

Volume 5, Número 1, Dezembro, Ano 2022, INSS 2595 - 1270

# QUID

Revista Essência Jurídica  
**UnicV**





## APRESENTAÇÃO

A QUID Revista Essência Jurídica no formato eletrônico ressalta sua missão com a difusão e fomentação de reflexão crítica sobre diversas temáticas do Direito, bem como ressalta a relevância da produção científica pautada na formação humanística, crítica e reflexiva.

Como ferramenta de disseminação científica, reconhece a importância do debate acadêmico e democrático, bem como a interdisciplinaridade dos temas afetos ao direito.

A QUID Revista Essência Jurídica tem publicação anual, de acesso aberto e gratuito, por meio eletrônico, cujo teor é acessível a toda a comunidade no site do Centro Universitário Cidade Verde: <https://unicv.edu.br/>. Não há cobrança de taxas de editoração, submissão e/ou publicação dos(as) autores(as) e utiliza o Open Journal Systems (OJS), plataforma de código livre gratuito, para a administração e a publicação dos artigos aprovados pela Comissão Editorial.

Este periódico prima pela qualidade, tendo tido seu conteúdo submetido à análise de uma composição de pareceristas, integrada por mestres e doutores, atuantes nas mais diversas áreas do Direito, que, certamente, contribuirão de modo decisivo na expansão e solidificação deste periódico.

Por fim, a qualidade das pesquisas aqui divulgadas, com certeza, encontrará a apreciação do leitor e dos estudiosos do Direito.

Faça parte da próxima edição.

Boa leitura!

**Profa. Dra. Paula Juliana Ferreira Albero**  
Editora



## **CORPO DIRETIVO**

### **Reitoria**

José Carlos Barbieri

### **Vice-Reitoria**

Hamilton Luiz Favero

### **Diretoria de Ensino e Extensão**

Luzia Mitsue Yamashita Deliberador Liberatore

### **Diretoria Acadêmica Presencial/EaD**

Alex Cordeiro Alves da Silva

### **Diretoria de Pós-Graduação e Pesquisa**

Marcela Bortotti Favero

### **Diretoria de Registro Acadêmico e Regulação**

Lincoln Villas Bôas Macena

### **Diretoria de Operações EAD**

Cleber Semensate

### **Editora Responsável**

Profa. Paula Juliana Ferreira Albero

## **ARTES DE CAPA E CONCEITO**

ACEE -Assessoria de Comunicação Endomarketing e Eventos - UniCV

Amanda Cristina Vieira Machado – **Gerente**

Daiany Parpinelli Rico -**Analista de Design Gráfico**



QUID REVISTA ESSÊNCIA JURÍDICA – CENTRO UNIVERSITÁRIO CIDADE VERDE  
Endereço para correspondência:  
Avenida Advogado Horácio Raccanello Filho, 5950 – Zona 7, Maringá – PR  
revistas@unicv.edu.br



## **CORPO CIENTÍFICO**

### **NELSON FINOTTI SILVA – Pós-Doutorando**

Pós-Doutorando em psicologia da Saúde na FAMERP. Doutor em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2008). Mestre em Direito do Estado pela Universidade de Franca (2001). Especialização em Direito do Estado Democrático de Direito pela Universidade de Franca (2001). Especialização em Didática do Ensino Superior pela União das Faculdades do Norte Paulista (1985). Professor titular na Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Catanduva e do de Pós Graduação *latu-sensu*. Pesquisador do Grupo de Pesquisa da saúde de São José do Rio Preto –FAMERP. Procurador aposentado do Estado de São Paulo. Advogado.

### **CELSO JEFFERSON MESSIAS PAGANELLI –Doutor**

Doutor em Direito pela ITE -Instituição Toledo de Ensino. Mestre em Direito pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília -UNIVEM. Pós-graduado em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera -UNIDERP, Pós-graduado em Direito da Tecnologia da Informação pela Universidade Cândido Mendes. Graduado em Direito pela Associação Educacional do Vale do Jurumirim (2009). Atualmente é professor de Direito na Pós-Graduação da Projuris-FIO em Ourinhos-SP. Tem experiência na área de Direito e Informática, com ênfase em Direito Digital e Direito Constitucional, atuando principalmente como advogado e docente. Tem vasta experiência com informática, possuindo mais de 30 certificações da Microsoft e diversos títulos, entre eles MCSE, MCSA, MCPD, MCTS, MCSA: Messaging, MCDBA e MCAD. Articulista e colunista de diversas revistas e jornais, sendo diretor e membro do Conselho Editorial da Revista de Direito do Instituto Palatino e membro do Conselho Editorial da Revista Acadêmica de Direito do Projuris.

### **MARIA PRISCILA SOARES BERRO –Pós-Doutora**

Pós-doutora em Direito Processual no Sistema Itálo-Germano e Latino-Americano na Università Degli Studi di Messina-Itália. Doutora em Direito -Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pelo Centro Universitário de Bauru -Instituição Toledo de Ensino (ITE-Bauru-SP) (2016). Possui Mestrado em Direito (área de concentração: Sistema Constitucional de Garantia de Direitos) pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru-SP (2002). Professora efetiva da Fundação Universidade Federal de Rondônia, Campus de Cacoal-RO. Possui, ainda, Especialização em Direito (área de concentração: Sistema Constitucional de Garantia de Direitos) pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru-SP e Especialização em Gestão de Negócios pela UNESC -Faculdades Integradas de Cacoal-RO. Tem experiência na área de Serviço Social, com ênfase em Direito do Trabalho e Sociabilidade, bem como na área de Administração e Contabilidade, com ênfase em Direito Previdenciário, RH, Arbitragem e Negociação e Saúde do Trabalhador.

**PRISCILA ARMELIN –Doutora**

Doutora em Direito pela FADISP (2-2018). Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (1993). Mestrado em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (2007). Foi membro da Associação Brasileira dos Professores de Ciências Penais. Membro Comissão da Educação Jurídica OAB/PR (gestão 2015/2018 e atual gestão 2019), Conselheira na OAB/Maringá (gestão 2015/2018 e atual gestão em 2019). Advogada inscrita na OAB/PR sob o n. 20625. Professora de pós-graduação e graduação. Coordena o Curso de direito da UNIFCV. Facilitadora na Justiça Restaurativa. Mediadora e Conciliadora em formação pelo 20215Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos - NUPEMEC, em parceria com o Conselho Nacional de Justiça -CNJ. Avaliadora de cursos de graduação em Direito do Ministério da Educação/INEP.

**JUSSARA SCHMITT SANDRI – Doutora**

Doutora em Direito pela FADISP. Mestra em Ciências Jurídicas pelo CESUMAR. Especialista em Direito e Políticas Públicas pela UNIOESTE. Especialista em Gestão Empresarial com ênfase em Marketing e Recursos Humanos pelo UNICS. Possui graduação em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba e Licenciatura em Letras pela UNICESUMAR. Advogada, tendo atuado nas áreas de Direito do Trabalho e Direito de Família até 2010. Professora de Ciências Jurídicas, com dedicação exclusiva, no Instituto Federal do Paraná, desde 2010, lotada no campus Paranaguá. Autora do livro Alienação Parental: o uso dos filhos como instrumento de vingança entre os pais, pela Editora Juruá.

**FABIANA JUNQUEIRA TAMAOKI NEVES –Pós-Doutora**

Pós-Doutora pela Università Degli Studi di Messina. Doutora e Mestre em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pela Instituição de Ensino de Bauru -ITE e Especialista em Direito Ambiental e Ordenação do Território pela Universidade Estadual de Maringá -UEM. Docente nos cursos de Direito e Serviço Social do Centro Universitário Toledo de Presidente Prudente-SP. Professora convidada da ESA-SP (Escola Superior da Advocacia) e de outros cursos de Pós-Graduação. Membro da UBAA (União Brasileira da Advocacia Ambiental). Autora de diversos artigos e capítulos de obras jurídicas. Tem experiência na área do Direito, com ênfase em Direito Constitucional, Defesa do Consumidor, Direito Coletivo, Estatuto da Criança e do Adolescente, Direito Ambiental, Direito Agrário, Direito Processual Civil, Direito Civil e Ética Profissional. Advogada.

**MANUELA DE OLIVEIRA SOARES -Doutora**

Doutora em Direito -Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pela ITE. Mestre em Direito Processual civil e Cidadania. Especialista em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná. Especialista pela Escola Fundação do Ministério Público do Paraná. Especialista pelo Instituto de Estudos Jurídicos. Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Maringá. Professora Efetiva do curso de graduação em Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul. Coordenadora do curso de Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul -unidade de Naviraí



(2018-2019). Coordenadora adjunta do curso de Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul unidade de Naviraí (2018). Professora dos cursos de Pós-graduação em: Direitos difusos e coletivos da UEMS/Dourados (2014/2015); Pós-graduação em processo civil da UNIPAR/Cianorte (2014/2015; pós-graduação lato sensu em Direito e vulnerabilidade da UEMS/ Naviraí (2020/2021), Editora chefe da Revista Jurídica Direito & Direitos/Naviraí (2014/2016). Advogada. Conselheira Municipal de Educação. Juíza leiga (2006-2016).



## SUMÁRIO

1. A CONTROVÉRSIA ENTRE A POLÍTICA DE INCENTIVOS DA ZFM E OS DISPOSITIVOS DO GATT .....	14
2. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PATRIMONIAL NA AÇÃO DE EXECUÇÃO.....	15
3. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA: COLABORAÇÃO PREMIADA COMO MEIO DE PERSECUÇÃO PENAL E OBTENÇÃO DE MEIO DE PROVA.....	30
4. ABANDONO AFETIVO INVERSO: DA REPARAÇÃO CIVIL E DA OBRIGAÇÃO DE AMAR? .....	46
5. A AMPLIAÇÃO DAS TÉCNICAS ESPECIAIS DE INVESTIGAÇÃO E ATUAÇÃO POLICIAL DEPOIS DO PACOTE ANTICRIME.....	82
6. RELAÇÃO DIREITO E ESTADO NO BRASIL COM FOCO NA FORMA QUE SE CONSTITUI E SUAS CONSEQUENCIAS .....	100
7. ADOÇÃO TARDIA E SEUS REFLEXOS .....	114
8. EFEITOS DO MARKETING NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA: A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR NO CENÁRIO.....	131
9. EVOLUÇÃO DO ENSINO SUPERIOR À DISTÂNCIA NO BRASIL E SUAS IMPLICAÇÕES QUANTO À QUALIDADE DA APRENDIZAGEM .....	147



10. BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA PARA PESSOAS COM DEFICIÊNCIA: ANÁLISE DOS REQUISITOS E OS DESAFIOS ENFRENTADOS PELAS FAMÍLIAS NA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO.....166

11. A INFLUÊNCIA QUE A MÍDIA PODE TER NAS DECISÕES DO TRIBUNAL DO JÚRI .....181

# A CONTROVÉRSIA ENTRE A POLÍTICA DE INCENTIVOS DA ZFM E OS DISPOSITIVOS DO GATT

Adriano Fernandes Ferreira<sup>1</sup>  
Hanady Corrêa Ismael<sup>2</sup>  
Luciana Lameira de Sousa<sup>3</sup>

## RESUMO

A Organização Mundial do Comércio recebeu, em 2013, um documento feito pela União Europeia que solicitava explicações ao Brasil a respeito da sua política de isenções fiscais praticada na Zona Franca de Manaus que, de acordo com os mesmos, contrariam o Acordo Geral de Tarifas e Comércio. Em contestação, a SUFRAMA alegou que a política existe com a intenção de promover o desenvolvimento regional pois trata-se de uma região com desvantagens econômicas e logísticas que findam por encarecer o produto final e suas transações no mercado. A SUFRAMA também argumenta que apenas alguns bens selecionados considerados importantes para promover a economia local recebem esses benefícios. Por fim, apesar de haver um certo protecionismo nacional, percebeu-se que este é feito de modo contido sem prejudicar os demais acordantes do GATT.

**Palavras-chaves:** Organização Mundial do Comércio, Zona Franca de Manaus, Acordo Geral de Tarifas e Comércio.

## ABSTRACT

In 2013, The World Trade Organization received a document made by the European Union requesting explanations from Brazil's policy of tax exemptions practiced in the Manaus Free Trade Zone, which, according to them, contradict the General Agreement on Tariffs and Trade. In response, SUFRAMA claimed that the policy exists with the intention of promoting regional development because it is a region with economics and logistical disadvantages that increases the final product and makes transactions on the market more expensive. SUFRAMA also argues that only a few selected assets important for promoting the local economy have these benefits. Finally, although there is a certain national protectionism, that this is done in a restrained manner without harming the other GATT agreements.

**Keywords:** World Trade Organization, Manaus Free Trade Zone and General Agreement on Tariffs and Trade.

<sup>1</sup>Pós-doutor em Direito pela Universidade de Santiago de Compostela - USC, na Espanha (2019). Doutor em Ciências Jurídicas pela Universidad Castilla-La Mancha - UCLM, na Espanha (2014). Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho (2005). Graduado em Direito pelo Centro Universitário de Maringá (2001). Professor adjunto nível IV da Universidade Federal do Amazonas - UFAM. Diretor e Coordenador da Pós-Graduação e do Programa de Mestrado em Direito da Faculdade de Direito da UFAM. Membro da Câmara de Inovação Tecnológica da UFAM. Pesquisador no Grupo de Pesquisa em Direitos Humanos e Fundamentais e Políticas Públicas, da UFAM. E-mail: adrianoferreira@ufam.edu.br.

<sup>2</sup>Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Amazonas - UFAM. E-mail: ismaelhanady@gmail.com

<sup>3</sup>Graduada em Engenharia de Petróleo e Gás pela Universidade Federal do Amazonas - UFAM (2018). Graduanda em Direito pela UFAM. E-mail: lameiraluciana@gmail.com

## **CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

A Zona Franca de Manaus (ZFM) dispõe de um complexo de incentivos fiscais, quando comparado à política nacional tributária vigente no restante do país e às vantagens locacionais advindas da esfera estadual e municipal que corroboram com o modelo. Desde a sua criação, a ZFM foi a responsável por desenvolver economicamente a cidade de Manaus, esta que possui aproximadamente 95% da riqueza do Amazonas.

Ocorre que, devido a estas medidas protecionistas, tem sido acusada de travar o comércio internacional de modo que, em 2013, a União Europeia protocolou um pedido na Organização Mundial do Comércio (OMC), no qual solicitou esclarecimentos do governo brasileiro quanto aos incentivos e subsídios, na forma de isenções fiscais para empresas situadas na Amazônia Ocidental, na importação de bens utilizados na produção de outras mercadorias.

As acusações decorrem especificamente do não alinhamento da política tributária promovida pela União, para incentivar a ZFM, com o estabelecido no Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT - “General Agreement on Tariffs and Trade”), ao qual o Brasil é signatário, e que prevê a regra do tratamento nacional, isto é, a equidade de tratamento entre o produto de origem estrangeira que adentra o território nacional e o produto correlato nacional, regra esta estipulada na Parte II, Tratamento Nacional no tocante a Tributação e Regulamentação Internas, artigo III, 2 e 4:

“2. Os produtos do território de qualquer Parte Contratante, importados por outra Parte Contratante, não estão sujeitos, direta ou indiretamente, a impostos ou outros tributos internos de qualquer espécie superiores aos que incidem, direta ou indiretamente, sobre produtos nacionais”

“4. Os produtos de território de uma Parte Contratante que entrem no território de outra Parte Contratante não usufruirão tratamento menos favorável que o concedido a produtos similares de origem nacional, no que diz respeito às leis, regulamento e exigências relacionadas com a venda, oferta para venda, compra, transporte, distribuição e utilização no comércio interno”

## **1 CONSIDERAÇÕES SOBRE O GATT**

Quando a Segunda Guerra Mundial chegou ao fim, diversos países com o intuito de promover uma melhor qualidade de vida aos seus cidadãos e regulamentar as relações econômicas internacionais decidiram por criar o Banco Mundial (BIRD), o FMI e a Organização Internacional do Comércio (OIC).

Mais tarde, em 1947, 23 países sentiram a necessidade de estimular a liberalização comercial e rechaçar medidas protecionistas que ganhavam cada vez mais adesão. Desta forma,

a solução encontrada foi por meio de realizações de negociações tarifárias que resultaram em 45.000 concessões e também no Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT).

Devido à alguns problemas políticos internos dos EUA, a criação da OIC em 1950 não foi adiante. Conseqüentemente, o GATT, que a princípio era provisório, foi a ferramenta utilizada por mais de quarenta anos para regular as relações internacionais entre os países sendo uma ferramenta de solução de controvérsias.

O GATT é composto por regras e normas comerciais acatadas internacionalmente. O sistema, depois de algumas alterações, passou a funcionar por meio da convocação de três especialistas que davam seu parecer e as partes decidiam pela sua aplicação. Se não houvesse consenso, poderia haver bloqueio ou postergação da recomendação (COZENDEY, 2013). Vale ressaltar que são feitas “rodadas” de negociações que, geralmente, são batizadas com o nome da cidade ou do país onde foram realizadas.

Dentre as rodadas realizadas, destacam-se algumas como, por exemplo, a Rodada Kennedy que criou a Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD). O órgão criado objetivava oferecer apoio aos países subdesenvolvidos para sua melhor integração econômica (UNCTAD, 2020). Na Rodada Kennedy também foi inserida a Parte IV do GATT que garantia um tratamento distinto aos países acordantes em desenvolvimento.

Outra rodada importante foi a Rodada de Tóquio. Nela foram discutidos os temas multilaterais, bem como foram realizados os primeiros acordos plurilaterais. Por fim, na Rodada do Uruguai surgiu a Organização Mundial do Comércio (OMC) que, por sua vez, possuía uma aplicação mais robusta e efetiva, além de ser a evolução do sistema multilateral de comércio.

Dessa forma, a OMC absorveu os fundamentos jurídicos previstos no GATT. Conforme explicita Hildebrando Accioly (2012):

“a transição do GATT para a OMC representou extensão considerável não somente quanto ao número de participantes, como ao aumento da abrangência dos temas regulados pelos diferentes acordos setoriais, inseridos no conjunto da Ata final de Marraqueche, de 1994, cuja adoção conduz à entrada em vigor da OMC, com a implantação da rede de acordos multilaterais setoriais, até mesmo em matéria de proteção da propriedade intelectual (TRIPs), como também pela implementação de sistema institucionalmente aperfeiçoado de solução de controvérsias, com mecanismo de revisão”.

(Casella, Paulo Borba Manual de direito internacional público/Paulo Borba Casella, Hildebrando Accioly e G. E. do Nascimento e Silva. — 20. ed. — São Paulo : Saraiva, 2012. Pág. 667.)

O princípio da não-discriminação, disciplinado pelo artigo III, 2 e 4, Parte II do Tratamento Nacional no tocante a Tributação e Regulamentação Internas do GATT, já mencionados anteriormente, abrange os princípios da nação mais favorecida e do tratamento nacional, ou seja, faz referência a hipótese de um país conceder a outro país um benefício, ele terá a obrigação de estender a mesma vantagem ou privilégio aos demais membros da OMC.

Nesse sentido, insta destacar que o Brasil equipara os tratados às leis nacionais e o própria Constituição Federal, em seu art. 5º, §2º, preceitua que os direitos e garantias expressos na Carta Magna não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, nem mesmo os tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário.

Portanto, tendo em vista que o GATT foi ratificado pelo Brasil, os princípios da nação mais favorecida e do tratamento nacional devem ser obedecidos, até por conta do disposto no art. 152 da Constituição Federal:

“Art. 152. É vedado aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios estabelecer diferença tributária entre bens e serviços, de qualquer natureza, em razão de sua procedência ou destino.”

Ademais, deve-se destacar o que dispõe o art. 98 do Código Tributário Nacional:

“Art. 98. Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha.”

Pelo exposto, dado que as normas de direito tributários, bem como os tratados e as convenções internacionais se sobrepõe à legislação tributária interna, a jurisprudência corrobora:

“Dentro deste enfoque, doutrinário e jurisprudencial, é que aplico o art. 98 do CTN, afastando a incidência do art. 111 do CTN, por entender que deve prevalecer a legislação de âmbito internacional, de maior abrangência e concluo que, sendo o salmão importado do Chile, País signatário do GATT, enquanto não sofrer processo de industrialização, deve ser isento do ICMS quando da sua internação no País”

(STJ, REsp 460.165/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 06.02.2003, DJ 24.03.2003, p. 208).”

De tal maneira que o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal editaram súmulas referentes ao GATT:

“STJ - Súmula 20 - “A mercadoria importada de país signatário do GATT é isenta de ICM, quando contemplado com esse favor o similar nacional”. STF

- Súmula 575 - “À mercadoria importada de país signatário do (GATT), ou membro da (ALALC), estende-se a isenção do imposto de circulação de mercadorias concedida a similar nacional””

## **2 AS CLÁUSULAS DO CONFLITO ENTRE A ZFM E O GATT**

De acordo com os países da União Europeia, os subsídios e os incentivos do governo brasileiro para os produtos nacionais geram danos ao comércio internacional, desta forma, indo na contramão do que fora acordado no GATT. Assim, em 19 de dezembro de 2013, levaram a questão à Organização Mundial do Comércio para que o Brasil apresentasse explicações sobre o assunto reclamado.

Na reclamação protocolada na OMC constam quatro pontos onde a política fiscal brasileira é alvo de questionamentos. São eles:

- A Lei nº 12.415 de 17 de setembro de 2012 que estabelece o Programa de Incentivo à Inovação Tecnológica e Adensamento da Cadeia Produtiva de Veículos Automotores (INOVAR-AUTO) onde o Brasil garante benefícios em relação ao Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) no setor automotivo;
- A Lei nº 12.715 de 17 de setembro de 2012 que determina benefícios fiscais no setor de eletrônicos e relacionados, fazendo com que haja uma proteção nos produtos manufaturados domésticos;
- Isenção da taxa de IPI na venda de bens, especialmente os da área de informática, produzidos na Zona Franca de Manaus que são comercializados em todo o território nacional, enquanto que produtos importados são taxados com vários impostos, incluindo o IPI;
- Programas destinados a conceder benefícios fiscais para as companhias que realizam predominantemente exportações.

O terceiro tópico é o que trata especificamente da Zona Franca de Manaus e dos benefícios que esta recebe do governo federal brasileiro. A União Europeia criticou veemente o protecionismo nacional, em relação à isenção do IPI, que foca principalmente nas empresas de bens de informática tendo em vista que, para o Brasil, é um setor bastante estratégico.

Além disso, a União Europeia rechaça os privilégios, cedidos por meio de incentivos fiscais, que objetivam o progresso de regiões subdesenvolvidas, exceto se estiverem de acordo com as normas da OMC. Todavia, conforme o relato da União Europeia, há uma

incongruência com o artigo III do GATT 1994, na parte referente a bens. Neste artigo é estabelecido o princípio do tratamento nacional que evita o tratamento diferenciado aos bens internacionais com o intuito de torná-los mais competitivos junto aos bens nacionais.

Outro ponto questionado é a redução do custo dos tributos PIS/PASEP e COFINS nos produtos nacionais com produção incentivada, pois os produtos importados, por terem uma carga fiscal maior, findam em desvantagem competitiva no mercado brasileiro. Desta forma, a redução concedida entra em discordância com o artigo I do GATT 1994, na parte referente a bens, onde é instituído o princípio na nação mais favorecida que determina que o mesmo benefício oferecido a um país, deve ser estendido a todos os membros da OMC.

### **3 O SISTEMA TRIBUTÁRIO DA ZFM**

A fim de que seja compreendido o sistema tributário da ZFM, torna-se necessário analisar que apesar das zonas francas serem, para fins fiscais, consideradas como território estrangeiro, através da “ficção de extraterritorialidade”, as mesmas estão sujeitas à legislação do país a que pertencem.<sup>1</sup>

Desta forma, pode-se dizer que impulsionada pelas políticas de desenvolvimento regional do regime militar, ante a obrigatoriedade de criação de uma política de incentivos fiscais para a Amazônia Ocidental,<sup>2</sup> foi criada em 1957 a ZFM com o objetivo de ser um porto livre de impostos, ou zona de livre comércio,<sup>3</sup> gerenciada pela Superintendência da Zona Franca de Manaus (Suframa) - autarquia ligada atualmente ao Ministério da Economia.

Reformulada em 1967, através do Decreto-Lei nº 288/1967, passa a vigorar além de área de regime aduaneiro especial, como área livre de impostos para a importação e exportação comercial, contando com incentivos fiscais (IFs) especiais que permitiram a

<sup>1</sup> FERRAZ JÚNIOR. Tercio Sampaio. *Zona Franca de Manaus*. In: SCHOUERI, Luís Eduardo (coord.). *Direito tributário: homenagem a Alcides Jorge Costa*. v. II. São Paulo: Quartier Latin, 2003, p. 1098.

<sup>2</sup> CF/1946: “Art. 199. Na execução do plano de valorização econômica da Amazônia, a União aplicará, durante, pelo menos, vinte anos consecutivos, quantia não inferior a três por cento da sua renda tributária. Parágrafo único. Os Estados e os Territórios daquela região, bem como os respectivos Municípios, reservarão para o mesmo fim, anualmente, três por cento das suas rendas tributárias. Os recursos de que trata este parágrafo serão aplicados por intermédio do Governo Federal”. Destaca-se que a Emenda Constitucional n. 21/1966 suprimiu o parágrafo único do art. 199 da CF/1946, que passou a vigorar com a seguinte redação: “Art. 199. Na execução do Plano de Valorização Econômica da Amazônia, a União aplicará, em caráter permanente, quantia não inferior a três por cento da sua renda tributária”.

<sup>3</sup> Lei n. 3.173, de 06.06.1957: “Art. 1º - É criada em Manaus, capital do Amazonas, uma zona franca para armazenamento ou depósito, guarda, conservação, beneficiamento e retirada de mercadorias, artigos e produtos de qualquer natureza, provenientes do estrangeiro e destinados ao consumo interno da Amazônia, como dos países interessados, limitrofes do Brasil ou que sejam banhados por águas tributárias do rio Amazonas.”

instalação e manutenção de um parque industrial, comumente denominado Polo Industrial de Manaus (PIM).<sup>4</sup>

Insta mencionar que, inicialmente, a ZFM vigoraria pelo prazo de 30 (trinta) anos, isto é, até 28/02/1997. Contudo, mediante edição do Decreto n. 92.560/1986 do então Presidente da República José Sarney, houve a sua prorrogação por mais 10 (dez) anos; logo depois, com a promulgação da CF/1988, o prazo de vigência da ZFM passou a ser até 05/10/2013 (art. 40, ADCT) e, com a Emenda Constitucional 83/2014, atualmente é até 05/10/20173 (art. 92-A, ADCT).<sup>5</sup>

### 3.1 INCENTIVOS FEDERAIS DA ZFM

No que tange à instituição dos incentivos fiscais que integram a ZFM, o Decreto-Lei 288/1967, somente o fez expressa e diretamente em relação aos impostos federais.<sup>6</sup> Todavia, apesar do referido artigo não mencionar a isenção de ICMS nas remessas de mercadorias de origem nacional, esta também decorre dele.

Conforme indica RAMOS FILHO (2019), esses benefícios podem ser classificados em quatro grupos, conforme a operação em relação a qual incidam. Dessa forma, temos: (i) incentivos na entrada de mercadorias estrangeiras na ZFM; (ii) incentivos na remessa de mercadorias nacionais para a ZFM; (iii) incentivos na saída de mercadorias produzidas na ZFM para qualquer ponto do território nacional; (iv) e incentivos na exportação de mercadorias da ZFM para o exterior.<sup>7</sup>

Dentre os incentivos concedidos na entrada de mercadorias estrangeiras estão: a isenção do Imposto de Importação (I.I.); a isenção do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI); e a suspensão da contribuição do PIS/PASEP-Importação e da COFINS-Importação.

Contudo, não caberia tratar de um cada um deles neste artigo, mas tão somente expor a legislação que os regula.

<sup>4</sup> BISPO, Jorge de Souza. *Criação e Distribuição de Riqueza pela Zona Franca de Manaus*. 2009. 234 f. Tese (Doutorado em Controladoria e Contabilidade) - Programa de Pós-Graduação em Contabilidade, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

<sup>5</sup> RAMOS FILHO, C. A. de M. *Sistema tributário da Zona Franca de Manaus: proteção constitucional e incentivos fiscais*. Curitiba: Instituto Memória, 2019, p. 39.

<sup>6</sup> RAMOS FILHO, C. A. de M. *Sistema tributário da Zona Franca de Manaus: proteção constitucional e incentivos fiscais*. Curitiba: Instituto Memória, 2019, p. 43.

<sup>7</sup> RAMOS FILHO, C. A. de M. *Sistema tributário da Zona Franca de Manaus: proteção constitucional e incentivos fiscais*. Curitiba: Instituto Memória, 2019, p. 46.

