempo e de forma inexplicável, são capazes de formar uma tremenda confusão. As torcidas organizadas desempenham um papel essencial dentro dos estádios e, de fato, tomam conta do futebol brasileiro. Todavia, em muitas ocasiões, a paixão pelo clube ultrapassa os limites e deixa de ser belo e prejudica o espetáculo esportivo<sup>26</sup>.

O sociólogo Maurício Murad, professor e doutor em sociologia do esporte, coordena um levantamento anual realizado pela Pesquisa de Mestrado da Universo, responsável pelos dados obtidos nessa pesquisa, que tem como intuito estudar o comportamento das torcidas. “Os distúrbios mais recentes no Maracanã apenas confirmam a incapacidade das autoridades em lidar com a violência no futebol”<sup>27</sup>.

A final da Sul-Americana, realizada em dezembro de 2017, foi palco de uma barbárie tão grave que desencadeou uma punição para o Flamengo, mandante do jogo,

---

23 FROTA, Jorge Henrique Sousa. Torcidas Organizadas? A realidade e o Estatuto do Torcedor. Jus Brasil – 4/6/2015 Disponível em: <<https://jhfrota.jusbrasil.com.br/artigos/249392908/torcidas-organizadas-a-realidade-e-o-estatuto-do-torcedor-parte-ii>> acesso em 3/6/2018

24 MURAD, M. A Violência no futebol, novas pesquisas, novas ideias, novas propostas. São Paulo: Benvirá, 2017, p. 109.

25 AZEVEDO, André. Presidente ANATORG. Quem Somos. Anatorg – 13/12/2014 – Disponível em: <http://anatorg.com.br/x/quem-somos/> acesso em: 13/5/2018.

26 SANSÃO, Letícia. Mundo das Torcidas Organizadas. Revista Vavel. Disponível em: 25/9/2017. Disponível em: <<https://www.vavel.com/br/futebol/2017/09/25/831098-mundo-das-torcidas-organizadas-da-paixao-a-violencia.html>> Acesso em: 2/6/2018.

27 PIRES, Breiller. A violência no futebol como um retrato do Brasil. El País – 31/12/2017 – Disponível em: <[https://brasil.elpais.com/brasil/2017/12/28/deportes/1514427700\\_914142.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2017/12/28/deportes/1514427700_914142.html)> acesso em 13/5/2018.

denunciado pelo Tribunal de Disciplina da Conmebol, resultando na perda do mando de campo e pagamento de multa.

Tal contexto mostra que o futebol do Rio de Janeiro vem sendo ofuscado constantemente pela violência. Esse caso em tela não foi o único do ano de 2017. No início do primeiro semestre, um torcedor do Botafogo foi assassinado com um espeto de churrasco por flamenguistas, próximo ao estádio de futebol Engenhão. No mês de julho do mesmo ano, um vascaíno morreu vítima do confronto entre a PM e as organizadas em torno de São Januário. O ocorrido em 13 de dezembro é emblemático, cerca de oito mil torcedores invadiram o estádio, a qual foi uma ação já pensada pelas torcidas organizadas, segundo a polícia.<sup>28</sup>

No ano de 1995, cerca de 101 torcedores ficaram gravemente feridos no estádio do Pacaembu, durante uma batalha campal. Desde então, as autoridades brasileiras deram início às ações especiais de enfrentamento à violência no futebol das torcidas uniformizadas.

Em algumas situações, optou-se pela proibição ao comparecimento nos estádios após terem membros envolvidos em episódios violentos. Entretanto, a postura meramente repressora contra esses grupos uniformizados se mostra ineficaz, de acordo com especialistas, no âmbito de uma sociedade que registra mais de 61.000 homicídios por ano e tem a terceira maior população carcerária do mundo<sup>29</sup>.

Segundo Murad<sup>30</sup>, uma investigação realizada pelo Núcleo de Sociologia do Futebol da Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ) em 2009 e atualizada pelo Programa de Mestrado da Univero, RJ, 2016, mostrou que, para mais de dois terços (69,5%) dos torcedores, a violência é a maior causa de afastamento do público dos estádios brasileiros, seguida de preços (ingresso e alimentação), transporte, horário e falta de conforto nos estádios.

---

28 PIRES, Breiller. A violência no futebol como um retrato do Brasil. El País – 31/12/2017 – Disponível em: <[https://brasil.elpais.com/brasil/2017/12/28/deportes/1514427700\\_914142.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2017/12/28/deportes/1514427700_914142.html)> acesso em 13/5/2018.

29 PIRES, Breiller. A violência no futebol como um retrato do Brasil. El País – 31/12/2017 – Disponível em: <[https://brasil.elpais.com/brasil/2017/12/28/deportes/1514427700\\_914142.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2017/12/28/deportes/1514427700_914142.html)> acesso em 13/5/2018.

30 MURAD, M. A Violência no futebol, novas pesquisas, novas ideias, novas propostas. São Paulo: Benvirá, 2017, p. 37.

Portanto, vários fatores combinados afastam o público dos estádios brasileiros, mas, sem dúvidas, o principal deles é a violência e a falta de segurança pública nestes locais.

## **2.1 Mecanismos implementados nos estádios brasileiros no combate à violência**

A fim de combater a situação da violência nas praças desportivas, alguns mecanismos foram utilizados como, por exemplo, em 2007, foi criado o programa Torcida Legal, o qual surgiu após um diálogo entre a sociedade organizada, Ministério do Esporte (ME), Ministério da Justiça (MJ), Confederação Brasileira de Futebol (CBF), Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais do Ministério Público dos Estados e da União (CNPGE) com a missão de planejamento e elaboração de medidas jurídico-operacionais voltadas para segurança e conforto de torcedores nos estádios de futebol<sup>31</sup>. Uma organização sem fins lucrativos que atuava em nível nacional na busca de soluções que promoveriam a paz nos estádios e a melhora na imagem do Brasil como o país do futebol<sup>32</sup>.

Entretanto, esse programa antiviolaência foi abandonado. O programa previa a compra de equipamentos de vigilância dos estádios dos clubes das Séries A e B do Brasileiro, além da promoção do cadastro biométrico de todos integrantes de facções organizadas no Brasil. No entanto, verificou-se problemas no processo licitatório, lobby de empresa que confecciona ingressos e o desinteresse do ministro Aldo Rebelo<sup>33</sup>.

O ex-secretário de futebol, Toninho Nascimento, alega que não há falta de mecanismos no combate à violência nas praças desportivas, mas, sim, a vontade de cumprir o Estatuto do Torcedor. A lei é bastante clara em relação a essa violência nos estádios, ou seja, o torcedor que arrumar confusão poderá ficar banido por até três anos dos campos e terá de comparecer a uma delegacia horas antes das partidas de seu clube

---

31 BRASIL. Ministério do Esporte. Coletânea Esporte e Lazer: Políticas de Estado (2.:2009: Ministério do Esporte DF) Caderno III: Desenvolvimento Institucional. 2009. Disponível em: <<http://www2.esporte.gov.br/conferencianacional/arquivos/coletaneaCadernoIII.pdf>> acesso em 03/06/18.

32 TORCIDA LEGAL. Disponível em: <<http://torcidalegal.org.br/quem-somos-2/>> acesso em: 03/06/2018

33BURLÁ, Léo. Programa antiviolaência nos estádios do Ministério do Esporte é abandonado. Lance – 16/03/2013 – Disponível em: <<https://www.lance.com.br/futebol-nacional/programa-anti-violencia-estadios-ministerio-esporte-abandonado.html>> acesso em: 31/6/2018.

do coração. Se não for até a delegacia, uma viatura poderá buscá-lo em sua própria casa<sup>34</sup>. No entanto, tal mecanismo ainda não é efetivo.

### 2.1.1 O Caso dos *Hooligans*

A Copa dos Campeões da Europa reunia os fãs aficionados do Liverpool (ingleses) contra os torcedores da Juventus (italianos). Disputado no estádio Heysel, em Bruxelas, há cerca de 30 anos, a violência dos torcedores ingleses iria entrar para história. Os *hooligans*, assim como eram denominados, causavam terror nas ruas e nos campos, promovendo o caos por onde passavam, provocando a exclusão das equipes do país das competições europeias por cinco anos. O motivo foi a morte de 39 torcedores italianos<sup>35</sup>.

Mas isso não foi o bastante. Em 1989, na final da Copa da Inglaterra, ocorreu a maior tragédia, onde uma massa de torcedores do Liverpool forçou a entrada no estádio de Hillsborough. A grade que separava o campo das arquibancadas não resistiu à pressão resultando no esmagamento de 96 torcedores<sup>36</sup>.

O magistrado Peter Murray Taylor foi encarregado de preparar um relatório sobre a tragédia, que foi concluído no final de 1990 e dizia o seguinte: “o comportamento e a segurança da multidão estão diretamente relacionados à qualidade das acomodações e instalações”<sup>37</sup>. Desde então, trinta estádios foram construídos e outras centenas reformados.

Além das reformas, houve a criação de uma política de prevenção de violência, que consistia na contenção dos baderneiros antes de cada jogo, onde a polícia os identificava previamente. Com o sistema de monitoramento dentro e fora dos estádios, a polícia conseguia fazer uma varredura com o objetivo de evitar os torcedores

---

34 NOTÍCIAS DO DIA. Programa antiviolença nos estádios do Ministério do Esporte é abandonado. Disponível em: <<https://ndonline.com.br/florianopolis/esportes/programa-anti-violencia-nos-estadios-do-ministerio-do-esporte-e-abandonado>> acesso em: 16/5/2018.

35 SALVADOR, Alexandre; ZALIR, Pieter. Como a Inglaterra acabou com a barbárie das torcidas. Revista Veja. Disponível em 14/12/2013 <<https://veja.abril.com.br/esporte/como-a-inglaterra-acabou-com-a-barbarie-das-torcidas/>> acesso em: 16/5/2018.

36 SALVADOR, Alexandre; ZALIR, Pieter. Como a Inglaterra acabou com a barbárie das torcidas. Revista Veja. Disponível em 14/12/2013 < <https://veja.abril.com.br/esporte/como-a-inglaterra-acabou-com-a-barbarie-das-torcidas/>> acesso em: 16/5/2018.

37 SALVADOR, Alexandre; ZALIR, Pieter. Como a Inglaterra acabou com a barbárie das torcidas. Revista Veja. Disponível em 14/12/2013 < <https://veja.abril.com.br/esporte/como-a-inglaterra-acabou-com-a-barbarie-das-torcidas/>> acesso em: 16/5/2018.

problemáticos; aquele que, por ventura, consegue passar é identificado e retirado do estádio<sup>38</sup>.

As penalidades resultaram a partir da Ordem de Banimento do Futebol, que faz parte da nova política de prevenção da violência dos estádios. Aquele torcedor que entrar em brigas nos jogos recebe essa ordem e é obrigado a ficar afastado dos estádios, podendo chegar até 10 anos de banimento. Outra medida juntamente com o banimento é a detenção do torcedor em uma delegacia enquanto seu time joga. Caso a seleção inglesa jogue fora do país, o torcedor é obrigado a entregar seu passaporte cinco dias antes dos jogos. E caso o torcedor não cumpra com as ordens, poderá ir à prisão.<sup>39</sup>

Outros países, como a Alemanha e a Espanha, seguiram as mesmas regras da Inglaterra a fim de combater a violência nos estágios e obtiveram êxito, sendo fundamental a política criada pelos ingleses para o futebol europeu<sup>40</sup>. Este é um exemplo de mecanismo implementado de forma adequada e que levou resultados eficientes aos países que estruturaram tal norma.

O uso Ao longo da história, foram criadas proteções ao torcedor devido à importância que o esporte ganhou na sociedade, principalmente o futebol no Brasil. Em 16/5/2003, entrou em vigor a Lei nº 10.671/03<sup>41</sup>, que dispõe sobre o Estatuto de Defesa do Torcedor (“Estatuto do Torcedor”) com o intuito de proteger o torcedor nestes eventos desportivos.

Ocorre que os dados demonstram que a violência nos estádios é grande e já vem ocorrendo há muito tempo. Quem sofre com esta falta de segurança é o próprio cidadão brasileiro, tanto aquele que vai ao estádio para assistir ao evento quanto aquele que deixa de ir por insegurança.

Ao observarmos os mecanismos que já foram implementados para assegurar uma maior segurança aos torcedores nas praças desportivos, é possível verificar que são

---

38 SALVADOR, Alexandre; ZALIR, Pieter. Como a Inglaterra acabou com a barbárie das torcidas. Revista Veja. Disponível em 14/12/2013 < <https://veja.abril.com.br/esporte/como-a-inglaterra-acabou-com-a-barbarie-das-torcidas/> > acesso em: 16/5/2018.

39 SALVADOR, Alexandre; ZALIR, Pieter. Como a Inglaterra acabou com a barbárie das torcidas. Revista Veja. Disponível em 14/12/2013 < <https://veja.abril.com.br/esporte/como-a-inglaterra-acabou-com-a-barbarie-das-torcidas/> > acesso em: 16/5/2018.

40 SALVADOR, Alexandre; ZALIR, Pieter. Como a Inglaterra acabou com a barbárie das torcidas. Disponível em 14/12/2013 < <https://veja.abril.com.br/esporte/como-a-inglaterra-acabou-com-a-barbarie-das-torcidas/> > acesso em: 16/5/2018.

41 BRASIL. Lei nº 10.671/03. Estatuto de Defesa do Torcedor. Brasília: 2003.

ferramentas eficientes e importantes neste combate à insegurança, porém, são pouco aplicadas ou nem são utilizadas na maioria dos estádios brasileiros.

Destarte, o presente estudo visa descrever o crescimento e processo de enraizamento do futebol brasileiro, destacando os principais pontos que contribuíram para a criação do Estatuto do Torcedor e de que forma a violência acontece nas principais praças esportivas do país, identificando em quais locais há um trabalho de prevenção, cuidado e segurança para com o torcedor.

Para ao final, identificar os fatores de que levam a não segurança do torcedor, mesmo possuindo regulamento no ordenamento jurídico para tal demanda.

Quando se fala em desporto no Brasil, é normal que se pense imediatamente no futebol; e isto não é de se estranhar, haja vista que é o esporte mais difundido no país e que já rendeu cinco Copas do Mundo e uma

infinidade de outros títulos<sup>42</sup>. O futebol, como estudo da dimensão do lazer, tem uma importante função social nas sociedades modernas de todo o mundo, onde este abre uma vasta gama de interpretações metodológicas. Pode-se definir futebol como um “ritual coletivo de intensa densidade dramática e cultural, pleno de conexões múltiplas com a realidade brasileira<sup>43</sup>”.

É importante salientar como se deu o processo de enraizamento do futebol na sociedade brasileira. Dessa forma, são dirigidos os olhares aos clubes que surgiram no Rio de Janeiro, no final do século XIX e início do XX, e que envolvia camadas cada vez mais vastas da população e o conseqüente envolvimento do Estado nessa modalidade esportiva<sup>44</sup>.

Em 1901, foi criada a Liga Paulista de Futebol, que realizou posteriormente o primeiro Campeonato Paulista. O time de Charles Miller<sup>45</sup> era uma sensação e foi tricampeão paulista. Os clubes que surgiam estavam se organizando e, até 1919, quase todos os estados brasileiros já possuíam um campeonato regional e sua federação. Em

---

42 DE SOUZA, Gustavo Lopes Pires. Estatuto do Torcedor: o direito do consumidor de atividades esportivas. *Revista Jurídica da Faminas*, v. 6, n. 1-2, 2015

43 MURAD, M. *Dos pés à cabeça* – Elementos básicos de sociologia do esporte. Rio de Janeiro: Irradiação Cultural, 1996.

44 REIS, Heloísa Helena Baldy. O espetáculo futebolístico e o estatuto de defesa do torcedor. Unicamp – Faculdade de Educação Física – Rev. Brás. Cienc, Esporte, Campinas, p. 111-130 2010.

45 É considerado o pai do futebol brasileiro. Charles Miller estudava na Inglaterra e lá teve contato com o futebol e, em 1894, trouxe uma bola e um conjunto de regras para o Brasil. A primeira partida de futebol no Brasil foi realizada em São Paulo, no dia 14 de abril de 1895.

1914, foi criada a Confederação Brasileira de Desportos (CDB), que administrava outros esportes além do futebol<sup>46</sup>.

Já, no ano de 1950, o Brasil sediou a Copa do Mundo e coincidiu com um momento de muita euforia e expectativa sobre a Seleção Brasileira; porém, a seleção foi derrotada na final do torneio pelo Uruguai. Essa derrota marcante causou diversas mudanças no futebol brasileiro, uma delas foi o fato de a seleção passar a jogar com o uniforme verde-amarelo ao invés da camisa branca, o esquema tático foi substituído pelos conhecidos 4-5-1 e 4-3-2-1, que, até então, era o mesmo para todos os clubes, criado pelo ex-técnico do Arsenal que desenhava um “WM” dentro de campo. Depois dessa época, o país

creceu em quantidade de craques de futebol e surgiram nomes como Garrincha, Pelé, Zagallo, Djalma Santos, Nílton Santos e Bellini<sup>47</sup>.