Quanto aos incentivos fiscais na remessa de mercadorias nacionais para a ZFM, o art. 4º do Decreto-Lei 288/1967 dispôs:

“Art. 4º A exportação de mercadorias de origem nacional para o consumo ou industrialização na Zona Franca de Manaus, ou reexportação para o estrangeiro, será para todos os efeitos fiscais, constantes da legislação em vigor, *equivalente a uma exportação brasileira para o estrangeiro.* (destaque nosso)”

Salienta-se, desta feita, o emprego de uma ficção jurídica que cria uma verdade jurídica (legal) distinta da real (natural, fenomênica)<sup>10</sup>, bem como esclarece trecho extraído da ementa de julgado do Tribunal Regional Federal da 3ª Região:

“EMENTA: (...) O Decreto-Lei n. 288/67, que regulou a Zona Franca de Manaus, determinou em seu art. 4º que, havendo um benefício fiscal instituído com o objetivo de incentivar as exportações de mercadorias nacionais, o mesmo deve ser estendido às vendas de mercadorias destinadas à Zona Franca de Manaus. Significa dizer que as mesmas regras jurídicas determinadas aos tributos que atingem exportações foram estendidas às operações realizadas com a Zona Franca de Manaus. (...)” (AMS 0003232-16.2005.4.03.6114, Rel. Des. Fed. Consuelo Yoshida, 6ª Turma, j. em 26/04/2012, e-DJF3 Judicial 1 10.05.2012)

Decorrem, portanto, do art. 4º do Decreto-Lei 288/1967, a isenção da contribuição ao PIS e da COFINS, além de isenção do IPI, AFRMM e ICMS. Por sua vez, os incentivos fiscais na saída de mercadorias produzidas na ZFM para qualquer ponto do território nacional são a redução do Imposto de Importação (I.I.) e a isenção do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI).

Enquanto que, no que se refere aos incentivos fiscais na exportação de mercadorias da ZFM para o exterior, há a isenção do Imposto de Exportação (I.E.), conforme determina o art. 5º do Decreto-Lei 288/1967.

#### **4 DEFESA BRASILEIRA DAS ACUSAÇÕES DA UNIÃO EUROPEIA**

Conforme noticiado pela Revista Veja em dezembro de 2013, logo após o pedido de esclarecimentos da União Europeia através da OMC para o Brasil, o então ministro das Relações Exteriores do Brasil, Luiz Alberto Figueiredo, declarou que as vantagens fiscais oferecidas à algumas empresas situadas na Zona Franca de Manaus estão de acordo com as regras internacionais regidas pela OMC.

A SUFRAMA, por sua vez, alegou que a política de incentivo fiscais é uma estratégia do governo federal para desenvolver a região onde a Zona Franca de Manaus se localiza, tendo em vista que é um local que apresenta dificuldade em termos econômicos e logísticos e que por conta disso finda por aumentar os custos na fabricação e transações de bens.

No entanto, não é qualquer bem que recebe os incentivos fiscais. Os bens que recebem os tais incentivos são tão somente aqueles considerados importantes para o desenvolvimento da região.

Vale ressaltar que as empresas que decidem se instalar na área da Zona Franca de Manaus se responsabilizam pelos riscos e problemas que podem vir a ter no mercado com seus bens produzidos. Além disso, encontram entraves para descobrir talentos profissionais com a formação e conhecimentos desejados e também entraves tecnológicos com os sistemas de comunicações disponíveis na região por estes não possuírem a mesma qualidade de outros existentes em outras localidades.

Por fim, depois que houve a inspeção de comissários europeus com o intuito de conhecer e entender melhor a política de incentivos fiscais adotada pelo governo brasileiro, a União Europeia resolveu excluir a Zona Franca de Manaus do seu documento enviado à Organização Mundial do Comércio. De acordo com o Jornal Valor Econômico, o governo brasileiro fez questão de deixar claro nos bastidores de que, apesar das acusações, não deixaria de praticar as políticas relacionadas com a Zona Franca de Manaus por estas possuírem o viés de “segurança nacional” e “desenvolvimento regional”.

## **5 ISENÇÃO DE IPI NA VENDA DE MERCADORIAS IMPORTADAS PARA A AMAZÔNIA OCIDENTAL**

Derradeiramente, importante ressaltar que, em nova solução de consulta DISIT, publicada em 10 de junho de 2021, a Receita Federal reconheceu que a remessa de mercadorias importadas ou nacionalizadas para a Amazônia Ocidental é isenta do IPI, senão vejamos a íntegra da referida solução de consulta:

### **“Ementa**

ICMS - Isenção/Manutenção de crédito - GATT/OMC - Saída destinada à industrialização ou comercialização na Zona Franca de Manaus - Produtos de procedência nacional, com conteúdo de importação superior a 40% e inferior ou igual a 70% - Produtos de procedência estrangeira, mas adquiridos no mercado interno.

I - É isenta a saída destinada à industrialização ou comercialização na ZFM de produtos de procedência nacional, ainda que os insumos possam ter sido adquiridos por importação.

II - É isenta a saída destinada à industrialização ou comercialização na ZFM de produtos importados de país signatário da OMC, mas adquiridos no mercado interno, desde que tenham similar nacional e sejam observadas as demais condições.

III - Fica assegurado ao estabelecimento industrial que promover a saída ao abrigo da isenção prevista no artigo 84 do Anexo I do RICMS/2000 a manutenção dos créditos relativos às matérias primas, materiais secundários e materiais de embalagens utilizados na produção dos bens objeto daquela isenção, nos termos da cláusula terceira do Convênio ICMS-65/1988.

#### **Relato**

1. A Consulente tem como atividade principal a de suporte técnico, manutenção e outros serviços em tecnologia da informação (CNAE 62.09-1/00) e como atividade secundária o comércio atacadista de artigos de escritório e de papeleria (CNAE 46.47-8/01), dentre outras.

2. Informa que compra, de fornecedor localizado no Paraná, etiquetas tanto de procedência estrangeira, mas adquiridas no mercado interno (CST ICMS 200), quanto de procedência nacional, com conteúdo de importação superior a 40% e inferior ou igual a 70% (CST ICMS 300), com insumos importados da China pelo fornecedor.

3. Expõe que essas etiquetas são revendidas pela Consulente para a Zona Franca de Manaus (ZFM) para destinatários devidamente inscritos na Superintendência da Zona Franca de Manaus - SUFRAMA e são destinadas à industrialização. Nessa saída, aplica a alíquota de 4%, deixando de aplicar a isenção prevista no artigo 84 do Anexo I do Regulamento do ICMS (RICMS/2000), visto que essa só é aplicável às saídas de produtos com origem nacional.

4. Indaga:

4.1 Com a edição da Portaria Suframa nº 834/2019, deverá a Consulente efetuar a saída dos produtos de procedência nacional, com conteúdo de importação superior a 40% e inferior ou igual a 70% (CST ICMS 300) com isenção, tendo em vista que há entendimento desta Consultoria, exarado na reposta CT 0003708/2014, de que os produtos originários de países signatários do GATT são considerados de origem nacional?

4.2 Deve a Consulente promover a saída tributada para a ZFM apenas dos produtos de procedência estrangeira, mas adquiridos no mercado interno (CST ICMS 200), vez que eles não são por ela próprios importados?

4.3 Havendo saída com isenção, deve a Consulente efetuar o estorno integral do crédito ou poderá mantê-lo?

#### **Interpretação**

5. Preliminarmente, fica estabelecido que a presente resposta abordará exclusivamente a isenção de produtos importados de países signatários do GATT/OMC, ainda que o importador esteja estabelecido em outro Estado.

6. De acordo com o artigo 84 do Anexo I do RICMS/2000, a saída de produtos industrializados de origem nacional para comercialização ou industrialização para Zona Franca de Manaus são isentas do ICMS, conforme sua transcrição parcial:

“Artigo 84 (ZONA FRANCA DE MANAUS) - Saída de produto industrializado de origem nacional para comercialização ou industrialização nos Municípios de Manaus, Rio Preto da Eva e Presidente Figueiredo, exceto de açúcar de cana, armas e munições, perfume, fumo, bebida alcoólica, automóvel de passageiros ou de produto semi-elaborado constante nos Convênios ICM-7/89, de 27-2-89, e ICMS-15/91, de 25-4-91, desde que:

I - o estabelecimento destinatário esteja situado nos referidos municípios;

II - haja comprovação da entrada efetiva do produto no estabelecimento destinatário;

III - seja abatido do preço da mercadoria o valor equivalente ao imposto que seria devido se não houvesse a isenção;

IV - o abatimento previsto no inciso anterior seja indicado, de forma detalhada, no documento fiscal.

(...)

§ 12 - Verificando-se, a qualquer tempo, que a mercadoria não tenha chegado ao destino indicado ou que tenha sido reintroduzida no mercado interno do país, antes de decorridos 5 (cinco) anos de sua remessa, fica o contribuinte que tiver dado causa a tais eventos, ainda que situado no Estado do Amazonas, obrigado a recolher o imposto relativo à saída, por guia de recolhimentos especiais, no prazo de 15 (quinze) dias, contado da data da ocorrência do fato, com observância do disposto no artigo 5º deste regulamento.

(...)"

7. Por outro lado, o artigo 98 do Código Tributário Nacional - CTN (Lei Federal n.º 5.172, de 25/10/1966) estabelece que "(...) Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha (...)".

8. Registre-se, por oportuno, que o primeiro GATT, Acordo Geral de Tarifas e Comércio, foi instituído em 1947. Por meio desse acordo foram estabelecidas diversas obrigações a serem observadas pelos países dele signatários, dentre as quais se inclui a obrigação de tratar igualmente os produtos importados e os originários do próprio país, conforme disposto especialmente no parágrafo 4 do artigo III do referido acordo, cuja tradução para o vernáculo está reproduzida a seguir:

"(...) Parte II - Artigo III

Tratamento Nacional na Regulação e Tributação Interna

(...)

4. Os produtos do território de qualquer parte contratante, importados para o território de qualquer outra parte contratante, devem ser submetidos a tratamento não menos favorável que o conferido a produtos similares de origem nacional com respeito a leis, regulamentos e requerimentos que afetem sua venda interna, oferta à venda, aquisição, transporte, distribuição ou uso. (...)".

9. Em 1994, houve uma nova rodada de negociações no Uruguai, conhecida como GATT 1994, cujos resultados foram, em síntese, a reestruturação do antigo acordo e a formação da Organização Mundial do Comércio (OMC). A criação da OMC foi formalizada, politicamente, pela Declaração de Marraquexe, de 15 de abril de 1994, passando a existir, no plano jurídico, em 1º de janeiro de 1995.

10. Segundo o disposto no § 1º do artigo 11 do Acordo Constitutivo da OMC, os membros do GATT 1947 passaram a integrá-la nos seguintes termos: "Tornar-se-ão Membros originários da OMC as partes contratantes do GATT 1947 na data de entrada em vigor deste Acordo e as Comunidades Europeias que aceitam este Acordo e os Acordos Comerciais Multilaterais cujas Listas de Concessões e Compromissos estejam anexadas ao GATT 1994 e cujas Listas de Compromissos Específicos estejam anexadas ao GATS".

11. No Brasil, a Ata Final que incorpora os resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT, dentre os quais se inclui a criação da OMC, foi aprovada pelo Congresso Nacional, por força do Decreto Legislativo nº 30/1994, e posteriormente ratificada pelo Presidente da República, por meio do Decreto nº 1.355/1994, passando a vigorar no país a partir de 1º de janeiro de 1995.

12. Por seu turno, o Supremo Tribunal Federal (STF) firmou entendimento, plasmado na Súmula 575, de que: "À mercadoria importada de país signatário

do GATT, ou membro da ALALC, estende-se a isenção do Imposto sobre Circulação de Mercadorias concedida a similar nacional".

13. Diante do exposto, é forçoso reconhecer que a isenção de que trata o artigo 84 do Anexo I do RICMS/2000 estende-se às operações relativas à circulação de mercadorias que tenham por objeto a saída de produtos importados de países integrantes da OMC para industrialização ou comercialização na Zona Franca de Manaus, desde que: (i) haja produto similar nacional sujeito a tal isenção e (ii) sejam atendidos todos os requisitos previstos para o seu gozo, conforme previstos no próprio artigo 84 do Anexo I do RICMS/2000 e no artigo 14 do Anexo IV da Portaria CAT-92, de 23/12/98 (Anexo IV acrescentado pela Portaria CAT-46/2000).

14. Por todo o exposto, concluímos que:

14.1. quanto ao subitem 4.1, é isenta a saída destinada à industrialização ou comercialização na ZFM de produtos de procedência nacional, ainda que os insumos possam ter sido adquiridos por importação.

14.2. quanto ao subitem 4.2, é isenta a saída destinada à industrialização ou comercialização na ZFM de produtos importados de país signatário da OMC, mas adquiridos no mercado interno, desde que tenham similar nacional e sejam observadas as demais condições dispostas no item 13.

14.3. quanto ao subitem 4.3, observamos que, nos termos da cláusula terceira do Convênio ICMS-65/1988, fica assegurado ao estabelecimento industrial que promover a saída mencionada sob o abrigo da isenção em tela a manutenção dos créditos relativos às matérias primas, materiais secundários e materiais de embalagens utilizados na produção dos bens objeto desta isenção. Portanto, não há direito à manutenção de crédito do imposto pago na aquisição de etiquetas prontas pela Consulente na situação relatada.

15. Por fim, destacamos que, se as mercadorias em questão forem revendidas para outras cidades situadas fora da Zona Franca de Manaus antes de decorrido o prazo de 5 anos de sua remessa à ZFM, restará caracterizada a sua reintrodução no mercado interno do país. Caso isso ocorra, haverá a obrigação de se recolher o imposto relativo à saída originalmente isenta, por guia de recolhimentos especiais, no prazo de 15 dias, conforme dispõe o § 12 do artigo 84 do Anexo I do RICMS/2000.

16. Com essas considerações, damos por sanadas as dúvidas da Consulente.”  
(RESPOSTA À CONSULTA TRIBUTÁRIA 20889/2019, de 10 de agosto de 2020. Disponibilizado no site da SEFAZ em 11/08/2020)

Dessa forma, entende-se que o benefício da isenção do IPI, previsto para a remessa de produtos industrializados para a Amazônia Ocidental, engloba também os produtos importados de países signatários do GATT.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Assim como o prevê o GATT, a cláusula do tratamento nacional possui fundamento na CF/1988, cujo Art. 152 está nos termos abaixo transcritos:

“Art. 152. É vedado aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, estabelecer diferença tributária entre bens e serviços, de qualquer natureza, em razão de sua procedência ou destino”.

Percebe-se, portanto, que se trata de uma norma que garante às mercadorias estrangeiras o mesmo tratamento de não-discriminação fiscal ou tributária ao ingressar em determinado território, devido à extensão da isenção pelo tratado internacional.

Dessa forma, embora a legislação que versa sobre os incentivos fiscais da ZFM infringirem a regra do tratamento nacional, a Solução de Consulta/SRF nº 488 de 16 de novembro de 2006, relativa à isenção de IPI, afirma que esse benefício, dado aos produtos industrializados nacionais, estende-se aos produtos estrangeiros revendidos para destinatário situado naquela região, quando advindos de países que o Brasil tenha acordado ou convencionado igualdade de tratamento, como é o caso do GATT. E que aqueles produtos que são passíveis de incentivos fiscais os recebem por serem tidos como bens estratégicos que visam o desenvolvimento regional.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRE, R. **Direito Tributário**. 14. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

BRASIL. **DECRETO-LEI Nº 291, DE 28 DE FEVEREIRO DE 1967**. Estabelece incentivos para o desenvolvimento da Amazônia Ocidental da Faixa de Fronteiras abrangida pela Amazônia e dá outras providências. Publicado no D.O.U. de 28.2.1967 e retificado em 10.3.1967. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/1965-1988/Del0291.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1965-1988/Del0291.htm)>. Acesso em 20 nov. 2021.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 83, de 5 de agosto de 2014**. Acrescenta o art. 92 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT. 2014. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc83.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc83.htm)>. Acesso em 20 nov. 2021.

BRASIL. MINISTÉRIO DA ECONOMIA. SUFRAMA. Histórico. 2015. Disponível em: <<https://www.gov.br/suframa/pt-br/modelo-zfm/o-que-e-o-projeto-zfm>>. Acesso em 20 nov. 2021.

BRASIL. MINISTÉRIO DA ECONOMIA. SUFRAMA. Incentivos à produção. 2015. Disponível em: <<https://www.gov.br/suframa/pt-br/modelo-zfm/incentivos>>. Acesso em 20 nov. 2021.

BRASIL. MINISTÉRIO DA ECONOMIA. Acordos da OMC: Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio - GATT. 1947. Disponível em: <<http://www.mdic.gov.br/comercio-exterior/negociacoes-internacionais/1885-omc-acordos-da-omc>>. Acesso em 20 nov. 2021.

CASELLA, Paulo Borba. ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de direito internacional público**. 20. ed. São Paulo. Saraiva, 2012.

FAZENDA E PLANEJAMENTO. **Resposta à consulta tributária 20889/2019, de 10 de agosto de 2020**. Disponível em: <[https://legislacao.fazenda.sp.gov.br/Paginas/RC20889\\_2019.aspx](https://legislacao.fazenda.sp.gov.br/Paginas/RC20889_2019.aspx)>. Acesso em 26 nov. 2021.

MENDONÇA, Maurício Brilhante de. **O Processo de Decisão Política e a Zona Franca de Manaus**. Manaus: Editora Valer, 2015.

PACÍFICO, Kallyson Alves. **Zona Franca de Manaus: Aspectos Econômicos e Tributários**. 2018. Monografia (Bacharelado em Administração - Linha de Formação Específica em Comércio Exterior) - Universidade do Extremo Sul Catarinense, Criciúma, 2018. Disponível em: <<http://repositorio.unesc.net/bitstream/1/6640/1/KALLYSON%20ALVES%20PACIFICO.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2021.

RAMOS FILHO, C. A. de M. **Sistema tributário da Zona Franca de Manaus: proteção constitucional e incentivos fiscais**. Curitiba: Instituto Memória, 2019.

RITNER, Daniel; MOREIRA, Assis. União Europeia deixa Zona Franca fora de contestação ao Brasil na OMC. **Valor Econômico**, [S. l.], 3 nov. 2014. Disponível em: <https://valor.globo.com/brasil/noticia/2014/11/03/uniao-europeia-deixa-zona-franca-fora-de-contestacao-ao-brasil-na-omc.ghtml>. Acesso em: 21 nov. 2021.

VEJA. **Ministro diz que demonstrará à UE que Brasil ‘não é protecionista’**. [S.I.]. 2013. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/economia/ministro-diz-que-demonstrara-a-ue-que-brasil-nao-e-protecionista/>>. Acesso em 21 nov. 2021.

VEJA. **União Europeia contesta Zona Franca de Manaus na OMC**. [S.I.]. 2014. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/economia/uniao-europeia-contesta-zona-franca-de-manaus-na-omc/>>. Acesso em 20 nov. 2021.

WORLD TRADE ORGANIZATION. **Brazil - Certain Measures Concerning Taxation and Charges**. 2013. Disponível em: <[https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE\\_Search/FE\\_S\\_S009-DP.aspx?Language=E&CatalogueIdList=252006,249013,234481,232774,227995,227996,133198,128049,121653,114667&CurrentCatalogueIdIndex=8&FullTextHash=371857150](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?Language=E&CatalogueIdList=252006,249013,234481,232774,227995,227996,133198,128049,121653,114667&CurrentCatalogueIdIndex=8&FullTextHash=371857150)>. Acesso em 20 nov. 2021.

# DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PATRIMONIAL NA AÇÃO DE EXECUÇÃO

Aline Cristina Antonio Somera<sup>1</sup>  
Vinícius SecafenMingati<sup>2</sup>

## RESUMO

O presente estudo tem por objetivo demonstrar as características que envolvem a importância da autonomia da personalidade jurídica diante da aplicação do instituto da desconsideração, à luz da legislação referente ao tema e dos posicionamentos doutrinários a respeito.

**Palavras-chave:** Desconsideração. Autonomia. Credor.

## ABSTRACT

The present study aims to demonstrate the characteristics that involve the importance of the autonomy of the legal entity in the face of the application of the institute of disregard, in the light of the legislation on the subject and the doctrinal positions on the subject.

**Keywords:** Disregard. Autonomy. Creditor.

## 1. INTRODUÇÃO

Com as transformações ocorridas pela sociedade ao longo do tempo, o homem passou a ser dotado de capacidade jurídica, tornando-se sujeito de direitos e de obrigações, o que lhe acarreta inúmeras responsabilidades e encargos, proporcionando um campo vasto de possibilidades.

Entre as inovações do homem, criou-se a personalidade jurídica, a fim de incentivar o desenvolvimento das atividades econômicas. Sendo possível, assim, que as pessoas naturais exerçam diretamente seus negócios, porém sem assumir as responsabilidades das obrigações integralmente da empresa.

Em regra, a empresa é a titular de direitos e deveres em razão do princípio da autonomia patrimonial, sendo que o sócio não responde pelas obrigações da sociedade. Pois, temos que a personalidade jurídica confere à sociedade uma existência diversa em relação aos sócios, sendo então uma entidade jurídica individualizada e autônoma. No entanto, essa autonomia muitas

<sup>1</sup> Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Cidade Verde UniCV- Maringá Pr. Aprovada no exame da Ordem dos Advogados do Brasil XXXIV. Email: nynaline18@hotmail.com

<sup>2</sup> Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP (2012). Especialista em Direito Público pela Uniderp (2011). Especialista em Gestão Estratégia de Pessoas pela UniCesumar (2020). Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Maringá - UEM (2006).

vezes é utilizada como um instrumento para a realização de fraude contra credores, ou seja, o abuso da personalidade jurídica.

Dessa forma, para conter as práticas fraudulentas dos sócios na utilização da pessoa jurídica, a doutrina desenvolveu a teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Por consequência, nesta situação, afasta-se o princípio da autonomia patrimonial, havendo então a possibilidade de o credor executar seu crédito atingindo o patrimônio dos sócios, presumindo-se que a empresa insolvente se enriquece em detrimento dos credores, com a apropriação do patrimônio da sociedade empresarial.

No entanto, a desconsideração da personalidade jurídica não é uma tarefa fácil para o credor em um processo judicial. Isto porque a lei, entre elas a Lei de Liberdade Econômica, n. 13.874/19, que alterou o Código Civil na redação do art. 50, dificulta a satisfação executiva da parte interessada. Assim ocorre porque a legislação, no intuito de garantir a segurança jurídica, não permite o incidente de desconsideração da personalidade jurídica pelo fato da insolvência do devedor, ou seja, o credor tem que provar concretamente outros requisitos, como o abuso da personalidade ou fraude por parte dos sócios devedores. Com apenas o fato da insolvência por parte da sociedade não se autoriza a desconsideração para alcançar os bens da pessoa física.

Sendo assim, esse trabalho busca demonstrar o problema que envolve a eficácia do alcance do incidente da desconsideração da personalidade jurídica, bem como sua aplicação em relação ao combate à fraude aos credores, em face do princípio da autonomia patrimonial. Visto que, na atualidade, diante da legislação em prol do devedor, a segurança jurídica tende a prejudicar o princípio da satisfação executiva do credor.

## **2. PERSONALIDADE JURÍDICA**

Primeiramente, sabe-se que a personalidade jurídica é adquirida pela pessoa a partir de seu nascimento. Conforme estabelecido em lei, mais precisamente no art. 2.º do Código Civil brasileiro: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.”

Ainda, segundo Pontes de Miranda<sup>3</sup>:

(...) ser pessoa é apenas ter a possibilidade de ser sujeito de direito. Ser sujeito de direito é estar na posição de titular de direito. Não importa, se é munido de pretensão e ação, ou exceção. Mas importa que haja direito. Se alguém não está em relação de direito, não é sujeito de direito: é pessoa; isto é, o que pode ser sujeito de direito, além daqueles direitos que o ser pessoa produz. O ser pessoa é fato jurídico: com o nascimento, o ser humano entra no mundo jurídico, como elemento do suporte fático em que o nascer é o núcleo.

(...)

<sup>3</sup>MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**, p. 207-209. Rio de Janeiro: Borsó, 1972.

Personalidade é o mesmo que (ter) capacidade de direito, poder ser sujeito de direito.

A princípio a personalidade jurídica é a ideia de que uma pessoa, seja física ou jurídica, tenha capacidade de adquirir direitos e contrair deveres na sociedade, aqueles impostos em previsão legal. Assim chamados direitos e deveres positivados!

Nesse sentido, surge o questionamento de: a quem cabe a criação e regulamentação desses referidos direitos e deveres? A resposta é simples, ao Estado, a quem é deferido o monopólio de produzir ou controlar a produção de normas jurídicas, mediante leis, que só reconhecem os limites por elas mesmas estabelecidos. Assim é definido por Roberto Lyra Filho:

De todo modo, as normas - isto é, como vimos, os padrões de conduta, impostos pelo poder social, com ameaça de sanções organizadas (medidas repressivas, expressamente indicadas, com órgão e procedimento especiais de aplicação) - constituem, para o positivismo, o completo Direito.<sup>4</sup>

Sendo assim, o Estado atribuiu ao cidadão a personalidade jurídica, para capacitá-lo em direitos e deveres na sociedade, de modo a exercer a contraprestação de aplicar as sanções estabelecidas, no caso de um descumprimento dos deveres que a lei impõe.

Já a extinção da personalidade jurídica da pessoa física ocorre com a sua morte, conforme previsão legal do art. 6º, Código Civil. “A existência da pessoa natural termina com a morte; presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva.”<sup>5</sup>

Logo, no caso de empresas, temos que a personalidade jurídica confere à sociedade empresarial uma existência diversa em relação aos sócios ou seu administrador, sendo uma entidade jurídica individualizada e autônoma, com atuação abstrata dos sócios. Conseqüentemente, a personalidade jurídica é o agrupamento de bens e pessoas em prol da realização de um objetivo comum, legalmente previsto por lei e revestido de titularidade de direitos e deveres na ordem civil. Assim, elucida Caio Mário da Silva Pereira:

[...] a complexidade da vida civil e a necessidade da conjugação de esforços de vários indivíduos para a consecução de objetivos comuns ou de interesse social, ao mesmo passo que aconselham e estimulam a sua agregação e polarização de suas atividades, sugerem ao direito equiparar à própria pessoa humana, certos agrupamentos de indivíduos e certas destinações patrimoniais e lhe aconselham atribuir personalidade e capacidade de ação aos entes abstratos assim gerados. Surgem, então, as pessoas jurídicas.<sup>6</sup>

<sup>4</sup>LYRA, Roberto Filho. **O Que é direito**. Editora: Brasiliense s.a: São Paulo Edição: 11ª; 1ª edição: 1982; Coleção Primeiros Passos, nº 62; 2, Pag. 18.

<sup>5</sup>Art. 6º. Código Civil Brasileiro de 2002.

<sup>6</sup>PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do Direito Civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 198-199. v. 1.

Nesse sentido, a empresa tem direito e dever próprio, acarretando a separação patrimonial da sociedade em relação aos seus sócios. Dessa forma, em se tratando de personalidade jurídica da empresa, esta decorre do fato de a sociedade constituir: nome próprio, patrimônio próprio e domicílio próprio.

Na prática, para constituir a personalidade jurídica só é possível através da inscrição do ato constitutivo da sociedade no registro próprio. Especificamente, o ato da sociedade empresária é feito pelo registro público das empresas mercantis na Junta Comercial, e para a sociedade simples é feito registro civil das pessoas Jurídicas. Logo, a sua extinção, ocorre com a averbação da dissolução e respectiva liquidação da sociedade no mesmo órgão de registro de sua abertura.<sup>7</sup>

### 3. PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PATRIMONIAL

Em conjunto com a personalidade jurídica a autonomia patrimonial das pessoas jurídicas também passou a vigorar na legislação brasileira, prevista no Art.1.024º do Código Civil, que diz: “os bens particulares dos sócios não podem ser executados por dívidas da sociedade, senão depois de executados os bens sociais”. Por isso, a autonomia patrimonial possibilita a limitação da responsabilidade dos sócios diante dos débitos adquiridos perante os credores.

O autor Fábio Ulhoa Coelho destaca tal importância do princípio:

Da personalização das sociedades empresárias decorre o princípio da autonomia patrimonial, que é um dos elementos fundamentais do direito societário. Em razão desse princípio, os sócios não respondem, em regra, pelas obrigações da sociedade. [...] Se não existisse o princípio da separação patrimonial, os insucessos da exploração da empresa poderiam significar a perda de todos os bens particulares dos sócios, amealhados ao longo do trabalho de uma vida ou mesmo de gerações, e, nesse quadro, menos pessoas se sentiriam estimuladas a desenvolver novas atividades empresariais.<sup>8</sup>

<sup>7</sup>Arts: 1º, 45º, 51º, § 1º,985º e 1.150º, **Código Civil Brasileiro de 2002**, “**Art. 1º** Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.” “**Art. 45.** Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo.” “**Art. 51.** Nos casos de dissolução da pessoa jurídica ou cassada a autorização para seu funcionamento, ela subsistirá para os fins de liquidação, até que esta se conclua. § 1º Far-se-á, no registro onde a pessoa jurídica estiver inscrita, a averbação de sua dissolução.” “**Art. 985.** A sociedade adquire personalidade jurídica com a inscrição, no registro próprio e na forma da lei, dos seus atos constitutivos.” “**Art. 1.150.** O empresário e a sociedade empresária vinculam-se ao Registro Público de Empresas Mercantis a cargo das Juntas Comerciais, e a sociedade simples ao Registro Civil das Pessoas Jurídicas, o qual deverá obedecer às normas fixadas para aquele registro, se a sociedade simples adotar um dos tipos de sociedade empresária.”

<sup>8</sup>COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 14-6. v. 2.

Todavia, em muitas das vezes, utilizando-se da autonomia patrimonial, sócios e administradores não deixam, na sociedade, bens suficientes para pagamento das dívidas da pessoa jurídica, deixando suas obrigações para com os credores insatisfeitas. Como ocorre, por exemplo, em muitas vezes, na figura da “holding”<sup>9</sup>, que tem se tornado cada vez mais comum no Brasil, com o objetivo de blindagem patrimonial. Seu uso, inegavelmente, pode ser benéfico em diversos aspectos, conforme ensina a doutrina:

As holdings são sociedades não operacionais que tem seu patrimônio composto de ações de outras companhias. São constituídas ou para o exercício do poder de controle ou para a participação relevante em outras companhias, visando nesse caso, constituir a coligação. Em geral, essas sociedades de participação acionária não praticam operações comerciais, mas apenas a administração de seu patrimônio. Quando exerce o controle, a holding tem uma relação de dominação com as suas controladas, que serão suas subsidiárias. (CARVALHOSA, 2009, 14).

Assim sendo, em um primeiro momento, pode-se afirmar que a utilização do princípio da autonomia patrimonial favorece, de certa forma, o devedor. Visto que, em regra, os componentes da sociedade somente responderão por débitos nos limites do capital social, ficando a salvo o patrimônio individual. Entretanto, para conter as práticas fraudulentas dos sócios na utilização da pessoa jurídica, a doutrina desenvolveu a teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Por consequência, nesta situação, afasta-se o princípio da autonomia patrimonial, havendo então a possibilidade de o credor executar seu crédito atingindo o patrimônio dos sócios, presumindo-se, que a empresa insolvente se enriquece em detrimento dos credores, com a apropriação do patrimônio da sociedade empresarial.

Nesse sentido explana Fábio Ulhoa Coelho:

[...]pela teoria da desconsideração, o juiz pode deixar de aplicar as regras de separação patrimonial entre sociedade e sócios, ignorando a existência da pessoa jurídica num caso concreto, porque é necessário coibir a fraude perpetrada graças à manipulação de tais regras. Não seria possível a coibição se respeitada a autonomia da sociedade. Note-se, a decisão judicial que desconsidera a personalidade jurídica da sociedade não desfaz o seu ato constitutivo, não o invalida, nem importa sua dissolução. Trata, apenas e rigorosamente, de suspensão episódica da eficácia desse ato. Quer dizer, a constituição a pessoa jurídica não produz efeitos apenas no caso em julgamento, permanecendo válida e inteiramente eficaz para todos os fins.<sup>10</sup>

<sup>9</sup> Instituída pela Lei nº 6.404/76. Lei das Sociedades Anônimas.

<sup>10</sup>COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**, 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.p. 40.

Cabe trazer em tela, como exemplo, o assunto abordado pela ministra Nancy Andrighi em seu voto nos Embargos de Divergência n.º 1.518.169<sup>11</sup>, STJ, quando discutido sobre a permissão da penhora de salário para pagamento de qualquer categoria de dívida, não apenas para as dívidas de caráter alimentar. Na decisão da ministra Nancy Andrighi, ela afirma que “Não tem sentido criarmos o poder judiciário e os mecanismos de execução para chegar ao final de todo o esforço e não haver resultado algum.” “[...]para decidir é preciso colocar em confronto os princípios, no sentido de que a execução tem que existir para dar resultado.” “[...] Nunca sacrificar demais o devedor e nem deixar o exequente de “mãos abanando””.

No caso, verifica-se o confronto entre o exequente tentando receber e a lei tentando garantir a segurança jurídica ao executado.

Desta feita, percebe-se que, quando observado um processo em que o exequente busca receber uma dívida do executado, sendo este uma pessoa jurídica insolvente que se apoia na legislação através do princípio da autonomia patrimonial e da segurança jurídica, ocorre um confronto entre o princípio da autonomia patrimonial e o princípio da satisfação executiva.

#### **4. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA**

Além da extinção da personalidade jurídica, também existe a possibilidade de sua desconsideração. Neste caso só é possível ocorrer quando se trata da personalidade jurídica empresarial.

Embora a regra no ordenamento jurídico pátrio seja o princípio da autonomia patrimonial, em que o patrimônio particular do sócio não se confunde com o patrimônio da sociedade, existem situações em que a lei permite utilizar-se da modalidade de desconsideração da personalidade jurídica. Neste caso, o sócio responsável responderá, de forma solidária com todo o seu patrimônio pelas dívidas contraídas pela empresa, como ocorre em situações de abuso da personalidade jurídica.

Nesse sentido afirma Fabio Ulhoa:

Se o patrimônio social não for suficiente para integral pagamento dos credores da sociedade, o saldo passivo poderá ser reclamado dos sócios, em algumas sociedades, de forma ilimitada, ou seja, os credores poderão saciar seus créditos até a total satisfação, enquanto suportarem os patrimônios particulares de cada sócio. Em outras sociedades, os credores somente poderão alcançar dos patrimônios particulares um determinado limite, além do qual o respectivo saldo será perda que deverão suportar. Em um terceiro grupo de sociedades, alguns dos sócios têm responsabilidade ilimitada e outros não.<sup>12</sup>

<sup>11</sup>EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.518.169 - DF. (2015/0046046-7).

<sup>12</sup>COELHO, Fabio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 117.

Sendo assim, é necessário desconsiderar a personalidade da empresa para alcançar o patrimônio dos sócios, pois normalmente as empresas estão classificadas no formato de responsabilidade limitada, as sociedades chamadas “Ltda.” ou “limitada”. Neste modelo, as dívidas recaem sobre a pessoa jurídica e não sobre a pessoa física: a empresa é responsável pelos débitos. Isso acontece porque a pessoa jurídica representante da companhia é considerada um ente independente, portanto uma figura totalmente desvinculada dos sócios. Essa distinção é determinada pelo princípio da autonomia patrimonial.

Para Flávio Tartuce,

[...]as pessoas jurídicas, também denominadas de pessoas coletivas, morais, fictícias ou abstratas, podem ser conceituadas como sendo conjunto de pessoas ou de bens arrecadados, que adquirem personalidade jurídica própria, por uma ficção legal" (...) "a pessoa jurídica é capaz de direitos e deveres a ordem civil, independentemente dos membros que a compõem, com os quais não tem vínculo, ou seja, sem qualquer ligação com a vontade individual das pessoas naturais que a compõem, em outras palavras há uma autonomia da pessoa jurídica em relação aos seus sócios e administradores. Em regra, os seus componentes somente responderão por débitos dentro dos limites do capital social, ficando a salvo o patrimônio individual dependendo do tipo societário.<sup>13</sup>

Nesse sentido, dependendo do tipo societário não ocorre a confusão patrimonial imediata, necessitando a aplicação do instituto da desconsideração jurídica. Pois, nessas sociedades fica restringido o patrimonial particular do empresário, onde as cotas e participações são estipuladas em contrato, assim a pessoa jurídica tem personalidade diferente da pessoa física, portanto, a responsabilidade diante de dívidas é limitada ao valor capital da empresa.

Isso ocorre nos tipos societários de natureza jurídica LTDA., (Sociedade Limitada), empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI), e na Sociedade Anônima (S/A). Bem como, na Sociedade Limitada Unipessoal, esta embora seja de responsabilidade individual, não é preciso ter sócios. Portanto, o patrimônio do empreendedor fica separado do patrimônio da empresa, onde o sócio não se responsabiliza pelas dívidas da empresa, exceto se comprovado o abuso de personalidade. Assim conceitua o doutrinador Fábio Ulhoa:

Deve-se desde logo acentuar que os sócios da sociedade empresária não são empresários. Quando pessoas (naturais) unem seus esforços para, em sociedade, ganhar dinheiro com a exploração empresarial de uma atividade econômica, elas não se tornam empresárias. A sociedade por elas constituída, uma pessoa jurídica com personalidade autônoma, sujeito de direito independente, é que será empresária, para todos os efeitos legais. Os sócios da sociedade empresária são empreendedores ou investidores de acordo com a colaboração dada à sociedade (os empreendedores, além de capital, costumam dedicar também trabalho à pessoa jurídica na condição de seus administradores, ou as controlam; os investidores limitam-se a aportar

<sup>13</sup> TARTUCE, Flávio. **Direito Civil. Lei de Introdução e Parte Geral**. 14.<sup>a</sup> edição, Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 245 e 269.

capital). As regras que são aplicáveis ao empresário individual não se aplicam aos sócios da sociedade empresária - é muito importante apreender isto.<sup>14</sup>

Quando referir-se a empresário individual, sem formação de sociedade, com exceção da Sociedade Unipessoal, não há de se falar em incidente de desconsideração da personalidade jurídica, pois não há separação entre o patrimônio do empresário que a compõe e o da firma, assim, o sócio responde ilimitadamente pela dívida da empresa. Por exemplo, a empresa individual do Microempreendedor Individual (MEI) e o Empresário Individual (EI), que possuem um único dono. Nestes casos a desconsideração da personalidade jurídica ocorre naturalmente, pois o patrimônio do administrador se confunde com o da empresa, sendo assim, insolvente a pessoa jurídica o patrimônio particular do empreendedor é atingido, através do requerimento da parte interessada na ação.

Assim, nem sempre será necessária a desconsideração da personalidade jurídica. De acordo com o regime de responsabilidade patrimonial do tipo de sociedade de que faz parte a empresa, como o empresário individual atuando em nome próprio, o patrimônio pessoal será responsabilizado nas obrigações assumidas no exercício da atividade profissional.

Tratando-se, portanto, de uma mera ficção jurídica que permite a pessoa natural atuar no mercado com benefícios próprios de uma pessoa jurídica. Sobre o tema leciona Rubens Requião:

De acordo com a Lei 9.841/99, considera-se microempresa a pessoa jurídica e a firma mercantil individual que tiver receita bruta igual ou inferior a R\$244.000,00. A firma individual (hoje denominada firma mercantil individual pela Lei 8.934/94, art. 32, II, "a"), do empresário individual, registrada no Registro do Comércio, atualmente Registro Público das Empresas Mercantis, chama-se também de empresa individual e empresário, pelo Código Civil. O Tribunal de Justiça de Santa Catarina explicou muito bem que o comerciante singular vale dizer, o empresário individual, é a própria pessoa física ou natural, respondendo os seus bens pelas obrigações que assumiu, quer sejam civis, quer comerciais. A transformação de firma individual em pessoa jurídica é uma ficção do direito tributário, somente para o efeito do imposto de renda.<sup>15</sup>

Portanto, dependendo da classificação societária, ou seja, dependendo da descrição da natureza jurídica empresarial, não será necessário o procedimento de incidente de desconsideração da personalidade jurídica. Pois, conforme exposto, nos casos específicos a desconsideração ocorrerá automaticamente pela confusão patrimonial entre a pessoa natural e a pessoa jurídica.

#### **4.1 TEORIAS DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA**

<sup>14</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial Direito de empresa**. 22ª Edição. Saraiva. pag. 19/10.

<sup>15</sup> REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. vol. I, 25ª ed., Saraiva: São Paulo, 2003, p. 34 e 78.

As possibilidades da desconsideração da personalidade jurídica são baseadas por duas teorias, sendo elas, a teoria menor aduzida pelo Código Defesa do Consumidor e a teoria maior, trazida pelo Código Civil e conceituada pela Lei de Liberdade Econômica.

A teoria maior a desconsideração, para ser deferida, exige a presença de dois requisitos: o abuso da personalidade jurídica caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial e o prejuízo ao credor. Essa teoria foi adotada pelo art. 50 do Código Civil vigente<sup>16</sup>.

No entanto, na maioria das vezes, na prática processual, para a comprovação desses requisitos, é necessário muito empenho pelo credor, como a realização de perícia contábil, de modo a averiguar a documentação da empresa devedora, além de todo o balanço e registros dos bens dos sócios, entre outras situações que possam configurar o abuso da personalidade jurídica. Ainda assim, será praticamente impossível comprovar a fraude, confusão patrimonial e o desvio de patrimônio, tendo em vista que o sócio de má-fé, a fim de prejudicar seus credores através da autonomia da personalidade jurídica, não vai registrar em documentos e balanços, seus atos fraudulentos, visto que já possui a intenção de ocultação patrimonial com o abuso da personalidade jurídica.

Já para a teoria menor a desconsideração da personalidade jurídica exige um único elemento, o prejuízo ao credor, sendo adotada pelo art. 28º do Código de Defesa do Consumidor.<sup>17</sup> Ou seja, o Poder Judiciário permite que o patrimônio dos sócios seja atingido, mitigando o princípio da autonomia patrimonial, quando há tão somente a prova de insolvência da pessoa jurídica no pagamento de suas obrigações.

Essa teoria é muito adotada pela jurisprudência trabalhista, que mesmo na ausência de previsão legal específica, frequentemente aplica a tese, conforme entendimento doutrinário de Valentin Carrion:

No direito do trabalho, tem sido aplicada nas hipóteses de abuso de direito, excesso de poder, como os casos de violação da lei ou do contrato, meios fraudulentos e insuficiência de bens da empresa. Amador Paes de Almeida admite-a quando os administradores utilizam a pessoa jurídica, aparentemente na forma da lei, com o desvio de sua exata função: 1) uso abusivo da sociedade; 2) fraude, como artifício para prejudicar terceiros, levados a efeito "dentro de presumida legalidade"; 3) confusão patrimonial; 4) insuficiência do capital social "para o exercício de sua atividade empresarial". O incidente

<sup>16</sup> Código Civil de 2002. Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, desconsiderá-la para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso. (Redação dada pela Lei nº 13.874, de 2019).

<sup>17</sup>TARTUCE, Flávio. Op. cit., p. 151. Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social.

de desconsideração da personalidade jurídica do novo CPC, art. 133, poderá ser utilizado no processo do trabalho, assim o art. 855-A e assim já indicava o TST (IN 39/16, art. 6º).<sup>18</sup>

Cumprе destacar que, por considerar em primeiro lugar a vulnerabilidade do trabalhador, na Justiça do Trabalho é adotada a teoria menor para a desconsideração da personalidade jurídica. Visto que essa depende apenas da insolvência, facilmente comprovada pela parte interessada nos autos.

Porém, na esfera cível o exequente não pode contar com essa mesma sorte, pois na legislação vigente prevalece a teoria maior. Dessa forma recai sobre o credor o ônus da difícil comprovação dos requisitos legais para alcançar a satisfação executiva.

## **5. INSTAURAÇÃO DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA**

A consagração do instituto da desconsideração da personalidade jurídica veio pela jurisprudência, tendo sido positivado pelo Código Civil de 2002 em seu art. 50, já que o Código Civil de 1916 não trazia nenhuma norma sobre esse instituto.

Em regra, o incidente de desconsideração da personalidade jurídica não pode ser instaurado de ofício pelo juiz, devendo haver pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo, conforme disposto no caput no art. 133 do CPC: “o incidente de desconsideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo”, bem como o § 4º do art. 795 do CPC “para desconsideração da personalidade jurídica é obrigatória a observância do incidente previsto neste Código”.

Em síntese, na prática, a instauração do incidente ocorre por meio de um processo de conhecimento, objetivando a sentença que declare a desconsideração ou não da personalidade jurídica ao suscitante. Quando se trata de uma ação de execução cível, o incidente de desconsideração da personalidade jurídica deve ser distribuído por dependência da ação principal, pois conforme o Art. 1.024, do Código Civil,<sup>19</sup> em regra primeiramente deve-se buscar a elucidação da dívida sobre o patrimônio da pessoa jurídica. Ou seja, primeiro se propõe a ação de execução em face da empresa, sendo esta insolvente, querendo o exequente alcançar

<sup>18</sup> CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis Trabalhistas**: legislação complementar, jurisprudência /Valentin Carrion; atualizado por Eduardo Carrion. 43.<sup>a</sup> edição, São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 766. Disponibilizado em <https://www.migalhas.com.br/depeso/317462/a-desconsideracao-da-personalidade-juridica-no-ambito-trabalhista-a-luz-da-lei-da-liberdade-economica>. Acessado em 27/05/2022. <sup>19</sup>**Art. 1.024, do Código Civil**, “os bens particulares dos sócios não podem ser executados por dívidas da sociedade, senão depois de executados os bens sociais”.

os bens dos sócios, este deverá aplicar o incidente de desconsideração da personalidade jurídica em autos autônomo da execução.

Dessa forma, será realizar uma petição, com o número dos autos principal, a qualificação das partes, inclusive com o nome dos sócios no polo passivo. Além disso, será cadastrada e distribuída em primeiro grau de jurisdição e deverá ser recolhido às custas de distribuição, caso a parte não seja beneficiária da justiça gratuita.

Nos autos do incidente de desconsideração da personalidade jurídica o autor se chama suscitante e o réu suscitado, e o objetivo são de desconsiderar a personalidade jurídica para alcançar o patrimônio particular e incluir o nome dos sócios no polo passivo da execução em que figura como devedora a empresa.

Cabe lembrar que, o incidente pode ser instaurado em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial, conforme ilustra o Art.134 do CPC:

Art. 134. O incidente de desconsideração é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial.

§1º A instauração do incidente será imediatamente comunicada ao distribuidor para as anotações devidas.

§2º Dispensa-se a instauração do incidente se a desconsideração da personalidade jurídica for requerida na petição inicial, hipótese em que será citado o sócio ou a pessoa jurídica.

§3º A instauração do incidente suspenderá o processo, salvo na hipótese do § 2o.

§4º O requerimento deve demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos para desconsideração da personalidade jurídica.

Conforme o § 3º do referido artigo, cumpre observar que, no caso de instauração do incidente e comunicação do ato ao cartório distribuidor, o processo principal deverá ser suspenso enquanto tramitar o incidente.

Após a solicitação da desconsideração, deverá ser aberto prazo de 15 (quinze) dias para que o sócio ou a pessoa jurídica apresente defesa, a fim de que seja cumprida a garantia fundamental do contraditório e ampla defesa.<sup>20</sup>

Em atendimento ao princípio do contraditório e da ampla defesa, o sócio ou administrador terá como meios de defesa os embargos do devedor, ou impugnação, nos casos de execuções de títulos executivos judiciais. Bem como os embargos de terceiro, em consonância com o princípio da fungibilidade, para aqueles que entendem que o responsabilizado ingressa no processo na condição de terceiro interessado. Há também a possibilidade de defesa por meio da exceção de pré-executividade, quando for caso que

<sup>20</sup>**Art. 135.** Do CPC: Instaurado o incidente, o sócio ou a pessoa jurídica será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 (quinze) dias.

independe de dilação probatória; sem esquecer, ainda, da possibilidade do sócio alegar o benefício de ordem, este previsto no art. 795, § 1.º, do CPC<sup>21</sup>. Esse benefício de ordem concede ao sócio o direito de responder pela dívida contraída pela sociedade apenas nos casos em que a sociedade for, primeiramente, acionada para o pagamento e restar verificado que seus bens não eram suficientes para quitar a obrigação.

Ademais, proferida a decisão nos autos do incidente, esta será interlocutória e deve ser impugnada mediante agravo de instrumento, conforme previsão do art. 136, caput, do CPC: “Concluída a instrução, se necessária, o incidente será resolvido por decisão interlocutória.” e do Art. 1.015, IV, CPC: “Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: IV — incidente de desconsideração da personalidade jurídica.”

Por fim, na sentença do incidente, sendo indeferido a desconsideração requerida, será o suscitante condenado ao pagamento de custas e despesas processuais. Após, transitado em julgado, será informado o resultado do incidente na ação principal onde será intimado o exequente para dar seguimento no feito.

## **6. LEI DE LIBERDADE ECONÔMICA**

Ao se tratar de desconsideração da personalidade jurídica, vale ressaltar a importância da recente Lei nº 13.874/2019, sancionada pelo governo federal em 2019, conhecida como lei da liberdade econômica. O objetivo da referida lei é estabelecer garantias de livre mercado e a livre iniciativa comercial.

Ao alterar, dentre outros, o art. 50 do Código Civil vigente, esta lei considera-se um impacto significativo ao instituto do incidente de desconsideração da personalidade jurídica. Isso porque, com a modificação do referido artigo, a desconsideração só poderá ocorrer em casos de dissolução irregular, desvio de finalidade ou confusão patrimonial, quando demonstra da ocorrência de abuso da personalidade jurídica. Como na utilização da pessoa jurídica para fins fraudulentos, conforme entendimento doutrinário de Fábio Ulhoa:

A desconsideração é instrumento de coibição do mau uso da pessoa jurídica; pressupõe, portanto, o mau uso. O credor da Sociedade que pretende a sua desconsideração deverá fazer prova da fraude perpetrada, caso contrário suportará o dano da insolvência da devedora. Se a autonomia patrimonial não foi utilizada indevidamente, não há fundamento para a desconsideração.<sup>22</sup>

<sup>21</sup>**Art. 795.** Do CPC. Os bens particulares dos sócios não respondem pelas dívidas da sociedade, senão nos casos previstos em lei. § 1º O sócio réu, quando responsável pelo pagamento da dívida da sociedade, tem o direito de exigir que primeiro sejam executados os bens da sociedade.

<sup>22</sup>COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 127.

Com isso, verifica-se que, por falta de provas prevalece o entendimento de que não resta suficientemente demonstrado que a empresa devedora foi dissolvida por gestão fraudulenta de seus sócios ou administradores, tampouco que houve confusão patrimonial e desvio de patrimônio, ficando assim o credor com o prejuízo, e devendo suportar o dano da insolvência da devedora.

Conforme julgamento do Superior Tribunal de Justiça, no Agravo Interno em recurso especial provido, AgInt no AREsp 1797130 SP 2020/0314523-8, onde a parte interessada não conseguiu comprovar a dissolução irregular, o desvio de finalidade ou confusão patrimonial da Ré, notasse que prevalece o indeferimento em desfavor ao credor.<sup>23</sup>

Foram inseridos requisitos pela Lei nº 13.874/19, que alterou o artigo 50 do Código Civil, para a concessão da medida de desconsideração da personalidade jurídica, caracterizados pelo abuso da personalidade jurídica, notadamente, em virtude de seu desvio de finalidade ou confusão patrimonial com sócios ou administradores.

Antes da referida alteração, não era definido o conceito de abuso que autorizava a desconsideração da personalidade jurídica, e não existia definição de confusão patrimonial ou de desvio de finalidade, ficando os magistrados abertos nas decisões sob a interpretação de responsabilidade da jurisprudência e da doutrina.

Com a lei inserida no ordenamento, a definição dos conceitos de confusão patrimonial e desvio de finalidade frisaram os requisitos para possibilidade da desconsideração. Sendo somente possível em casos de intenção clara de fraude.

Foi conceituado pela lei o desvio de finalidade como a utilização da pessoa jurídica com o propósito de lesar credores e para a prática de atos ilícitos de qualquer natureza “§1º, do art. 50 do Código Civil”.

Já a confusão patrimonial consiste na ausência de separação de fato entre os patrimônios, caracterizada por “I- cumprimento repetitivo pela sociedade de obrigações do sócio ou do administrador ou vice-versa; II - transferência de ativos ou de passivos sem efetivas contraprestações, exceto os de valor proporcionalmente insignificante; e III - outros atos de descumprimento da autonomia patrimonial”.<sup>24</sup>

Ou seja, é perceptível que a alteração legislativa trouxe mais requisitos para a possibilidade de desconsideração e, conseqüentemente, maiores restrições ao deferimento da medida sem a devida ocorrência das circunstâncias indicadas na legislação civil vigente, modificada pela Lei nº 13.874/19.<sup>25</sup>

<sup>23</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça: AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SP.1797130/2020.AgInt no AREsp 1797130 SP 2020/0314523-8.

<sup>24</sup>§2º, do art. 50, do Código Civil

<sup>25</sup>Art. 50.CC: Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo,

## CONCLUSÃO

Diante ao todo exposto, é evidente o confronto entre os princípios, da autonomia patrimonial e satisfação executiva. Visto que, a legislação vigente adota a teoria maior ao deferir a desconsideração da personalidade jurídica do insolvente. Podendo assim confirmar que, na prática cível prevalece o princípio da autonomia patrimonial.

Importa destacar que as mudanças legislativas trazidas oferecem o conteúdo normativo que carecia ao instituto da desconsideração da personalidade jurídica. Porém, em razão da segurança jurídica ofertada pela lei, é de se esperar que, haverá o aumento das constituições societárias com o intuito de fraudar seus credores, como já ocorre com frequência nas “holdings”, quando constituídas com o objetivo de desvincular o patrimônio das dívidas e obrigações contraídas pelos seus sócios.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o **Código Civil**. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2002/lei-10406-10-janeiro-2002-432893-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 23.07.2021.

BRASIL. LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015. **Código de Processo Civil**. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 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)>. Acesso em: 23.05.2022.

BRASIL. **Medida Provisória Nº 881, de 30 de abril de 2019**. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/medpro/2019/medidaprovisoria-881-30-abril-2019-788037-exposicaodemotivos-157846-pe.html>>. Acesso em: 23.07.2021.

CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis Trabalhistas**: legislação complementar, jurisprudência /Valentin Carrion; atualizado por Eduardo Carrion. 43.<sup>a</sup> edição, São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 766. Disponibilizado em <https://www.migalhas.com.br/depeso/317462/a-desconsideracao-da-personalidade-juridica-no-ambito-trabalhista-a-luz-da-lei-da-liberdade-economica>. Acessado em 27/05/2022.

desconsiderá-la para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso. (Redação dada pela Lei nº 13.874, de 2019).

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. vol. 2. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 146.

COELHO, Fabio Ulhoa. **A teoria maior e a teoria menor da desconsideração**. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais - RDB. vol. 65/2014, p. 21/30, jul/set 2014.

COELHO. Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial Direito de empresa**. 22ª Edição. Saraiva. pag. 19/10.

CUNHA FILHO, Alexandre J. Carneiro da; PICCELLI, Roberto Ricomini; MACIEL, Renata Mota (Org.). **Lei da Liberdade Econômica Anotada**, vol. 1. São Paulo: QuartierLatin, 2020.

GOMEZ, Diego J. Duquelsky. **Entre a Lei e o Direito: Uma contribuição à teoria do direito alternativo**. Tradução de Amilton Bueno de Carvalho e Salo de Carvalho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

GIORDAN. Suelyn Moraes. **A possibilidade da desconsideração da personalidade jurídica inversa no âmbito da holding familiar**. Disponível em: <<https://www.medina.adv.br/a-possibilidade-da-desconsideracao-da-personalidade-juridica-inversa-no-ambito-da-holding-familiar>> Acesso em: 25.05.22.

LYRA, Roberto Filho. **O Que é direito**. Editora: Brasiliense s.a: São Paulo Edição: 11ª; 1ª edição: 1982; Coleção Primeiros Passos, nº 62; 2. Pag. 18.

MASSARO, Vanessa. **O nascimento da pessoa jurídica: Friedrich Carl Von Savigny**. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22, n. 5010, 20 mar. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/39883>. Acesso em: 3 nov. 2021.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**, p. 207-209. Rio de Janeiro: Borsó, 1972.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do Direito Civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 198-199. v. 1.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. vol. I, 25ª ed., Saraiva: São Paulo, 2003, p. 34 e 78.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. Vol. Único. 7ª Ed. São Paulo: Método, 2017.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil. Lei de Introdução e Parte Geral**. 14.ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 245 e 269.

WOLKMER. Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico: fundamentos para uma nova cultura do direito**. Vol. 52. 3ª ed. São Paulo: Alga Ômega, 2001.

# ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA: COLABORAÇÃO PREMIADA COMO MEIO DE PERSECUÇÃO PENAL E OBTENÇÃO DE MEIO DE PROVA

Débora Ribeiro Lunhani<sup>1</sup>  
Carlos Eduardo Pires Gonçalves<sup>2</sup>

## RESUMO

A colaboração premiada é fundamental em um processo investigativo, pelo fato de que muitas vezes a informação que a colaboração premiada nos traz o que não é de conhecimento das autoridades que estão à frente da investigação, e pensando no benefício do interesse público sobre esta informação o delator realiza por meio de um negócio jurídico com as organizações estatais. E por ser negócio jurídico processual, é necessário um acordo entre o investigador e o acusado, para que as informações obtidas através da colaboração comprovem o dolo. A pesquisa objetiva questionar a constitucionalidade da colaboração premiada como meio de persecução penal como obtenção de meio de prova e se o mesmo será válido ou não. Para isto, a metodologia de pesquisa utilizada será de caráter dedutivo realizado por meios bibliográficos, com a análise de livros, obras, doutrinas, jurisprudência com o objetivo de esclarecer a constitucionalidade ou não da colaboração premiada como meio de persecução penal e obtenção de meio de prova.

**Palavras-chaves:** Colaboração premiada. Delator. Negócio jurídico. Persecução penal e constitucionalidade.

## ABSTRACT

The award-winning collaboration is fundamental in an investigative process, due to the fact that often the information that the award-winning collaboration brings us that is not known to the authorities that are ahead of the investigation, and considering the benefit of the public interest in this information, the whistleblower performs through a legal transaction with state organizations. And because it is a procedural legal business, an agreement between the investigator and the accused is necessary, so that the information obtained through the collaboration proves the intent. The research aims to question the constitutionality of the award-winning collaboration as a means of criminal prosecution as a means of obtaining evidence and whether it will be valid or not. For this, the research methodology used will be of a deductive character carried out by bibliographic means, with the analysis of books, works, doctrines, jurisprudence with the objective of clarifying the constitutionality or not of the award-winning collaboration as a means of criminal prosecution and obtaining evidence.

**Keywords:** Award-winning. Collaboration. Whistleblower. juridic business. criminal prosecution and constitutionality.

<sup>1</sup> Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Cidade Verde - Maringá-PR, Graduada em Administração pela Faculdade Astorga- PR e Pós-Graduada em MBA Gestão de Pessoas pela Faculdade Astorga- PR, e-mail: deboralunhani@gmail.com

<sup>2</sup> Docente das disciplinas de direito penal e processual penal no curso de Direito no Centro Universitário Cidade Verde - Maringá. E-mail: prof\_carloseduardo@unifcv.edu.br

## **INTRODUÇÃO**

A presente pesquisa tem o intuito de analisar o crime organizado na perspectiva da colaboração premiada, ou seja, será feito uma análise minuciosa com base na legislação brasileira e em alguns doutrinadores conceituados, para saber se a delação premiada é constitucional ou não.

O objetivo deste trabalho é fazer um estudo nas leis brasileiras e em especial na lei da Organização Criminosa nº 12.850/2013 para saber se a vantagem do negócio-jurídico feito entre as autoridades e o delator se este ato fere a constituição, pois esta delação gera um favorecimento ao réu em relação na sua dosimetria da pena.

Deste modo, em um primeiro momento será feito os conceitos de organização criminosa para um melhor entendimento do estudo da lei, seguindo do conceito da persecução penal e como este sistema funciona para a obtenção do meio de prova, e qual a função do colaborador que irá se beneficiar deste sistema, e quais serão as vantagens que ele terá então o foco é descobrir através desta pesquisa se essas vantagens ofertadas em troca de informação irão ferir a Constituição Federal de 1988 ou não.

Para tal, a metodologia que será utilizada é de pesquisa bibliográfica de caráter dedutivo por meio de estudos teóricos, mas sem que este tema seja esgotado e com possibilidade de novos estudos abordarem sobre este tema

### **1. CONCEITO DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA E SEUS ELEMENTOS LEGAIS**

No sistema criminal brasileiro, uma das maiores preocupações do legislador é o combate ao crime organizado e, dentre tantos aspectos relevantes no combate a este tipo de crime está à questão probatória. Devido a sua complexidade, por envolver mais de um indivíduo e a divisão de tarefa entre eles dificulta ainda mais as autoridades competentes combater o crime organizado, pois são minimamente planejados e as existências dessas organizações são constantes ameaças à população e aos direitos fundamentais de cada indivíduo.

Por isso, pensando em suprir esta necessidade de haver uma legislação mais específica sobre o crime organizado, não restou alternativas ao Congresso Nacional a não ser legislar sobre este tema. Deste modo surgiu a Lei nº 12.694/12, referente à formação do juízo colegiado para o julgamento de crimes praticados pelas organizações criminosas, e dentro desta lei no seu art. 2º foi quando surgiu o primeiro conceito de organização criminosa. Mas foi somente em no dia 02 de agosto de 2013 que surgiu a Lei nº 12.850/13 sobre organização criminosa trazendo em

seu art. 1º a sua definição e dispendo sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal e no §1º, do art. 1º, da mesma lei, o seu conceito.

LIMA, com base no §1º, do art. 1º Lei nº 12.850/13, conceitua a organização criminosa nos seguintes termos:

considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com o objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4(quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.<sup>3</sup>

Sendo assim, organização criminosa nada mais é que um grupo de 4(quatro) pessoas ou mais que se unem organizadamente com um mesmo objetivo praticando infrações penais para que possam obter vantagens de qualquer natureza, e as penalidades máximas para tais infrações sejam superiores a 4(quatro) anos. E necessita haver o dolo para que haja uma organização criminosa, pois não há modalidade culposa.

Para configurar organização criminosa o primeiro destes requisitos é *associação de quatro ou mais pessoas*. A lei nº12. 850/13 exige a presença de pelo menos 4(quatro) pessoas, que estejam organizadas e focadas em atingir o mesmo objetivo, infringindo as leis para obter alguma vantagem de qualquer natureza.

Um ponto relevante é que se um menor de 18(dezoito) anos estiver envolvido no crime, o mesmo será considerado “instrumento” para atingir ao objetivo da organização e este não será contado na soma de 4(quatro) ou mais pessoas. O mesmo ocorre com o agente infiltrado, pois ele terá o respaldo do art.3º, VII da Lei nº 12.850/13.

Como MACIEL relata em suas observações sobre o conceito de Organização Criminosa:

o número mínimo de 4 (quatro) pessoas para a caracterização da organização criminosa, decorre de simples opção de política criminal do legislador brasileiro, sendo que os menores de 18 anos que forem utilizados pelo grupo organizado como “instrumentos”, não serão considerados para esse número mínimo legal, assim como, na hipótese de existir policial infiltrado (art. 3º, VII da Lei nº 12.850/13).<sup>4</sup>

<sup>3</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada: Volume Único**. p.665. 5.ª edição, Salvador: JusPODIVM,2017.

<sup>4</sup> MACIEL, Alexandre Rorato. **Crime Organizado: persecução penal e Política Criminal**. p.71 1.ª edição, Curitiba: Juruá Editora, 2015.

Por isso, é necessário estar atento a quantidade de pessoas envolvidas na associação para que ao realizar a denúncia ao Ministério Público tenha certeza de que há no mínimo 4(quatro) pessoas envolvidas, sem contar com essas exceções supracitadas, para que este crime se enquadre em organização criminosa.

O segundo requisito a ser analisado é a *estrutura ordenada*. A estrutura ordenada, nada mais é do que uma estrutura mínima de maneira organizada para planejar e executar as ações do grupo sob uma hierarquia em que terá superiores e subordinados.<sup>5</sup> A estrutura ordenada pode ser organizada na forma piramidal, ou seja, hierarquizada, por exemplo: o PCC brasileiro. Ou poderá ser em rede, por exemplo: as tríades chinesas e a Al-Qaeda.<sup>6</sup>

O terceiro requisito é a *divisão de tarefas*. Neste requisito será analisada a atribuição particular de cada integrante, eles atuarão conforme sua habilidade para qual foi recrutado, visando o sucesso do plano esquematizado pelo grupo.<sup>7</sup> A divisão de tarefas é feita através dos superiores designando os seus subordinados com base nas suas especialidades. Por isso, quanto maior o número de membros da organização, melhor distribuído é as tarefas, e quanto menor o número de membros é maior o acúmulo de funções dentro da organização.

O quarto requisito é a *obtenção de vantagem de qualquer natureza*. A vantagem é referente a qualquer tipo de benefício, podendo ser uma simples estrutura de poder ou poderio.

Não necessita ser exclusivamente uma vantagem econômica, muito embora mesmo que indiretamente esta esquematização ilícita esteja relacionada ao ganho do lucro. GRECO FILHO (2014)<sup>8</sup> complementa, “é suficiente para caracterizar a ilicitude da organização em virtude do uso da força para a manutenção ilegal de uma atividade. A vantagem pode ser, até, de natureza política, ou seja, o acesso ao poder político legítimo e sua manutenção para a prática de crimes”.

O quinto requisito é sob *mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a quatro anos*. A pena para os delitos praticados pela organização criminosa precisa ser superior a 4 (quatro) anos, e não são consideradas as circunstâncias de agravantes ou aumento de pena. GRECO FILHO (2014)<sup>9</sup> afirma que “se os crimes tiverem como pena máxima cominada quatro anos ou menos, poderá incidir o art. 288 do Código Penal. Em ambas as hipóteses há necessidade de que o fim seja a prática de crime, excluídas as contravenções.”

<sup>5</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização Criminosa**, p.04. 5.<sup>a</sup> edição, - Rio de Janeiro: Forense, 2021.

<sup>6</sup> FREITAS, P.; GRECO, R.; **Organização Criminosa: Comentários à lei n. 12.850/2013**, p.42. 2.<sup>a</sup> edição, -Niterói, RJ: Impetus. 2020.

<sup>7</sup> \_\_\_\_\_; **Organização Criminosa: Comentários à lei n. 12.850/2013**, p.46. 2.<sup>a</sup> edição, -

Niterói, RJ: Impetus. 2020.

<sup>8</sup> GRECO FILHO, Vicente **Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei n. 12.850/13**, p.13. São Paulo: Saraiva, 2014.

<sup>9</sup> \_\_\_\_\_, Vicente **Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei n. 12.850/13**, p.13. São Paulo: Saraiva, 2014.

Pois em nosso ordenamento jurídico-penal nos traz a associação criminosa em seu dispositivo 288 CP.

**Art. 288.** Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos.

**Parágrafo único.** A pena aumenta-se até a metade se a associação é armada ou se houver a participação de criança ou adolescente.<sup>10</sup>

Então, na associação criminosa as penas são até no máximo 4 (quatro) anos, sem levar em consideração agravantes e aumento de pena, ou seja, se a pena for de 3(três) até 4(quatro) anos completos, e a associação de 3(três) ou mais pessoas sendo para crimes de contravenções penais.

Já a organização criminosa, a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas, e a pena é necessária ser de 4 (quatro) anos e um dia para o delito, ou ser de caráter transnacional. E o sexto e último requisito para a configuração da organização criminosa é *mediante a prática de infrações penais de caráter transnacional*. O caráter transnacional é referente às infrações penais que ultrapassam as fronteiras do país, independentemente se é crime ou contravenção, somente o fato de ultrapassar a fronteira, seja ela no sentido de saída do país ou de entrada no país já é o suficiente para caracterizar a transnacionalidade.<sup>11</sup>

## **2. AS PREMISSAS GERAIS DA PERSECUÇÃO PENAL E OS MEIOS DE PROVA ADMITIDOS**

Para melhor compreensão é necessário também saber o conceito de persecução penal, isto posto, conforme NUCCI<sup>12</sup> “a persecução penal é a denominação da atividade estatal de investigação e processo, no âmbito criminal, com vistas a apurar a prática de infração penal e sua autoria.”.

Portanto, a persecução penal é a fase de investigação que irá colher provas para que abra o processo criminal na intenção de checar a veracidade da infração penal e a sua autoria, para depois haver a decisão do mérito.

<sup>10</sup>BRASIL. A LEI 2.848, de 7 de dezembro de 1940, dispõe código penal. Brasília, DF. 1940.

<sup>11</sup> FREITAS, P.; GRECO, R.; **Organização Criminosa: Comentários à lei n. 12.850/2013**, p.50. 2.ª edição, -Niterói, RJ: Impetus. 2020.

<sup>12</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização Criminosa**, p.43. 5.ª edição, - Rio de Janeiro: Forense, 2021.

## **2.1 INVESTIGAÇÃO E MEIOS DE OBTENÇÃO DE PROVA**

Para que o Estado possa cumprir com suas obrigações de punir os delitos já consumados primeiramente é necessário que haja uma investigação, para que tenha material suficiente que comprove a autoria do delito, por isto que esta investigação preliminar é fundamental para obter provas concretas e assim dar início ao processo em si.

LIMA conceitua:

Diferencia-se a investigação preliminar da instrução processual por este motivo: enquanto a investigação criminal tem por objetivo a obtenção de dados informativos para que o órgão acusatório examine a viabilidade de propositura da ação penal, a instrução em juízo tem como escopo colher provas sob o crivo do contraditório e da ampla defesa para demonstrar a legitimidade da pretensão punitiva ou do direito de defesa.<sup>13</sup>

Deste modo, é na fase da investigação em que há a obtenção do meio de prova, ou seja, é a introdução das fontes de prova que serão utilizadas como meios de prova durante os procedimentos processuais, e estes procedimentos precisam ter autorização e fiscalização judicial, pois seu objetivo é convencer que o delito é passível de punição.

## **2.2 MEIOS DE OBTENÇÃO DE PROVA PASSÍVEIS DE UTILIZAÇÃO NA PERSECUÇÃO PENAL DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA**

Existem inúmeros meios de obtenção de provas, mas a Lei 12.850/13 em seu art. 3º traz em seu dispositivo alguns meios admissíveis pelo nosso ordenamento jurídico dentro da persecução penal.

Art. 3º Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova: I - colaboração premiada;  
II - captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos;  
III - ação controlada;  
IV - acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais;  
V - interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, nos termos da legislação específica;  
VI - afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, nos termos da legislação específica;

<sup>13</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada: Volume Único**. p.686. 5.ª edição, Salvador: JusPODIVM,2017.

VII - infiltração, por policiais, em atividade de investigação, na forma do art. 11;  
VIII - cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal.<sup>14</sup>

Assim sendo, quaisquer destes meios podem ser utilizados durante toda a persecução penal, sendo ela na investigação preliminar ou no decurso da execução do processo. Estes meios de prova são considerados especiais, pois devido ao fato de serem muito bem planejadas e executadas as tarefas dentro das organizações, para conseguir obter provas contundentes, houvesse a necessidade de legalizar estes meios de obtenção de provas, pois sem estes meios a dificuldade encontrada pelos operadores da lei era extremamente grande e ineficaz. Deste modo, a regularização destes meios de obtenção de provas é essencial para construir um caso concreto.

### **3. O INSTITUTO DA COLABORAÇÃO PREMIADA E SEUS PARÂMETROS BASILARES**

Dentro dessa criminalidade, há a colaboração premiada, muitas vezes para que os órgãos competentes consigam incriminar uma organização eles necessitam da ajuda de uma pessoa que faz parte do crime organizado para que eles possam obter provas suficientes para haver uma denúncia do crime. E quando isso ocorre o colaborador é beneficiado com a redução de sua pena, devido ao fato de que ele é fundamental para que haja a obtenção de prova, pois sem essas informações a barreira para combater o crime organizado é ainda maior.

NUCCI conceitua:

Colaborar significa prestar auxílio, cooperar, contribuir; associando-se ao termo *premiada*, que representa vantagem ou recompensa, extraindo-se o significado processual penal para o investigado ou acusado que dela se vale: admitindo a prática criminosa, como autor ou partícipe, revela a concorrência de outros (s), permitindo ao Estado ampliar o conhecimento acerca da infração penal no tocante à materialidade ou à autoria.<sup>15</sup>

<sup>14</sup> BRASIL, A LEI 12.850, de 2 de Agosto de 2013, dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal. Brasília, DF. 2013.

<sup>15</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização Criminosa**, p.59. 5.ª edição, - Rio de Janeiro: Forense, 2021.

Conforme acentua FREITAS e GRECO<sup>16</sup>, “a colaboração premiada, portanto, passa a ser reconhecida pela lei como um negócio jurídico, um verdadeiro contrato realizado entre o autor de um crime e o organismo estatal e definido como um meio de obtenção de prova em prol do interesse público”.

O negócio jurídico processual foi conceituado na criação do Pacote Anticrime da Lei nº 13.964/19 e a demarcação de seu início:

“**Art. 3º-A.** O acordo de colaboração premiada é negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos. **Art. 3º-B.** O recebimento da proposta para formalização de acordo de colaboração demarca o início das negociações e constitui também marco de confidencialidade, configurando violação de sigilo e quebra da confiança e da boa-fé a divulgação de tais tratativas iniciais ou de documento que as formalize, até o levantamento de sigilo por decisão judicial.<sup>17</sup>”

Este negócio jurídico nada mais é que a formalização do acordo entre o delator e as autoridades, garantindo a relação de confidencialidade e caso este acordo seja quebrado há a configuração da violação do sigilo.

E para ser válido este acordo existem alguns pressupostos de validade necessários, o primeiro pressuposto é a *voluntariedade da colaboração*. A colaboração do agente precisa ser voluntária, ou seja, o delegado ou o membro do Ministério Público não podem coagir ou de alguma maneira forçar esta colaboração, eles podem somente falar sobre as vantagens e incentivar que o agente queria colaborar, mas a iniciativa de falar tem que partir do colaborador.

O segundo pressuposto é o *acompanhamento de todos os atos pelo defensor do colaborador*. O colaborador necessita estar acompanhado de um advogado regularmente inscrito na OAB ou estar na presença de um defensor público.

“§ 15. Em todos os atos de negociação, confirmação e execução da colaboração, o colaborador deverá estar assistido por defensor”<sup>18</sup>.

Sob o entendimento do STF, relatado pelo FREITAS e GRECO em sua Obra:

O acordo de colaboração premiada cuja validade é questionada pela defesa foi homologado por este Relator ciente do quadro clínico de depressão grave a que estava acometido o candidato a colaborador, sendo que assim se decidiu

<sup>16</sup> FREITAS, P.; GRECO, R.; **Organização Criminosa: Comentários à lei n. 12.850/2013**, p.99. 2.ª edição, - Niterói, RJ: Impetus.2020.

<sup>17</sup>BRASIL. A LEI 13.964, de 24 de dezembro de 2019, Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, DF. 2019.

<sup>18</sup> BRASIL, A LEI 12.850, de 2 de agosto de 2013, dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal. Brasília, DF. 2013.

porque se entendeu que o quadro em questão não se mostrava suficiente para afetar o discernimento do interessado no período que antecedeu a formalização da avença, conforme retratavam atestados de natureza médica que instruíam os autos. Ademais, a decisão homologatória foi antecedida de todas as cautelas procedimentais previstas na Lei nº 12.850/13, mormente a partir da inquirição do candidato a colaborador na presença de seu defensor, ato esse que confirmou a voluntariedade com que negociados os atos de disposição de vontade(STF, AO 2.275/RN, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª T., DJe 28/02/2019).<sup>19</sup>

O terceiro pressuposto de validação é a *efetiva colaboração*. Para ser efetiva colaboração, somente o mero testemunho não é suficiente para ser considerado efetivo, o relato do colaborador precisa ser um instrumento de meio de prova para que através da sua declaração seja descoberto coautores, cúmplices, detalhes ao qual os investigadores não possuem acesso, tanto para descobrir bens de valores, esconderijos entre outros desde que esteja relacionado a organização criminosa.

O quarto pressuposto é a *homologação judicial*. Para o acordo ter validade o juiz precisa homologar o que foi negociado. O mesmo não participa desta negociação, mas ele pode recusar se em seu entendimento o acordo não seja viável, só que sem a homologação a colaboração não é válida.

O quinto pressuposto é a *renúncia ao direito constitucional ao silêncio*. Para que haja a colaboração premiada, o indivíduo que faz parte da organização criminosa precisa fornecer dados essenciais que irá fazer diferença na investigação. Devido a isto, é necessário que esta pessoa fale e delate os outros parceiros ou como funcionavam as divisões de tarefas.

LIMA relata em sua obra:

A colaboração premiada é plenamente compatível com o princípio do *nemotenetur se detegere*(direito de não produzir prova contra si mesmo). É fato que os benefícios legais oferecidos ao colaborador servem como estímulo para sua colaboração, que comporta, invariavelmente, a autoincriminação. Porém, desde que não haja nenhuma espécie de coação para obrigá-lo a cooperar, com prévia advertência quanto ao direito do silêncio (CF, ART. 5º, LXIII), não há violação ao direito de não produzir prova contra si mesmo.<sup>20</sup>

O direito ao silêncio é um direito fundamental, previsto no art. 5º LXIII da CF/88 e no art. 186 do CPP

<sup>19</sup> FREITAS, P.; GRECO, R.; **Organização Criminosa: Comentários à lei n. 12.850/2013**, p.102. 2.ª edição, - Niterói, RJ: Impetus. 2020.

<sup>20</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada: Volume Único**. p.705. 5.ª edição, Salvador: JusPODIVM,2017.

**LXIII** - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado; <sup>21</sup> **Art. 186.** Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas. **Parágrafo único.** O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.<sup>22</sup>

Porém para o acordo da colaboração premiada ser válido o colaborador precisa renunciar deste direito, confessando em detalhes a sua participação na organização criminosa e estar ciente que o mesmo poderá a vir ser incriminado por causa das informações prestadas, caso sejam falsas.

E o sexto e último pressuposto é a *confidencialidade*. O pressuposto ao qual dará início ao negócio jurídico é o sigilo, que para este pressuposto ser válido é necessário que seja lavrado um termo de confidencialidade ao qual não poderá ser quebrado. É neste termo que vincula os órgãos envolvidos e impede atos abusivos, além de ser proibida a divulgação do termo antes do recebimento da denúncia. É vedado o levantamento antecipado do sigilo do colaborador, pois este ato é considerado a quebra de confiança e boa-fé gera a nulidade do ato.

É vedada a divulgação das tratativas iniciais ou de documento que as formalize, até o levantamento do sigilo que somente ocorrerá após o recebimento da denúncia. Em nenhuma hipótese o juiz poderá levantar antecipadamente o sigilo da colaboração, sob nenhuma justificativa ou pretexto, sob pena de nulidade do ato, em face da quebra de confiança e da boa-fé.<sup>23</sup>

E para ser concreto o acordo é necessário que se obtenha alguns resultados por meio da colaboração tais como: a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada; e prêmio;

<sup>21</sup>BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Brasília, DF. 1988.

<sup>22</sup> . A LEI 3.689, de 3 de outubro de 1941, dispõe código de processo penal. Brasília, DF. 1941.

<sup>23</sup> FREITAS, P.; GRECO, R.; **Organização Criminosa: Comentários à lei n. 12.850/2013**, p.104. 2.<sup>a</sup> edição, - Niterói, RJ: Impetus. 2020.

#### **4. DA ADMISSIBILIDADE OU NÃO DA COLABORAÇÃO PREMIADA COMO MEIO DE PROVA PREVISTOS NA LEI ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA**

A colaboração premiada é um divisor de opiniões, pois há doutrinadores que defendem a sua constitucionalidade, ao qual há o respaldo legal nos princípios basilares da nossa Constituição Federal de 1988, como também há doutrinadores que acreditam na sua inconstitucionalidade ao ferir os princípios éticos e o direito material do processo penal.

##### **4.1 DA VISÃO FAVORÁVEL NA DOUTRINA**

Os autores BEZERRA e FARIA (2020), defende que a colaboração premiada é constitucional, pois para ser promulgada a mesma, passou por todos os critérios, sendo ela impessoal e genérica.

No que concerne à generalidade da lei, é preceito basilar de toda legislação ordinária que esta emane do Poder Legislativo e possua, inarredavelmente, caráter genérico. Isto é, a lei deve ser impessoal, de tal sorte que seja capaz de dirigir-se indistintamente a todos os titulares de direito, com vistas ao art. 5º, caput, da Lei Maior. Em se tratando da Lei nº 12.850/2013, constata-se a utilização de termos abrangentes (a título ilustrativo, o termo “colaborador” no art 5º, caput) na definição dos titulares do direito correlato. Vale dizer, a lei não faz, com efeito, diferenciações arbitrárias dos grupos de pessoas mencionados nesta. Defronte disso, é válido asseverar que a legislação sob análise cumpre o requisito constitucional da generalidade.<sup>24</sup>

Deste modo, a Lei nº 12.850/2013 não irá ferir a constituição, pois os delatores não terão tratamentos especiais pelo fato de terem colaborado com a justiça, contudo será analisado caso a caso, cumprindo o requisito da generalidade.

O autor MACIEL (2015), também relata em sua obra sobre a constitucionalidade da delação premiada, que entre dois direitos a garantia de ordem pública este prevalece sobre os demais.

A delação premiada está prevista em lei e objetiva tornar mais eficiente a aplicação da justiça em relação aos crimes mais graves e que acabam abalando de forma mais intensa a ordem pública, sendo a ética um valor moral de menor agressividade do que a prática de um crime e assim, na hipótese de confronto

<sup>24</sup>BEZERRA, L.; FARIA, M.; **Justiça negociada no Brasil: da constitucionalidade da colaboração premiada**.p.267.Disponível em: <http://inverbis.com.br/index.php/home/article/view/107/45> Acesso: 18 de Maio de 2022.

de ambos, não seria incoerente sacrificar tópicos da ética em troca da restauração da ordem pública abalada pela prática do crime grave.<sup>25</sup>

Assim sendo, a busca por um resultado objetivo pensando em prol da paz e garantia de ordem pública da maioria da sociedade, há este entendimento que esta colaboração é benéfica a sociedade e, por tais razões, compensa ser antiético desde que o resultado seja de interesse público para a aplicação eficaz da justiça.

Por isso, NUCCI (2021), complementa:

Parece-nos que a delação premiada é um *mal necessário*, pois o bem maior a ser tutelado é o Estado Democrático de Direito. Não é preciso ressaltar que o crime organizado tem ampla penetração nas entranhas estatais e possui condições de desestabilizar qualquer democracia, sem que se possa combatê-lo, com eficiência, desprezando-se a colaboração dos conhecedores do esquema, dispondo-se a denunciar coautores e partícipes.<sup>26</sup>

Percebe-se que o próprio Estado Democrático de Direito admite que sem a colaboração premiada para obter resultados eficazes contra o crime organizado é extremamente mais difícil de conseguir, e ainda assim quando se consegue devida a complexidade dos crimes, por isto desde que seja legalizada a colaboração é um meio em busca do bem maior.

#### 4.2 DA VISÃO DESFAVORÁVEL NA DOCTRINA

Para RODRÍGUEZ (2018) “A ambivalência do instituto da delação premiada e de seus correlatos segue valendo: ao mesmo tempo em que confronta com nosso sistema penal, tem uma eficácia inequívoca”<sup>27</sup>. A ideia central sobre a criação da Lei n.º 12.850/13 as razões pelas quais foram criados são válidos, porém em relação a sua eficiência e eficácia nem tanto.

CASTRO e ZANETTI (2019) relatam em seu artigo publicado na Revista de Criminologias e Políticas Criminais:

O Ministro Ricardo Lewandowski considerou como uma das causas para a não homologação do acordo, a não observância do modo como a legislação penal brasileira estabelece a aplicação de uma penalidade criminal, não se afigurando aceitável a sua imposição por outras vias. Além disso, o princípio do juiz natural teria sido malferido com a prévia

<sup>25</sup> MACIEL, Alexandre Rorato. **Crime Organizado: persecução penal e Política Criminal**. p.286. 1.ª edição, Curitiba: Juruá Editora, 2015.

<sup>26</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização Criminosa**, p.65. 5.ª edição, - Rio de Janeiro: Forense, 2021.

<sup>27</sup> RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. **Delação premiada: limites éticos ao Estado**. p.146. 1.ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2018.

fixação da pena (ou até mesmo a concessão de benefícios legais) ao colaborador desde o acordo.<sup>28</sup>

Para finalizar, alguns dos atuais entendimentos jurisprudenciais do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA:

- **Agravo regimental desprovido.**  
(AgRg no REsp 1774165/PR, Rel. Ministro JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDF), QUINTA TURMA, julgado em 19/04/2022, DJe 10/05/2022)
- **Agravo regimental não provido.**  
(AgRg no AREsp 2009903/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 19/04/2022, DJe 25/04/2022)
- **Agravo Regimental desprovido.**  
(AgRg no REsp 1774165/PR, Rel. Ministro JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDF), QUINTA TURMA, julgado em 19/04/2022, DJe 10/05/2022)
- **Agravo regimental improvido.**  
(AgRg no RHC 157.198/RJ, Rel. Ministro OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), SEXTA TURMA, julgado em 22/03/2022, DJe 25/03/2022)
- **Agravo regimental não provido.**  
(AgRg no RHC 94.859/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 29/03/2022, DJe 01/04/2022)<sup>29</sup>

Nota-se que em seus últimos julgamentos, as turmas do STJ mudaram suas opiniões sobre a colaboração premiada, e alegam que as delações não estão sendo suficientes para atenderem tais recursos.