Vale ressaltar que uma das maiores conquistas do futebol brasileiro foi a posse definitiva da taça “Jules Rimet”, conquistada por causa das três vitórias consecutivas conseguidas em uma Copa do Mundo, no ano de 1958 na Suécia, em 1962 no Chile, e em 1970 no México. Em 1972, o Brasil ganhou a Taça Independência, denominada Mini-Copa no Brasil, pelo fato de a seleção brasileira ter batido o recorde mundial com 34 jogos sem perder<sup>48</sup>.

Em 1988, com a promulgação da Constituição Federal, iniciou-se um novo ciclo legislativo que viria a ser aplicado no desporto do país, além da inserção como direito fundamental no artigo 5º da referida Carta Magna. O artigo 217 faz menção ao esporte como dever do Estado<sup>49</sup>, que deve estimular práticas desportivas formais (desportos federados) e não-formais. Observando autonomia das entidades desportivas, destinação de recursos públicos para a promoção prioritária do desporto educacional, trato diferente do desporto profissional e não profissional e, ainda, o cuidado e incentivo às manifestações desportivas de nível nacional.

---

46 IANNI, Fernando. O Futebol Brasileiro: como tudo começou. Universidade do Futebol. Disponível em: 1/10/2010. Disponível em: <<https://universidadedofutebol.com.br/o-futebol-brasileiro-como-tudo-comecou/>> Acesso em: 3/6/2018.

47 IANNI, Fernando. O Futebol Brasileiro: como tudo começou. Universidade do Futebol. Disponível em: 1/10/2010. <https://universidadedofutebol.com.br/o-futebol-brasileiro-como-tudo-comecou/> Acesso em: 3/6/2018.

48 BORSARI, J. R. Futebol de campo. São Paulo: Editora Pedagógica e Universitária, 1975.

49 BRASIL. Constituição (1998). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: 1998.

O Estatuto do Torcedor<sup>50</sup> foi criado em 2003, sucedendo a já extinta Lei Zico (Lei n. 8.672/93), na qual previa:

Com a Lei Zico, o conceito de desporto, antes adstrito e centrado apenas no desporto de rendimento, foi ampliado para compreender o desporto na escola, de participação e lazer, assim como a Justiça Desportiva recebeu uma estrutura mais consistente. Em suma, houve uma redução considerável da interferência do Estado dentro dos esportes, bem como fortaleceu a iniciativa privada e a autonomia no âmbito desportivo, sob o mesmo ponto de vista,

extinguiu o velho Conselho Nacional de Desportos, que cumulava funções normativas (executivas e judiciais) e era muito burocrático.

Ainda sobre esse dispositivo, sucedeu-se a remoção de um entulho autoritário desportivo, revestido de instrumentos legais que pretendiam facilitar o modo operacional e funcional do ordenamento jurídico-desportivo, muito deficiente até então de normas adstritas a esse assunto, onde a proibição deu lugar à indução.

Após a revogação da Lei Zico, em 24 de março de 1998, surge a Lei Pelé, mantendo, em grande parte, as inovações trazidas pela Lei Zico e trazendo outras contribuições para o desporto nacional (para a grande maioria, contribuições para pior)<sup>51</sup>.

O Projeto de Lei n. 7262/02 deu origem ao nosso estatuto do torcedor no fim do governo FHC. O texto trouxe o argumento de que os direitos humanos juntamente com o direito de consumidor do torcedor eram evidentemente violados, de modo que estes eram elementos fundamentais para a fomentação do esporte brasileiro.

Vale destacar que entre a década de 90 e início dos anos 2000, a segurança nos estádios era precária. No Rio de Janeiro, o Maracanã sofria com as superlotações, por

---

50 BRASIL. Lei nº 10.671/03. Estatuto de Defesa do Torcedor. Brasília: 2003.

51 Antes da Lei Pelé, o "passe" dos atletas profissionais pertencia aos clubes. Depois da deletéria *lex sportiva*, a "posse" dos atletas, de fato, passou para agentes e empresários, ou, como averba Ives Gandra Martins "a nova lei simplesmente tirou os jogadores dos clubes e os repassou para os empresários". E os clubes que sempre foram celeiros de craques transfiguraram-se, na maioria dos casos, em "laranjas" dos empresários. Com efeito, com poucas exceções, estes agentes atuam como "atravessadores desportivos"; quer dizer, autênticos "senhores feudais" dos atletas, "apropriando-se" deles como se fossem "res" e induzindo-os à "mercenarização" desportiva motivada por contratos em dólares ou euros. (FILHO, Álvaro Melo. "Laranjas" desportivos: uma contribuição de "pioria" da Lei Pelé. Migalhas – 15/8/2007 – Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI43647,11049-Laranjas+desportivos+uma+contribuicao+de+pioria+da+Lei+Pele>> acesso em: 15 de maio de 2018).

exemplo, na decisão do Campeonato Brasileiro de 1992 entre Flamengo e Botafogo, que registrou a morte de três torcedores e outros noventa feridos<sup>52</sup>.

No ano de 1995, o estádio do Pacaembu sediou a final da Super Copa de Futebol Júnior. No balanço geral, um torcedor morreu e outros 101 ficaram feridos durante briga entre palmeirenses e são-paulinos<sup>53</sup>. Já, no ano 2000,

Vasco e São Caetano se enfrentaram na Copa João Havelange, no estádio de São Januário (RJ), a partida rendeu 150 feridos<sup>54</sup>.

Diante desses acontecimentos, o então atual ministro dos esportes, Aldo Rebelo, impulsionou o fortalecimento dos direitos do torcedor no Plenário da Câmara em fevereiro de 2003. A tramitação foi rápida e não sofreu qualquer alteração, mantendo seu texto original para aprovação.

O Estatuto foi criado com o intuito de proteger e defender, de uma forma mais eficaz, os direitos do Torcedor, ou seja, a prevenção da violência nos esportes, a segurança nos locais onde são realizados os eventos esportivos, antes, durante e após a realização das partidas.

Define, então, o torcedor como todo aquele que aprecie, apoie ou se associe a qualquer entidade de prática desportiva do país e acompanhe a prática de determinada modalidade esportiva (art. 1º e 2º do Estatuto), que tem como objetivo principal a segurança do torcedor, bem como a prevenção à violência nos estádios.<sup>55</sup>

Neste ínterim, o Estatuto do Torcedor foi direcionado ao regramento de conduta e responsabilização do próprio torcedor, que, cumprindo o seu papel, permitirá um grande enriquecimento nos eventos esportivos, principalmente o futebol. A principal inovação da lei foi a criminalização de uma conduta que, há tempos, prejudica nossa sociedade, não necessariamente em espetáculos esportivos, mas eventos culturais em

---

52 POMBO, Bernardo. Et. Al. A Queda, 25 anos depois. Globo Esporte – 19/07/2017 – Disponível em: <<https://globoesporte.globo.com/futebol/times/flamengo/noticia/a-queda-25-anos-depois.ghtml>> acesso em: 15/05/2018.

53 BONO, Isabella. Jogo Limpo Nos Campos E Nas Arquibancadas. Jornalismo Júnior – 2/10/11 – Disponível em: <<http://jpress.jornalismojunior.com.br/2011/10/violencia-futebol-torcida-copa-mundo/>> acesso em: 15/5/2018 <http://jpress.jornalismojunior.com.br/2011/10/violencia-futebol-torcida-copa-mundo/>

54 ANÔNIMO. Vasco x São Caetano - Em 2000, o jogo que não terminou. O Curioso do Futebol – data indisponível – Disponível em: <<http://www.ocuriosodofutebol.com.br/2016/12/vasco-x-sao-caetano-em-2000-o-jogo-que.html>> acesso em 15/5/2018 <http://www.ocuriosodofutebol.com.br/2016/12/vasco-x-sao-caetano-em-2000-o-jogo-que.html>

55BRASIL. Lei nº 10.671/03. Estatuto de Defesa do Torcedor. Brasília: 2003.

geral. Os dispositivos 41-F e 41-G trazem penalidade de 1 a 4 anos para quem pratica o crime, prejudicando os cofres dos clubes.<sup>56</sup>

Além da proteção e dos cuidados para com o direito do torcedor, o estatuto exige uma maior transparência e organização dos dirigentes esportivos; ademais, as entidades esportivas devem apresentar ao Ministério Público laudos técnicos que comprovem as condições de segurança nos estádios, gerando penalidades àqueles que descumprirem as normas, acarretando suspensões e até desligamento de cargos.

Apesar da criação do Estatuto do torcedor para combater atos violentos nos estádios de futebol, a violência nestas praças ainda não foi resolvida; pelo contrário, agrava a cada dia. Diante deste fato, será analisado este problema na sociedade brasileira.

Em relação à segurança no futebol, o Brasil é o país que ocupa o primeiro lugar em mortes comprovadas de torcedores por conflitos entre grupos violentos e delinquentes que se infiltraram nas torcidas organizadas de futebol<sup>57</sup>.

Segundo o Doutor em Sociologia, Maurício Murad<sup>58</sup>, existe uma cultura de violência em todo o mundo; todavia, no Brasil, é mais intensa, uma vez que o país é considerado o campeão em número de mortes entre torcedores por conflitos nas torcidas organizadas. Murad afirma que 3% dos delitos acontecem no âmbito do Futebol, e isto se dá também pelo fato de ainda existir uma cultura machista e violenta no país, caracterizado justamente por abrigar uma sociedade com um grau de violência muito alto.

Uma onda de violência vem ocorrendo nos jogos de futebol onde há arrastão, agressões, empurra-empurra e furto nas praças esportivas. No ano de 2017, foram registrados cerca de 104 episódios violentos ligados ao futebol brasileiro, episódios estes que resultaram em 11 mortes de torcedores, decorrente de um quadro de

---

56 BRASIL. Lei nº 10.671/03. Estatuto de Defesa do Torcedor. Brasília: 2003.

57 MURAD, M. A Violência no futebol, novas pesquisas, novas ideias, novas propostas. São Paulo: Benvirá, 2017, p.21.

58 MURAD, Mauricio. A violência no futebol: novas pesquisas, novas ideias, novas propostas. São Paulo, Editora Benvirá, 2017.

insegurança que aterroriza um dos principais estados que possui influência no futebol, o Rio de Janeiro<sup>59</sup>.

O futebol, por ser um esporte da massa, reflete em maior forma a violência. Soma-se mais de três décadas desde que foram registradas as primeiras mortes no Brasil referentes a brigas entre torcidas, e o problema não foi estancado.

Segundo Murad, essas e outras mortes são consequências da infiltração de facções do crime organizado nas principais torcidas uniformizadas do Brasil – e da falta de atitudes concretas do poder público para conter o problema<sup>60</sup>.

As associações de torcedores de futebol de um determinado clube esportivo no Brasil são denominadas Torcidas Uniformizadas ou simplesmente Torcida Organizada. Tem como objetivo buscar a melhor maneira de apoiar o time de coração, seja com bandeiras, cantos, mosaicos e performances dentro e fora do estádio<sup>61</sup>.

A primeira organização dessa natureza teve início com a fundação da Torcida Organizada do São Paulo, em 1940 e, também, da Charanga Rubro Negra, que representava o Flamengo, em 1942<sup>62</sup>. Em dezembro de 2014, foi criada a ANATORG<sup>63</sup>, Associação Nacional das Torcidas Organizadas, onde se encontra a maior reunião dessas entidades no Brasil, a qual vem tentando “limpar” a imagem das organizadas, aproximando os principais líderes e também agremiações de torcedores, objetivando a paz.

Tanta festa e apoio, em pouco tempo e de forma inexplicável, são capazes de formar uma tremenda confusão. As torcidas organizadas desempenham um papel essencial dentro dos estádios e, de fato, tomam conta do futebol brasileiro. Todavia, em

---

59 PIRES, Breiller. A violência no futebol como um retrato do Brasil. El País – 31/12/2017 – Disponível em: <[https://brasil.elpais.com/brasil/2017/12/28/deportes/1514427700\\_914142.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2017/12/28/deportes/1514427700_914142.html)> acesso em 13/5/2018.

60 MURAD, M. A Violência no futebol, novas pesquisas, novas ideias, novas propostas. São Paulo: Benvirá, 2017.

61 FROTA, Jorge Henrique Sousa. Torcidas Organizadas? A realidade e o Estatuto do Torcedor. Jus Brasil – 4/6/2015 Disponível em: <<https://jhfrota.jusbrasil.com.br/artigos/249392908/torcidas-organizadas-a-realidade-e-o-estatuto-do-torcedor-parte-ii>> acesso em 3/6/2018

62 MURAD, M. A Violência no futebol, novas pesquisas, novas ideias, novas propostas. São Paulo: Benvirá, 2017, p. 109.

63 AZEVEDO, André. Presidente ANATORG. Quem Somos. Anatorg – 13/12/2014 – Disponível em: <http://anatorg.com.br/x/quem-somos/> acesso em: 13/5/2018.

muitas ocasiões, a paixão pelo clube ultrapassa os limites e deixa de ser belo e prejudica o espetáculo esportivo<sup>64</sup>.

O sociólogo Maurício Murad, professor e doutor em sociologia do esporte, coordena um levantamento anual realizado pela Pesquisa de Mestrado da Universo, responsável pelos dados obtidos nessa pesquisa, que tem como intuito estudar o comportamento das torcidas. “Os distúrbios mais

recentes no Maracanã apenas confirmam a incapacidade das autoridades em lidar com a violência no futebol”<sup>65</sup>.

A final da Sul-Americana, realizada em dezembro de 2017, foi palco de uma barbárie tão grave que desencadeou uma punição para o Flamengo, mandante do jogo, denunciado pelo Tribunal de Disciplina da Conmebol, resultando na perda do mando de campo e pagamento de multa.

Tal contexto mostra que o futebol do Rio de Janeiro vem sendo ofuscado constantemente pela violência. Esse caso em tela não foi o único do ano de 2017. No início do primeiro semestre, um torcedor do Botafogo foi assassinado com um espeto de churrasco por flamenguistas, próximo ao estádio de futebol Engenhão. No mês de julho do mesmo ano, um vascaíno morreu vítima do confronto entre a PM e as organizadas em torno de São Januário. O ocorrido em 13 de dezembro é emblemático, cerca de oito mil torcedores invadiram o estádio, a qual foi uma ação já pensada pelas torcidas organizadas, segundo a polícia.<sup>66</sup>.

No ano de 1995, cerca de 101 torcedores ficaram gravemente feridos no estádio do Pacaembu, durante uma batalha campal. Desde então, as autoridades brasileiras deram início às ações especiais de enfrentamento à violência no futebol das torcidas uniformizadas.

Em algumas situações, optou-se pela proibição ao comparecimento nos estádios após terem membros envolvidos em episódios violentos. Entretanto, a postura

---

64 SANSÃO, Letícia. Mundo das Torcidas Organizadas. Revista Vavel. Disponível em: 25/9/2017. Disponível em: <<https://www.vavel.com/br/futebol/2017/09/25/831098-mundo-das-torcidas-organizadas-da-paixao-a-violencia.html>> Acesso em: 2/6/2018.

65 PIRES, Breiller. A violência no futebol como um retrato do Brasil. El País – 31/12/2017 – Disponível em: <[https://brasil.elpais.com/brasil/2017/12/28/deportes/1514427700\\_914142.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2017/12/28/deportes/1514427700_914142.html)> acesso em 13/5/2018.

66 PIRES, Breiller. A violência no futebol como um retrato do Brasil. El País – 31/12/2017 – Disponível em: <[https://brasil.elpais.com/brasil/2017/12/28/deportes/1514427700\\_914142.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2017/12/28/deportes/1514427700_914142.html)> acesso em 13/5/2018.

meramente repressora contra esses grupos uniformizados se mostra ineficaz, de acordo com especialistas, no âmbito de uma sociedade que registra mais de 61.000 homicídios por ano e tem a terceira maior população carcerária do mundo<sup>67</sup>.

Segundo Murad<sup>68</sup>, uma investigação realizada pelo Núcleo de Sociologia do Futebol da Universidade Estadual do Rio de Janeiro (Uerj) em

2009 e atualizada pelo Programa de Mestrado da Universo, RJ, 2016, mostrou que, para mais de dois terços (69,5%) dos torcedores, a violência é a maior causa de afastamento do público dos estádios brasileiros, seguida de preços (ingresso e alimentação), transporte, horário e falta de conforto nos estádios.

Portanto, vários fatores combinados afastam o público dos estádios brasileiros, mas, sem dúvidas, o principal deles é a violência e a falta de segurança pública nestes locais.

A fim de combater a situação da violência nas praças desportivas, alguns mecanismos foram utilizados como, por exemplo, em 2007, foi criado o programa Torcida Legal, o qual surgiu após um diálogo entre a sociedade organizada, Ministério do Esporte (ME), Ministério da Justiça (MJ), Confederação Brasileira de Futebol (CBF), Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais do Ministério Público dos Estados e da União (CNPGE) com a missão de planejamento e elaboração de medidas jurídico-operacionais voltadas para segurança e conforto de torcedores nos estádios de futebol<sup>69</sup>. Uma organização sem fins lucrativos que atuava em nível nacional na busca de soluções que promoveriam a paz nos estádios e a melhora na imagem do Brasil como o país do futebol<sup>70</sup>.

Entretanto, esse programa antiviolência foi abandonado. O programa previa a compra de equipamentos de vigilância dos estádios dos clubes das Séries A e B do Brasileiro, além da promoção do cadastro biométrico de todos integrantes de facções

---

67 PIRES, Breiller. A violência no futebol como um retrato do Brasil. El País – 31/12/2017 – Disponível em: <[https://brasil.elpais.com/brasil/2017/12/28/deportes/1514427700\\_914142.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2017/12/28/deportes/1514427700_914142.html)> acesso em 13/5/2018.

68 MURAD, M. A Violência no futebol, novas pesquisas, novas ideias, novas propostas. São Paulo: Benvirá, 2017, p. 37.

69 BRASIL. Ministério do Esporte. Coletânea Esporte e Lazer: Políticas de Estado (2.:2009: Ministério do Esporte DF) Caderno III: Desenvolvimento Institucional. 2009. Disponível em: <<http://www2.esporte.gov.br/conferencianacional/arquivos/coletaneaCadernoIII.pdf>> acesso em 03/06/18.

70 TORCIDA LEGAL. Disponível em: <<http://torcidalegal.org.br/quem-somos-2/>> acesso em: 03/06/2018

organizadas no Brasil. No entanto, verificou-se problemas no processo licitatório, lobby de empresa que confecciona ingressos e o desinteresse do ministro Aldo Rebelo<sup>71</sup>.

O ex-secretário de futebol, Toninho Nascimento, alega que não há falta de mecanismos no combate à violência nas praças desportivas, mas, sim, a vontade de cumprir o Estatuto do Torcedor. A lei é bastante clara em relação a essa violência nos estádios, ou seja, o torcedor que arrumar confusão poderá ficar banido por até três anos dos campos e terá de comparecer a uma delegacia horas antes das partidas de seu clube do coração. Se não for até a delegacia, uma viatura poderá buscá-lo em sua própria casa<sup>72</sup>. No entanto, tal mecanismo ainda não é efetivo.

A Copa dos Campeões da Europa reunia os fãs aficionados do Liverpool (ingleses) contra os torcedores da Juventus (italianos). Disputado no estádio Heysel, em Bruxelas, há cerca de 30 anos, a violência dos torcedores ingleses iria entrar para história. Os *hooligans*, assim como eram denominados, causavam terror nas ruas e nos campos, promovendo o caos por onde passavam, provocando a exclusão das equipes do país das competições europeias por cinco anos. O motivo foi a morte de 39 torcedores italianos<sup>73</sup>.

Mas isso não foi o bastante. Em 1989, na final da Copa da Inglaterra, ocorreu a maior tragédia, onde uma massa de torcedores do Liverpool forçou a entrada no estádio de Hillsborough. A grade que separava o campo das arquibancadas não resistiu à pressão resultando no esmagamento de 96 torcedores<sup>74</sup>.

O magistrado Peter Murray Taylor foi encarregado de preparar um relatório sobre a tragédia, que foi concluído no final de 1990 e dizia o seguinte: “o comportamento e a segurança da multidão estão diretamente relacionados à

---

71BURLÁ, Léo. Programa antiviolência nos estádios do Ministério do Esporte é abandonado. Lance – 16/03/2013 – Disponível em: <<https://www.lance.com.br/futebol-nacional/programa-anti-violencia-estadios-ministerio-esporte-abandonado.html>> acesso em: 31/6/2018.

72 NOTÍCIAS DO DIA. Programa antiviolência nos estádios do Ministério do Esporte é abandonado. Disponível em: <<https://ndonline.com.br/florianopolis/esportes/programa-anti-violencia-nos-estadios-do-ministerio-do-esporte-e-abandonado>> acesso em: 16/5/2018.

73 SALVADOR, Alexandre; ZALIR, Pieter. Como a Inglaterra acabou com a barbárie das torcidas. Revista Veja. Disponível em 14/12/2013 <<https://veja.abril.com.br/esporte/como-a-inglaterra-acabou-com-a-barbarie-das-torcidas/>> acesso em: 16/5/2018.

74 SALVADOR, Alexandre; ZALIR, Pieter. Como a Inglaterra acabou com a barbárie das torcidas. Revista Veja. Disponível em 14/12/2013 < <https://veja.abril.com.br/esporte/como-a-inglaterra-acabou-com-a-barbarie-das-torcidas/>> acesso em: 16/5/2018.

qualidade das acomodações e instalações”<sup>75</sup>. Desde então, trinta estádios foram construídos e outras centenas reformados.

Além das reformas, houve a criação de uma política de prevenção de violência, que consistia na contenção dos baderneiros antes de cada jogo, onde a polícia os identificava previamente. Com o sistema de monitoramento dentro e fora dos estádios, a polícia conseguia fazer uma varredura com o objetivo de evitar os torcedores problemáticos; aquele que, por ventura, consegue passar é identificado e retirado do estádio<sup>76</sup>.

As penalidades resultaram a partir da Ordem de Banimento do Futebol, que faz parte da nova política de prevenção da violência dos estádios. Aquele torcedor que entrar em brigas nos jogos recebe essa ordem e é obrigado a ficar afastado dos estádios, podendo chegar até 10 anos de banimento. Outra medida juntamente com o banimento é a detenção do torcedor em uma delegacia enquanto seu time joga. Caso a seleção inglesa jogue fora do país, o torcedor é obrigado a entregar seu passaporte cinco dias antes dos jogos. E caso o torcedor não cumpra com as ordens, poderá ir à prisão.<sup>77</sup>

Outros países, como a Alemanha e a Espanha, seguiram as mesmas regras da Inglaterra a fim de combater a violência nos estágios e obtiveram êxito, sendo fundamental a política criada pelos ingleses para o futebol europeu<sup>78</sup>. Este é um exemplo de mecanismo implementado de forma adequada e que levou resultados eficientes aos países que estruturaram tal norma.

### **2.1.2 Da Biometria implantada no estádio Arena da Baixada**

Implantado em 2014, o estádio do clube Atlético Paranaense, o Arena da Baixada, é o único no Brasil com acesso 100% biométrico e vem se tornando referência

---

75 SALVADOR, Alexandre; ZALIR, Pieter. Como a Inglaterra acabou com a barbárie das torcidas. Revista Veja. Disponível em 14/12/2013 < <https://veja.abril.com.br/esporte/como-a-inglaterra-acabou-com-a-barbarie-das-torcidas/>> acesso em: 16/5/2018.

76 SALVADOR, Alexandre; ZALIR, Pieter. Como a Inglaterra acabou com a barbárie das torcidas. Revista Veja. Disponível em 14/12/2013 < <https://veja.abril.com.br/esporte/como-a-inglaterra-acabou-com-a-barbarie-das-torcidas/>> acesso em: 16/5/2018.

77 SALVADOR, Alexandre; ZALIR, Pieter. Como a Inglaterra acabou com a barbárie das torcidas. Revista Veja. Disponível em 14/12/2013 <<https://veja.abril.com.br/esporte/como-a-inglaterra-acabou-com-a-barbarie-das-torcidas/>> acesso em: 16/5/2018.

78 SALVADOR, Alexandre; ZALIR, Pieter. Como a Inglaterra acabou com a barbárie das torcidas. Disponível em 14/12/2013 <<https://veja.abril.com.br/esporte/como-a-inglaterra-acabou-com-a-barbarie-das-torcidas/>> acesso em: 16/5/2018.

no futebol de todo o país. Inicialmente funcionava apenas nos setores das organizadas. O clube tem total controle de quem entra e de quem sai do estádio e pode identificar qualquer torcedor dentro ou nas proximidades do local<sup>79</sup>.

O sistema da Arena da Baixada realiza buscas na base de dados do Governo do Estado do Paraná, como no Departamento Estadual de Trânsito e no Instituto de Identificação. Segundo Fernando Volpato, diretor de operações deste Estádio, se o torcedor causa prejuízo material ao clube, ele é identificado e encaminhado ao Juizado e Polícia Civil e, se concordar em pagar pelo dano de forma imediata, está liberado. No entanto, quando causar prejuízo técnico ao clube, serão registradas as imagens e lavrado boletim de ocorrência para levar aos tribunais em defesa do clube<sup>80</sup>.

Não resta dúvida que esse sistema de operação realizado no Atlético-PR é um divisor de águas e modelo para outras praças esportivas. Não enxergamos como um gasto, mas sim como investimento, pois conseguimos trazer segurança ao nosso torcedor<sup>81</sup>.

No Brasil, na partida entre Atlético Paranaense e Atlético Mineiro pelo Campeonato Brasileiro, no ano de 2018, foram identificados na catraca do estádio pela biometria quatro torcedores que cumpriam mandados de prisão. Estes torcedores foram encaminhados à DEMAPE, presente no Arena da Baixada, e à Divisão de Vigilância e Captura – DVD, para os procedimentos legais<sup>82</sup>.

A carência de segurança nos estádios para com os torcedores é consequência da omissão das autoridades públicas. É evidente que não faltam mecanismos de combate à violência, porém, falta a vontade de cumprir o que está previsto no Estatuto do Torcedor.

## **2.2 Possíveis medidas capazes de solucionar a questão da violência nos estádios brasileiros**

---

79 REDAÇÃO. Atlético anuncia mudanças no acesso à Arena e torcedores se revoltam. Tribuna Paraná. Disponível em 16/5/2017. <<http://www.tribunapr.com.br/esportes/atletico/atletico-anuncia-mudancas-no-acesso-arena-e-torcedores-se-revoltam/>> Acesso em: 16/5/2018.

80 ANÔNIMO. Atlético-PR é exemplo de biometria. O Povo. Disponível em: <<https://www.opovo.com.br/jornal/esportes/2018/03/atletico-pr-e-exemplo-de-biometria.html>> Acesso em: 17/5/2018.

81 ANÔNIMO. Biometria do Atlético-PR leva autoridades do RJ a conhecerem Arena da Baixada. Fox Sports. Disponível em: <<https://www.foxsports.com.br/news/342524-biometria-do-atletico-pr-leva-autoridades-do-rj-a-conhecerem-arena-da-baixada>> Acesso em: 17/5/2018.

82 CARVALHO, Pedro. Biometria do estádio do Atlético-PR identifica quatro mandados de prisão. Revista Veja. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/blog/radar/biometria-do-estadio-do-atletico-pr-identifica-quatro-mandados-de-prisao/>> Acesso em 21/5/2018.

A Lei é bastante clara e objetiva e corresponde com a necessidade do público, mas a inobservância de quem tem o dever de desempenhar este papel é o que prejudica a sua eficácia.

A Segurança Pública é um conceito que está elencado no artigo 114 da Constituição da República Federativa do Brasil<sup>83</sup>, como um dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, a fim de que seja preservada a ordem pública e da incolumidade das pessoas, assim como do patrimônio.

Do final de 2009 ao final de 2010, o governo do estado do Rio de Janeiro, por exemplo, diminuiu os gastos com segurança pública de 12,1% para 8,6% do orçamento estadual, sendo que, nos anos de 2014 e 2016, foram realizados respectivamente uma Copa do Mundo e os Jogos Olímpicos.<sup>84</sup> O mais grave é que, nesse período de tempo, não foi realizado nenhum plano estratégico nacional de segurança pública para o futebol. No máximo foram criadas medidas isoladas de treinamento de repressão a eventuais sequestros e atos de terrorismo<sup>85</sup>.

O que se demonstra é que o Estado não dá prioridade para estabelecer cumprimento de sanções relacionadas à violência no esporte. Necessitando, assim, de políticas de tolerância zero para combater criminais que acabam por tirar famílias e torcedores pacíficos dos estádios.

Ao passo que, cabe às autoridades públicas e a toda sociedade um melhor trato para manter o controle dentro e fora dos estádios, pois a violência reveste todas as camadas da sociedade moderna, influenciadas pelas causas políticas e sociais que refletem a sua culpa por tudo o que vem ocorrendo nos estádios, para só assim proporcionar segurança aos frequentadores.

A questão de identificação dos torcedores é de suma importância e já demonstrou resultados, porém, os clubes não tomam iniciativa para punir tais ações que acabam por prejudicar o próprio clube.

---

83 BRASIL. Constituição (1998). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: 1998.

84 MURAD, M. Práticas de violência e mortes de torcedores no futebol brasileiro. Revista USP. São Paulo. 2013. n. 99. p. 139-152.

85 MURAD, M. Práticas de violência e mortes de torcedores no futebol brasileiro. Revista USP. São Paulo. 2013. n. 99. p. 139-152.

Nesse contexto, a violência no futebol passou a ser encarada como um problema social, tendo em vista a proporção que tomou<sup>86</sup>, e, dessa forma, o futebol brasileiro deveria ser encarado com mais profissionalismo pelas suas instituições organizacionais e pelo Estado a fim de solucionar essa questão nas praças desportivas.

Desta forma, algumas medidas<sup>87</sup> podem e devem ser tomadas para concretizar a eficácia do Estatuto do Torcedor no que diz respeito à violência dentro dos estádios. E o primeiro passo a ser dado nesta direção é realizar estudos e pesquisas sobre o tema para verificar as origens do problema, só assim é possível combater a questão.

É necessário gerar mais recursos disponíveis no treinamento e na formação de policiais especializados no combate à violência dentro dos estádios. A implantação de unidade policial especializada também pode ser uma boa estratégia nos eventos esportivos, pois é possível que estes monitorem e reconheça os torcedores de torcida organizada, realizando um perfil destes.

Um importante ponto a ser mencionado é promover a implementação de políticas públicas para diminuir as desigualdades no Brasil, tendo em vista que o fator social conta muito nestas causas.

A fiscalização e o cumprimento de sanções no esporte é de suma importância, devendo ser analisado o Estatuto do Torcedor para se aplicar de forma adequada e trazer resultados promissores neste combate.

Assim como estabelecimento de medidas punitivas contra dirigentes, técnicos, jogadores, policiais, indivíduos ligados à empresa e aos torcedores que realizarem tumulto ou ainda pelo fato de incentivarem tal violência e rivalidade nas torcidas. E, por fim, seria uma ideia a criação de um programa de denúncias anônimas para abusos em eventos esportivos.

Tais medidas são propostas pelo fato de outros países já terem adotado e possuírem resultados de sucesso na execução, desencadeando a diminuição da violência nestes eventos esportivos.

## **Considerações Finais**

---

86 JÚNIOR, Fernando Afonso Mendes; CHIAPETA, Sílvia Maria Saraiva Valente. A violência nos estádios de futebol: uma análise dos pontos de vista intrínseco e extrínseco. Revista Digital - Buenos Aires - Ano 12 - Nº 113 - Outubro de 2007.

87 MARQUES, Samir Coelho; ROCHA, Hadassa, de Castro. Inoperância do Estatuto do Torcedor no combate à violência. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/48649/inoperancia-do-estatuto-do-torcedor-no-combate-a-violencia>> acesso em: 02 de abril de 2018.

Ao longo dos anos, o futebol brasileiro sempre causou um espetáculo único que acontece dentro de campo, não só com o esporte em si, mas com o duelo (do bem) que as torcidas entoam ao longo das partidas, o amor e apoio por um clube de futebol movem até o torcedor menos assíduo quando se trata de um jogo com uma carga emocional mais elevada, sendo este disputado em uma final ou em um campeonato de maior relevância nacional e internacional.

Porém, ao mesmo tempo em que o esporte encanta, com todos os seus aspectos positivos, ele também consegue chocar com a sua rivalidade que ultrapassa o bom senso. É comum acompanhar o noticiário e deparar-se com reportagens tratando dos confrontos entre torcidas e a violência generalizada que ocorre dentro e fora dos estádios, tão comum que não chega mais a surpreender o telespectador.

Com a criação da Lei nº 10.671/03, que dispõe sobre o Estatuto de Defesa do Torcedor, a expectativa era de que se alcançasse grandes avanços referentes à segurança do torcedor, um dos objetivos principais da lei, bem como a prevenção à violência nos estádios.

Nessa perspectiva, o estádio do Clube Atlético Paranaense, o Arena da Baixada, foi reformado com grandes avanços na parte da segurança, evidenciando, como já dito acima, o investimento no controle de biometria que identifica torcedores “problemáticos”. Investimento este que possuiu êxito recentemente.

Outro estádio que foi reformado para o mesmo evento foi o Estádio Jornalista Mário Filho, o Maracanã, o maior do país, palco de jogos inesquecíveis e que recebe anualmente jogos importantíssimos de nível nacional e internacional, mas que não teve o mesmo cuidado na questão de segurança como o Arena da Baixada, onde provavelmente algumas situações ocorridas, desde então, poderiam ter sido evitadas.

As condições precárias em que são realizados os eventos esportivos, a falta de compromisso das entidades responsáveis pela organização, a falta de estrutura logística e administrativa, tudo isso torna insegura a prática do esporte no país.

Dessa forma, para que o Estatuto do Torcedor atinja a sua aplicabilidade plena, é necessário que haja uma fiscalização mais contundente dentro dos estádios, tendo em vista que as punições aplicadas pelo STJD (Superior Tribunal de Justiça Desportiva) ocorrem com tanta frequência quanto às brigas nos arredores do estádio.