## CONCLUSÃO

Para a realização desta pesquisa, no primeiro capítulo foi conceituado o que é a organização criminosa e seus elementos legais, já no segundo capítulo foram abordadas as premissas gerais da persecução penal e os meios de provas admitidos, ao qual foi estudada a investigação e os meios de obtenção de prova e quais destes meios são passíveis de utilização na persecução penal. No terceiro capítulo foi abordado sobre o instituto da colaboração premiada e seus parâmetros, ou seja, foram trazidos em tela os pressupostos necessários para a

<sup>28</sup> CASTRO, M. F.; ZANETTI, L.; **A inconstitucionalidade do prévio estabelecimento da pena nos acordos de colaboração premiada regidos pela Lei 12.850/2013.** Disponível em:

<http://dx.doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2526-0065/2019.v5i2.6036> Acesso: 18 de Maio de 2022.

<sup>29</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, **Jurisprudência do STJ.** p.16. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp> Acesso: 18 de Maio de 2022

validade do acordo de colaboração premiada. Nestes capítulos foram utilizadas doutrinas conceituadas no ramo do direito, as leis do código penal, processual penal, constituição federal e a lei de organização criminosa para chegar neste entendimento.

Já no quarto e último capítulo foi abordado sobre a admissibilidade ou não da colaboração premiada como meio de prova prevista na Lei nº 12.850/13 e as visões favoráveis e desfavoráveis da doutrina, ou seja, doutrinadores que se posicionam a favor da colaboração e os que são contra, deste modo, além dos métodos utilizados nos capítulos anteriores, neste também foi feita uma análise em artigos acadêmicos e jurisprudências do STJ, para saber quais são os entendimentos atuais.

Ante ao todo exposto, é visível o quanto o direito é subjetivo, e conforme o tempo passa as opiniões vão se adequando conforme suas necessidades. O surgimento da Lei nº 12.850/13 veio para concretizar algumas ações que já existiam em nosso cotidiano, mas não eram tão complexas, e davam margens a inúmeras interpretações.

Deste modo, esta lei foi criada no intuito de serem práticas e objetivas, em que o colaborador se beneficia por ter colaborado com o Estado nas suas investigações. De fato, o mal necessário, como se é chamado em prol do benefício da sociedade, seria uma excelente alternativa, se a mesma fosse eficiente.

Logo após seu surgimento no ano de 2013, a mesma houve grande aceitação por parte dos doutrinadores e magistrados, e resultados eficazes. Porém, com o passar dos anos este cenário está mudando, até mesmo porque o colaborador paga sua traição com a vida, desde a sua própria vida, como também a de seus familiares, pois muitas vezes o Estado falha com a proteção a elas.

E com esta falta de segurança que o Estado não consegue proporcionar ao colaborador, quando os mesmos fazem o acordo de colaboração premiada, em sua grande maioria, eles não relatam informações relevantes ao caso, e isto está nos refletindo nos mais atuais entendimentos do STJ como supracitado acima, em que há muitos recursos para revisar os termos de acordos, e os mesmos são desprovidos por não serem essenciais a investigação, ou seja, muitas vezes eles relatam coisas que as próprias autoridades já sabem a respeito do caso, então por mais que o acordo é feito antes da entrega da denúncia se o juízo entende que a colaboração não foi o suficiente ele não irá puni-lo com uma pena mais benéfica.

Desta forma, concluo que o além ferir inúmeros princípios constitucionais, a mesma deixou de ser eficiente, sendo assim, não passa de um mero favorecimento ao colaborador acusado.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BEZERRA, L.; FARIA, M.; **Justiça negociada no Brasil: da constitucionalidade da colaboração premiada.** Disponível em: <http://inverbis.com.br/index.php/home/article/view/107/45> Acesso: 18 de Maio de 2022.
- BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988.** Brasília, DF. 1988.
- BRASIL. **A LEI 2.848, de 7 de Dezembro de 1940, dispõe código penal.** Brasília, DF. 1940. .
- A LEI 3.689, de 3 de Outubro de 1941, dispõe código de processo penal.** Brasília, DF. 1941.
- A LEI 12.850, de 2 de Agosto de 2013, dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal.** Brasília, DF. 2013.
- A LEI 13.964, de 24 de Dezembro de 2019, Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal.** Brasília, DF. 2019.
- CASTRO, M. F.; ZANETTI, L.; **A inconstitucionalidade do prévio estabelecimento da pena nos acordos de colaboração premiada regidos pela Lei 12.850/2013.** Disponível em: <http://dx.doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2526-0065/2019.v5i2.6036> Acesso: 18 de Maio de 2022.
- CHIQUETI, Heloyse da Costa, **Colaboração premiada no Brasil: valor probatório antiético ou benefício social?** Disponível em: <https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/handle/123456789/673> Acesso: 17 de Maio de 2022.
- FREITAS, P.; GRECO, R.; **Organização Criminosa: Comentários à lei n. 12.850/2013, 2.<sup>a</sup> edição,** - Niterói, RJ: Impetus, 2020.
- GRECO FILHO, Vicente **Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei n. 12.850/13,** São Paulo: Saraiva, 2014.
- JUNIOR, Nélio Silveira Dias. **Para ocorrer o crime de organização criminosa, além da figura típica é necessário provar o dolo.** Disponível em: [https://silveiradias.adv.br/para-ocorrer-o-crime-de-organizacao-criminosa-alem-da-figura-tipica-e-necessario-provar-o-dolo/#\\_ftn2](https://silveiradias.adv.br/para-ocorrer-o-crime-de-organizacao-criminosa-alem-da-figura-tipica-e-necessario-provar-o-dolo/#_ftn2) Acesso: 03 de Nov 2021.
- LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada: Volume Único. 5.<sup>a</sup> edição,** Salvador: JusPODIVM, 2017.
- MACIEL, Alexandre Rorato. **Crime Organizado: persecução penal e Política Criminal. 1.<sup>a</sup> edição,** Curitiba: Juruá Editora, 2015.

MARÇAL, V.; MASSON, C.; **Crime Organizado**. 2<sup>a</sup>. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização Criminosa**, 5.<sup>a</sup> edição, - Rio de Janeiro: Forense, 2021.

RODRÍGUEZ, VíctorGabriel. **Delação premiada: limites éticos ao Estado**. 1.<sup>a</sup> edição, Rio de Janeiro: Forense, 2018.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, **Jurisprudência do STJ**. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp> Acesso: 18 de Maio de 2022

TRILHANTE. **Lei de Organização Criminosa**: Disponível em: <https://trilhante.com.br/curso/pacote-anticrime-lei-13-964-19/aula/aula-8> Acesso: 01 de Nov de 2021.

# ABANDONO AFETIVO INVERSO: DA REPARAÇÃO CIVIL E DA OBRIGAÇÃO DE AMAR?

Érico Yuki Tamazumi Marçal<sup>1</sup>  
Rose Borin<sup>2</sup>

## RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo trazer uma análise acerca do tema “abandono afetivo inverso”, que em brevíssima síntese, é quando os filhos abandonam afetivamente os pais idosos. Foi escolhido este tema, justamente pelo fato de ser algo muito pouco difundido, caindo quase no esquecimento, e pelo crescente número de violência contra os idosos que ocorreu durante o período da pandemia do COVID/19 no ano 2020. Portanto, será tratado aqui, os principais pontos que compõe a temática, sendo princípios do direito de família que norteia tal problemática, bem como as legislações relacionadas, e averiguar a possibilidade de reparação civil em decorrência do dano moral sofrido pelo idoso em decorrência do abandono, a partir de uma pesquisa doutrinária e jurisprudencial, analisando o posicionamento do judiciário em relação as ações já pleiteadas neste sentido, bem como a existência de projetos de lei que visam positivar este tema como um ato ilícito. A metodologia de abordagem utilizada neste trabalho foi a dedutiva, utilizando o método de procedimento casuístico e o método de investigação bibliográfico

**Palavras - Chaves:** Abandono afetivo, idosos, vulnerabilidade, afeto, responsabilidade civil; dano moral; família

## ABSTRACT

This article aims to bring an analysis of the theme "inverse affective abandonment", which, in a very brief summary, is when children affectively abandon their elderly parents. This theme was chosen, precisely because it is something very little widespread, falling almost into oblivion, and because of the growing number of violence against the elderly that occurred during the period of the COVID/19 pandemic in the year 2020. Therefore, it will be treated here, the main points that make up the theme, being principles of family law that guides such a problem, as well as related legislation, and investigate the possibility of civil compensation as a result of moral damage suffered by the elderly due to abandonment, from a survey of doctrine and case law, analyzing the position of the judiciary in relation to the actions already pleaded in this regard, as well as the existence of bills that aim to posit this issue as an unlawful act. The approach methodology used in this article was deductive, using the casuistic procedure method and the bibliographic investigation method.

<sup>1</sup> Acadêmico do 9º Semestre do curso de Direito do Centro Universitário Cidade Verde - UniCV

<sup>2</sup> Profª. Pós Dra. Rose Borin.

**Keywords:** Affective abandonment, elderly, vulnerability, affection, civil responsibility; moral damage; family

## **INTRODUÇÃO:**

O abandono afetivo é um tema que já vem sendo discutido a um bom tempo, fazendo com que filhos que veio a ser abandonados afetivamente por algum de seus genitores, vem acionando o judiciário a fim de pleitear uma indenização em razão do dano moral resultante do desamor o qual veio a sofrer.

Mas apesar do fato de cada vez mais aparecer ações pleiteando tais indenizações no judiciário, este tema ainda não se encontra positivado, e mesmo que o dever imposto aos genitores em relação aos filhos quanto a seu cuidado e criação esteja previsto no artigo 229 da Constituição Federal de 1988, que por sinal será melhor comentado neste presente trabalho, não existe em lei a consequência para quem violar a responsabilidade imposta neste artigo, cabendo ao magistrado analisar tais pedidos indenizatórios e decidi-los de acordo com o artigo 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.<sup>3</sup>

E devido à complexidade deste tema e a lacuna em lei, que torna um tanto quanto difícil a procedência de tais pedidos.

Mas, o foco deste trabalho não é este, apesar do objeto desta pesquisa ter uma íntima ligação com o tema abandono afetivo, há uma singela diferença, o que será tratado aqui é o outro lado da moeda, se de um lado temos crianças e adolescentes sendo abandonados por seus genitores, ora este, um grupo vulnerável, de outro lado, temos um outro grupo também vulnerável, os idosos, que infelizmente também podem e sofrem com o abandono por parte de seus filhos.

É o que se denomina como abandono afetivo inverso, valendo ressaltar que os danos sofridos por estes em decorrência do abandono, não é menor que o sofrido pelas crianças e adolescentes.

Desta maneira, será este tema o “Abandono afetivo inverso” que essa presente monográfica terá como objeto de pesquisa, tendo como foco, se aprofundar um pouco mais no mesmo e averiguar a possibilidade de reparação civil por parte dos idosos abandonados em face

<sup>3</sup> BRASIL, Decreto LEI nº 4.657. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro, 1942.

a seus filhos, e se sim, estaria o direito por meio desta possibilidade indenizatória impondo aos familiares a obrigação de amar uns aos outros?

A metodologia de abordagem utilizada foi a dedutiva, utilizando o método de procedimento casuístico e o método de investigação bibliográfico, no qual o tema será aprofundado com base nas pesquisas bibliográficas, artigos, legislação e jurisprudências.

## **1 DA FAMÍLIA:**

O presente trabalho, tem como tema principal o “abandono afetivo inverso”, que em brevíssima síntese, seria a ausência de afeto dos filhos com os pais idosos, mas, antes de discutir a temática principal desta pesquisa, se faz necessário abordamos alguns tópicos de suma importância para a melhor clareza deste tema.

Assim, de início, se faz necessário a abordagem acerca de um tema de suma importância para esta pesquisa, que é a família.

### **1.1 CONCEITO DE FAMÍLIA:**

Um fato que transcende o tempo, e reverbera desde as sociedades mais primitivas até as mais modernas dos dias atuais, é o fato que a família é a célula básica de toda e qualquer sociedade, estando ainda, intimamente ligada ao direito, visto que não existe sociedade sem a existência do direito para impor os limites aos indivíduos que a compõe.

A família é algo extremamente essencial para o ser humano, uma vez que este é um ser social, possuindo a necessidade de se unir e viver em um grupo, mas tentar definir um ponto de partida para descobrir onde que tal instituto surgiu, é um grande desafio até os dias de hoje, visto que é algo que se estende por todo o nosso o passado, se perdendo no tempo, podendo ter surgido desde a origem da nossa espécie, seja pela simples ideia instintiva de se reproduzir para que se preserve a espécie ou então para suprir a necessidade de não se viver só<sup>4</sup>.

E visto a quase impossibilidade de definir a origem da família, tentar conceitua-la não é um desafio menor, visto que este instituto, apesar de ser algo universal, uma vez que é algo que se encontra em todas as sociedades, sua organização varia de sociedade para sociedade e ainda evoluem com as mesmas.

Segundo Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf e Carlos Alberto Dabus Maluf, a família tem um grande papel na vida do ser humano, já que a mesma representava como ele

<sup>4</sup> AZEREDO, Christiane Torres. **O conceito de família: Origem e evolução**, Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/index.php/artigos/1610/O+conceito+de+fam%C3%ADlia:+origem+e+evolu%C3%A7%C3%A3o>>: Acesso em 03/01/2022.

se relacionava com o meio em que vivia, trata-se de um grupo social no qual se descobre um laço coesivo entre seus componentes, uma consciência de unidade, outrora denominada “consciência de nós”, fazendo parte do ser humano desde o seu nascimento, no qual, se torna membro de uma família, e nela permanece unido, mesmo que futuramente venha a formar uma outra.<sup>5</sup>

Segundo o autor, Rodrigo da Cunha Pereira, trata-se de um lugar privilegiado de realização da pessoa, pois é onde o ser humano irá iniciar o desenvolvimento pessoal e o seu processo de socialização, onde irá viver as suas primeiras lições de cidadania que se reportará futuramente para os laços sociais<sup>6</sup>.

Ressalta-se ainda os autores, Washington de Barros Monteiro e Regina Beatriz Tavares da Silva, que a família, de todas as instituições, reveste-se de maior significação, representando um núcleo fundamental, a base mais sólida que repousa toda a organização social<sup>7</sup>.

Segundo Arnaldo Rizzardo, este instituto pode ser conceituado como:

O conjunto de pessoas com o mesmo domicílio ou residência, e identidade de interesses materiais, morais e afetivos, em união pública e duradoura, integrado pelos pais casados ou em união estável, ou por um deles e pelos descendentes legítimos, naturais ou adotados, ou por duas pessoas ainda que do mesmo sexo<sup>8</sup>.

Assim, como dito no início deste tópico, família em brevíssima síntese é a célula básica de toda sociedade, é onde o indivíduo irá formar a sua personalidade definindo o seu potencial para o convívio social.

Em relação a organização familiar brasileira, bem como o ordenamento jurídico se pautou, a nossa principal referência, se encontra na família romana, voltada para um modelo mais patriarcal, sendo constituído de um pai e uma mãe com seus filhos a partir de um casamento e regulado pelo próprio estado, onde todo poder familiar, centrava apenas nas mãos do marido possuía um caráter mais institucional com propósito econômicos do que afetivo.

Assim, a família na sociedade brasileira antigamente, era uma família com caráter monogâmico, parental, centralizada na figura paterna<sup>9</sup>, necessária apenas para a reprodução a para fins econômicos, cuja sua única função era apenas promover a manutenção da sociedade,

<sup>5</sup> MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus; MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Curso de direito de Família**, 4ª Edição, 2021 - São Paulo - Editora Saraiva.

<sup>6</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família**, 3ª Edição, 2016 - São Paulo - Editora Saraiva.

<sup>7</sup> MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Curso de direito civil**, v. 2, p. 1

<sup>8</sup> RIZZARDO, Arnaldo, **Direito de Família**, 10ª Edição - Editora Forence, 2019.

<sup>9</sup> MADALENO, Rolf. **DIREITO DE FAMÍLIA** - 8ª Edição, 2018 - Editora Forense.

havendo um predomínio da entidade familiar sobre os interesses pessoais dos indivíduos que a compõe.

Mas só recentemente, em razão das grandes transformações tecnológicas, culturais e sociais, tal modelo familiar, veio a ser desconstruído, criando um novo modelo familiar que não se restringe a apenas uma entidade econômica-reprodutiva, mas sim, há uma entidade que visa o desenvolvimento da personalidade e do progresso humano<sup>10</sup>.

Esse novo modelo familiar, veio a ser reconhecido pela constituição federal de 1988, alargando suas fronteiras em seu art. 226:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 1º O casamento é civil e gratuita a celebração. § 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei. § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. § 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio § 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas § 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Portanto, a família vai muito mais além de apenas um instituto constituído pelo casamento, abrangendo agora, um leque de diversidade familiar, formada não mais pelos interesses de ordem econômica, mas sim vínculos provenientes de afeto, da ética e da dignidade humana, assim como cita Rachel Verissimo dos Santos Soares:

Nos dias atuais, a entidade familiar adquire feição múltipla e plural, se sustentado, desta forma, nos valores do afeto, da ética e da dignidade humana, princípios esses que norteiam o sistema constitucional vigente. A família deve ser compreendida como “um elemento de garantia do homem”, sendo uma estrutura organizada fundamental para a busca da felicidade humana e para o alcance da realização pessoal de cada indivíduo.<sup>11</sup>

<sup>10</sup> SOARES, Rachel Veríssimo dos Santos, **O ABANDONO AFETIVO E SUA REPERCUSSÃO JURÍDICA NO DIREITO DA FAMÍLIAS: CONTORNOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL Á LUZ DA PROTEÇÃO Á DIGNIDADE HUMANA**. (Artigo Científico). Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. 2013.

<sup>11</sup>SOARES, Rachel Veríssimo dos Santos, **O ABANDONO AFETIVO E SUA REPERCUSSÃO JURÍDICA NO DIREITO DA FAMÍLIAS: CONTORNOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL Á LUZ DA**

Assim, a família contemporânea brasileira, trata-se de um modelo familiar cujo os interesses de seus integrantes se sobrepõe aos interesses da entidade e não ao contrário como era antigamente, não se limita a mera manutenção da sociedade, mas se expande abrangendo a felicidade e o desenvolvimento da personalidade á aqueles que a compõe, não sendo atoa que a Carta Magna de 1988 a norteia com alguns princípios no qual será abordado no próximo tópico.

## 1.2 DOS PRINCÍPIOS DA FAMÍLIA:

É de se ressaltar, que tal instituto da família, é composto de diversos princípios, mas para o entendimento desta presente pesquisa, dentre eles, será tratado de apenas três, sendo eles, o princípio da dignidade humana, da solidariedade e da afetividade.

### 1.2.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana:

O princípio da dignidade humana, trata-se de um princípio inerente a todo ser humano, sendo este, garantido independente de qualquer merecimento, onde segundo o autor, Rodrigo da Cunha Pereira<sup>12</sup>, trata-se de um “macro princípio, no qual se irradiam e estão contidos outros princípios e valores essenciais como a liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade e alteridade. É, portanto, uma coleção de princípios éticos”.

Sendo assim, o princípio da dignidade humana, segundo Ingo Wolfgang Sarlet, trata-se de qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano, sendo esta reconhecida pelo Estado e a comunidade, gerando um complexo de normas de direitos e deveres fundamentais, que assegura a pessoa contra todo e qualquer ato degradante e desumano, como lhe garante também condições essenciais mínimas para uma vida saudável<sup>13</sup>.

Trata-se de um princípio fundamental da nossa lei maior, tendo seu devido respaldo no art.1º, inciso III:

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;

E é ressaltado novamente ainda na Constituição Federal de 1988, no âmbito do instituto da família, no art. 226, §7º:

**PROTEÇÃO Á DIGNIDADE HUMANA.** (Artigo Científico). Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. 2013. Apud, ROSENVALD, 2013.

<sup>12</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família**, 3ª Edição, 2016 - São Paulo - Editora Saraiva.

<sup>13</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEONCY, Leo Ferreira; STRECK, Leonio Luiz; Idp Cursos e Projetos LTDA. **Comentários á Constituição do Brasil**, 2ª Edição - 2017 - São Paulo - Editora Saraiva.

Art. 226. (...)

[...]

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

No qual diz claramente que a família será fundada no princípio da dignidade humana, sendo ainda, dever da família, da sociedade e do Estado, assegurar as crianças, adolescentes, jovens e idosos, o direito e a defesa quanto sua dignidade, assim como diz o caput dos artigos 227 e 230 da mesma Carta Magna de 1988:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

E no âmbito familiar, segundo Rodrigo Pereira da Cunha<sup>14</sup>, os “Direitos Humanos” e o princípio da dignidade está ligado ao Direito de Família, e tal ligação é o que vem impulsionando a sua evolução, afinal, uma vez que a cidadania pressupõe a não exclusão, conclui-se a legitimação e inclusão no laço social todas as formas de famílias, bem como o respeito a todos os vínculos afetivos e a todas as diferenças, dando uma igual dignidade para todas as entidades familiares, sendo indigno o seu tratamento diferenciado.

Portanto, o princípio da dignidade humana significa para o Direito de Família a consideração e o respeito à autonomia dos sujeitos e à sua liberdade. Significa, em primeira e última análise, uma igual dignidade para todas as entidades familiares. Neste sentido, podemos dizer que é indigno dar tratamento diferenciado às várias formas de filiação ou aos vários tipos de constituição de família. A ordem imperativa deste comando constitucional é despir-se de preconceitos, de modo a se evitar tratar de forma indigna toda e qualquer pessoa humana, principalmente no âmbito do Direito das Famílias, que tem a intimidade, a afetividade e a felicidade como seus principais valores.<sup>15</sup>

<sup>14</sup>PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Famílias**; prefácio Edson Fachin. - 2ª edição - Rio de Janeiro: Forense, 2021.

<sup>15</sup> **Ibidem.**

### 1.2.2 Princípio da Solidariedade:

O princípio da solidariedade por sua vez, tem sua origem nos vínculos afetivos e está relacionado com a questão de fraternidade e reciprocidade, no qual segundo o autor Rolf Madaleno<sup>16</sup>, considera como se fosse o oxigênio de todas as relações familiares e afetivas, uma vez que estes vínculos apenas podem se sustentar em um ambiente com reciprocidade, compreensão e cooperação entre os membros que deste instituto compõe, ajudando mutuamente um ao outro sempre que necessário.

Segundo Paulo Lobo, o princípio da solidariedade consiste na superação do modo de pensar e viver em sociedade a partir do predomínio dos interesses individuais, no qual marcou os primeiros séculos da modernidade possuindo seus reflexos até mesmo nos dias atuais<sup>17</sup>.

Tal princípio, vai além de um dever moral, ético, compaixão ou virtude, passa a ser um princípio jurídico após a Constituição Federal de 1988, se encontrando expresso em seu art. 3º, inciso I;

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - Construir uma sociedade livre, justa e solidária;

No qual o Estado, ao gerar tal dever civil de cuidado um do outro, safa-se do encargo de prover toda a gama de direitos que são assegurados por nossa lei maior a todo cidadão.<sup>18</sup>

Pode ser encontrado ainda, nos art. 226, 227 e 230 da CF/88, que impõe um dever a família, a sociedade e o Estado, a proteção da entidade familiar, da criança, do adolescente e do idoso<sup>19</sup>.

Segundo Rodrigo Pereira da Cunha, o princípio da solidariedade vem da ideia de corresponsabilidade entre as pessoas unidas, que se transforma em um dever ético de relações humanizadoras, ressaltando ainda, que a solidariedade não está apenas no plano do auxílio material, mas também no afetivo, podendo ser imposto como uma obrigação jurídica em casos de abandono afetivo de pais em relação aos filhos.<sup>20</sup>

### 1.2.3 Princípio da afetividade:

Quanto ao princípio da afetividade, não há nenhuma norma que suscite o que seria o afeto, trata-se de um princípio ligado diretamente ao princípio da dignidade humana que se

<sup>16</sup> MADALENO, Rolf. **DIREITO DE FAMÍLIA** - 8ª Edição, 2018 - Editora Forense.

<sup>17</sup> LÔBO, Paulo. **Direito civil: volume 5: famílias**. - 8ª edição - São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

<sup>18</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 14ª edição. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

<sup>19</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família**, 3ª Edição, 2016 - São Paulo - Editora Saraiva.

<sup>20</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Famílias**; prefácio Edson Fachin. - 2ª edição - Rio de Janeiro: Forense, 2021.

impulsionou na Constituição de 1988, junto com a evolução e diversidade familiar na sociedade brasileira, cujo os vínculos provem do afeto.

Segundo o autor Rolf Madaleno, o princípio da afetividade trata-se de uma “mola propulsora dos laços familiares e das relações interpessoais movida pelo sentimento e amor, para o fim e ao cabo de dar sentido e dignidade á existência humana”.<sup>21</sup>

E ainda, segundo o autor Rodrigo da Cunha Pereira<sup>22</sup>, o afeto é o núcleo formador e estruturador do sujeito, trata-se, portanto, daquilo que estabelece e compõe o núcleo familiar, cujo a sua ausência, não se pode dizer que há família, a família será uma desordem ou uma desestrutura. E destaca ainda o autor, que nem todo tipo de afeto, compõe um núcleo familiar, o afeto pode ser encontrado nas relações de amizade por exemplo, mas nem por isso, tal relação pode se considerar uma família, para tal, é necessário que o afeto esteja acompanhando de outros elementos, como a solidariedade, responsabilidade, cumplicidade, vivencia e convivência.

Portanto, o princípio da afetividade, segundo o autor Paulo Lobo<sup>23</sup>, trata-se do princípio que fundamenta o direito da família, sendo o elemento que dá estabilidade nas relações socioafetivas e na comunhão da vida, não podendo tal princípio jurídico ser confundido como o afeto, como fato psicológico ou anímico, trata-se de um dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes em relação a aqueles, ainda que ocorra desamor ou desafeição entre eles, que cessa apenas com o falecimento de algum destes, ou então, se houver a perda da autoridade parental.

Assim, o princípio da afetividade não pode se confundir com o sentimento de afeto ou amor, afinal, tal sentimento é inapreensível pelo direito, visto que para o mundo jurídico opera selecionando fatos da vida que devem receber a incidência da norma jurídica, portanto, este princípio trata-se de um dever jurídico de afetividade oponível a pais e filhos e aos parentes entre sí, em caráter permanente, independentemente dos sentimentos que nutrem um pelo outro.

## **2 DA RESPONSABILIDADE CIVIL:**

Destacando-se os principais pontos que tinha que ser abordados a respeito do instituto da família para o entendimento do presente tema, será abordado um pouco a respeito da responsabilidade civil.

<sup>21</sup> MADALENO, Rolf. **DIREITO DE FAMÍLIA** - 8ª Edição, 2018 - Editora Forense.

<sup>22</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família**, 3ª Edição, 2016 - São Paulo - Editora Saraiva.

<sup>23</sup> LÔBO, Paulo. **Direito civil: volume 5: famílias**. - 8ª edição - São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

A responsabilidade civil em brevíssima síntese, trata-se seria o dever de indenizar uma pessoa pelo dano que ela sofreu, segundo Sergio Cavaliere Filho<sup>24</sup>, trata-se de um dever jurídico sucessivo, também chamado como secundário, que se origina para reparar a violação a de um dever originário, denominado também como primário. Ou seja, responsabilidade civil, nada mais é que um dever jurídico, que surge para reparar o dano causado a outro dever jurídico, podendo ser visto expresso no art. 927 do Código Civil de 2002 “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Sendo assim, segundo Carlos Roberto Gonçalves<sup>25</sup>, a responsabilidade civil tem como um de seus pressupostos, a violação de um dever jurídico e o dano, no qual os seus elementos, podem ser encontrados no art. 186 do Código Civil: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

Assim, os elementos essenciais para que se configure a responsabilidade civil, seria a prática de um ato ilícito, culpa ou dolo, relação de causalidade e o dano experimentado pela vítima.

O ato ilícito, pode ser feito por uma ação, quando o agente tinha a intenção de fazer, ou então, com uma omissão voluntária, que é quando o agente deixa de fazer algo quando este era obrigado a fazer.

Na questão da culpa ou dolo do agente, o dolo é referente a vontade da pessoa livre e consciente de cometer a violação do dever jurídico, enquanto a culpa, se refere a falta de diligência.

O terceiro elemento é a relação de causalidade, é referente ao nexos causal entre a ação ou omissão e o dano gerado, pois uma vez que tal relação entre o comportamento do agente e a violação do dever jurídico inexistente, não há o dever de indenizar.