Entretanto, o cumprimento dessas penalidades esbarra justamente na carência de fiscalização efetiva e na falta de investimento na segurança dentro dos estádios. Não adianta punir o grupo de indivíduos que pratica a violência, sendo que este torcedor

volta, mesmo que sozinho, para dentro do estádio na companhia de outros torcedores; logo, a probabilidade de ocorrer novamente é muito grande.

O futebol é um “fato social” e, por isso, pode e deve ser estudado como um resumo da vida em sociedade que se encaixa em diferentes assuntos. A atenção científica aos problemas da realidade deve ser uma meta de todos nós. No conjunto dos problemas, das questões sociais de nosso mundo, a preocupação com a segurança pública é uma das mais sensíveis<sup>88</sup>.

Dessa forma, o que falta dentro dos estádios é um controle de segurança em que mostre o histórico de quem está entrando ali, se aquele torcedor é membro de organizada, se tem passagem pela polícia, aplicando, assim, o “Efeito Manada”<sup>89</sup>, ou seja, individualmente, aquele torcedor não teria determinado comportamento, mas em contato com um grupo de pessoas, ele é impulsionado a cometer atos de violência contra outros grupos.

## Referências

ALESSI, Gil. O Brasil que mata seu futuro a bala. El País – 30/6/2016 – Disponível em: <[https://brasil.elpais.com/brasil/2016/06/29/politica/1467227156\\_026422.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2016/06/29/politica/1467227156_026422.html)> acesso em: 13/5/2018.

ALVES, Mateus Silva. Maurício Murad: ‘O principal culpado pela violência no futebol brasileiro é o governo federal’ – 15/7/2017 – Disponível em: <http://chuteirafc.cartacapital.com.br/mauricio-murad-o-principal-culpado-pela-violencia-no-futebol-brasileiro-e-o-governo-federal/> acesso em: 10/5/2018.

ANÔNIMO. Atlético-PR é exemplo de biometria. O Povo. Disponível em 17/3/18. <https://www.opovo.com.br/jornal/esportes/2018/03/atletico-pr-e-exemplo-de-biometria.html> Acesso em: 17/5/2018.

ANÔNIMO. Biometria do Atlético-PR leva autoridades do RJ a conhecerem Arena da Baixada. Fox Sports. Disponível em: 2/2/2018. <https://www.foxsports.com.br/news/342524-biometria-do-atletico-pr-leva-autoridades-do-rj-a-conhecerem-arena-da-baixada> Acesso em: 17/5/2018.

ANÔNIMO. Vasco x São Caetano - Em 2000, o jogo que não terminou. O Curioso do Futebol. Disponível em: <<http://www.ocuriosodofutebol.com.br/2016/12/vasco-x-sao-caetano-em-2000-o-jogo-que.html>> acesso em 15/5/2018

---

88 MURAD, M. A Violência no futebol, novas pesquisas, novas ideias, novas propostas. São Paulo: Benvirá, 2017.

89 Termo utilizado pelo cirurgião britânico Wilfred Trotter em seu livro “Peace and War”, de 1914.

AZEVEDO, André. Presidente ANATORG. Quem Somos. Anatorg – 13/12/2014 – Disponível em: <http://anatorg.com.br/x/quem-somos/> acesso em: 13/5/2018

BONO, Isabella. Jogo Limpo Nos Campos E Nas Arquibancadas. Jornalismo Júnior – 2/10/11 – Disponível em: <http://jpress.jornalismojunior.com.br/2011/10/violencia-futebol-torcida-copa-mundo/> acesso em: 15/5/2018

BORSARI, J. R. Futebol de campo. São Paulo: Editora Pedagógica e Universitária, 1975.

BRASIL. Lei n. 8.672, de 06 de julho de 1993- Institui normas gerais sobre desportos e dá outras providências. Brasília: 1993 Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8672.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8672.htm) acesso em: 27 de novembro de 2017.

BRASIL. Constituição (1998). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: 1998.

CARVALHO, Pedro. Biometria do estádio do Atlético-PR identifica quatro mandados de prisão. Revista Veja. Disponível em: 16/5/2018. <https://veja.abril.com.br/blog/radar/biometria-do-estadio-do-atletico-pr-identifica-quatro-mandados-de-prisao/> Acesso em 21/5/2018.

DE SOUZA, Gustavo Lopes Pires. Estatuto do Torcedor: o direito do consumidor de atividades esportivas. Revista Jurídica da Faminas, v. 6, n. 1-2, 2015.

DUARTE, O. Futebol: história e regras. São Paulo: Editora Markron Books, 1994.

FILHO, Álvaro Melo. “Laranjas” desportivos: uma contribuição de “pioria” da Lei Pelé. Migalhas – 15/8/2007 – Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI43647,11049-Laranjas+desportivos+uma+contribuicao+de+pioria+da+Lei+Pele> acesso em: 15 de maio de 2018.

FROTA, Jorge Henrique Sousa. Torcidas Organizadas? A realidade e o Estatuto do Torcedor. Jus Brasil – 4/6/2015 <https://jhfrota.jusbrasil.com.br/artigos/249392908/torcidas-organizadas-a-realidade-e-o-estatuto-do-torcedor-parte-ii> acesso em 3/6/2018 Acesso em 3/6/3018.

IANNI, Fernando. O Futebol Brasileiro: como tudo começou. Universidade do Futebol. Disponível em: 1/10/2010. <https://universidadedofutebol.com.br/o-futebol-brasileiro-como-tudo-comecou/> Acesso em: 3/6/2018.

JÚNIOR, Fernando Afonso Mendes; CHIAPETA, Silvia Maria Saraiva Valente. A violência nos estádios de futebol: uma análise dos pontos de vista intrínseco e extrínseco. Revista Digital - Buenos Aires - Ano 12 - Nº 113 - Outubro de 2007.

MARQUES, Samir Coelho; ROCHA, Hadassa, de Castro. Inoperância do Estatuto do Torcedor no combate a violência. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/48649/inoperancia-do-estatuto-do-torcedor-no-combate-a-violencia> acesso em: 02 de abril de 2018.

MELO, Victor Andrade de. Sportsmen: os primeiros momentos da configuração de um público desportivo no Brasil. In. Hollanda, Bernardo Borges Buarque de. (ET. AL). A torcida brasileira. Rio de Janeiro. 7 letras, 2012.

MURAD, M. A Violência no futebol, novas pesquisas, novas ideias, novas propostas. São Paulo: Benvirá, 2017.

MURAD, M. Dos pés à cabeça – Elementos básicos de sociologia do esporte. Rio de Janeiro: Irradiação Cultural, 1996. P. 16.

MURAD, M. Práticas de violência e mortes de torcedores no futebol brasileiro. Revista USP. São Paulo. 2013. n. 99. p. 139-152.

OLIVEIRA, José Carlos - Estatuto do Torcedor: a resistência dos dirigentes esportivos. Bloco 2. Câmara Legislativa – 14/05/2013; Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/REPORTAGEM-ESPECIAL/442296-ESTATUTO-DO-TORCEDOR-A-RESISTENCIA-DOS-DIRIGENTES-ESPORTIVOS-BLOCO-2.html>> acesso em 13 de abril de 2018.

OLIVEIRA, José Carlos - Estatuto do Torcedor: legislação completa 10 anos nesta semana - Bloco 1. Câmara Legislativa – 13/05/2013; Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/REPORTAGEM-ESPECIAL/442213-ESTATUTO-DO-TORCEDOR-LEGISLACAO-COMPLETA-10-ANOS-NESTA-SEMANA-BLOCO-1.html>> - acesso em 10 abril, de 2018.

PEREIRA, Leonardo A. de Miranda. Footballmania: Uma história social do futebol no Rio de Janeiro – 1902 – 1938. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2000.

PIRES, Breiller. A violência no futebol como um retrato do Brasil. El País – 31/12/2017 – Disponível em: <[https://brasil.elpais.com/brasil/2017/12/28/deportes/1514427700\\_914142.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2017/12/28/deportes/1514427700_914142.html)> acesso em 13/5/2018.

PIRES, Breiller. Moacir Bianchi, uma nova morte trágica estremece a Mancha Verde. El País – 6/3/2017 – Disponível em: <[https://brasil.elpais.com/brasil/2017/03/03/deportes/1488572872\\_937970.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2017/03/03/deportes/1488572872_937970.html)> acesso em 13/5/2018.

POMBO, Bernardo. Et. Al. A Queda, 25 anos depois. Globo Esporte – 19/07/2017 – Disponível em: <<https://globoesporte.globo.com/futebol/times/flamengo/noticia/a-queda-25-anos-depois.ghtml>> acesso em: 15/05/2018.

REDAÇÃO. Atlético anuncia mudanças no acesso à Arena e torcedores se revoltam. Tribuna Paraná. Disponível em 16/5/2017. <<http://www.tribunapr.com.br/esportes/atletico/atletico-anuncia-mudancas-no-acesso-arena-e-torcedores-se-revoltam/>> Acesso em: 16/5/2018.

REIS, Heloísa Helena Baldy. O espetáculo futebolístico e o estatuto de defesa do torcedor. Unicamp – Faculdade de Educação Física – Rev. Brás. Cienc, Esporte, Campinas, v. 31, n. 3. 2010.

SALVADOR, Alexandre; ZALIR, Pieter. Como a Inglaterra acabou com a barbárie das torcidas. Revista Veja Disponível em 14/12/2013 <<https://veja.abril.com.br/esporte/como-a-inglaterra-acabou-com-a-barbarie-das-torcidas/>> acesso em: 16/5/2018.

SANSÃO, Letícia. Mundo das Torcidas Organizadas. Revista Vavel. Disponível em: 25/9/2017. <https://www.vavel.com/br/futebol/2017/09/25/831098-mundo-das-torcidas-organizadas-da-paixao-a-violencia.html> Acesso em: 2/6/2018.

## DIREITO E ARTE: CONEXÕES A PARTIR DO FILME A CIDADE ONDE ENVELHEÇO, DE MARÍLIA ROCHA

Márcia Letícia Gomes<sup>1</sup>

*Quando você me encontrar  
Não fale comigo, não olhe pra mim  
Eu posso chorar  
(Jards Macalé)*

### RESUMO:

*A cidade onde envelheço* (2016), dirigido por Marília Rocha, retrata a vinda de duas jovens portuguesas para o Brasil. Francisca e Teresa saem de Portugal em um período de crise econômica. Cada uma em um momento, elas vêm ao Brasil em busca de melhores oportunidades de trabalho. Ainda que seja uma opção livre das protagonistas a saída da terra natal, o que caracterizaria uma migração econômica, a obra aborda com sensibilidade os desencontros e desencantos do trânsito, ainda que este tenha se estabelecido por iniciativa do próprio migrante.

**Palavras-chave:** Direito. Arte. A cidade onde envelheço.

### ABSTRACT:

*A cidade onde envelheço* (2016), a movie by Marília Rocha, shows the life of two portuguese girls that come to Brazil. Francisca e Tereza leaved Portugal in virtue of the economic crysis. At different time, each one leave the birthplace to work at Brazil. For the protagonists, came to Brazil is an option, an economic migration, the movie shows in a sensitive way the mismatches and the disenchantments on the journey, even if the protagonists have chosen this.

**Key Words:** Law. Art. A cidade onde envelheço.

### Da migração econômica

O que querem Teresa e Francisca quando cruzam o oceano e fazem a travessia de Portugal ao Brasil fixando residência em Belo Horizonte? Francisca já morava na cidade quando Teresa chega, as personalidades diferentes, quase opostas, de certa forma, evidenciam as contradições que envolvem todo o processo migratório. A

---

1 Doutora em Letras pela Universidade Federal do Rio Grande – FURG, Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande – FURG, Mestre em Letras pela Universidade Federal de Rondônia – UNIR, Docente do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Rondônia – IFRO, marcia.leticia@ifro.edu.br.

esperança quando da saída do país de origem, o desajustamento quando da chegada ao país de acolhida, o não pertencimento que vai se desenhando a cada dia da permanência: não pertencço ao lugar onde estou, e não pertencço mais ao lugar de onde parti.

Teresa e Francisca vivem as ambiguidades do trânsito de maneira sensível no filme “A cidade onde envelheço”. Francisca, mais séria, contida, trabalha em um restaurante português, tem amigos, um relacionamento, uma vida na capital mineira. Teresa chega depois e com seu jeito descontraído rapidamente se integra ao local e à rotina. No entanto, por mais que gostem do local, das pessoas, tenham um lar, há muitos momentos de melancolia, dor, reflexão no cotidiano das duas personagens.

Em busca de trabalho, Teresa e Francisca vivem uma situação de migração econômica. A migração voluntária ou econômica, em oposição à migração forçada, se caracteriza pelo fato de o migrante ter, no centro dos objetivos, o desejo de voltar para a terra natal; tal modalidade de migração é sempre pensada pelo migrante como provisória, em busca de melhores condições de vida, trabalho, estudo, oportunidades de maneira geral.

Redin<sup>2</sup> discute tal questão e entende que o lugar da realidade humana migratória econômica na atual ordem política é o lugar da clandestinidade, uma condição que é direcionada pelas legislações que restringem o ingresso do imigrante ao interesse nacional, uma política estatal de segurança contra o ingresso e permanência de estrangeiros fora das condições reguladas pelo Estado, condições estas que fazem com que não haja política, mas regulação do ser, isto é: “O Estado reconhece que o estrangeiro é um sujeito de direitos humanos. No entanto, o impede de participar do espaço público, como sujeito de seu próprio destino”<sup>3</sup>.

No pensar de Redin<sup>4</sup> o “pertencer” do estrangeiro não significa participar, uma vez que este está reduzido a uma vida desprovida de direitos e condições, uma vida despolitizada reservada àquele que foi abandonado ou banido. “É nesse sentido que a clandestinidade, por vezes, é a opção do migrante econômico pressionado pelas redes de

---

2 REDIN, Giuliana. *Direito de imigrar: direitos humanos e espaço público*. Florianópolis: Conceito, 2013.

3 REDIN, Giuliana. *Direito de imigrar: direitos humanos e espaço público*. Florianópolis: Conceito, 2013. p. 30

4 REDIN, Giuliana. *Direito de imigrar: direitos humanos e espaço público*. Florianópolis: Conceito, 2013.

produção e que, por conta dessa condição, vive publicamente em um espaço do qual é absolutamente privado de ação”<sup>5</sup>.

Nas palavras de Romero<sup>6</sup>: “[...] en las migraciones internacionales no cuenta tanto lo que son los migrantes – ciudadanos de otros países –, sino lo que no son. Los inmigrantes no son nacionales, de modo que su presencia precisa de algún tipo de autorización y regulación en el país receptor”<sup>7</sup>. A autorização ou regulação de que trata Romero no que se refere à presença do estrangeiro em dado país traz para o cenário a figura do Estado e suas instituições nas atividades referentes ao assentamento e à permanência do estrangeiro do ponto de vista legal, ao reconhecimento daquele indivíduo como cidadão naquele território.

É o Direito que determina quem será reconhecido, quem pode e quem não pode desfrutar da hospitalidade naquele território, conforme propõe Derrida<sup>8</sup>: “Nenhum que chega é recebido como hóspede se ele não se beneficia do direito à hospitalidade ou do direito ao asilo etc. Sem esse direito ele só pode introduzir-se “em minha casa” de hospedeiro, no *chez-soi* do hospedeiro (host), como parasita, hóspede, abusivo, ilegítimo, clandestino, passível de expulsão ou detenção”.

Nesse cenário, o migrante é principalmente aquilo que se diz dele, o que o direito determina que ele seja. Derrida<sup>9</sup> prossegue explicando que:

Não é apenas aquele ou aquela no estrangeiro, no exterior da sociedade, da família, da cidade. Não é o outro, o outro inteiro relegado a um fora absoluto e selvagem, bárbaro, pré-cultural ou pré-jurídico, fora e aquém da família, da comunidade, da nação ou do Estado. A relação com o estrangeiro é regulada pelo direito, pelo devir-direito da justiça.

Não é um simples estar fora ou estar invisível, porque mesmo para estar fora, é necessário que o direito assim o determine, que não o reconheça. Dubet<sup>10</sup> acrescenta que a reivindicação por reconhecimento se faz no sentido de espaço para as identidades e

---

5 REDIN, Giuliana. *Direito de imigrar: direitos humanos e espaço público*. Florianópolis: Conceito, 2013. p. 56

6 ROMERO, Carlos Giménez. *Qué es la inmigración*. Barcelona: RBA Libros, 2003. P. 101

7 “[...] nas migrações internacionais não conta tanto o que são os migrantes – cidadãos de outros países - , se não o que não são. Os imigrantes são não nacionais, de modo que sua presença precisa de algum tipo de autorização e regulação no país receptor” (ROMERO, 2006, p. 101).

8 DERRIDA, Jacques. *Anne Dufourmantelle convida Jacques Derrida a falar Da Hospitalidade*. São Paulo: Escuta, 2003. P. 53

9 DERRIDA, Jacques. *Anne Dufourmantelle convida Jacques Derrida a falar Da Hospitalidade*. São Paulo: Escuta, 2003. P.65

10 DUBET, François. *As desigualdades multiplicadas*. Ijuí, RS: Editora da Unijuí, 2003.

para a civilidade. O reconhecimento é definido por Bhabha<sup>11</sup> como um pedido que faz um grupo minoritário para a autoridade competente no sentido de reafirmar sua nova identidade coletiva.

Nesse cenário, mostra-se importante pensar as questões referentes à migração não apenas por seu viés técnico, mas também considerando o componente afetivo, emocional, que deve ser pensado na problemática que é aqui tratada. E talvez esta seja a grande contribuição do cinema para a discussão. Ao acompanhar as vidas de Teresa e Francisca acompanhamos seus dilemas, alegrias extremas em dados momentos, desajustamento em outros, de modo que se torna inevitável no acompanhar da narrativa o não envolver-se com os componentes emocionais do processo migratório.

Por estes caminhos, importante pensar com Derrida<sup>12</sup>, que dedicou seu pensamento à hospitalidade, para ele: “Não se oferece hospitalidade ao que chega anônimo e a qualquer um que não tenha nome próprio, nem patronímico, nem família, nem estatuto social, alguém que logo seria tratado não como estrangeiro, mas como um bárbaro”. Nota-se, pela fala do filósofo, que o reconhecimento é o mínimo para que o indivíduo tenha um espaço naquela sociedade. Vale dizer que ao se deparar com falhas e limites na representação democrática, os grupos minoritários saíram em busca de novas formas de se fazer ouvir e participar, seja por meio de estratégias diferenciadas na busca pelo reconhecimento, novas formas de representação política e simbólica, a exemplo de ONGs, comissões, cortes internacionais e outros<sup>13</sup>.

É sobre o tema hospitalidade, em seu sentido lato, *A cidade onde envelheço*, no qual Francisca recebe em sua casa em Belo Horizonte a conterrânea Teresa. Ressabiada no início, por ter seu espaço de certa forma invadido pela nova moradora, sendo bastante seca em alguns momentos, aos poucos vai relaxando, deixando que o frescor e a animação de Teresa tenham lugar em sua rotina severa. Os receios de Francisca em relação ao seu lar sendo povoado por outros hábitos é também o receio da maioria dos países em receber alguém diferente, estranho, com outras atitudes e crenças.

---

11 BHABHA, Homi K. *Nuevas minorías, nuevos derechos* – notas sobre cosmopolitismos vernáculos. Buenos Aires: SigloVeintiuno Editores, 2013.

12 DERRIDA, Jacques. *Anne Dufourmantelle convida Jacques Derrida a falar Da Hospitalidade*. São Paulo: Escuta, 2003. P.23

13 BHABHA, Homi K. *Nuevas minorías, nuevos derechos* – notas sobre cosmopolitismos vernáculos. Buenos Aires: SigloVeintiuno Editores, 2013.

O estrangeiro necessita e deseja ser reconhecido como cidadão, ter um lugar, sair da invisibilidade, participar naquele meio, uma vez que, como acertadamente aponta Romero<sup>14</sup> o migrante não é apenas um receptor de benefícios, como muitos pensam; ele é também, e acima de tudo, um contribuinte e, nessa condição deve ter oportunidade de participar politicamente, de ser ativo como cidadão.

Morales<sup>15</sup> argumenta que: “A migração não é, em si, um fenômeno perverso, a humanidade foi construída graças a ela. No entanto, os efeitos positivos da migração requerem processos reguladores de transferências sociais e de negociações bilaterais e multilaterais que garantam benefícios recíprocos”. Quando o que é pensado por Morales e exposto acima não ocorre, tem lugar a perspectiva sombria apresentada por Memmi<sup>16</sup>: “Desde então, em vez de simplesmente reivindicar esta nova e completa cidadania, que lhe é contestada, ele mantém distância; pedem-lhe que seja transparente, mas ele será, ao contrário, mais opaco, integrará um gueto”.

Jacques Derrida<sup>17</sup> trata de duas categorias de hospitalidade, sendo que a hospitalidade incondicional ou hiperbólica é inexistente no momento atual em que predomina a hospitalidade condicional, jurídico-política ou ética. Nesse sentido, a hospitalidade será mediada por instituições e caminhos formais que determinarão a condição do migrante e se ele será ou não assentado no novo local.

No cenário brasileiro, Martes<sup>18</sup> destaca a atuação de três ministérios no que tange às migrações internacionais, o Ministério do Trabalho, que atua como responsável pelas autorizações a trabalhadores migrantes; o Ministério das Relações Exteriores, que concede o visto no exterior e o Ministério da Justiça, o qual regula as condições de estadia no país e cuida de ações que versem sobre prorrogações de estada ou transformações de visto. A autora destaca, ainda, o papel importante desempenhado pelo Conselho Nacional de Imigração – CNIg e adverte que: “[...] a gestão pública das

---

14 ROMERO, Carlos Giménez. *Qué es la inmigración*. Barcelona: RBA Libros, 2003.

15 MORALES, Luís Ignacio Román. Migração no México: tendências e consequências. In: Cadernos Adenauer X. *Migração e Políticas Sociais*. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2009, p. 43-68.

16 MEMMI, Albert. *Retrato do colonizado precedido de retrato do colonizador*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007. p. 112-3

17 DERRIDA, Jacques. *Anne Dufourmantelle convida Jacques Derrida a falar Da Hospitalidade*. São Paulo: Escuta, 2003.

18 MARTES, Ana Cristina Braga. Velho tema, novos desafios – gestão pública da imigração. In: Cadernos Adenauer X. *Migração e Políticas Sociais*. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2009, p. 9-28.

migrações internacionais envolve uma série de órgãos públicos, agências e organismos mundiais, o que a torna de enorme complexidade”<sup>19</sup>.

Morales<sup>20</sup> faz uma análise abrangente do fenômeno:

Em todo caso, os efeitos perversos da migração não provêm tanto dela em si, mas das condições de insegurança, corrupção, ilegalidade e discriminação em que é exercida. A definição de uma política migratória ordenada poderia ser articulada com o restante das políticas econômicas e sociais de maneira integral, de tal modo que, na política de emprego, advertir-se-iam os setores, regiões e tamanhos de empresa que em maior medida pudessem contribuir para a geração de emprego, a repatriação de migrantes, o aproveitamento das capacidades produtivas, a satisfação das necessidades essenciais e as condições de trabalho digno para a população local.

No pensar de Morales exposto acima, a construção de uma política migratória atenta à realidade local e aos principais fluxos poderia servir convenientemente à organização da entrada de pessoas e seu estabelecimento sem que tanto sofrimento tivesse lugar no processo e, ainda, aproveitando de maneira inteligente, as diferentes capacidades específicas daqueles que chegam. A atual política migratória, no Brasil, inspirada na Declaração Universal dos Direitos Humanos, na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, na Convenção de Genebra, na Declaração de Cartagena, no Estatuto dos Refugiados, atua baseada em duas categorias, a saber: a de migrante voluntário ou econômico e a de migrante forçado ou refugiado. O caso retratado no filme é de migração econômica, motivo pelo qual falaremos um pouco mais longamente sobre tal modalidade.

O migrante voluntário ou econômico é aquele cujo movimento não é determinado por uma necessidade urgente de deixar o local de origem, não é fruto de perseguição política ou decorrente de uma catástrofe ambiental. O migrante econômico se move baseado na promessa de melhores condições de vida e trabalho em outro ambiente, o que determina sua escolha são as condições impróprias em seu local de origem e as possibilidades que lhe são apresentadas em outros lugares. O migrante econômico, portanto, sai em busca de trabalho, de uma renda melhor e tem em seu

---

19 MARTES, Ana Cristina Braga. Velho tema, novos desafios – gestão pública da imigração. In: Cadernos Adenauer X. *Migração e Políticas Sociais*. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2009, p. 9-28.

20 MORALES, Luís Ignacio Román. Migração no México: tendências e consequências. In: Cadernos Adenauer X. *Migração e Políticas Sociais*. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2009, p. 43-68.

horizonte a possibilidade de voltar para sua terra natal, para a família que muitas vezes é deixada no local de origem.

Stuart Hall<sup>21</sup>, ao enumerar as causas pelas quais as pessoas têm se mudado, fala em desastres naturais, alterações ecológicas e climáticas, guerras, conquistas, colonização, escravidão, semiescravidão, repressão política, guerra civil, exploração do trabalho, subdesenvolvimento econômico. No panorama apresentado pelo teórico, nota-se que os dois últimos pontos são os que estão diretamente ligados ao migrante voluntário, isto é, a exploração do trabalho e o subdesenvolvimento econômico no local de origem. O ato de nomear, por si só, é arbitrário, e não seria diferente ao nomear a categoria aqui tratada como migrante voluntário ou econômico. Econômico porque integra um grupo que sai em busca de trabalho e voluntário porque entende-se que movido por vontade própria, sem razão maior que o force a fazê-lo. Embora haja a vontade, importante considerar que não é uma vontade livre, mas oriunda das dificuldades, das incertezas, da insuficiência de recursos para sobreviver; o termo “voluntário” deve ser acolhido com reservas se pensarmos o processo mais amplamente. Francisca e Teresa deixam Portugal em um momento de crise econômica em Portugal (entre 2010 e 2013) e em que o Brasil figurava como país de atração – situação que figura invertida no momento atual.

Um outro ponto apontado para diferenciar o voluntário e o forçado consiste na possibilidade de voltar ao local de origem, voltar ao lar. Esse retorno está no panorama da maioria dos migrantes econômicos, são remessas de dinheiro para as famílias, são as promessas de ganhar dinheiro e retornar à terra natal para desfrutá-lo, no entanto, há que se considerar que não apenas a chegada a um local diferente é complexa, como também o retorno àquela terra que já não é mais a terra deixada, já é outra, e há uma dificuldade em se religar a ela. No pensar de Hall<sup>22</sup> (2003, p. 27): “Esta é a sensação familiar e profundamente moderna do deslocamento, a qual – parece cada vez mais – não precisamos viajar muito longe para experimentar”. Esta deve ser a sensação experimentada por Francisca ao voltar para a terra natal, nós não acompanhamos sua chegada, apenas sabemos, ao final do filme, que ela resolveu voltar para seu país, sua

---

21 HALL, Stuart. *Da diáspora: identidades e mediações culturais*. Belo Horizonte: UFMG, 2003.

22 HALL, Stuart. *Da diáspora: identidades e mediações culturais*. Belo Horizonte: UFMG, 2003. p. 47

família, os cheiros conhecidos, os temperos só encontrados lá, a despeito de trabalhar em um restaurante português em Belo Horizonte.

Na figura de Francisca, percebemos que o migrante econômico passa a ter flexibilizada a sensação de pertencimento, abrindo-se para ele a possibilidade do não-lugar; não participa politicamente na terra estrangeira e não tem mais o mesmo lugar um dia ocupado na terra natal. Para Redin: “O imigrante econômico, assim, está fora do espaço público, é o ‘outro-inimigo’ que aparece como sujeito apenas quando reprimido pelo Estado”. E quando não é aceito, não reconhecido “[...] o imigrante econômico fica forçosamente no limbo da clandestinidade, simplesmente porque é um estrangeiro indesejado para a administração do Estado”<sup>23</sup>. A autora argumenta, ainda, que a questão da migração humana tem sido pensada de acordo com o interesse nacional, ou seja, o interesse econômico do Estado e, nesse cenário, os imigrantes econômicos são vistos não como sujeitos, mas como objetos de apropriação.

O imigrante econômico sonhou um dia, desejou uma vida diferente, melhor, mas também se embriagou de uma ilusão-alienação que lhe impõe uma identidade, que agora é a identidade do mercado. Simplesmente esse estrangeiro se insere em um fluxo altamente potente, que é o fluxo das redes de produção econômica, caracteriza um espaço-tempo próprio. Ao fazer parte desse fluxo, ele reorganiza involuntariamente o espaço público, recria um espaço público do qual se submete sem que possa ser ouvido<sup>24</sup>.

Nesse sentido, o imigrante econômico tem um lugar no ambiente de trabalho, no mercado, na produção, no entanto, nebulosa é sua condição no ambiente político-social, uma vez que não há espaço para sua voz e para sua participação na esfera pública. A esse migrante sem lugar no espaço público Derrida<sup>25</sup> chama de “invisibilidade”, “sem-lugar”, “ilocalidade”, “sem-domicílio” – expressões que auxiliam na compreensão do fenômeno, seja do ponto de vista jurídico, seja do ponto de vista emocional do desterrado.

---

23 REDIN, Giuliana. *Direito de imigrar: direitos humanos e espaço público*. Florianópolis: Conceito, 2013. P.53

24 REDIN, Giuliana. *Direito de imigrar: direitos humanos e espaço público*. Florianópolis: Conceito, 2013. P.63

25 DERRIDA, Jacques. *Anne Dufourmantelle convida Jacques Derrida a falar Da Hospitalidade*. São Paulo: Escuta, 2003. P.103

Os migrantes econômicos internacionais, que são os agentes de produção de eventos geradores de um espaço-tempo transnacional projetado no espaço geográfico do Estado, não possuem espaço de reivindicação, para exercer o “seu direito a ter direitos”. No Estado, são estrangeiros sem voz, no cenário internacional não possuem espaço institucionalizado e, ainda que tivessem, é no Estado que ambientalmente esses sujeitos “não sujeitos” estão. Por isso, há que se redefinir a função do Estado<sup>26</sup>.

Nesse panorama, o imigrante econômico é aquele que sonha com melhores condições de vida e trabalho e se muda em busca de concretizar tais objetivos. Ao chegar ao novo local, sua busca principal é por trabalho, no entanto, apenas trabalhar não é suficiente para integrar um ambiente, é necessário ter um espaço de participação para o imigrante, onde sua voz possa ser ouvida. Minimamente, para se sentir acolhido, este tipo de migrante precisa de um trabalho, precisa concretizar seu objetivo no novo país. Kristeva<sup>27</sup> (1994) afirma que o trabalho, para o estrangeiro, é considerado um valor, uma necessidade vital, único meio de sobrevivência, em resumo, um direito básico, o mínimo da dignidade. Assim: “Já que ele não tem nada, já que não é nada, pode sacrificar tudo. E o sacrifício começa pelo trabalho: único bem exportável, sem alfândega. Valor, refúgio universal em estado errante. Que amargura então, que desastre quando não obtém sua carteira de trabalho!”<sup>28</sup>.

### **Destinos do Migrante Econômico**

Como já explorado, um dos elementos a diferenciar a migração econômica da migração forçada é que na primeira o voltar para casa está no horizonte de expectativas, a ideia de que é apenas por um período – para ganhar um dinheiro, para fazer um curso, para aprender um idioma, para ter onde trabalhar até as coisas melhorarem – está no centro dos planos de quem se muda para outro país.

Não é diferente com Teresa e Francisca. Francisca chega primeiro, se estabelece e trabalha em um restaurante português em Belo Horizonte, tem amigos no trabalho e

---

26 DERRIDA, Jacques. *Anne Dufourmantelle convida Jacques Derrida a falar Da Hospitalidade*. São Paulo: Escuta, 2003. P.82

27 KRISTEVA, Julia. *Estrangeiros para nós mesmos*. Rio de Janeiro: Rocco, 1994.

28 KRISTEVA, Julia. *Estrangeiros para nós mesmos*. Rio de Janeiro: Rocco, 1994. P.26

um relacionamento flutuante, metáfora de sua condição de estrangeira no Brasil. Nada é sólido, nada é duradouro, o que fica explicitado na relação amorosa por ela vivida.

Teresa chega e com sua alegria rapidamente faz amizades, se envolve na vida cultural, mas, apesar de toda sua energia, passa por momentos de intensa tristeza, de não saber, de querer ficar e querer voltar ao mesmo tempo. O *timing* diferente, o momento diferente pelo qual as duas estão passando é revelador da condição do migrante; Francisca, após um ano de Brasil, já revela sinais de desgaste, de desencanto ao passo que Teresa chega empolgada e cheia de planos à nova morada.

Algumas cenas do filme tornam bastante claras essas relações e uma delas ocorre no momento em que Francisca, após fechado o restaurante e enquanto os funcionários têm seu momento de jantar, pede aos colegas que tirem a música portuguesa, que tocava todas as noites no restaurante, e coloquem música brasileira, ao que todos se animam e dançam. A cena é emblemática do trânsito, do identificar-se ora com uma ora com outra terra.

A ruptura das expectativas também se insinua em uma das cenas de despedida quando Francisca procura em uma loja por um disco de Caetano Veloso, não o encontra e o vendedor sugere um do Jards Macalé, a canção de Macalé então domina a cena e sinaliza o inesperado, as descobertas, o novo, aquilo que o migrante nem sabe que existe, mas pode vir a se identificar.

Contribui com isso a condição do migrante econômico, cuja única possibilidade de ser na terra de adoção é o trabalho. Para ele, não há a possibilidade de participar da vida pública, da vida política, das decisões no novo local. Ele existe sem ser, apenas oferece o seu trabalho e esta rotina mostra-se visível em *A cidade onde envelheço* em que a vida das personagens ilustra o trabalho, a distância da família, as conversas por vídeo, as descobertas de coisas novas no país de acolhida, as relações pessoais e todos os contrastes de costumes e personalidades.

A cena final enfatiza onde quer envelhecer o migrante econômico. A não participação social implica o não criar laços, o manter a terra natal no horizonte de expectativas. Apesar dos planos com Teresa, da busca por um apartamento novo, do relacionamento, ela sem aviso decide retornar à terra natal.