E o último elemento elencado, é referente ao dano, podendo este, ser dividido em moral ou material, cujo a sua existência é que irá gerar ou não o dever de indenização por parte do agente que causou a violação do dever jurídico, pois mesmo que se algum direito venha a ser violado, seja por dolo ou culpa, se nenhum prejuízo veio a ser causado, nenhuma indenização será devida, uma vez que o dever deste, irá decorrer da existência da violação de direito e do dano, concomitantemente.<sup>26</sup>

<sup>24</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10ª edição - São Paulo: Atlas, 2012.

<sup>25</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro 4 - Responsabilidade Civil**. Editora Saraiva, 15ª Edição, 2020.

<sup>26</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro 4 - Responsabilidade Civil**. Editora Saraiva, 15ª Edição, 2020.

## 2.1 DO DANO:

O Dano, é definido por alguns autores segundo Carlos Roberto Gonçalves, como a diminuição de um bem jurídico, podendo este, ser a saúde, honra, vida e demais bens no qual estão suscetíveis a proteção. E ocorrendo o dano, caberá ainda a indenização, onde possui o papel de reparar o dano que foi causado, de modo que se possível, a altura de se restaurar integralmente aquela diminuição que foi causada ao bem jurídico pelo ato ilícito cometido.

Porém, há de se salientar, que nem todo dano é passível de ser ressarcido, devendo este, atingir alguns requisitos para que tenha o direito de tal, no qual são, que o dano deve ser atual e certo.

O requisito “atual”, trata-se do fato que o ilícito que gerou aquele dano, deve já ter acontecido, não sendo passível de reparação um dano futuro fundado em uma mera hipótese. Entretanto, tal regra não é absoluta, havendo uma exceção em casos onde ao analisar um dano atual, este tenha elementos suficientes para que seja possível fazer uma análise com um alto grau de certeza, sobre um prejuízo futuro que este dano poderá acarretar.

Já o requisito “certeza”, diz respeito que só será admitido uma reparação, nos danos que forem de certeza que irão se concretizar, não sendo passíveis de indenização portanto, aqueles danos que são meramente hipotéticos ou eventuais.

## 2.2 DO DANO MORAL:

Como foi observado até o presente momento, para que se gere responsabilidade civil, é necessário que haja um dano, e dentro os danos, aquele que possui maior relevância para este presente trabalho é o dano moral.

O dano moral segundo o autor Carlos Alberto Bittar, são as lesões que se contrapõe ao dano material, visto que este, são os prejuízos patrimoniais que o lesado sofre, em contrapartida, o dano moral é sofrido pela pessoa justamente em seu foro íntimo, que podem ser sofridas tanto por pessoas físicas como jurídicas, em certos aspectos de sua personalidade, são portanto, investidas injustas que atingem a moralidade ou a afetividade de uma pessoa, gerando sentimentos e sensações negativas ao atingido, como vexames, dores, constrangimentos e dentre outros<sup>27</sup>.

<sup>27</sup> BITTAR, Carlos Alberto. **Danos Morais: critérios e sua fixação**. Repertório IOB, São Paulo, n. 15, p. 293, ago. 1993.

Vale mencionar também, o princípio do *non nemine laedere*, que diz que ninguém possui o direito de lesar, e caso lese, devesse ressarcir aquele que foi lesado. Porém, vale mencionar que a presença de sentimentos negativos não necessariamente é o que determina um dano moral indenizável, uma vez que as magoas ou meros aborrecimentos, não se incluem na esfera do dano moral, afinal, são situações que todos nós, passamos em nosso dia a dia, sendo apenas aquele dano moral razoavelmente grave passível de ser indenizado.<sup>28</sup>

### 2.3 DA PROVA DO DANO MORAL:

Segundo Valeria Cardin, prova no campo jurídico tem como finalidade formar a convicção de alguém em tornos dos fatos, cujo este alguém é o juiz, no qual deverá ser convencido acerca da existência ou inexistência de um fato para que se proponha uma solução cabível ao litígio<sup>29</sup>.

Em relação a prova do dano moral, uma vez que este dano pressupõe uma lesão que ocorre no plano psíquico do ofendido, se dispensa prova concreta pois se passa no interior da personalidade e existe *in re ipsa*, ou seja, são presumidos, não dependendo de prova do dano ou da culpa do indivíduo que o causou, basta apenas que se comprove a existência do fato ou do ato ilícito, salvo nos casos especiais como afirma Carlos Robertos Gonçalves<sup>30</sup>, como o inadimplemento contratual como por exemplo.

Mas isso não quer dizer que a vítima possa obter a reparação em juiz com uma simples e pura afirmação de experimentado um dano moral. Segundo Humberto Theodoro Junior, assim que os fatos referentes ao dano moral venham a integrar a causa de pedir, o ônus probatório é do autor da demanda, e uma vez comprovado, será objeto de análise judicial quanto a seu natural lesividade psicológica baseado daquilo que comumente ocorre em face do homem médio na vida social.<sup>31</sup>

## 3 DA PESSOA IDOSA:

### 3.1 CONCEITO E BREVE HISTÓRICO QUANTO A VISÃO A RESPEITO DA PESSOA IDOSA.

O processo de envelhecimento é um fenômeno biológico no qual os seres passam ao decorrer de sua vida, é um fenômeno histórico e inevitável, tendo o seu começo e o seu fim, e

<sup>28</sup> CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Dano Moral no Direito de Família**. Editora Saraiva, 2012.

<sup>29</sup> Ibidem.

<sup>30</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro 4 - Responsabilidade Civil**. Editora Saraiva, 15ª Edição, 2020.

<sup>31</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano Moral**. - 8ª Edição rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2016.

aqueles que chegam na etapa final antes de alcançarmos o fim de nossa jornada, são os indivíduos que denominamos como “idoso”, cujo a visão que se tem acerca desse grupo de pessoas, variam de sociedade para sociedade e se modificou ao decorrer da história.

Voltando no tempo, ao analisar os povos primitivos, os mais velhos eram os que recebiam os melhores pedaços da caça e servidos antes de todos, no qual eram visível o respeito que os demais tinham quanto as suas incapacidades e limitações<sup>32</sup>.

Segundo Claudia Mara de Almeida Rabelo Viegas e Marília Ferreira de Barros, nas sociedades orientais, em destaque China e Japão, os idosos eram vistos como sinal de sabedoria e experiência, enquanto nas sociedades Incas e Astecas, a população idosa era tratada com bastante consideração, sendo inclusive de responsabilidade publica o seu cuidado, entretanto, nas sociedades primitivas dos poncãs, esquimós, tupis, tribos sul-africanas a realidade era outra<sup>33</sup>:

O desprezo por parte dos primitivos, como os poncas, os esquimós, os tupis, as tribos sul-africanas, entre outros culminavam na matança dos idosos. Os próprios filhos matavam os pais por um costume ou por determinação legal. É muito conhecida a história do mawle sagrado, uma espécie de clava chata, com a qual os filhos golpeavam os pais, na cabeça, ao atingirem a idade de 70 anos. Na Islândia, em época de penúria, decidiu-se, em deliberação solene, que todos os idosos e improdutivos fossem mortos. Esta determinação fazia parte do sistema legal, que protegia a sociedade contra os membros supérfluos e dependentes. Os gregos e romanos nutriam profundo desprezo pelos velhos. Todos os povos admiradores da força física valorizavam a mocidade e desprezavam a velhice (...) <sup>34</sup>.

Ainda continuando as autoras Claudia Mara de Almeida Rabelo Viegas e Marília Ferreira de Barros, No século V ao XVII, a visão quanto ao público idoso, era de hesitação, desrespeito e a descrença<sup>35</sup>, avançando para o século XVIII com a revolução industrial na Europa, devido aos avanços científicos foram-se eliminando várias suposições acerca do público idoso, mas não forma o suficientes para que a situação destes melhorassem, apenas no século XIX<sup>36</sup>, em 1804, quando passa a vigorar o código napoleônico de Napoleão Bonaparte, foi contemplado os idosos<sup>37</sup>. Em 1889, vale o destaque ao Chanceler Bismak, que instituiu na

<sup>32</sup> VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; DE BARROS, Marília Ferreira. Abandono afetivo inverso: o abandono do idoso e a violação do dever de cuidado por parte da prole. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito-PPGDir./UFRGS**, v. 11, n. 3, 2016, Apud FERNANDES, 1997, p. 30.

<sup>33</sup> **Ibidem.**

<sup>34</sup> VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; DE BARROS, Marília Ferreira. Abandono afetivo inverso: o abandono do idoso e a violação do dever de cuidado por parte da prole. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito-PPGDir./UFRGS**, v. 11, n. 3, 2016, Apud, MORENO, 2007, p. 4-5.

<sup>35</sup> **Ibidem** Apud BOUCINHAS, 2016.

<sup>36</sup> **Ibidem** Apud LEMOS et al., 2016.

<sup>37</sup> **Ibidem** Apud PINTO, 2016.

Alemanha, o direito a aposentadoria dos idosos, dando existência ao Estado Previdência<sup>38</sup>, avançando para o século XX, após a Segunda Guerra Mundial, há um cenário completamente diferente aos idosos, seja no campo político, econômico e social, uma vez que passa a ser prestigiado tanto a gerontologia quanto a geriatria, permitindo a este grupo uma vida mais digna e de melhor inserção na sociedade<sup>39</sup>. E por fim, em 1948, destaca-se a declaração dos Direitos Humanos, no qual se atenta quanto a atuação do Estado perante a velhice.

Assim, é visível a evolução da visão da pessoa idosa ao decorrer do tempo e das diferentes culturas que compõe o nosso mundo, e tentar conceituar o que seria a pessoa “idosa” é um tanto como complicado, mas em uma tentativa conceitual propõe Maria Berenice Dias:

A palavra velho é considerada politicamente incorreta e dispõe de conteúdo ofensivo. Daí o uso do vocábulo idoso, que também guarda conotação pejorativa. Por isso, há uma série de expressões que tentam suavizar a identificação das pessoas que somente deixaram de ter plena capacidade competitiva na sociedade: terceira idade, melhor idade, adulto maduro, adulto maior etc. Até parece que usar palavras vai fazer alguns anos desaparecerem. É quase como a expressão usada com relação aos automóveis. Não mais se usa carro usado e sim seminovo, ainda que o carro seja o mesmo!<sup>40</sup>

Mas de uma maneira simples de quem seria a pessoa idosa, segundo a Lei nº 10.741 de 1º de outubro de 2003, o Estatuto do Idoso, que em logo em seu art. 1º, define a pessoa idosa, aquela que com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, população está, que vem aumentando cada vez mais a cada ano que se passa, no qual segundo uma pesquisa realizada pelo IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, em até 2043, um quarto da população brasileira será composta de pessoas com mais de 60 anos.<sup>41</sup>

Art. 1º É instituído o Estatuto do Idoso, destinado a regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos.

Vale ressaltar, que segundo o art. 8º do Estatuto do Idoso, o processo de envelhecimento é um direito personalíssimo.

Art. 8º O envelhecimento é um direito personalíssimo e a sua proteção um direito social, nos termos desta Lei e da legislação vigente

### 3.2 O ESTATUTO DO IDOSO:

<sup>38</sup> Ibidem Apud Araújo, 2016.

<sup>39</sup> Ibidem Apud BOUCINHAS, 2016.

<sup>40</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 14ª edição. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

<sup>41</sup> IBGE, “**Idosos indicam caminhos para uma melhor idade**”. 2019 -

<https://censos.ibge.gov.br/agro/2017/2012-agencia-de-noticias/noticias/24036-idosos-indicam-caminhos-para-uma-melhor-idade.html> Acesso em: 10/03/2022.

Quando se fala a respeito da pessoa idosa, destaca-se que este, compõe um grupo vulnerável, mas ressalta-se que vulnerabilidade se diferencia de incapacidade, pois apesar que a incapacidade presume a vulnerabilidade de uma pessoa, o contrário não é verdadeiro, assim como cita o Rodrigo da Cunha Pereira<sup>42</sup>:

Os idosos não são incapazes, porém compõem um grupo vulnerável. A incapacidade é um estado da pessoa que presume a sua vulnerabilidade, mas a recíproca não é válida. Os idosos, por suas peculiaridades, tem uma gradação de vulnerabilidade acentuada, uma vulnerabilidade potencializada. O envelhecimento nos lança as experiências dilacerantes ao constatarmos a deterioração do nosso corpo e dos nossos sentidos.<sup>43</sup>

Deste modo, não tem como não mencionar a Lei nº 10.741 de 1º de outubro de 2003, o Estatuto do Idoso, conta com 118 artigos e sete títulos, no qual versa uma série de prerrogativas acerca das pessoas com mais de 60 anos.

Em resumo, cita o Rodrigo da Cunha Pereira, que o Estatuto do Idoso traz consigo além de regras, princípios que irão tutelar os direitos e garantias fundamentais dos idosos, facilitando o oportunizando a sua saúde física e mental e aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade<sup>44</sup>.

O Estatuto segundo a Maria Berenice Dias, constitui um microsistema no qual possui o mérito de reconhecer as necessidades especiais dos mais velhos, estipulando obrigações ao Estado<sup>45</sup>.

Ressalta também a autora, a analogia existente entre as crianças e os idosos, que apesar de serem polos opostos, afinal enquanto um representa o início o outro já representa o final dessa jornada da vida, ambos compartilham da mesma necessidade de uma tutela especial, não sendo atoa que assim como os idosos possuem o Estatuto do Idoso, as crianças e adolescentes gozam de uma lei especial, a lei nº 8.069 de 13 de Junho de 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente, portanto, ambos os avós e netos, recebem uma proteção diferenciada, que não dispensa um criterioso exame da situação contextual de onde se inserem os seus protagonistas. E essa semelhança pode ser vista claramente no art. 98 do ECA e no art. 43 do Estatuto do

<sup>42</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito das Famílias*; prefácio Edson Fachin. - 2ª edição - Rio de Janeiro: Forense, 2021.

<sup>43</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Famílias**; prefácio Edson Fachin. - 2ª edição - Rio de Janeiro: Forense, 2021.

<sup>44</sup> **Ibidem.**

<sup>45</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 14ª edição. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

Idoso, que é elencado as mesmas situações que podem colocar tanto as crianças, adolescentes e idosos em risco.

Art. 43. As medidas de proteção ao idoso são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados: I - por ação ou omissão da sociedade ou do Estado;  
II - por falta, omissão ou abuso da família, curador ou entidade de atendimento;  
III - em razão de sua condição pessoal.

Art. 98. As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados:  
I - por ação ou omissão da sociedade ou do Estado;  
II - por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável;  
III - em razão de sua conduta.

Fora a este artigo, o Estatuto do Idoso traz consigo, diversos direitos a pessoa idosa a fim de garantir aos mesmos uma vida mais digna de acordo com as limitações fisiológicas que o tempo lhe trouxe, valendo o destaque o seu art. 4º:

Art. 4º Nenhum idoso será objeto de qualquer tipo de negligência, discriminação, violência, crueldade ou opressão, e todo atentado aos seus direitos, por ação ou omissão, será punido na forma da lei.

§ 1º É dever de todos prevenir a ameaça ou violação aos direitos do idoso.

§ 2º As obrigações previstas nesta Lei não excluem da prevenção outras decorrentes dos princípios por ela adotados.

Que veda qualquer tipo de negligência, discriminação, violência, crueldade ou opressão, gerando a responsabilidade a pessoas físicas e jurídicas que não observarem tais regras, conforme implica o art. 5º:

Art. 5º A inobservância das normas de prevenção importará em responsabilidade à pessoa física ou jurídica nos termos da lei

Ainda é garantido a estes, o direito a educação, o esporte e o lazer, conforme o art. 20, bem como um desconto as atividades culturais e de lazer com fulcro no art. 23:

Art. 20. O idoso tem direito a educação, cultura, esporte, lazer, diversões, espetáculos, produtos e serviços que respeitem sua peculiar condição de idade.

Art. 23. A participação dos idosos em atividades culturais e de lazer será proporcionada mediante descontos de pelo menos 50% (cinquenta por cento) nos ingressos para eventos artísticos, culturais, esportivos e de lazer, bem como o acesso preferencial aos respectivos locais.

E ainda, vale a menção do título VI do Estatuto do Idoso, que abrange do art. 93 ao 108, no qual elenca uma serie de condutas ilícitas que podem ser praticadas contra a pessoa idosa que configuram como crime.

### 3.3 DA VIOLAÇÃO DE DIREITOS DA PESSOA IDOSA NA PANDEMIA:

Assim como dito no tópico acima, a visão da sociedade perante a pessoa idosa, foi se transformando e se moldando em algumas culturas, e se conservando em outras ao longo do tempo, afinal, um fato inegável é que a população idosa vem a cada ano aumentando exponencialmente, uma vez que estamos vivendo em uma época de constantes avanços tecnológicos, causando grandes transformações e desafios em nossa sociedade. E uma área que vem sofrendo grandes mudanças, é a área da medicina, no qual está aumentando de maneira significativa nossa expectativa de vida, onde pelo menos aqui no Brasil, segundo o IBGE<sup>46</sup>, desde 1940 a expectativa do brasileiro aumentou cerca de 31,1 anos, sendo a expectativa do homem, de 73,1 anos e da mulher de 80,1 anos.

Portanto, uma vez que à medida que a expectativa de vida vem se prolongando, a população de pessoas idosas vem aumentando em conjunto, e é inegável o fato que se tratam de um grupo vulnerável, pois assim como afirma a autora Maria Berenice Dias, a idade avança não implica a incapacidade ou a deficiência, mas fica claro que traz certas limitações, afinal, o tempo é implacável e as funções biológicas do corpo humano não funcionam como deveriam funcionar, e infelizmente, muitos aproveitam de tais fragilidades para violar diversos direitos garantidos a este grupo, e na maior parte destas situações, são cometidas por aqueles que mais os deveriam respeitar, que é a própria família.

Com a pandemia, segundo os dados do Dique 100, Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos em matéria realizada pela Agencia do Senado, só no primeiro semestre deste ano de 2021, foram mais de 33,6 mil denúncias de violação dos direitos dos idoso, sendo que em 2020, foram cerca de 48,5 mil caso, e fazendo uma comparação dos meses de março a junho de 2020, no início da pandemia, comparado a este mesmo período no ano de 2019 tendo um aumento significativo de 59% em relação ao ano de 2019.<sup>47</sup>

<sup>46</sup> CAMPOS, Ana Cristina. “**IBGE: esperança de vida do brasileiro aumentou 31,1 anos desde 1940**”. Agência Brasil. Rio de Janeiro. 2020. <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-11/ibge-esperanca-de-vida-do-brasileiro-aumentou-311-anos-desde-1940> Acesso em: 24/10/2021.

<sup>47</sup> AGÊNCIA DO SENADO. “**15 de Junho: data pede conscientização sobre violência contra o idoso**” .2021 <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/06/15/15-de-junho-data-pede-conscientizacao-sobre-violencia-contra-o-idoso> Acesso em: 24/10/2021.

Valendo ressaltar que estes números, são apenas os casos que veio a ser denunciados, portanto, o número de violações aos direitos deste grupo, ser bem maior. E dentre essas violências cometidas, está contido o abandono afetivo contra o idoso, que por sua vez é o objeto de pesquisa principal deste presente trabalho.

#### **4 DO ABANDONO AFETIVO INVERSO:**

Visto um pouco acerca do que seria a pessoa idosa, será abordado agora o objeto principal deste trabalho, o abandono afetivo inverso, mas, antes de adentrarmos dentro deste tema em si, vale destacar o que seria o abandono.

Segundo as autoras Claudia Mara de Almeida Rabelo Viegas e Marília Ferreira de Barros<sup>48</sup>, o abandono dentro do campo jurídico, é quando alguém se abstém de forma negligencial em relação a outra pessoa, ou então a um bem em determinada situação, gerando consequências jurídicas.

E do abandono, destaca-se dois tipos que infelizmente são sofridos pelos idosos, sendo estes, o abandono material e o afetivo. O abandono material, possui seu respaldo no art. 224 do Código Penal:

Art. 244. Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo:

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa, de uma a dez vezes o maior salário mínimo vigente no País.

E também, possui sua previsão no Estatuto do Idoso, em seu art. 99:

Art. 99. Expor a perigo a integridade e a saúde, física ou psíquica, do idoso, submetendo-o a condições desumanas ou degradantes ou privando-o de alimentos e cuidados indispensáveis, quando obrigado a fazê-lo, ou sujeitando-o a trabalho excessivo ou inadequado: Pena - detenção de 2 (dois) meses a 1 (um) ano e multa. § 1º Se do fato resulta lesão corporal de natureza grave: Pena - reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos. § 2º Se resulta a morte:

Pena - reclusão de 4 (quatro) a 12 (doze) anos.

<sup>48</sup> VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; DE BARROS, Marília Ferreira. Abandono afetivo inverso: o abandono do idoso e a violação do dever de cuidado por parte da prole. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito-PPGDir./UFRGS**, v. 11, n. 3, 2016.

Assim, como dá a se entender por ambos artigos e pela explicação das autoras Claudia Mara de Almeida Rabelo Viegas e Marília Ferreira de Barros<sup>49</sup>, o abandono material é um crime de desamor, que se configura pela omissão injustificada daquele que possui a responsabilidade de prover materialmente, e deixa de providenciar o necessário para que o idoso que esteja sob os seus cuidados, tenha o mínimo para a sua subsistência e uma vida minimamente digna.

Enquanto o outro tipo de abandono, ora objeto de estudo deste trabalho, vale destacar um ponto importante acerca do “afeto”. Quando vem a mente a palavra “afeto”, é de senso comum associarmos a ideia do sentimento de carinho ou mesmo um sinônimo de “amor”, portanto, quando ouvimos a palavra “abandono afetivo”, é muito comum a maioria relacionar seu significado como se fosse a ausência de carinho ou então a falta de amor, mas salienta-se, que a palavra “afeto” aqui, não se trata do “afeto” como sentimento, mas sim da ideia de cuidado em sua forma mais abrangente.

Assim, já respondendo o questionamento imposto no título deste trabalho, se há a “obrigação de amar”, e a resposta é não, mas o que existe por lei é o dever de cuidado. E como explica as autoras Pricila Tessari e Ariane Simioni, o cuidado se refere na questão de educar, proteger, acompanhar, conviver, propiciando ao indivíduo um desenvolvimento físico, mental, moral e espiritual e saudável ao indivíduo<sup>50</sup>

Portanto, o abandono afetivo em poucas palavras seria a ausência de cuidado daquele que detém por lei este dever e se diz inverso, pois segundo Rodrigo Pereira da Cunha<sup>51</sup>, no imaginário popular, é os pais que possuem o dever de cuidar dos filhos e não ao contrário.

E destaca-se a autora Maria Berenice<sup>52</sup>, que um dos motivos para a prática deste tipo de abandono, se dá no fato que ao avançar da idade de certa pessoa, se faz a necessidade de mais cuidados e mais atenção, e devido a isso, muitas vezes o idoso é considerado um estorvo, afinal, muitos de seus familiares já possuem suas próprias famílias e suas responsabilidades, não tendo tempo e muito menos paciência suficiente para cuidar daquele que cuidou de si durante toda a vida. E com o intuito de se livrar de tal responsabilidade, acabam por terceirizar o dever de cuidado com a contratação de indivíduos que muitas das vezes nem são qualificadas para tal,

<sup>49</sup>VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; DE BARROS, Marília Ferreira. Abandono afetivo inverso: o abandono do idoso e a violação do dever de cuidado por parte da prole. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito-PPGDir./UFRGS**, v. 11, n. 3, 2016.

<sup>50</sup> TESSARI, Pricila; SIMIONI, Ariane. **Abandono Afetivo: Aspectos Doutrinários e Jurisprudenciais**. In: NARDI, Norberto Luiz; NARDI, Vinicius Possenatto; MEDEIROS, Vinicius D’Andrea de. *Direito Acontecendo* - Volume 6. São Paulo; Ledriprint, 2016.

<sup>51</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Famílias**; prefácio Edson Fachin. - 2ª edição - Rio de Janeiro: Forense, 2021.

<sup>52</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 14ª edição. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

ou então, simplesmente deixam o idoso nas casas de repouso, no qual muitos caem no esquecimento, afinal, os parentes nem sequer fazem uma visita ao mesmo, e não bastando o estado de vulnerabilidade que o avançar da idade lhe traz, essa ausência de afeto, os deixa um sentimento profundo de carência, desamparo e solidão, fragilizando ainda mais o idoso.

Desta maneira, o abandono afetivo inverso se dá na violação da responsabilidade recíproca entre pais e filhos, esta, possui respaldo legal no art. 229 da nossa carta magna de 1988, no qual diz:

Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

O art. 229 da nossa Carta Magna, está pautada em dois princípios constitucionais, sendo eles, o princípio da dignidade da pessoa humana, com respaldo no art. 1<sup>a</sup>, inciso III, da CF/88 e no princípio da solidariedade, com fulcro no art. 3<sup>a</sup>, inciso I também da CF/88.

Art. 1<sup>o</sup> 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;

Art. 3<sup>o</sup> Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:  
I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

Aqui, ambos os princípios mencionados, dialogam entre si, pois segundo Tânia da Silva Pereira<sup>53</sup>, cada indivíduo possui a liberdade e autonomia de buscar a própria liberdade, entretanto, essa liberdade deve ser exercida de acordo com a possibilidade das demais pessoas buscarem tal felicidade também, e deste modo, o nosso sistema constitucional acaba por construir uma teia de direitos e deveres com fim da proteção do homem, tanto de forma individualizada como de forma coletiva, sendo esta, a essência do cuidado.

Assim, o art. 229 impõe uma responsabilidade de cuidado tanto aos pais de cuidar dos filhos menores, quanto dos filhos, de cuidar dos pais na velhice, no qual ressalta-se, que da mesma forma que o ordenamento jurídico imputa aos avós ao dever de cuidado com os netos, nada impede que de maneira simétrica, os netos sejam obrigados a cuidar de seus avós idosos.<sup>54</sup>

<sup>53</sup> **Constituição Federal Comentada** / Alexandre de Moraes ... [et al.] ; [organização Equipe Forense]. - 1. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2018.

<sup>54</sup> ALMEIDA, Vitor. **Responsabilidade Civil e Abandono Afetivo Inverso: O perfil do dever de cuidado em face das pessoas idosas**. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ROSENVALD, Nelson, MULTEDO, Renata Vilela. Editora Foco, 2021.

Além do artigo 229 da CF/88, menciona-se também o art. 230 da nossa lei maior,

Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida. § 1º Os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares. § 2º Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos.

Esse presente artigo possui como objetivo, resguardar os direitos básicos da pessoa idosa, uma vez que este, encontra-se em um grupo que detém sua vulnerabilidade potencializada, devendo, portanto, para o resguardo de sua dignidade ser discriminado positivamente, com o fim de se efetivar a proteção integral ao idoso, bem como o que já havia sido adotado a criança e o adolescente e o consumidor.<sup>55</sup>

E, é indispensável falar do seu art. 3º do Estatuto do Idoso:

Art. 3º É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

Que age em conjunto com o art. 230 da Constituição Federal de 1988, que impõe ser umas das obrigações da família, o dever de assegurar o idoso, a dignidade e a convivência familiar e comunitária.

Fora tal artigo, temos também o art. 4º do Estatuto do Idoso, que diz expressamente:

Art. 4º Nenhum idoso será objeto de qualquer tipo de negligência, discriminação, violência, crueldade ou opressão, e todo atentado aos seus direitos, por ação ou omissão, será punido na forma da lei.

Sendo assim, percebe-se que este dever de assistência entre os filhos com os pais idosos, não se trata apenas de algo no campo moral, mas sim jurídico, cujo o seu descumprimento, caracteriza um ato ilícito.

No campo do direito penal, podemos citar o art. 133 do Código Penal, no qual diz o seguinte:

Art. 133 - Abandonar pessoa que está sob seu cuidado, guarda, vigilância ou autoridade, e, por qualquer motivo, incapaz de defender-se dos riscos resultantes do abandono:  
Pena - detenção, de seis meses a três anos.

<sup>55</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. **Vulnerabilidade e cuidado: aspectos jurídicos**. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. Cuidado e vulnerabilidade. São Paulo: Atlas, 2009, p. 108-113.

Assim como cita o Rodrigo Pereira da Cunha<sup>56</sup>, é perceptível, que tal problemática abordada vai além do aspecto jurídico ou ético, é algo que também atinge o campo político e social, bastando apenas observar a triste realidade dos diversos idosos abandonados por suas famílias nos asilos de nosso país, cujo a maioria dos casos, são os próprios filhos que os abandona.