Terra natal onde estava o mar, o mar aparece nas conversas das duas personagens, nas lembranças, na sensação do sal na pele. Em Belo Horizonte, o mar estava um pouco distante de seu cotidiano e a melancolia se revela no não sentir o mar.

Em uma das cenas, tem-se ao fundo a *Carta a Otto ou um coração em agosto* num belíssimo diálogo com essas sensações e com essa melancolia das personagens. Enquanto Francisca corre, acompanhamos as belíssimas frases trocadas entre os amigos, dentre as quais: “Meus olhos aprendem o mar; mas a tranquilidade (anestesia do sofrimento) ensinam outras praias, os navios circulando na escuridão, os hipocampus, as algas, a imagem desse gosto de sal, desse infinito de sal”. As palavras enviadas por Paulo Mendes Campos a Otto Lara Rezende vai desnudando as sensações das personagens e proporcionam um dos momentos mais bonitos do filme obtido a partir do diálogo entre as duas formas de arte.

### **Considerações Finais**

Um filme sobre hospitalidade, amizade, desajustamento, melancolia e esta palavra tão intensamente compartilhada entre portugueses e brasileiros: saudade. Todos os sentimentos e ressentimentos compartilhados entre Teresa e Francisca permitem que sejam pensadas essas relações e permitem o diálogo com o direito de modo que, para além das definições e categorizações legais, sejam pensados os elementos emocionais que envolvem o processo de trânsito entre países.

### **Referências das fontes citadas**

A CIDADE onde envelheço. Direção: Marília Rocha. Brasil, Portugal: 2016.

BHABHA, Homi K. *Nuevas minorías, nuevos derechos* – notas sobre cosmopolitismos vernáculos. Buenos Aires: SigloVeintiuno Editores, 2013.

DERRIDA, Jacques. *Anne Dufourmantelle convida Jacques Derrida a falar Da Hospitalidade*. São Paulo: Escuta, 2003.

DUBET, François. *As desigualdades multiplicadas*. Ijuí, RS: Editora da Unijuí, 2003.

HALL, Stuart. *Da diáspora: identidades e mediações culturais*. Belo Horizonte: UFMG, 2003.

KRISTEVA, Julia. *Estrangeiros para nós mesmos*. Rio de Janeiro: Rocco, 1994.

MARTES, Ana Cristina Braga. Velho tema, novos desafios – gestão pública da imigração. In: Cadernos Adenauer X. *Migração e Políticas Sociais*. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2009, p. 9-28.

MEMMI, Albert. *Retrato do colonizado precedido de retrato do colonizador*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.

MORALES, Luís Ignacio Román. Migração no México: tendências e consequências. In: Cadernos Adenauer X. *Migração e Políticas Sociais*. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2009, p. 43-68.

REDIN, Giuliana. *Direito de imigrar: direitos humanos e espaço público*. Florianópolis: Conceito, 2013.

ROMERO, Carlos Giménez. *Qué es la inmigración*. Barcelona: RBA Libros, 2003.

# PROIBIÇÃO DAS VISITAS ÍNTIMAS NO SISTEMA PENITENCIÁRIO FEDERAL BRASILEIRO COMO GARANTIA DA SEGURANÇA PÚBLICA X VIOLAÇÃO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Nathielle Bárbara da Silva Prates<sup>1</sup>  
Pedro Abib Hecktheuer<sup>2</sup>

## RESUMO

O presente artigo tem o objetivo de contrapor o princípio da segurança pública viabilizado na proibição das visitas íntimas com o princípio da dignidade da pessoa humana que justifica a autorização dessas visitas. Para tanto, investigou-se qual a finalidade da visita íntima nos presídios federais para avaliar se a autorização dessas visitas desrespeita o intuito principal do Sistema Penitenciário Federal que é isolar os presos em razão da segurança máxima e proteção à ordem pública, para constatar até que ponto a proibição das visitas íntimas resulta em violação à dignidade da pessoa humana, destacando que nenhum direito é absoluto e que é necessária a ponderação quando da colisão entre princípios constitucionais. Trata-se de pesquisa bibliográfica, com abordagem qualitativa, do tipo descritiva. O tema proposto baseou-se em documentos como artigos científicos, legislação específica e literatura jurídica, além de análise sobre o caso da Operação Epístolas.

**Palavras chave:** Visita íntima. Segurança pública. Dignidade da pessoa humana. Operação Epístolas.

## ABSTRACT

The purpose of this article is to counter the principle of public security made possible by prohibiting intimate visits with the principle of the dignity of the human being that justifies the authorization of such visits. In order to do so, we investigated the purpose of the intimate visit in the federal prisons to assess whether the authorization of these visits disrespects the main purpose of the Federal Penitentiary System is to isolate the prisoners because of the maximum security and protection of public order, to verify until where the prohibition of intimate visits results in a violation of the dignity of the human person, emphasizing that no right is absolute and that it is necessary relativize when exist a collision between constitutional principles. It is a bibliographical

---

<sup>1</sup> Acadêmica do Curso de Direito da Faculdade Católica de Rondônia. Porto Velho/RO, Brasil. E-mail: nathiellebarbara@outlook.com.

<sup>2</sup> Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI); Mestre em Direito Socioambiental e Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR); Professor de Direito Constitucional e Coordenador do Curso de Direito da Faculdade Católica de Rondônia (FCR); Pesquisador da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Rondônia (FAPERO); Líder dos Grupos de Desafios Socioambientais, Saberes e Práticas na Amazônia e Direitos Fundamentais e Políticas Públicas; Advogado. Porto Velho, Rondônia. E-mail: pedro@fcr.edu.br..

research, with a qualitative approach, of the descriptive type. The proposed theme was based on documents such as scientific articles, specific legislation and legal literature, as well as an analysis of the case of Operation Epistles.

**Key words:** Intimate visit. Public security. Dignity of human person. Operation Epistles.

### **Introdução**

Os presídios federais foram criados no Brasil com o intuito de isolar as lideranças de organizações criminosas, evitar as rebeliões dentro dos presídios estaduais e combater a guerra entre facções em todo o território nacional, tendo em vista que a maioria dos transgressores avaliados como altamente perigosos são líderes ou integrantes de grandes facções criminosas brasileiras.

Nesse contexto, a segurança pública se torna tema central de discussão quando analisado o fato de os internos dos presídios federais serem de alta periculosidade/alto escalão criminoso<sup>3</sup>, trazendo elevado risco para a sociedade e instigando a criminalidade no Brasil. A concessão das visitas íntimas pode se tornar um risco se analisados esses aspectos, e a proibição de tais visitas talvez se apresente como auxílio para o combate à criminalidade, visando o interesse coletivo e proteção à ordem e segurança pública.

No entanto, é preciso verificar se essa proibição traz violação a um dos fundamentos constitucionais: a dignidade da pessoa humana. Assim, investigou-se a finalidade das visitas íntimas nos presídios federais como objeto de problema do presente estudo. O objetivo principal deste artigo é contrapor o princípio da segurança pública viabilizado na proibição das visitas íntimas com o princípio da dignidade da pessoa humana que justifica a autorização dessas visitas.

Todavia, imprescindível expor que nenhum direito é absoluto. A segurança pública não será de todo garantida, bem como a dignidade não é ilimitada. Assim, a vedação dessas visitas em caráter definitivo se caracteriza como uma violação aos direitos do preso, pois se nenhum direito é absoluto, não há como estabelecer uma restrição que fira o diploma constitucional.

---

<sup>3</sup>Esse Sistema foi concebido para ser um instrumento contributivo no contexto nacional da segurança pública, a partir do momento que isola os presos considerados mais perigosos do País. Isto significa que tal institucionalização veio ao encontro sociopolítico da intenção de combater a violência e o crime organizado por meio de uma execução penal diferenciada. BRASIL. Ministério da Justiça. Penitenciárias Federais. Disponível em <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/sistema-penitenciario-federal-1/penitenciarias-federais>> Acesso em 08jun2018.

Para o estudo dessa pesquisa foi empregado o uso de pesquisa bibliográfica, com abordagem qualitativa, do tipo descritiva. O tema proposto baseou-se em documentos como artigos científicos, legislação específica, decisões judiciais e literatura jurídica. Utilizou-se ainda de portarias editadas pelo Ministério da Justiça, Departamento Penitenciário Nacional e Diretoria do Sistema Penitenciário Federal (DEPEN/DISPF).

Por fim, aborda-se a proposta de restrição das visitas íntimas em caráter temporário, com a indicação de requisitos específicos para a autorização e realização expressos em diploma legal, analisado o comportamento, conduta e disciplina do preso no âmbito carcerário que se encontra e se há a submissão às normas que regulam o Sistema Penitenciário Federal.

### **1. A exigência de criação do Sistema Penitenciário Federal para isolamento de presos de alta periculosidade**

O período entre a promulgação da Constituição Federal até a instalação da primeira Penitenciária Federal refletiu o caos dentro dos presídios espalhados pelo país. As condições do sistema prisional brasileiro se tornaram indignas e desumanas, devido ao aumento nas taxas de encarceramento, rebeliões e, infelizmente, corrupção, dentre outras situações críticas, principalmente com a eclosão e consolidação das facções criminosas dentro dos estabelecimentos prisionais, extremamente influentes no interior e exterior dos presídios<sup>4</sup>.

Utilizando-se desse método para camuflar suas ideologias, os apenados conseguiram resguardar seus interesses por meio da consolidação dessas organizações criminosas, especialmente as facções, aprimorando suas ideias e possibilitando que as ordens para cometimento de crimes surgissem a partir da prisão através de ameaças ou colaboração de pessoas que estivessem fora dos presídios, crescendo em poder e estrutura e, assim, colocando em risco a ordem pública instituída.

Surge então a necessidade de haver uma fiscalização mais rígida, a criação de uma estratégia que impeça ou obstrua, de certa forma, o crescimento das facções criminosas, o repasse de ordens e a grande influência que elas obtêm no âmbito do crime, principalmente de dentro para fora dos estabelecimentos carcerários estaduais.

---

4 SÃO PAULO. Brasil tem pelo menos 83 facções em presídios. Carta Capital. 2017. Disponível em <<https://www.cartacapital.com.br/sociedade/brasil-tem-pelo-menos-83-faccoes-em-presidios>> Acesso em 08jun2018.

Sob essa ótica foi criado o Sistema Penitenciário Federal, com estrutura espelhada nas penitenciárias americanas, as *supermax* (tradução livre de “segurança máxima”)<sup>5</sup>.

A implantação do Sistema Penitenciário Federal pode ser compreendida como uma forma de impedir a estruturação e organização criminosa dos transgressores avaliados como altamente perigosos, com atuação dentro e fora dos presídios, com o intuito de desatar o vínculo existente entre os demais integrantes destas organizações<sup>6</sup>. A Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984 já previa em seu artigo 86, §1º sobre a criação dos estabelecimentos penitenciários federais, com alteração dada pela Lei 10.792 em 2003<sup>7</sup>.

O Sistema Penitenciário Federal entrou em funcionamento quando instalada a primeira Penitenciária Federal em Catanduvas, no Estado do Paraná, em 2006, e, logo após, com a instalação da Penitenciária Federal em Campo Grande/MS. No ano de 2009 foram inauguradas a Penitenciária Federal em Mossoró/RN e a Penitenciária Federal em Porto Velho/RO<sup>8</sup>. A estrutura dessas penitenciárias permite o controle do contato entre os presos e a atribuição de mecanismos extremamente seguros quanto à fiscalização em relação ao que entra e sai do presídio.

A regulamentação do Sistema Penitenciário Federal originou-se com o Decreto nº 6.049, de 27 de fevereiro de 2007, que em seu artigo 3º<sup>9</sup> atribui à finalidade dos

---

5 BRASIL. Governo do Brasil. Conheça as estruturas dos quatro presídios federais. 2017. Disponível em <<http://www.brasil.gov.br/editoria/seguranca-e-justica/2012/04/conheca-as-estruturas-dos-quatro-presidios-federais>> Acesso em 08jun2018.

6BRASIL. Plano de Gestão das Corregedorias Judiciais das Penitenciárias Federais. Fórum Permanente do Sistema Penitenciário Federal. Instituído pela Portaria da Corregedoria-Geral do Conselho da Justiça Federal, nº 154, de 28 de junho de 2012. P. 12-17. Disponível em <<http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/sistema-penitenciario-federal>> Acesso em 08jun2018.

7 Art. 86. [...] § 1º A União Federal poderá construir estabelecimento penal em local distante da condenação para recolher os condenados, quando a medida se justifique no interesse da segurança pública ou do próprio condenado. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 2003) (grifo nosso) BRASIL. Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Diário Oficial da União. Publicado em 13/07/1984. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7210compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm)> Acesso em 12mai2018.

8BRASIL. Plano de Gestão das Corregedorias Judiciais das Penitenciárias Federais. Fórum Permanente do Sistema Penitenciário Federal. Instituído pela Portaria da Corregedoria-Geral do Conselho da Justiça Federal, nº 154, de 28 de junho de 2012. P. 12-17. Disponível em <<http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/sistema-penitenciario-federal>> Acesso em 24mai2018.

9Art. 3º Os estabelecimentos penais federais têm por finalidade promover a execução administrativa das medidas restritivas de liberdade dos presos, provisórios ou condenados, cuja inclusão se justifique no interesse da segurança pública ou do próprio preso. BRASIL. Decreto 6.049, de 27 de fevereiro de

estabelecimentos federais. A Lei nº 11.671, de 08 de maio de 2008 dispõe em seu artigo 3º<sup>10</sup> sobre a inclusão dos presos no sistema carcerário federal que “serão recolhidos em estabelecimentos penais federais de segurança máxima aqueles cuja medida se justifique no interesse da segurança pública ou do próprio preso, condenado ou provisório”.

Com efeito, é necessário analisar quais os requisitos que ensejam a inclusão ou transferência do preso para o sistema prisional federal, em observância ao Decreto nº 6.877, de 18 de junho de 2009, que dispõe, em seu artigo 3º,<sup>11</sup> os motivos autorizadores, tendo em vista que a maioria dos apenados é transferida em razão de serem altamente perigosos e causarem elevado risco à sociedade. Esses presos não se submetem ao poder estatal, e mesmo que encarcerados no sistema estadual, continuam desenvolvendo habitual e profissionalmente as suas atividades delitivas.

A Lei de Execuções Penais<sup>12</sup> regulamenta a execução penal de forma geral, aplicando-se tanto aos presos custodiados no âmbito carcerário estadual quanto no federal, principalmente no que diz respeito ao direito de visita. O artigo 41<sup>13</sup>, inciso X, da LEP dispõe que constitui direito do preso a “visita do cônjuge, da companheira, de

---

2007. Aprova o Regulamento Penitenciário Federal. Diário Oficial da União. Publicado em 28/02/2007. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/Decreto/D6877.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/Decreto/D6877.htm)> Acesso em 12mai2018.

10BRASIL. Lei nº 11.671, de 08 de maio de 2008. Dispõe sobre a transferência e inclusão de presos em estabelecimentos penais federais de segurança máxima e dá outras providências. Diário Oficial da União. Publicado em 09/5/2008. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2008/lei/L11671.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/L11671.htm)> Acesso em 12mai2018.

11 Art. 3º Para a inclusão ou transferência, o preso deverá possuir, ao menos, uma das seguintes características: I - ter desempenhado função de liderança ou participado de forma relevante em organização criminosa; II - ter praticado crime que coloque em risco a sua integridade física no ambiente prisional de origem; III - estar submetido ao Regime Disciplinar Diferenciado - RDD; IV - ser membro de quadrilha ou bando, envolvido na prática reiterada de crimes com violência ou grave ameaça; V - ser réu colaborador ou delator premiado, desde que essa condição represente risco à sua integridade física no ambiente prisional de origem; ou VI - estar envolvido em incidentes de fuga, de violência ou de grave indisciplina no sistema prisional de origem. BRASIL. Decreto 6.877, de 18 de junho de 2009. Regulamenta a Lei nº 11.671, de 8 de maio de 2008, que dispõe sobre a inclusão de presos em estabelecimentos penais federais de segurança máxima ou a sua transferência para aqueles estabelecimentos, e dá outras providências. Diário Oficial da União. Publicado em 19/06/2009. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/Decreto/D6877.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/Decreto/D6877.htm)> Acesso em 12mai2018.

12 BRASIL. Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Diário Oficial da União. Publicado em 13/07/1984. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7210compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm)> Acesso em 12mai2018.

13 BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Diário Oficial da União. Publicado em 13/07/1984. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7210compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm)> Acesso em 12mai2018.

parentes e amigos em dias determinados (...)”. Nos presídios federais, a visita é permitida, desde que cumpridas exigências determinadas em lei e observado o comportamento do preso.

## **2. A deficiência no monitoramento das visitas no Sistema Penitenciário Federal**

Conforme exposição de Cunha, Corregedor da Penitenciária Federal em Porto Velho/RO, em decisão proferida em Petição Criminal com tramitação na Seção Judiciária de Rondônia, a maior debilidade encontrada desde a criação do Sistema Penitenciário Federal foi a visita com contato físico<sup>14</sup>. Apesar da intensa fiscalização, o preso prossegue na atividade delitiva extramuros quando o visitante é “mensageiro do crime”, tanto na visita social quanto íntima.

Tendo em vista que as penitenciárias federais abrigam presos de alto escalão criminoso, as normas de segurança adotadas devem estar em compatibilidade com essa realidade fática, a fim de consolidar o isolamento de lideranças de facções criminosas. Com o foco de neutralizar o comando e reduzir a comunicação dos componentes/chefes de organizações criminosas, a possível omissão na segurança (que seria a autorização da visita com contato físico sem monitoramento) pode transtornar comedido esse objetivo.

### **2.1 A necessidade de regulamentação e fiscalização das visitas no Sistema Penitenciário Federal**

O Decreto 6.049/2007 aprovou o Regulamento Penitenciário Federal, dispondo nos artigos 91 a 95<sup>15</sup> sobre as visitas dos cônjuges, companheiras, parentes e amigos (finalidades e períodos de realização). O DEPEN com a Portaria nº 122 de 19 de setembro de 2007<sup>16</sup> dispôs sobre o procedimento de visitas aos presos nos

---

14 RONDÔNIA. Decisão proferida na Petição Criminal autos nº0012090-35.2016.4.01.4100, 3ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado de Rondônia, 2017, p. 4. Disponível em <<https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=00120903520164014100&secao=RO&pg=1&enviar=Pesquisar>> Acesso em 20mai2018.

15 BRASIL. Decreto 6.049 de 27 de fevereiro de 2007. Aprova o Regulamento Penitenciário Federal. Diário Oficial da União. Publicado em 28/02/2007. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2007/decreto/d6049.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6049.htm)> Acesso em 12mai2018.

16 BRASIL. Portaria nº 122, de 19 de setembro de 2007. Disciplina o procedimento de visita aos presos nos estabelecimentos penais federais e dá outras providências. Diário Oficial da União. Publicado em 21/09/2007. Disponível em <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/arquivos/sistema->

estabelecimentos penais federais. Nesse sentido, o Ministério da Justiça editou a Portaria nº 1.190 em 19 de junho de 2008<sup>17</sup>, esta que foi revogada pela Portaria nº 718 de 28 de agosto de 2017<sup>18</sup>, que regulamenta a visita íntima no interior das penitenciárias federais.

No Sistema Penitenciário Federal existem quatro tipos de visitas às quais os presos têm direito. Primeiro, tem-se a visita social, esta que pode ser considerada a visita em sentido amplo com contato físico, que constitui direito subjetivo e essencial do preso, de caráter não absoluto, com vistas à sua ressocialização e reintegração social. A visita social traz sua finalidade no artigo 91 do Decreto nº 6.049<sup>19</sup>, qual seja a manutenção dos laços afetivos e familiares que liga o apenado ao ambiente externo ao qual está custodiado. Como não possui definição doutrinária específica, Avena expõe que “é essencial no processo de reabilitação do apenado a manutenção dos laços que o unem à família e aos amigos. Por essa razão, assegura a LEP o direito de visitação ao preso [...]”<sup>20</sup>.

Há ainda a possibilidade de realização de visita no parlatório, porém não existe contato físico entre o preso e visitante, onde ambos são separados por uma espécie de vidro, na qual há a possibilidade de gravação das conversas com autorização judicial. Tem-se ainda a visita virtual, que surgiu de uma parceria entre o Departamento Penitenciário Nacional e a Defensoria Pública da União por meio do projeto visita virtual e videoconferência judicial. O visitante dirige-se até o órgão da Defensoria que possui o equipamento necessário, com o intuito de promover o contato com o interno

---

[penitenciario-federal/anexos-sistema-penitenciario-federal/2007portaria122.pdf](http://penitenciario-federal/anexos-sistema-penitenciario-federal/2007portaria122.pdf)> Acesso em 24mai2018.

17 BRASIL. Portaria nº 1.190, de 19 de junho de 2008. Regulamenta a visita íntima no interior das penitenciárias federais. Diário Oficial da União. Publicado em 20/06/2008. Disponível em <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/sistema-penitenciario-federal-1/visitas-as-penitenciarias-federais-1/2008portariamj1190.pdf>> Acesso em 24mai2018.

18 BRASIL. Portaria nº 718, de 28 de agosto de 2017. Regulamenta a visita íntima no interior das penitenciárias federais. Diário Oficial da União. Publicado em 30 de agosto de 2017. Disponível em <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2017/12/PORTARIA-MJ-718-2017.pdf>> Acesso em 24mai2018.

19 BRASIL. Decreto 6.049 de 27 de fevereiro de 2007. Aprova o Regulamento Penitenciário Federal. Diário Oficial da União. Publicado em 28/02/2007. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2007/decreto/d6049.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6049.htm)> Acesso em 12mai2018.

20 AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. Execução Penal Esquematizado. 1ª Ed. São Paulo: Editora Método, Grupo Gen, 2014. [livro eletrônico]

custodiado no presídio federal, por videoconferência. Esse projeto foi pioneiro e inovador, tendo em vista que pelo menos metade dos presos do sistema federal não recebiam as visitas sociais<sup>21</sup>.

Por último, tem-se a visita íntima. Quanto ao conceito, é possível defini-la como um direito do presodestinado à satisfação das suas necessidades sexuais, não podendo ser monitoradas, com a finalidade de fortalecer as relações familiares do preso (artigo 95<sup>22</sup> do Decreto 6.049/07). Roig trata desse assunto de forma objetiva e conclui que a visita íntima como exercício da sexualidade possui aparato constitucional, resultante do direito à intimidade ou do livre desenvolvimento da personalidade e, ainda “é manifestação da dignidade humana e elemento essencial para que a pessoa presa preserve laços afetivos”<sup>23</sup>.

Ademais, primordial destacar a diferença quanto à fiscalização entre os tipos de visitas possíveis na estrutura federal carcerária. Em relação à visita virtual que é realizada em uma das sedes da Defensoria Pública da União, não se fala em monitoramento específico, conquanto preso e visitante não estão no mesmo ambiente físico e todos os áudios e imagens são capturados pela videoconferência. Quanto à realizada no parlatório, o diálogo é monitorado e gravado mediante autorização judicial, não existindo contato físico entre ambos em razão do vidro que separa preso e visitante.

Quanto à visita social, esta que possui contato físico, mesmo que haja a possibilidade de gravação da conversa, é de difícil execução, tendo em vista que vários apenados recebem visitas paralelas no pátio da penitenciária. Assim, se torna inviável a supervisão de possíveis ordens que possam ser repassadas pelos internos aos familiares/companheiras/cônjuges. No entanto, em se tratando de visitas íntimas, por motivos óbvios, não há nenhum monitoramento, dando margem ao preso e visitante trocarem informações de caráter pessoal e extrapessoal, no caso, informações que podem ser de cunho criminal.

---

21 BRASIL. Ministério da Justiça Governo Federal. Visita Virtual e Videoconferência Judicial. Disponível em <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/sistema-penitenciario-federal-1/visita-virtual-e-videoconferencia-judicial>>. Acesso em 12mai2018

22 BRASIL. Decreto 6.049 de 27 de fevereiro de 2007. Aprova o Regulamento Penitenciário Federal. Diário Oficial da União. Publicado em 28/02/2007. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2007/decreto/d6049.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6049.htm)> Acesso em 12mai2018.

23 ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Execução penal: teoria crítica. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016. [livro eletrônico]

### **3. Os princípios relacionados à visita íntima: a segurança pública como interesse coletivo e a dignidade da pessoa humana sob o viés individual do preso**

Como já exposto anteriormente, a Lei de Execuções Penais aborda o direito de visitas do preso. No entanto, a legislação foi omissa em estabelecer o direito “a visita íntima”, não existindo lei em *stricto sensu* que regule esse direito. Assim, a realização dessas visitas acontece mediante os requisitos formais elencados na Portaria nº 718 de 2017, como cadastro da (o) visitante, comprovação de união estável ou casamento, entre outros, e, ainda, observados os dias, horários, local e periodicidade de realização, conforme disposto no artigo 1º, caput, §§3º e 4º e artigo 2º da mencionada Portaria<sup>24</sup>. Caso não sejam cumpridos esses requisitos, o direito a visita íntima pode ser negado pelo Juízo da execução.

Para firmar-se na concessão das visitas íntimas, em caso de negativa, o principal fundamento utilizado é a dignidade da pessoa humana. Os internos dos estabelecimentos federais utilizam dessa garantia constitucional para tentar torná-la absoluta e pleitear a autorização da visita íntima, baseando-se ainda na assistência familiar como auxiliar no caráter ressocializador da pena.

Entretanto, é imprescindível que o interesse da sociedade e a segurança pública estejam acima do interesse particular do próprio preso, quando tratar-se de risco à ordem pública e desrespeito à segurança máxima do presídio federal. Dessa forma, é possível evitar a violação aos princípios que norteiam a execução penal, tendo em vista o interesse social de preservar não só a higidez do sistema, mas a segurança do próprio preso. Será analisada então a segurança pública como um dos principais objetos desse estudo.

A Constituição Federal estabelece no Título V, em seu artigo 144, caput, que “a segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio [...]”<sup>25</sup>. A noção de segurança pública sustentada por Nucci é a destinada à prevenção de

---

24 BRASIL. Portaria nº 718, de 28 de agosto de 2017. Regulamenta a visita íntima no interior das penitenciárias federais. Diário Oficial da União. Publicado em 30 de agosto de 2017. Disponível em <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2017/12/PORTARIA-MJ-718-2017.pdf>> Acesso em 24mai2018.

25 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> Acesso em 15mai2018.

ocasião das transgressões penais, mas não se detém somente nisso, tendo em vista que também remete a um bem-estar social, uma sensação de tranquilidade e paz<sup>26</sup>.

A segurança pública, como direito social e garantia constitucional, é predominante se levada em conta à proteção do interesse da sociedade. Dessa forma, é possível compreender que a percepção de interesse público se remete a ideia de interesse coletivo, entendendo-se assim, que, no compilado dos dois conceitos, “segurança pública é a ausência de risco correspondente ao interesse da sociedade, tomada esta como a soma das individualidades, mas como um corpo, qual seja, a coletividade”<sup>27</sup>.

Analisado esse princípio em caso de proibição das visitas íntimas, observa-se que o objetivo principal da inclusão dos apenados no sistema penitenciário federal se torna efetivo, em razão da proteção à ordem pública e respeito à segurança máxima do regime carcerário federal. A noção de proteção à coletividade, inclusa dentro do conceito de ordem pública e integridade social, fica resguardada quando na proibição dessas visitas, há alguma esperança de prevenir, no mínimo, que as organizações e facções criminosas continuem a influenciar o extramuros dos presídios federais e interferir na sociedade de forma direta e indireta.

Passa-se a exposição do outro fundamento constitucional deste estudo. Positivada no Título I da Constituição Federal, a dignidade da pessoa humana se apresenta como fundamento da República (art. 1º, inciso III)<sup>28</sup>. No âmbito do direito internacional, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (artigo 10, ponto 1)<sup>29</sup>, as Regras de Mandela (Regra 1)<sup>30</sup>, a Convenção Americana de Direitos Humanos -

---

26 NUCCI, Guilherme de Souza. *Direitos humanos versus segurança pública*. Rio de Janeiro: Editora Forense LTDA, 2016. [livro eletrônico].

27 FILOCRE, Lincoln D’Aquino. *Direito de segurança pública* apud NUCCI, Guilherme de Souza. *Direitos humanos versus segurança pública*. Rio de Janeiro: Editora Forense LTDA, 2016. [livro eletrônico].

28 Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana [...]. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> Acesso em 15mai2018.

29 Art. 10, 1. Toda pessoa privada de sua liberdade deverá ser tratada com humanidade e respeito à dignidade inerente à pessoa humana. BRASIL. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Atos internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Diário Oficial da União. Publicado em 07/07/1992. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm)> Acesso em 16mai2018.

Pacto de San José da Costa Rica (artigo 5º, ponto 1 e 2)<sup>31</sup> e a Declaração Universal dos Direitos Humanos (artigo I e V)<sup>32</sup> dispõem sobre esse fundamento e o tratamento digno devido à todos os seres humanos.

A literatura jurídica aborda diferentes conceitos acerca desse fundamento, definindo-o como princípio/regra, norma fundamental precedente de todas as outras, vetor de interpretação para todos os demais direitos existentes fundamentais no ordenamento jurídico<sup>33</sup>. O ser humano deve receber um tratamento moral e isonômico, conferindo-lhe respeito e trato digno compatível com o fim necessário para a figura humana e não como finalidade de interesses de terceiros, protegida a integridade física, psíquica e moral. Tem-se, portanto, que “a dignidade da pessoa humana refere-se a uma qualidade intrínseca pertencente a cada pessoa, que a coloca em posição merecedora de respeito por parte de seus semelhantes e do Estado [...]”<sup>34</sup>.

---

30 Regra 1. Todos os presos devem ser tratados com respeito, devido a seu valor e dignidade inerentes ao ser humano. Nenhum preso deverá ser submetido à tortura ou tratamentos ou sanções cruéis, desumanos ou degradantes e deverá ser protegido de tais atos, não sendo estes justificáveis em qualquer circunstância. A segurança dos presos, dos servidores prisionais, dos prestadores de serviço e dos visitantes deve ser sempre assegurada. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Regras de Mandela: Regras mínimas das Nações Unidas para o tratamento de presos. 1ª Edição, Brasília, 2016. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/05/39ae8bd2085fdbc4a1b02fa6e3944ba2.pdf>> Acesso em 16mai2018.

31 Art. 5, 1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral. 2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente do ser humano. BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Diário Oficial da União. Publicado em 09/11/1992. Anexo disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf)> Acesso em 16mai2018.

32 Art. I. Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade. V. Ninguém será submetido à tortura nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral da ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948, Paris. UNIC/Rio/005, Janeiro, 2009 (DPI/876). Disponível em <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>> Acesso em 16mai2018.

33 FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional conforme a EC 77/2014. 6ª Ed. Revista, ampliada e atualizada e em consonância com a jurisprudência do STF. Salvador: Editora Juspodivm, 2014, p. 297.

34 BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes; MARCONDES, Thais Caroline Anyzewski. A dignidade da pessoa humana e os direitos humanos no sistema prisional brasileiro. Publica Direito, Paraná, 2013, p. 6. Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ec1093fe1626f25b>> Acesso em 20mai2018.

Sendo a dignidade qualidade inerente do ser humano, reafirma-se a necessidade de respeito que deve ser dado às pessoas que se encontram privadas de sua liberdade<sup>35</sup>. Nesse cenário, em se tratando de dignidade da pessoa humana, é necessário analisar se sua aplicação será absoluta quando autorizada a visita íntima ao interno do presídio federal. Robert Alexy expõe que a Constituição alemã, em seu art. 1º, §1º, 1, estabelece a dignidade humana como direito inviolável, trazendo assim a impressão de caráter absoluto e o tratamento que recebe como princípio e como norma e sua possível precedência sobre os demais princípios<sup>36</sup>.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que “os direitos e garantias não tem caráter absoluto”<sup>37</sup>, firmando-se no fundamento de relevante interesse público, adotando medidas que restrinjam prerrogativas individuais ou coletivas, respeitados os limites dispostos na Carta Magna. A partir desse princípio, Nucci pondera “[...] seria ele um princípio de caráter absoluto? Todos os demais princípios ou regras que com ele conflitam seriam afastados? [...]”<sup>38</sup> e aduz que “[...] embora pareça uma contradição expressar que o princípio da dignidade humana tem o caráter absoluto e, ao mesmo tempo, relativizá-lo na aplicação concreta, conforme o caso, nada existe de ilógico”<sup>39</sup>. Portanto, há a possibilidade de relativização desse princípio no ordenamento jurídico, quando da sua aplicação ao caso concreto.

### **3.1 Proibição das visitas íntimas nas penitenciárias federais: garantia da segurança pública X violação à dignidade humana e a Operação Epístolas**

A Polícia Federal em maio de 2017 deflagrou a Operação Epístolas no Estado de Rondônia, recaindo a competência sobre a 3ª Vara Criminal e de Execuções Penais da Seção Judiciária de Rondônia. Essa Operação demonstrou as ações executadas pelos

---

35 BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes; MARCONDES, Thais Caroline Anyzewski. A dignidade da pessoa humana e os direitos humanos no sistema prisional brasileiro. Publica Direito, Paraná, 2013, p. 10. Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ec1093fe1626f25b>> Acesso em 20mai2018.

36 ALEXY, Robert. Teoria geral dos direitos fundamentais (tradução de Virgílio Afonso da Silva). 2ª Edição 4ª Tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 111, 112.

37 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de segurança nº 23.452-1/RJ. 16/09/1999, Relator Min. Celso de Mello. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85966>> Acesso em 21mai2018.

38 NUCCI, Guilherme de Souza. Direitos humanos *versus* segurança pública. Rio de Janeiro: Editora Forense LTDA, 2016. [livro eletrônico].

39 NUCCI, Guilherme de Souza. Direitos humanos *versus* segurança pública. Rio de Janeiro: Editora Forense LTDA, 2016. [livro eletrônico].

presos custodiados dentro dos presídios federais com cooperação de pessoas extramuros, em relação à troca e repasse de informações com o intuito de manter uma organização criminosa e desenvolver atividades delitivas (incluindo tráfico de drogas e lavagem de dinheiro).