#### 4.1 DA REPARAÇÃO CIVIL DO ABANDONO AFETIVO INVERSO:

Ante ao exposto, foi possível compreender no que consiste o abandono afetivo inverso, que apesar de não ter uma legislação específica que o ampara, foram vistos que existe em lei, o dever que impõe a responsabilidade aos filhos de amparar os pais na velhice, e o que será abordado neste tópico, é a possibilidade do cabimento da responsabilidade civil devido ao abandono afetivo inverso cometido pelos filhos em face a seus pais.

Como elucidado anteriormente, a responsabilidade civil irá ocorrer quando indivíduo, seja por meio de uma ação ou omissão, causar algum dano a outra, gerando a obrigação de reparação.

Assim, é claro o dever imposto aos filhos em relação a seus pais idosos, e fica claro que na caracterização do abandono afetivo inverso, o dano moral gerado ao idoso não se trata de um simples incômodo que uma pessoa suporta no seu dia a dia, o sentimento suportado pelo mesmo, é um sentimento de rejeição, e como aponta Paulo Frange, a rejeição nos idosos, trazem o sentimento de angústia e depressão, é como se uma planta ressentisse da falta de sol.

Deste modo, não há dúvida acerca do abalo psicológico que o abandono afetivo venha a trazer ao idoso. E observando o fato que o princípio da afetividade esta interligada ao princípio da dignidade humana, abster-se injustificadamente o idoso de afeto, quando este tem o dever de fazer, segundo o art. 229 da CF, é impedir o idoso de ter seu direito a dignidade efetivado, que está resguardado nos art. 230 da CF e do art. 3º do Estatuto do idoso, tendo o idoso portanto, o seu direito violado, cabendo sim uma indenização.

Destacando-se a posição de Álvaro Vilaça, citado pela autora Maria Berenice Dias:

O descaso entre pais e filhos é algo que merece punição, é abandono moral grave, que precisa merecer severa atuação do Poder Judiciário, para que se reserve não o amor ou a obrigação de amar, o que seria impossível, mas a responsabilidade diante do descumprimento do dever de cuidar, que causa o trauma moral da rejeição e da indiferença<sup>57</sup>.

<sup>56</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Famílias**; prefácio Edson Fachin. - 2ª edição - Rio de Janeiro: Forense, 2021.

<sup>57</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 14ª edição. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

E ainda segundo Tânia da Silva Pereira e Livia Teixeira Leal, defendem que:

O ordenamento jurídico delinea uma rede de solidariedade e responsabilidade que constituem uma via de mão dupla, e não poderia ser diferente. O raciocínio é o mesmo: a omissão no dever de cuidado dos filhos em relação aos pais idosos também constitui um ilícito civil, gerando o dever de indenizar<sup>58</sup>

Assim, entendem que o mesmo fundamento utilizado para a reparação civil nos casos de abandono afetivo do filho pelo genitor, é o mesmo no caso do abandono afetivo inverso, onde o filho abandona os pais idosos.

Cita o Rodrigo da Cunha Pereira, que além dos filhos, podem os netos serem responsabilizados pelo abandono afetivo dos avós.

No campo jurídico o afeto é mais que um sentimento. É uma ação, uma conduta, presente ou não o sentimento. Portanto, está na categoria dos deveres que podem ser impostos como regra jurídica. E, a toda lei corresponde uma sanção, sob pena de se tornar mera regra ou princípio moral. Por isso é necessária a responsabilização dos filhos em relação aos pais na velhice, que têm especial proteção da Constituição da República. Na falta dos filhos, os netos também são responsabilizados pelo abandono de seus avós<sup>59</sup>.

#### 4.2 POSIÇÃO DOS TRIBUNAIS:

Quanto as decisões acerca do tema julgado pelos tribunais, os motivos que implicam na procedência ou na improcedência a respeito do reconhecimento de dano moral nos casos de abandono afetivo são diversos, mas os principais motivos, é o fato de tal problemática não está positivada, logo, muito se discute nos tribunais se o abandono afetivo se configura ou não como um ato ilícito, e o outro motivo, trata-se do alto grau de subjetividade que permeiam as relações familiares, resultando em uma certa complexidade na identificação dos elementos que configure o dano.

Mas é de importante menção, o Recurso Especial nº 1.159-242 - SP (2009/0193701-9), a respeito de uma ação de indenização por danos materiais e compensação por danos morais ajuizado pela filha cujo em sentença de primeiro grau foi julgado em desfavor a autora, mas em apelação, o TJ/SP deu provimento ao interposto, reconhecendo o abandono afetivo e fixou a

<sup>58</sup> PEREIRA, Tânia da Silva; LEAL, Livia Teixeira. **É possível aplicar ao idoso a mesma solução do “abandono afetivo”?** In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; MENEZES, Joyceane Bezerra de. Gênero, vulnerabilidade e autonomia: repercussões jurídicas. Indaiatuba, SP: Foco, 2020, p. 373.

<sup>59</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Famílias**; prefácio Edson Fachin. - 2ª edição - Rio de Janeiro: Forense, 2021.

compensação no valor de R\$ 415.000,00, sendo mantido o reconhecimento do abandono pelo STJ, entretanto, foi reduzido o valor da indenização para R\$ 200.000,00. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o conseqüente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia - de cuidado - importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes - por demandarem revolvimento de matéria fática - não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido<sup>60</sup>.

A ministra Nancy Andrichi que deu o primeiro voto favorável, que serviu também como relatora, ressalta a complexidade de estabelecer um *quantum indenizatório* a partir de das lides que cercam as relações familiares, vistos os elementos que dela orbitam, como a afetividade, amor, magoa e entre outros, terem um elevado grau de subjetividade. Mas não foram tais elementos intangíveis que foram utilizados pela Ministra para que fosse mantido a indenização, e sim um elemento de mais fácil visualização presente nas relações familiares, principalmente entre os pais e filhos, trata-se da responsabilidade de cuidado, visto que dentre os deveres inerentes ao poder familiar, destacam-se o dever de convívio, de cuidado, de criação e de educação.

Não obstante, destaca a Ministra Nancy, a importância que o cuidado tem na formação do menor e do adolescente, não discutindo mais a mensuração do intangível, ou seja, o amor, e

<sup>60</sup> STJ; **Recurso Especial nº 1.159-242 - SP** (2009/0193701-9); Relatora: Ministra Nancy Andrichi; TERCEIRA TURMA; Data do Julgamento: 24/04/2012.

sim, a verificação do cumprimento, descumprimento, ou o parcial cumprimento da obrigação legal de cuidar, salientando-se ainda a Ministra que “Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever.”

Aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos.<sup>61</sup>

Neste mesmo recurso, outro voto que vale a sua menção, trata-se do voto do Ministro Massami Uyeda, que apesar de divergir do voto da relatora, explica que de fato, a paternidade exige responsabilidades, mas todos os pais possuem suas falhas, e que a situação em tela, não trata-se de uma lesão ao direito e sim uma lesão á estima, e que a interpretação dos princípios constitucionais requer razoabilidade e proporcionalidade, afinal, a condenação á indenização abriria precedentes para que qualquer sujeito viesse a pleitear indenização pela falta de amor, seja de filhos, de irmãos, de pais, e de cônjuges, a afinal dentre o dever dos cônjuges também há o dever de amar e prestar assistência, o que daria a possibilidade a estes quando sua relação se tornar insustentável, além da separação de fato e a separação judicial, ocorrerá o pedido de dano moral sob a justificativa que não foi tratado condignamente como esposa ou como marido.

Neste sentido menciona-se apelação civil julgada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo a ApCiv 1021549-50.2017.8.26.0003;

ALIMENTOS. Ação ajuizada por ascendente em face dos descendentes. Alimentos recíprocos entre pais e filhos (art.1696 do CC). Inexistência de prova cabal da necessidade do alimentando. Comprometimento integral do benefício previdenciário do autor decorrente de obrigação alimentar em favor da ex-esposa, genitora dos réus. Ação exoneratória já julgada procedente, com cessação do desconto incidente sobre a aposentadoria do autor. Necessidades do autor suficientemente supridas por meio do benefício previdenciário que tornou a receber de forma integral. Abandono afetivo que pressupõe situação de vulnerabilidade do abandonado, inviável entre pessoas capazes e independentes. Inocorrência de situação de vulnerabilidade ao alimentado, a gerar dever de cuidado inverso. Recurso improvido<sup>62</sup>.

Tendo como relator, o Francisco Loureiro, a respeito de uma ação de alimentos ajuizada pelo genitor em face de seus filhos justificado pelo dos mesmos terem o abandonado materialmente e afetivamente, apesar de improcedência da sentença, bem como o improvimento

<sup>61</sup>STJ; **Recurso Especial nº 1.159-242 - SP** (2009/0193701-9); Relatora: Ministra Nancy Andrichi; TERCEIRA TURMA; Data do Julgamento: 24/04/2012.

<sup>62</sup> TJSP; **Apelação Cível 1021549-50.2017.8.26.0003**; Relator: Francisco Loureiro; 1ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional III - Jabaquara - 3ª Vara da Família e Sucessões; Data do Julgamento: 26/10/2020; Data de Registro: 26/10/2020.

da apelação, é reconhecido pelo voto do relator, a questão do abandono afetivo inverso, que para a sua incidência, o idoso deve estar em uma situação de vulnerabilidade

5. Também se admite o abandono afetivo inverso, no qual os filhos abandonam os pais idosos carentes.

Não se cogita, porém, de abandono afetivo entre pais e filhos maiores e capazes, vinculados somente pelo laço de parentesco. Inexiste situação de vulnerabilidade do genitor, a gerar o dever de cuidado inverso<sup>63</sup>.

Portanto, apesar da preocupação apontada do Ministro Massami Uyeda a respeito da abertura de precedentes para demais indenizações em âmbito familiar pela ausência de afeto, salienta-se que com base no voto do Relator Francisco Loureiro, que essa é uma preocupação desnecessária, já que um dos requisitos utilizado pelos tribunais em dar procedência a indenização em caso de abandono afetivo, é a vulnerabilidade, condição esta, que não há dúvida que as crianças, adolescente, e os idosos se encontram, não sendo atoa que ambos possuem estatutos próprios, sendo a Lei nº 8.069/1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Lei 10.741/2003, o Estatuto do Idoso, a fim de suprir e garantir seus direitos perante a vulnerabilidade que se encontram.

Outra apelação que vale a sua alusão, é a apelação civil 20160610153899APC (0015096-12.2016.8.07.0006);

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. DANO IN RE IPSA. 1. "A omissão é o pecado que com mais facilidade se comete, e com mais dificuldade se conhece, e o que facilmente se comete e dificilmente se conhece, raramente se emenda. A omissão é um pecado que se faz não fazendo." (Padre Antônio Vieira. Sermão da Primeira Dominga do Advento. Lisboa, Capela Real, 1650). 2. A omissão não significa a mera conduta negativa, a inatividade, a inércia, o simples não-fazer, mas, sim, o não fazer o que a lei determina. 3. "Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família." (Precedente do STJ: REsp. 1159242/SP, Relatora Ministra Nancy Andrighi). 4. "A indenização do dano moral por abandono afetivo não é o preço do amor, não se trata de novação, mas de uma transformação em que a condenação para pagar quantia certa em dinheiro confirma a obrigação natural (moral) e a transforma em obrigação civil, mitigando a falta do que poderia ter sido melhor: *faute de pouvoir faire mieux*, fundamento da doutrina francesa sobre o dano moral. Não tendo tido o filho o melhor, que o dinheiro lhe sirva, como puder, para alguma melhoria." (Kelle Lobato Moreira. Indenização moral por abandono afetivo dos pais para com os filhos: estudo de Direito Comparado. Dissertação de

<sup>63</sup>TJSP; **Apelação Cível 1021549-50.2017.8.26.0003**; Relator: Francisco Loureiro; 1ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional III - Jabaquara - 3ª Vara da Família e Sucessões; Data do Julgamento: 26/10/2020; Data de Registro: 26/10/2020.

Mestrado. Consórcio Erasmus Mundus: Universidade Católica Portuguesa/Université de Rouen, França/Leibniz Universität Hannover. Orientadora: Profa. Dra. Maria da Graça Trigo. Co-orientador: Prof. Dr. Vasco Pereira da Silva. Lisboa, 2010). 5. "Dinheiro, advirta-se, seria ensejado à vítima, em casos que tais, não como simples mercê, mas, e sobretudo, como algo que correspondesse a uma satisfação com vistas ao que foi lesado moralmente. Em verdade, os valores econômicos que se ensejassem à vítima, em tais situações, teriam, antes, um caráter satisfatório que, mesmo, ressarcitório." (Wilson Melo da Silva. O dano moral e sua reparação, Rio de Janeiro: Forense, 1955, p. 122) 6. Não se pode exigir, judicialmente, desde os primeiros sinais do abandono, o cumprimento da "obrigação natural" do amor. Por tratar-se de uma obrigação natural, um Juiz não pode obrigar um pai a amar uma filha. Mas não é só de amor que se trata quando o tema é a dignidade humana dos filhos e a paternidade responsável. Há, entre o abandono e o amor, o dever de cuidado. Amar é uma possibilidade; cuidar é uma obrigação civil. 7. "A obrigação diz-se natural, quando se funda num mero dever de ordem moral ou social, cujo cumprimento não é judicialmente exigível, mas corresponde a um dever de justiça." (Código Civil português - Decreto-Lei nº 47.344, de 25 de novembro de 1966, em vigor desde o dia 1 de junho de 1967, artigo 402º). 8. A obrigação dos progenitores cuidarem (lato sensu) dos filhos é dever de mera conduta, independente de prova ou do resultado causal da ação ou da omissão. 9. "O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88." (Precedente do STJ: REsp. 1159242/SP, Relatora Ministra Nancy Andrigli). 10. Até 28 de março de 2019, data da conclusão deste julgamento, foram 21 anos, 2 meses e 20 dias de abandono, que correspondem a 1.107 semanas, com o mesmo número de sábados e domingos, e a 21 aniversários sem a companhia do pai. 11. A mesma lógica jurídica dos pais mortos pela morte deve ser adotada para os órfãos de pais vivos, abandonados, voluntariamente, por eles, os pais. Esses filhos não têm pai para ser visto. No simbolismo psicanalítico, há um ambicídio. Esse pai suicida-se moralmente como via para sepultar as obrigações da paternidade, ferindo de morte o filho e a determinação constitucional da paternidade responsável. 12. "O dano moral, com efeito, tem seu pressuposto maior na angústia, no sofrimento, na dor, assim como os demais fatores de ordem física ou psíquica que se concretizam em algo que traduza, de maneira efetiva, um sentimento de desilusão ou de desesperança." (Wilson Melo da Silva. Idem, p. 116). 13. O dano moral (patema d'animo) por abandono afetivo é in re ipsa 14. O valor indenizatório, no caso de abandono afetivo, não pode ter por referência percentual adotado para fixação de pensão alimentícia, nem valor do salário mínimo ou índices econômicos. A indenização por dano moral não tem um parâmetro econômico absoluto, uma tabela ou um baremo, mas representa uma estimativa feita pelo Juiz sobre o que seria razoável, levando-se em conta, inclusive, a condição econômica das partes, sem enriquecer, ilicitamente, o credor, e sem arruinar o devedor. 15. "É certo que não se

pode estabelecer uma equação matemática entre a extensão desse dano [moral] e uma soma em dinheiro. A fixação de indenização por dano [moral] decorre do prudente critério do Juiz, que, ao apreciar caso a caso e as circunstâncias de cada um, fixa o dano nesta ou naquela medida." (Maggiorino Capello. *Diffamazione e Ingiuria. Studio Teorico-Pratico di Diritto e Procedura*. 2 ed., Torino: Fratelli Bocca Editori, 1910, p. 159). 16. A indenização fixada na sentença não é absurda, nem desarrazoada, nem desproporcional. Tampouco é indevida, ilícita ou injusta. R\$ 50.000,00 equivalem, no caso, a R\$ 3,23 por dia e a R\$ 3,23 por noite. Foram cerca de 7.749 dias e noites. Sim, quando o abandono é afetivo, a solidão dos dias não compreende a nostalgia das noites. Mesmo que nelas se possa sonhar, as noites podem ser piores do que os dias. Nelas, também há pesadelos. 17. Recurso conhecido e desprovido<sup>64</sup>.

trata-se de um caso semelhante do Recurso Especial nº 1.159-242 - SP, onde a filha, ora apelada, alega ter sofrido abandono afetivo por parte de seu pai, ora apelante, onde afirma não ter tido qualquer amparo de seu genitor, apenas financeiramente por intermédio de uma ação de alimentos proposta, no qual o juiz em sentença, condenou ao apelante, o pagamento de R\$50.000,00 a título de danos morais.

A relatora, a Desembargadora Nídia Corrêa Lima afirma a possibilidade de reparação por danos extrapatrimoniais no âmbito do direito de família, com respaldo nos artigos 186 e 927 do Código Civil, e apesar de não negar que de fato a conduta do apelante tenha causado a apelada, sentimentos de aflição espiritual e tristeza, não ficou comprovado que a falta de convívio causou um profundo e irremediável abalado pessoal, portanto, em razão da falta de prova, ressaltando que a existência desse trauma psicológico poderia facilmente ter sido comprovado por um laudo pericial, julgou a apelação procedente, visto que não houve provas suficientes para que a conduta do apelante se enquadrasse no conceito de ato ilícito.

Já o relator designado, o Desembargador Diaulas Costa Ribeiro, diverge do voto da Desembargadora Nídia Corrêa Lima, fundamentando que o dano moral decorrente do abandono afetivo não depende de perícia, não dependendo do futuro e nem do passado e tampouco depende de resultado negativo na existência filial no presente, o dano moral é *in re ipsa*.

O voto da Desembargadora Nídia Corrêa Lima foi acompanhado pela Desembargadora Ana Cantarino, enquanto o voto do Desembargador Diaulas Costa Ribeiro, foi acompanhado pelo Desembargador Eustácio de Castro e o Desembargador Mário-Zam Belmiro, ressaltando também a desnecessidade de perícia, data vênua, visto que o caso se enquadra no dano *in re*

<sup>64</sup> TJDF - APELAÇÃO CÍVEL nº 20160610153899APC (0015096-12.2016.8.07.0006); 8ª TURMA CÍVEL, Relator: DIAULAS COSTA RIBEIRO, Data do Julgamento: 28/03/2019

*ipsa*. Assim, por maioria dos votos, o recurso não foi provido, sendo mantido a sentença em primeiro grau.

Um estudo que vale a sua menção, trata-se de uma análise realizada pela Priscila Tessari e Ariane Simioni<sup>65</sup>, onde em seu artigo, foram analisados sessenta e oito acórdãos<sup>66</sup>, no qual apenas dois, o genitor foi condenado ao pagamento de indenização a título de danos morais, pelo abandono afetivo, no qual o restante dos sessenta e cinco acórdãos restantes, oriundos do TJ/RS, em dez foram reconhecidas a prescrição do pedido indenizatório, em vinte e um, foi devido a ausência de ato ilícito, em treze, foi em razão das particularidades do caso concreto, em dezesseis, não foram identificadas alguns dos requisitos que compõe a responsabilidade civil, e no restante dos quinze, o motivo da negativa foram diversos, sendo desde o reconhecimento da impossibilidade jurídica do pedido, ou então, da identificação de convívio entre as partes.

Continuam ainda as autoras, que o em muitas dessas decisões, foi argumentado que o afeto não tem preço, trata-se de um sentimento no qual não se pode quantificar, não podendo ser compensado de maneira material para que se supra a ausência dos referidos sentimentos, visto que não se obriga a amar. Mas critica ainda as autoras, que da mesma forma que alguns desembargadores argumentam que o afeto não é algo que se possa quantificar, e sua ausência não é algo que se possa suprir materialmente, muito ressaltam, que a manutenção material é

<sup>65</sup> TESSARI, Priscila; SIMIONI, Ariane. **Abandono Afetivo: Aspectos Doutrinários e Jurisprudências**. In: NARDI, Noberto Luiz; NARDI, Vinicius Possenatto; MEDEIROS, Vinicius D'Andrea. Direitos Acontecendo, Volume VI. São Paulo - SP, LEDRIPRINT SERVIÇOS GRÁFICOS E EDITORIAIS LTDA, 2016.

<sup>66</sup> *Ibidem*, **Apud. Apelação Cível n.º 70021592407**. Sétima Câmara Cível TJ/RS. Julgado em 14/05/2008. **Apelação Cível n.º 70021427695**. Oitava Câmara Cível TJ/RS. Julgado em 29/11/2007. Decisões proferidas pela Sétima Câmara Cível TJ/RS: n.º 70056484413, n.º 70055587992, n.º 70055074777, n.º 70036286664, n.º 70040615510, n.º 70028673572. Decisões proferidas pela Oitava Câmara Cível TJ/RS: n.º 70056668197, n.º 70056650260, n.º 70058026790, n.º 70057013567. Decisões proferidas pela Sétima Câmara Cível TJ/RS: n.º 70056971989, n.º 70056927221; n.º 70055097422, n.º 70053030284, n.º 70044696359, n.º 70045481207, n.º 70041619511, n.º 70037125168, n.º 70032449662, n.º 70029347036, n.º 70026680868, n.º 70021633128, n.º 70019263409. Decisões proferidas pela Oitava Câmara Cível TJ/RS: n.º 70055772750; n.º 70039215975, n.º 70044172401, n.º 70030142285, n.º 70029951639, n.º 70029987013, n.º 70024047284, n.º 70020676631. Decisões proferidas pela Sétima Câmara Cível TJ/RS: n.º 70035087097, n.º 70033931593, n.º 70032196883, n.º 70033848615, n.º 70029285277, n.º 70026428714, n.º 70019239037, n.º 70060154150. Decisões proferidas pela Oitava Câmara Cível TJ/RS: n.º 70056129950, n.º 70051574481, n.º 70031658396, n.º 70050746825, n.º 70044265460. **29 Decisões proferidas pela Sétima Câmara Cível TJ/RS: n.º 70036776078, n.º 70024351322, n.º 70022661649, n.º 70020067443, n.º 70016205825**. Decisões proferidas pela Oitava Câmara Cível TJ/RS: n.º 70054827019, n.º 70054858345, n.º 70050203751, n.º 70040268732, n.º 70040604498, n.º 70040764656, n.º 70039266200, n.º 70025687609, n.º 70022648075, n.º 70054858345. Embargos Infringentes julgados pelo Quarto Grupo Cível TJ/RS: n.º 70019769520. **Apelação Cível n.º 70044341360**. Sétima Câmara Cível TJ/RS. Julgado em 23/11/2011. **Apelação Cível n.º 70021770177**. Sétima Câmara Cível TJ/RS. Julgado em 07/11/2007.

suficiente, vindo até suprir a afetiva, o que torna tais falas um tanto contraditórias, já que caminhando por tal lógica, o afeto está sendo quantificado<sup>67</sup>.

Como já exposto, ainda há vestígios do entendimento de que a manutenção material é suficiente, vindo até a suprir a afetiva, entendimento no mínimo contraditório. Ora, se se entende que o afeto não é compensável e não tem preço, como poderia o pagamento mensal de um valor suprir a presença do pai? Isso sim é apreçar o afeto, uma verdadeira lesão ao princípio da vedação ao retrocesso<sup>68</sup>.

Outra crítica apontada pela Priscila Tessari e Ariane Simioni, é no fato que muitos destes acórdãos que foram objetos de análise das autoras, é defendido que a responsabilidade civil e o dano moral no direito de família, deve ser aplicado em casos “excepcionalíssimos”, visto na possibilidade que os filhos poderiam pleitear as indenizações por pura magoa pessoal, utilizando o poder judiciário como um tipo de vingança privada. Mas afirmam as autoras, que na análise destes acórdãos, em momento algum foi encontrado tais casos, que inclusive em alguns, foi realizado até perícia no qual se constata um dano intenso gerado em decorrência do abandono, mas mesmo assim, não foi reconhecido<sup>69</sup>

Porém, em alguns casos foi realizada até mesmo perícia, tendo o profissional identificado intenso dano o qual foi resultado direto do abandono, mesmo assim, não se o reconheceu. Talvez, por tamanho medo de se banalizar o tema, acabem todos os casos indo para a vala comum e se continue em busca do tal caso “excepcionalíssimo”<sup>70</sup>

## 5 PROJETO DE LEI 4294/2008:

Antes de finalizar a presente monografia, assim como apontado anteriormente, um dos principais motivos para a improcedência da indenização pelo abandono afetivo, é o fato dos magistrados não configurarem o referido abandono como um ato ilícito, mas tal problemática finalmente pode ter uma solução graças ao projeto de lei nº 4294/2008<sup>71</sup>.

O projeto de lei nº 4294/2008, foi proposto em 2008 pelo Ex - Deputado Federal Carlos Bezerra, na Câmara dos Deputados, que acrescentaria um parágrafo único no artigo 1.632 do Código Civil, sendo este: “Parágrafo único: O abandono afetivo sujeita os pais ao pagamento de indenização por dano moral.” e ainda, acrescentaria um novo parágrafo ao artigo 3º do

<sup>67</sup> TESSARI, Priscila; SIMIONI, Ariane. **Abandono Afetivo: Aspectos Doutrinários e Jurisprudências**. In: NARDI. Noberto Luiz; NARDI, Vinicius Possenatto; MEDEIROS, Vinicius D'Andrea. Direitos Acontecendo, Volume VI. São Paulo - SP, LEDRIPRINT SERVIÇOS GRÁFICOS E EDITORIAIS LTDA, 2016.

<sup>68</sup> Ibidem.

<sup>69</sup> Ibidem.

<sup>70</sup> Ibidem.

<sup>71</sup> Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 4294 de 2008**. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=415684>>. Acesso em 20/05/2022.

Estatuto do idoso, sendo este: “§ 2º O abandono afetivo sujeita os filhos ao pagamento de indenização por dano moral.”

Justifica o Ex-deputado acerca deste Projeto de Lei nº 4294/2008, que:

O envolvimento familiar não pode ser mais apenas pautado em um parâmetro patrimonialista-individualista. Deve abranger também questões éticas que habitam, ou ao menos deveriam habitar, o consciente e inconsciente de todo ser humano.

Entre as obrigações existentes entre pais e filhos, não há apenas a prestação de auxílio material. Encontra-se também a necessidade de auxílio moral, consistente na prestação de apoio, afeto e atenção mínimas indispensáveis ao adequado desenvolvimento da personalidade dos filhos ou adequado respeito às pessoas de maior idade.<sup>72</sup>

E ainda, a respeito do abandono afetivo inverso, diz que:

No caso dos idosos, o abandono gera um sentimento de tristeza e solidão, que se reflete basicamente em deficiências funcionais e no agravamento de uma situação de isolamento social mais comum nessa fase da vida. A falta de intimidade compartilhada e a pobreza de afetos e de comunicação tendem a mudar estímulos de interação social do idoso e de seu interesse com a própria vida<sup>73</sup>.

E ainda, finaliza o ex-deputado, que não se pode obrigar filhos e pais a se amar, mas deve pelos permitir que o prejudicado desse desamor, o recebimento de indenização pelo dano causado.

O projeto até nos dias atuais ainda está em tramite, sendo apresentado pelo ex-deputado Carlos Bezerra em 12/11/2008, sendo aprovado por unanimidade pela Comissão de Seguridade Social e Família em 13/04/2011 e aprovada pela Comissão de Defesa dos Direitos da Pessoa Idosa em 23/09/2021, e atualmente o projeto tramita em caráter conclusivo e será analisado pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania.

Assim, visto que o referido projeto já está em suas fases finais após 13 anos em trâmite, as expectativas para que seja aprovado estão altas, afinal, finalmente depois de tanto tempo, tal problemática terá um respaldo em lei, dando assim, dará uma maior segurança jurídica não apenas para os juízes proferirem uma decisão, mas para as pessoas que sofrem com tal abandono, tanto os filhos que foram abandonados pelos pais, e os pais idosos abandonado pelos filhos.

<sup>72</sup> BEZERRA, Carlos. **Projeto de lei nº 4294/2008**. Câmara dos Deputados. 2008. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=node01f8bdk2szz7mi1oho0vt9mf7459503151\\_node0?codteor=613432&filename=PL+4294/2008](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node01f8bdk2szz7mi1oho0vt9mf7459503151_node0?codteor=613432&filename=PL+4294/2008) Acesso em: 20/05/2020.

<sup>73</sup> Ibidem.

Afinal, um ponto que vale seu destaque, é o que foi apontado pela Roseli Borin e Priscila Kutne Armelin<sup>74</sup>, no qual foi observado que os Tribunais do nosso país, vem a cada vez mais entendido por decisões reiteradas em julgar procedente o pedido de danos morais decorrentes do abandono afetivo, entretanto, trata-se do abandono pelos pais em face dos filhos, sendo visível portanto, que os filhos estão cada vez mais procurando a justiça a fim pleitear a indenização em decorrência da omissão de seus genitores em quanto ao dever de cuidado, mas

o contrário, ou seja, dos pais idosos pleiteando seus direitos em face a sua prole em razão do desafeto cometido por estes, não pode ser observado, que por algum motivo acabam sendo esquecidos e deixados de lado, caracterizando uma clara violação a sua dignidade como pessoa.