Em decisão proferida na Ação Penal<sup>40</sup> da mencionada Operação, restou esclarecido que os presos se valiam das visitas íntimas para trocar bilhetes e cartas que eram repassados para as esposas/companheiras e, assim, levados para fora do âmbito carcerário. Logo, eram infringidas normas de funcionamento e regimento do Sistema Penitenciário Federal (segurança máxima), burlados os motivos de isolamento dos reeducandos no regime excepcional e manipulada a ordem pública instituída.

Após a deflagração da Operação Epístolas, o DEPEN por meio de despacho dado pela Diretoria do Sistema Penitenciário Federal, suspendeu as visitas sociais e íntimas em todas as penitenciárias federais por um período de 30 dias (29/05/2017 à 28/06/2017), sendo renovada a suspensão pela Portaria nº 327, de 29 de junho de 2017<sup>41</sup>. A medida de suspensão das visitas consistia em caráter preventivo e protetivo dos Agentes Federais, seus familiares e da sociedade em geral, que procurou restabelecer a disciplina, ordem e segurança estipulada no regime federal. No entanto, a Defensoria Pública da União considerou essa medida uma afronta a Constituição<sup>42</sup>.

Entretanto, a Advocacia Geral da União entendeu que é possível haver a suspensão temporária das visitas, de forma motivada, por razões de segurança que assim a justifiquem. Expôs ainda que observada a ótica da proporcionalidade caso a caso, a

---

40 RONDÔNIA. Decisão proferida na ação penal autos nº 0003220-98.2016.4.01.4100 pelo Juiz Federal Walisson Gonçalves Cunha na 3ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado de Rondônia em 21/05/2017. Disponível em <<https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=00032209820164014100&secao=RO&pg=1&enviar=Pesquisar>> Acesso em 23mai2018.

41 BRASIL. Portaria nº 327, de 29 de junho de 2017. Regulamenta temporariamente os horários e regras internas para a utilização dos parlatórios em visitas sociais e atendimentos de advogados. Diário Oficial da União. Publicado em 30 de junho de 2017. Disponível em <<http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=54&data=30/06/2017>> Acesso em 24mai2018.

42 [...] entender ser possível por qualquer ato estatal (demais inferior à Lei!) vedar o acesso às visitas íntimas de forma absoluta e arbitrária feriria de morte a Constituição Federal de 88 em diversos princípios e artigos positivados, mas, notadamente, atingindo um de seus fundamentos (o já citado art. 1º, III) BRASÍLIA. Ação Civil Pública. Defensoria Pública da União no Distrito Federal/DF. SEI / DPU – 2034601. Datada de 14/09/2017. Disponível em <<http://www.dpu.def.br/noticias-defensoria-publica-da-uniao/233-slideshow/39309-dpu-ajuiza-acp-contra-restricao-de-visitas-intimas-em-presidios-federais>> Acesso em 24mai2018.

suspensão das visitas íntimas atende a finalidade de resguardar a vida dos agentes estatais, “sem sacrificar completamente o convívio do preso com seus familiares, já que as visitas sociais sem contato físico estão permitidas”<sup>43</sup>.

Após a deflagração da Operação, a Portaria nº 718, editada em 28 de agosto de 2017 (ainda vigente), autorizou e regulamentou as visitas íntimas nos presídios federais, concedidas somente aos colaboradores e delatores premiados e que não se enquadrem nos requisitos dispostos no artigo 1º, §2º, incisos I a V da mencionada Portaria. Quanto à restrição temporária das visitas íntimas e analisados os dois extremos, evidencia-se que “duas normas levam, se isoladamente consideradas, a resultados contraditórios entre si. Nenhuma delas é inválida, nenhuma tem precedência absoluta sobre a outra”<sup>44</sup>. Assim, avalia-se uma colisão principiológica diante dessa proibição.

Com base nesse confronto entre princípios, é essencial trazer à tona o entendimento do Supremo Tribunal Federal<sup>45</sup> que não há no ordenamento jurídico direitos e garantias absolutos, assim, não é possível atribuir aplicação ilimitada de nenhum dos dois princípios aqui abordados, quais sejam a segurança pública e a dignidade da pessoa humana. Dessa forma, a colisão que se expõe é do interesse público *versus* o interesse individual, sendo necessária a relativização de ambos os interesses quando da aplicação caso a caso.

Portanto, é necessário analisar se, na proibição das visitas íntimas aos internos do Sistema Penitenciário Federal há a violação à dignidade da pessoa humana, ou ainda, se nesta vedação, é possível garantir de forma controlada a segurança pública. Entende-se que desse modo o apenado fica impedido de contatar a visita como forma de comunicar-se com o extramuros do regime carcerário, impossibilitando o comando para organizações criminosas de dentro do presídio, sobrepondo o interesse coletivo em detrimento do interesse privado.

Para tanto, qual resultado consubstancia melhor os valores constitucionais e os interesses resguardados? Os direitos fundamentais não são absolutos, de certo, o que é

---

43 BRASÍLIA. Agravo de instrumento nº 0035169-87.2017.4.01.0000/DF, distribuído por dependência. Processo nº 29414-67.2017.4.01.3400 – Mandado de segurança coletivo – 12ª Vara Federal/DF. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/dl/agu-agravo-visita-intima.pdf>> Acesso em 20mai2018.

44 ALEXY, Robert. Teoria geral dos direitos fundamentais (tradução de Virgílio Afonso da Silva). 2ª Edição 4ª Tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 101.

45 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de segurança nº 23.452-1/RJ. 16/09/1999, Relator Min. Celso de Mello. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85966>> Acesso em 21mai2018.

amplamente aceito na órbita jurídica brasileira, tanto jurisprudencial quanto doutrinariamente. Sarlet entende que os direitos fundamentais são sujeitos a limitações e restrições, afirmando que não há ordem jurídica que possa resguardá-los de maneira integral<sup>46</sup>. Da mesma forma que a segurança pública como um direito social, e reforça-se, fundamental, não pode ter caráter absoluto, também não pode ser atribuída tal característica à dignidade da pessoa humana, mesmo que considerada sua importância de forma expressiva.

Considerando a colisão entre princípios de natureza constitucional, o intérprete deve realizar uma ponderação para que possa encontrar uma solução jurídica adequada ao caso. Quando do equilíbrio entre os princípios, a máxima da proporcionalidade deve ser aplicada, utilizando-se da relativização frente às possibilidades jurídicas<sup>47</sup>. Verifica-se, portanto, que a dignidade da pessoa humana, positivada como fundamento da República e princípio inerente ao ser humano não é ilimitada. Não obstante, a segurança pública, direito social, fundamental e essencial à ordem e integridade da sociedade, também não se considera de forma plena.

### **Considerações Finais**

O problema principal deste estudo foi avaliar qual a finalidade das visitas íntimas nos presídios federais. Com o presente, a resposta a este dilema se deu com a disposição legal (Decreto nº 6.049/07) das visitas íntimas servirem como um fortalecimento das relações familiares do preso, mas também funcionam como margem para troca de informações de cunho criminal que podem ser repassadas para fora do âmbito carcerário federal. O objetivo principal do estudo foi alcançado, que resultou no contraponto entre os dois princípios garantidos constitucionalmente, sendo abordada a ponderação e relativização quando da sua aplicação ao caso concreto.

Diante disso, fica evidenciada a impossibilidade de proibição das visitas íntimas em caráter definitivo, considerando que essa ação feriria diretamente direitos e garantias constitucionais. A segurança pública não seria completamente efetiva, além de o próprio

---

46 SARLET, Ingo Wolfgang. Segunda Parte - O Sistema Constitucional Brasileiro. In SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 6ª Edição, Revista e atualizada incluindo novo capítulo sobre partidos políticos. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. [livro eletrônico]

47 ALEXY, Robert. Teoria geral dos direitos fundamentais (tradução de Virgílio Afonso da Silva). 2ª Edição 4ª Tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 117.

preso ser afetado em seu direito. A vedação dessas visitas se configura como uma violação aos direitos do preso, porquanto nenhum direito é absoluto, não há como estipular uma limitação que infrinja o diploma constitucional.

Considerando que o regime federal possui caráter excepcional e temporário, vedar o acesso ao preso das visitas íntimas só seria possível caso os motivos que o incluíram no sistema federal perdurem por muito tempo, com o intuito de resguardar a ordem pública. Quando às hipóteses apresentadas neste artigo, institui-se então a ideia de restrição das visitas íntimas de forma temporária, para prevenção de possíveis ordens extramuros e, ainda, quando restar comprovado que o apenado utiliza desse meio para a prática de crimes, ainda que custodiado na estrutura federal penitenciária.

Necessário que o diploma legal aponte requisitos específicos para a autorização e realização dessas visitas, observadas a conduta e disciplina do interno no âmbito carcerário, subsistindo a visita social com contato físico quando o reeducando estiver com esse direito de visita íntima cerceado temporariamente. É essencial que seu comportamento esteja de acordo com as normas que regem o Sistema Penitenciário Federal, respeitada sua finalidade e as medidas de segurança que são aplicadas quando da inclusão do apenado nesse regime excepcional.

### **Referências Das Fontes Citadas**

ALEXY, Robert. Teoria geral dos direitos fundamentais (tradução de Virgílio Afonso da Silva). 2ª Edição 4ª Tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. Execução Penal Esquematizado. 1ª Ed. São Paulo: Editora Método, Grupo Gen, 2014. [livro eletrônico]

BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes; MARCONDES, Thais Caroline Anyzewski. A dignidade da pessoa humana e os direitos humanos no sistema prisional brasileiro. Publica Direito, Paraná, 2013, p. 6-10. Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ec1093fe1626f25b>> Acesso em 20mai2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> Acesso em 15mai2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Regras de Mandela: Regras mínimas das Nações Unidas para o tratamento de presos. 1ª Edição, Brasília, 2016. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/05/39ae8bd2085fdb4a1b02fa6e3944ba2.pdf>> Acesso em 16mai2018.

BRASIL. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Atos internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Diário Oficial da União. Publicado em 07/07/1992. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm)> Acesso em 16mai2018.

BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Diário Oficial da União. Publicado em 09/11/1992. Anexo disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf)> Acesso em 16mai2018.

BRASIL. Decreto 6.049, de 27 de fevereiro de 2007. Aprova o Regulamento Penitenciário Federal. Diário Oficial da União. Publicado em 28/02/2007. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2007/decreto/d6049.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6049.htm)> Acesso em 12mai2018.

BRASIL. Decreto 6.877 de 18 de junho de 2009. Regulamenta a Lei nº 11.671, de 8 de maio de 2008, que dispõe sobre a inclusão de presos em estabelecimentos penais federais de segurança máxima ou a sua transferência para aqueles estabelecimentos, e dá outras providências. Diário Oficial da União. Publicado em 19/06/2009. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/Decreto/D6877.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/Decreto/D6877.htm)> Acesso em 12mai2018.

BRASIL. Governo do Brasil. Conheça as estruturas dos quatro presídios federais. 2017. Disponível em <<http://www.brasil.gov.br/editoria/seguranca-e-justica/2012/04/conheca-as-estruturas-dos-quatro-presidios-federais>> Acesso em 08jun2018.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Diário Oficial da União. Publicado em 13/07/1984. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7210compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm)> Acesso em 12mai2018.

BRASIL. Lei nº 11.671, de 08 de maio de 2008. Dispõe sobre a transferência e inclusão de presos em estabelecimentos penais federais de segurança máxima e dá outras providências. Diário Oficial da União. Publicado em 09/5/2008. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2008/lei/L11671.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/L11671.htm)> Acesso em 12mai2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de segurança nº 23.452-1/RJ. 16/09/1999, Relator Min. Celso de Mello. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85966>> Acesso em 21mai2018.

BRASIL. Ministério da Justiça Governo Federal. Depen suspende visitas íntimas no Sistema Penitenciário Federal por 30 dias. Disponível em <<http://www.justica.gov.br/news/depen-suspende-visitas-no-sistema-penitenciario-federal-por-30-dias>> Acesso em 24mai2018.

BRASIL. Ministério da Justiça Governo Federal. Penitenciárias Federais. Disponível em <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/sistema-penitenciario-federal-1/penitenciarias-federais>> Acesso em 08jun2018.

BRASIL. Ministério da Justiça Governo Federal. Visita Virtual e Videoconferência Judicial. Disponível em <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/sistema-penitenciario-federal-1/visita-virtual-e-videoconferencia-judicial>> Acesso em 12mai2018

BRASIL. Plano de Gestão das Corregedorias Judiciais das Penitenciárias Federais. Fórum Permanente do Sistema Penitenciário Federal. Instituído pela Portaria da Corregedoria-Geral do Conselho da Justiça Federal, nº 154, de 28 de junho de 2012. Disponível em <<http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/sistema-penitenciario-federal>> Acesso em 08jun2018.

BRASIL. Portaria nº 122, de 19 de setembro de 2007. Disciplina o procedimento de visita aos presos nos estabelecimentos penais federais e dá outras providências. Diário Oficial da União. Publicado em 21/09/2007. Disponível em <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/arquivos/sistema-penitenciario-federal/anexos-sistema-penitenciario-federal/2007portaria122.pdf>> Acesso em 24mai2018.

BRASIL. Portaria nº 1.190, de 19 de junho de 2008. Regulamenta a visita íntima no interior das penitenciárias federais. Diário Oficial da União. Publicado em 20/06/2008. Disponível em <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/sistema-penitenciario-federal-1/visitas-as-penitenciarias-federais-1/2008portariamj1190.pdf>> Acesso em 24mai2018.

BRASIL. Portaria nº 327, de 29 de junho de 2017. Regulamenta temporariamente os horários e regras internas para a utilização dos parlatórios em visitas sociais e atendimentos de advogados. Diário Oficial da União. Publicado em 30 de junho de 2017. Disponível em <<http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=54&data=30/06/2017>> Acesso em 24mai2018.

BRASIL. Portaria nº 718, de 28 de agosto de 2017. Regulamenta a visita íntima no interior das penitenciárias federais. Diário Oficial da União. Publicado em 30 de agosto de 2017. Disponível em <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2017/12/PORTARIA-MJ-718-2017.pdf>> Acesso em 24mai2018.

BRASÍLIA. Ação Civil Pública. Defensoria Pública da União no Distrito Federal/DF. SEI / DPU – 2034601. Datada de 14/09/2017. Disponível em <<http://www.dpu.def.br/noticias-defensoria-publica-da-uniao/233-slideshow/39309-dpu-ajuiza-acp-contr-restricao-de-visitas-intimas-em-presidios-federais>> Acesso em 24mai2018.

BRASÍLIA. Agravo de Instrumento nº 0035169-87.2017.4.01.0000/DF, distribuído por dependência. Processo nº 29414-67.2017.4.01.3400 – Mandado de segurança coletivo –

12ª Vara Federal/DF. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/dl/agu-agravo-visita-intima.pdf>> Acesso em 20mai2018.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. Conforme a EC 77/2014. 6ª Ed. Revista, ampliada e atualizada e em consonância com a jurisprudência do STF. Salvador: Editora Juspodivm, 2014.

FILOCRE, Lincoln D'Aquino. Direito de segurança pública apud NUCCI, Guilherme de Souza. Direitos humanos versus segurança pública. Rio de Janeiro: Editora Forense LTDA, 2016. [livro eletrônico].

NUCCI, Guilherme de Souza. Direitos humanos versus segurança pública. Rio de Janeiro: Editora Forense LTDA, 2016. [livro eletrônico].

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral da ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948, Paris. UNIC/Rio/005, Janeiro, 2009 (DPI/876). Disponível em <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>> Acesso em 16mai2018.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Execução penal: teoria crítica. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016. [livro eletrônico]

RONDÔNIA. Decisão proferida na Ação Penal autos nº 0003220-98.2016.4.01.4100, 2017. 3ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado de Rondônia em 21/05/2017. Disponível em <<https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=00032209820164014100&secao=RO&pg=1&enviar=Pesquisar>> Acesso em 23mai2018.

RONDÔNIA. Decisão proferida na Petição Criminal autos nº 0012090-35.2016.4.01.4100, 3ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado de Rondônia, 2017. Disponível em <<https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=00120903520164014100&secao=RO&pg=1&enviar=Pesquisar>> Acesso em 20mai2018.

SÃO PAULO. Brasil tem pelo menos 83 facções em presídios. Carta Capital. 2017. Disponível em <<https://www.cartacapital.com.br/sociedade/brasil-tem-pelo-menos-83-faccoes-em-presidios>> Acesso em 08jun2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. Segunda Parte - O Sistema Constitucional Brasileiro. In SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 6ª Edição, Revista e atualizada incluindo novo capítulo sobre partidos políticos. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. [livro eletrônico]

## **TERMO DE AUTORIA E RESPONSABILIDADE**

Para fins de submissão e publicação dos artigos, na ocasião da aceitação dos termos da chamada do Congresso Amazônico de Direito, os autores declaram autoria e a participação na construção e formação dos respectivos estudos, assumindo a responsabilidade pública pelo seu conteúdo, não refletindo este a opinião dos organizadores do livro, do congresso ou dos membros da Editora.