Desta forma, com a possível implementação deste projeto de lei, os idosos que atualmente não estão pleiteando nenhuma ação neste sentido, pode finalmente ter um mais de segurança e ganhar alguma coragem para acionar o judiciário para fazer jus a seus direitos.

Outro projeto de lei que vale a sua menção, é o Projeto de Lei do Senado nº 470 de 2013<sup>75</sup>, proposto pela ex-Senadora Lídice da Mata em 12/11/2013, que propõe o Estatuto das Famílias, no qual o texto de seu art. 108, acaba por positivizar o abandono afetivo como conduta ilícita: “Considera-se conduta ilícita o abandono afetivo, assim entendido a ação ou a omissão que ofenda direito fundamental da criança ou adolescente.”

Entretanto a tramitação deste projeto de lei consta como encerrada, no qual em 21/12/2018 veio a ser arquivada.

## **6 CONSIDERAÇÕES FINAIS:**

Ante ao exposto neste trabalho, é notável que nos últimos tempos, a população idosa vem ganhando seus espaços na sociedade, sendo contemplados com leis e políticas públicas que vem garantindo seus direitos básicos e uma vida mais digna, mas também é visível que ainda há um longo caminho a percorrer, bastando ver que durante a pandemia houve uma crescente no número de denúncias de violência contra os idosos, que não se resume a apenas ao abandono por parte de filhos.

Mas dando um enfoque na problemática do “abandono afetivo”, que mesmo que o tema venha a estar sendo discutido a um bom tempo, apesar da existência do Projeto de Lei nº 4294/2008, ainda temos a ausência de uma lei que diz a respeito deste tema, e somado com a

<sup>74</sup> BORIN, Roseli Borin; ARMELIN, Priscila Kutne. **ABANDONO AFETIVO DO IDOSO E A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL POR DANO MORAL**. Argumenta Journal Law, n. 20, p. 199-221, 2014.

<sup>75</sup> SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei do Senado nº 470, de 2013**. Brasília/DF Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/115242>>. Acesso em: 21/05/2022.

complexidade deste tema, a procedência para um pedido de indenização devido aos danos morais sofridos pelo abandonado é um tanto complicado.

Aliás, mesmo com a aprovação da referida lei, a procedência do pagamento indenizatório por parte dos filhos em razão do abandono afetivo de seus genitores idosos, ainda demandaria uma análise minuciosa por parte do judiciário, afinal em uma situação hipotética, não seria nada justo a condenação de um filho ao pagamento de uma indenização ao genitor, sendo que no passado em sua infância, o referido genitor também o havia abandonado.

O fato é, mesmo com o surgimento de uma lei que finalmente caracterize o abandono afetivo como um ato ilícito, será necessário que se estabeleça os critérios para haja a sua configuração, para que aja assim, uma maior segurança jurídica, sem risco de trazer mais injustiça ao tentar corrigir outra injustiça.

Mas o que pode ser vislumbrado é de fato, este tema ainda é bastante complexo e triste, afinal se faz necessário a criação de uma lei impondo uma punição pecuniária a afim de prevenir que tal ato ilícito venha a ser realizado.

Assim, conclui-se que não se pode obrigar ninguém a amar o outro, e se hipoteticamente existisse alguma obrigação nesse sentido, não seria um afeto verdadeiro que seria demonstrado ao outro, mas sim algo superficial e falso para o fim que se evitasse a sanção jurídica hipotética pela falta deste sentimento. Esse sentimento existente nos laços que fazemos durante a vida é sem dúvida complexo, não é algo que se obriga a fazer, e sim algo espontâneo que surge magicamente das mais variadas formas, por isso, não é algo que o direito tenha a capacidade de intervir, e desta forma, não é pela ausência deste sentimento que o mundo jurídico deve se focar, mas sim nos elementos que o rodeiam, como o cuidado, esse sim, é algo que há a possibilidade de se obrigar.

É certo que o cuidado propriamente dito, não irá suprir a ausência de afeto, mas diferente deste sentimento, é algo que pode se obrigar o outro a fazer e é quantificável, portanto, com a ausência deste, há e deve ocorrer a uma indenização, que assim como o cuidado não irá suprir a ausência do afeto, a indenização também não irá, afinal neste caso, é impossível que se recupere o *status quo* do dano que veio a ser causado, mas de certa forma, irá amenizar a dor e o sofrimento daquele idoso que sofreu com tal abandono.

## **7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:**

AGÊNCIA DO SENADO. “**15 de Junho: data pede conscientização sobre violência contra o idoso**” .2021 <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/06/15/15-de-junho-data-pede-conscientizacao-sobre-violencia-contr-o-idoso> Acesso em: 24/10/2021.

ALMEIDA, Vitor. **Responsabilidade Civil e Abandono Afetivo Inverso: O perfil do dever de cuidado em face das pessoas idosas**. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ROSENVALD, Nelson, MULTEDO, Renata Vilela. Editora Foco, 2021.

AZEREDO, Christiane Torres. **O conceito de família: Origem e evolução**, Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/index.php/artigos/1610/O+conceito+de+fam%C3%ADlia:+origem+e+evolu%C3%A7%C3%A3o>>: Acesso em 03/01/2022.

BARBOZA, Heloisa Helena. **Vulnerabilidade e cuidado: aspectos jurídicos**. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. Cuidado e vulnerabilidade. São Paulo: Atlas, 2009, p. 108-113.

BEZERRA, Carlos. **Projeto de lei nº 4294/2008**. Câmara dos Deputados. 2008. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=node01f8bdk2szz7mi1oho0vt9mf7459503151.node0?codteor=613432&filename=PL+4294/2008](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node01f8bdk2szz7mi1oho0vt9mf7459503151.node0?codteor=613432&filename=PL+4294/2008) Acesso em: 20/05/2020.

BITTAR, Carlos Alberto. **Danos Morais: critérios e sua fixação**. Repertório IOB, São Paulo, n. 15, p. 293, ago. 1993.

BORIN, Roseli Borin; ARMELIN, Priscila Kutne. **ABANDONO AFETIVO DO IDOSO E A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL POR DANO MORAL**. Argumenta Journal Law, n. 20, p. 199-221, 2014.

BRASIL, Decreto LEI nº 4.657. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro, 1942.

BRASIL, Lei nº 1074/2003. **Estatuto do Idoso**. Brasília: DF.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Brasília: DF.

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

Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 4294 de 2008**. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=415684>>. Acesso em 20/05/2022.

CAMPOS, Ana Cristina. “**IBGE: esperança de vida do brasileiro aumentou 31,1 anos desde 1940**”. Agência Brasil. Rio de Janeiro. 2020.

<https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-11/ibge-esperanca-de-vida-do-brasileiro-aumentou-311-anos-desde-1940> Acesso em: 24/10/2021.

CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Dano Moral no Direito de Família**. Editora Saraiva, 2012.

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

**Constituição Federal Comentada** / Alexandre de Moraes ... [et al.] ; [organização Equipe Forense]. - 1. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2018.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 14ª edição. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

FILHO, Sergio Cavaliere. Programa de Responsabilidade Civil, 10ª Edição. Editora Atlas S.A. - 2012.

FRANGE, Paulo. "O Estatuto do Idoso comentado." São Paulo (2004).

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro 4 - Responsabilidade Civil**. Editora Saraiva, 15ª Edição, 2020.

IBGE, **“Idosos indicam caminhos para uma melhor idade”**. 2019 - <https://censos.ibge.gov.br/agro/2017/2012-agencia-de-noticias/noticias/24036-idosos-indicam-caminhos-para-uma-melhor-idade.html> Acesso em: 10/03/2022.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: volume 5: famílias**. - 8ª edição - São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MADALENO, Rolf. **DIREITO DE FAMÍLIA** - 8ª Edição, 2018 - Editora Forense.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus; MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Curso de direito de Família**, 4ª Edição, 2021 - São Paulo - Editora Saraiva.

MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEONCY, Leo Ferreira; STRECK, Leonio Luiz; Idp Cursos e Projetos LTDA. **Comentários á Constituição do Brasil**, 2ª Edição - 2017 - São Paulo - Editora Saraiva.

MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Curso de direito civil, v. 2, p. 1.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Famílias**; prefácio Edson Fachin. - 2ª edição - Rio de Janeiro: Forense, 2021.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família**, 3ª Edição, 2016 - São Paulo - Editora Saraiva.

PEREIRA, Tânia da Silva; LEAL, Livia Teixeira. **É possível aplicar ao idoso a mesma solução do “abandono afetivo”?** In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; MENEZES, Joyceane Bezerra de. Gênero, vulnerabilidade e autonomia: repercussões jurídicas. Indaiatuba, SP: Foco, 2020.

RIZZARDO, Arnaldo, **Direito de Família**, 10ª Edição - Editora Forence, 2019.

SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei do Senado nº 470, de 2013**. Brasília/DF Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/115242>>. Acesso em: 21/05/2022.

SOARES, Rachel Veríssimo dos Santos, **O ABANDONO AFETIVO E SUA REPERCUSSÃO JURÍDICA NO DIREITO DA FAMÍLIAS: CONTORNOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL Á LUZ DA PROTEÇÃO Á DIGNIDADE HUMANA**. (Artigo Científico). Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. 2013.

STJ; **Recurso Especial nº 1.159-242 - SP** (2009/0193701-9); Relatora: Ministra Nancy Andrighi; TERCEIRA TURMA; Data do Julgamento: 24/04/2012.

TESSARI, Pricila; SIMIONI, Ariane. **Abandono Afetivo: Aspectos Doutrinários e Jurisprudenciais**. In: NARDI, Norberto Luiz; NARDI, Vinicius Possenatto; MEDEIROS, Vinicius D’Andrea de. Direito Acontecendo - Volume 6. São Paulo; Ledriprint, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano Moral**. - 8ª Edição rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TJDFT - **APELAÇÃO CÍVEL nº 20160610153899APC** (0015096-12.2016.8.07.0006); 8ª TURMA CÍVEL, Relator: DIAULAS COSTA RIBEIRO, Data do Julgamento: 28/03/2019.

TJSP; **Apelação Cível 1021549-50.2017.8.26.0003**; Relator: Francisco Loureiro; 1ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional III - Jabaquara - 3ª Vara da Família e Sucessões; Data do Julgamento: 26/10/2020; Data de Registro: 26/10/2020.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; DE BARROS, Marília Ferreira. Abandono afetivo inverso: o abandono do idoso e a violação do dever de cuidado por parte da prole. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito-PPGDir./UFRGS**, v. 11, n. 3, 2016.

# A AMPLIAÇÃO DAS TÉCNICAS ESPECIAIS DE INVESTIGAÇÃO E ATUAÇÃO POLICIAL DEPOIS DO PACOTE ANTICRIME<sup>1</sup>

Giovana França Ticianel<sup>2</sup>

Josiane Pilau Bornia<sup>3</sup>

## RESUMO

O presente artigo tem como objetivo discutir o instituto do meio de obtenção de prova do agente policial disfarçado, acrescentado no ordenamento jurídico brasileiro através do Pacote Anticrime (Lei 13.964/19)<sup>4</sup>, inovando os meios de investigações policiais quanto aos crimes de tráfico de drogas, comércio ilegal de arma de fogo e tráfico internacional de armas de fogo, e se baseará no método dedutivo, juntamente com análises legais, doutrinárias e de decisões judiciais. É evidente que essas infrações penais são uns dos maiores desafios dos agentes da segurança pública, e o instituto discutido vem auxiliar ainda mais no combate a esses crimes.

**Palavras-chave:** Pacote Anticrime; Lei de Drogas; Estatuto do desarmamento; agente policial disfarçado; meios de obtenção de prova.

## ABSTRACT

This article aims to discuss the institute of the means of obtaining evidence of the undercover police agent, added in the Brazilian legal system through the Anti-Crime Package (Law 13.964/19), innovating the means of police investigations regarding drug trafficking crimes, illegal firearms trade and international firearms trafficking, and will be based on the deductive method, with legal, doctrinal and judicial decision analysis. It is evident that these criminal offenses are one of the greatest challenges for public security agents, and the institute discussed helps even more in the fight against these crimes.

**Keywords:** Anti-Crime Package; Drug Law; Disarmament Statute; Undercover Police Agent; means of obtaining evidence.

## INTRODUÇÃO

<sup>1</sup> Artigo referente a conclusão de curso de Direito, da Universidade Cidade Verde.

<sup>2</sup> Bacharelada em Direito pela Universidade Cidade Verde, na cidade de Maringá, no Estado do Paraná.

<sup>3</sup> Possui graduação em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (1994) e mestrado em Direito Penal pela Universidade Estadual de Maringá (2002). Atualmente é docente em nível de graduação e pós-graduação. Autora do livro Discriminação, Preconceito e Direito Penal. Membro do Conselho da Comunidade da Comarca de Maringá. Atuando nos seguintes temas: direitos humanos, direito penal, direito processual penal, direito constitucional, direito tributário e segurança pública.

<sup>4</sup> BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de Dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm). Acesso em 29 de março 2022.

Há pouco tempo, com o advento do Pacote Anticrime (Lei 13.964/19)<sup>5</sup>, a Lei 13.343/06 (Lei de Drogas)<sup>6</sup> e o Estatuto do Desarmamento (Lei 10.826/03)<sup>7</sup> sofreram acréscimos significativos de alguns incisos e/ou parágrafos em seus artigos. Tal inserção trouxe o instituto de um meio de obtenção de prova denominado de agente policial disfarçado.

Na prática, a depender da forma que o agente policial disfarçado é aplicado, pode ocasionar numa modalidade de prisão em flagrante denominada, flagrante preparado, que:

Ocorre quando alguém (particular ou autoridade policial), de forma insidiosa, instiga o agente à prática do delito com o objetivo de prendê-lo em flagrante, ao mesmo tempo em que adota todas as providências para que o delito não se consuma.<sup>8</sup>

E, por consequência, ocasionar num crime impossível<sup>9</sup> (art. 17, do Código Penal), por ineficácia absoluta dos meios empregados, e frustrar toda a apreensão policial, notadamente por ser ilegal e por não constar no rol das modalidades de flagrante delito previstas no Códex Processual Penal<sup>10</sup>.

Nota-se, porém, que, se bem utilizado, o agente policial disfarçado pode contribuir positivamente com o combate ao tráfico de drogas e com o tráfico e comércio ilegal de armas de fogo. Com o passar do tempo, os criminosos vêm se aperfeiçoando cada vez mais; como por exemplo, o traficante, que antes costumava andar com grandes porções de drogas em sua posse para realizar a entrega do entorpecente, nos dias atuais, a fim de evitar sua prisão por tráfico,

<sup>5</sup> BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de Dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm). Acesso em 29 de março 2022.

<sup>6</sup> BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de Agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm). Acesso em 29 de março de 2022.

<sup>7</sup> BRASIL. Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003. Dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas - Sinarm, define crimes e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/110.826.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.826.htm) Acesso em 29 de março de 2022.

<sup>8</sup> DE LIMA, R. B. Manual de Processo Penal: Volume Único. 8ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. Pg. 1035.

<sup>9</sup> BRASIL. Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Dispõe sobre o Código Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm) Acesso em 29 de março de 2022

<sup>10</sup> BRASIL. Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Dispõe sobre o Código de Processo Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm) Acesso em 12 de abril de 2022. Artigo 302: Considera-se em flagrante delito quem: I - está cometendo a infração penal; II - acaba de cometê-la; III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração; IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

passou a portar pequenas porções, para tentar ludibriar a Justiça e se enquadrar num crime de drogas para consumo pessoal (art. 28, da Lei de Drogas<sup>11</sup>).

Com a inovação por parte dos infratores, a legislação brasileira também precisou inovar e capacitar os agentes da segurança pública para saberem utilizar corretamente este instituto e não concorrerem para um flagrante preparado.

Outrossim, é necessário fazer uma análise minuciosa a respeito da inserção no ordenamento jurídico brasileiro, bem como de todas as suas nomenclaturas, como o agente infiltrado e o agente provocador, que são institutos distintos, mas muitas vezes confundidos.

E, por último, o presente artigo abordará os diferentes meios de obtenção de provas e, em especial, o agente policial disfarçado, passando por pontos como a sua inserção no Pacote Anticrime, na Lei de Drogas e no Estatuto do Desarmamento, as suas nomenclaturas, a relação com o flagrante preparado e o seu uso pela Polícia Judiciária.

## **1- DAS TÉCNICAS ESPECIAIS DE INVESTGAÇÃO E ATUAÇÃO POLICIAL**

### **1.1 - CONCEITO**

Em todo contexto de uma investigação preliminar, sobretudo, durante o andamento de um inquérito policial<sup>12</sup>, ou, caso ainda não tenha elementos suficientes para a instauração deste procedimento, ao menos a colheita de alguns elementos informativos, é necessário que alguns institutos sejam conceituados, em especial, aqueles que são utilizados diretamente na atuação de diligências investigativas conduzida pela polícia. Nesse sentido, Aury Lopes Junior e Ricardo Jacobsen conceituam a investigação preliminar como:

O conjunto de atividades realizadas concatenadamente por Órgãos do Estado; a partir de uma notícia-crime ou de ofício; com caráter prévio e de natureza preparatória ao processo penal; que pretende averiguar a autoria e as circunstâncias de um fato aparentemente delitivo, com o fim de justificar o exercício da ação penal ou do arquivamento (não processo).<sup>13</sup>

<sup>11</sup> BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de Agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2004-2006/2006/lei/111343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/111343.htm). Artigo 28: Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I - advertência sobre os efeitos das drogas; II - prestação de serviços à comunidade; III - medida educativa de comparecimento à programa ou curso educativo. Acesso em 12 de abril de 2022.

<sup>12</sup> BRASIL. Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Dispõe sobre o Código de Processo Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm) Acesso em 29 de março de 2022, artigos 4 ao 23.

<sup>13</sup> GLOECKNER, R. J.; JR., A. L. Investigação Preliminar no Processo Penal. 6. ed. São Paulo: SARAIVA, 2014. s.p.

Um dos modos para com que a autoridade policial, assim como toda sua equipe, consiga apurar a autoria e a materialidade dos delitos investigados, são os meios de obtenção de prova ou técnicas especiais de investigação, que, nas palavras de Renato Brasileiro de Lima “[...] referem-se a certos procedimentos (em regra, extraprocessuais) regulados por lei, com o objetivo de conseguir provas materiais, e que podem ser realizados por outros funcionários que não o juiz.”<sup>14</sup>

Entretanto, é imperioso distinguir as diversas modalidades das técnicas especiais de investigação, tendo em vista que cada uma delas possuem suas características e peculiaridades individuais, para, ao final, conceituar a respeito do Agente Policial Disfarçado, o objeto de estudo desse artigo.

## 1.2- AGENTE INFILTRADO

Conforme Cleber Masson e Vinícius Marçal<sup>15</sup>, o Agente Infiltrado consiste em uma técnica de investigação policial, pela qual um agente da Polícia Judiciária, mediante prévia autorização judicial, ingressa em alguma organização criminosa (conforme artigo 10 e seguintes da Lei 12.850/13)<sup>16</sup> e, astuciosamente, passa a agir como se fosse integrante da gangue de agentes, a fim de alcançar informações a respeito dos seus membros e de todo o seu modo de agir.

Destaca-se que essa medida necessita de prévia autorização judicial, pois como o policial infiltrado passa a integrar dissimuladamente a organização criminosa, sem a medida do Poder Judiciário todas as suas condutas praticadas durante a infiltração seriam típicas, ilícitas e culpáveis, e ao invés de auxiliar o trabalho policial, poderia ser penalmente responsável.

Ademais, no ordenamento jurídico brasileiro, o agente infiltrado encontra-se presente em diversas leis especiais, além da previsão da Lei de Organização Criminosa, como por exemplo na Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei 0.613/1998)<sup>17</sup> e na Lei de Drogas.

<sup>14</sup> DE LIMA, R. B. Manual de Processo Penal: Volume Único. 8ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. Pg. 600.

<sup>15</sup> MASSON, C. e MARÇAL, V. Crime Organizado. 4ª ed. São Paulo: Editora Método, 2018. Pg. 305.

<sup>16</sup> BRASIL. Lei nº 12.850 de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2011-2014/2013/lei/112850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2013/lei/112850.htm) Acesso em 29 de março de 2022.

<sup>17</sup> BRASIL. Lei nº 9.613 de 3 de Março de 1998. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19613.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19613.htm) Acesso em 29 de março de 2022.

### 1.3 - AGENTE PROVOCADOR

Ao contrário do agente infiltrado, que possui permissão legal para ser utilizado, o Agente Provocador é aquele que, de forma insidiosa e manipulada, instiga o agente a praticar um delito objetivando responsabilizá-lo posteriormente pela autoria da infração penal.

Nesse caso, conforme expõe Renato Brasileiro:

Diante da atuação do agente provocador, estará caracterizado o flagrante preparado, como espécie de crime impossível, em face da ineficácia absoluta dos meios empregados. Logo, diante da ausência de vontade livre e espontânea dos autores e da ocorrência de crime impossível (CP, art. 17), a conduta deve ser considerada atípica. Cuidando-se de flagrante preparado, e, por conseguinte, ilegal.<sup>18</sup>

Nota-se, então, que a figura do agente provocador é ilegal, sendo que todas as provas que foram produzidas durante a investigação utilizada por ele presumem-se ilícitas, tendo em vista que o flagrante ocasionado foi preparado pelo próprio sujeito instigador. Além disso, conforme entendimento da legislação vigente<sup>19</sup>, por se tratar de prova produzida em total desacordo os princípios do direito, deverão ser desentranhadas de futuros processos.

Corroborando a interpretação acima, tem-se esse entendimento foi sedimentado pela Supremo Tribunal Federal, na Súmula nº 145<sup>20</sup>, a qual prevê que: “Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”.

### 1.4 - AÇÃO CONTROLADA

A Ação Controlada, prevista na Lei de Organização Criminosa (Lei 12.850/13)<sup>21</sup>, na Lei

<sup>18</sup> DE LIMA, R. B. Manual de Processo Penal: Volume Único. 8ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. Pg. 919.

<sup>19</sup> BRASIL. Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Dispõe sobre o Código de Processo Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm) Acesso em 29 de março de 2022. Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

<sup>20</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Súmula 145. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula145/false> Acesso em 12 de abril de 2022.

<sup>21</sup> BRASIL. Lei nº 12.850 de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm) Acesso em 12 de abril de 2022.

de Drogas<sup>22</sup> e na Lei de Lavagem de Dinheiro<sup>23</sup>, é conceituada pela própria Lei 12.830/13, em seus artigos 8º e 9º.<sup>24</sup>

Esse meio de obtenção de prova é utilizado com a finalidade de retardar a intervenção da polícia judiciária para, posteriormente, e já com mais informações acerca do modo de execução do crime e de seus possíveis integrantes, realizar a devida prisão em flagrante.

Além do mais, traçando um paralelo com a Lei de Drogas, como exemplifica Renato Brasileiro:

Basta pensar em um crime de tráfico internacional de drogas praticado por um passageiro em transporte aéreo. É evidente que o agente já poderia ser preso em flagrante no próprio embarque (...). No entanto, a prisão de um mero transportador de drogas efetuada neste momento impediria a descoberta de suas conexões internacionais, inibindo (...) a exata compreensão da atuação do grupo criminoso<sup>25</sup>.

De relevante, destaca-se que esse meio de obtenção quando utilizado com a finalidade de combater os crimes previsto na Lei 11.343/06, é necessária autorização judicial para ser implementada, enquanto que na Lei 12.850/13 exige apenas aviso prévio ao Magistrado, e, por último, na Lei de Lavagem de Capitais o legislador foi omissivo quanto a isso.

<sup>22</sup> BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de Agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2004-2006/2006/lei/111343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/111343.htm). Acesso em 12 de abril de 2022.

<sup>23</sup> BRASIL. Lei nº 9.613 de 3 de Março de 1998. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19613.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19613.htm) Acesso em 12 de abril de 2022

<sup>24</sup> BRASIL. Lei nº 12.850 de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2011-2014/2013/lei/112850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2013/lei/112850.htm) Acesso em 12 de abril de 2022. Art. 8º Consiste a ação controlada em retardar a intervenção policial ou administrativa relativa à ação praticada por organização criminosa ou a ela vinculada, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz à formação de provas e obtenção de informações.

§ 1º O retardamento da intervenção policial ou administrativa será previamente comunicado ao juiz competente que, se for o caso, estabelecerá os seus limites e comunicará ao Ministério Público.

§ 2º A comunicação será sigilosamente distribuída de forma a não conter informações que possam indicar a operação a ser efetuada.

§ 3º Até o encerramento da diligência, o acesso aos autos será restrito ao juiz, ao Ministério Público e ao delegado de polícia, como forma de garantir o êxito das investigações.

§ 4º Ao término da diligência, elaborar-se-á auto circunstanciado acerca da ação controlada.

Art. 9º Se a ação controlada envolver transposição de fronteiras, o retardamento da intervenção policial ou administrativa somente poderá ocorrer com a cooperação das autoridades dos países que figurem como provável itinerário ou destino do investigado, de modo a reduzir os riscos de fuga e extravio do produto, objeto, instrumento ou proveito do crime.

<sup>25</sup> DE LIMA, R. B. Manual de Legislação Criminal Especial. Volume Único. 10ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2022. Pg. 1067.

Por fim, vale pontuar que tudo dependerá do caso concreto, pois, se na ocasião for mais adequado realizar o flagrante, ao contrário de esperar por maiores informações, a prisão dos agentes deverá ser efetuada, sob pena da prova do crime perecer.

## 1.5 - AGENTE POLICIAL DISFARÇADO

### 1.5.1- Conceito

Conforme os criminosos e suas técnicas voltadas ao cometimento de ilegalidades vão se expandido, surge a necessidade de o Direito Penal criar mecanismos novos para combater cada vez mais a esses males presentes em toda a sociedade, em especial a mercancia ilícita de drogas e de armas de fogo.

Ao contrário do que acontece com a ação controlada e com o agente infiltrado, que são definidos pelo próprio ordenamento jurídico vigente, ao prever o agente policial disfarçado, o operador do direito deixou uma brecha legislativa no seu conceito. Por isso, este instituto foi conceituado doutrinariamente, nos dizeres de Renato Brasileiro, como:

Verdadeira técnica de investigação, passível de execução exclusivamente por agentes policiais, dos quais demanda a capacidade de atuar de maneira dissimulada, leia-se, sem revelar sua real identidade, para fins de obtenção de elementos de informação quando a autoria e a materialidade da infração penal preexistente, sem exercer, porém, qualquer forma de intervenção no seu curso causal.<sup>26</sup>

Este conceito deve ser analisado de forma pontual. Primeiramente, nota-se que, conforme a própria nomenclatura, o agente policial disfarçado é utilizado exclusivamente pela Polícia, durante as investigações em relação a determinado fato típico, ilícito e culpável.

Além disso, os policiais, ao agirem como agente disfarçado, devem atuar de maneira dissimulada com os criminosos, ao ponto de eles acreditarem que o investigador, na verdade, se trata de um integrante do grupo criminoso e não de um agente estatal querendo prendê-los. Todavia, há uma linha muito tênue entre a atuação do policial e a ocorrência de crime impossível, pois, se durante a execução da medida não forem observadas todas as condições para tal, principalmente o indício razoável de conduta criminal preexistente, estar-se-á diante de uma possibilidade de flagrante preparado, que será abordado adiante.

<sup>26</sup> DE LIMA, R. B. Manual de Legislação Criminal Especial. Volume Único. 10ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2022. Pg. 1268.

Ademais, ressalta-se que o agente policial disfarçado, por ser técnica especial de investigação realizada pela polícia investigativa, e por já necessitar de elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente, conforme previsto nos tipos penais da Lei de Drogas<sup>27</sup> e do Estatuto do Desarmamento<sup>28</sup>, não exige autorização judiciária para ser utilizado.

### **1.5.2- Exigência de elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente:**

Apesar de ser algo relativamente novo no ordenamento jurídico, ao aprovar o instituto do agente policial disfarçado, o legislador agiu com cautela, pois, conforme já explicado, caso seja utilizado de forma equivocada, poderá se enquadrar em um agente provocador e, conseqüentemente, ocasionar um flagrante preparado ilegal.

Dessa forma, é necessário a presença de um requisito especial para que este meio de obtenção de prova possa ser utilizado pela Polícia Judiciária: a presença de elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente. Nos dizeres de Renato Brasileiro, esses elementos determinam que [...] “há necessidade de uma causa provável capaz de indicar que o criminoso já havia realizado uma conduta delituosa no momento anterior”<sup>29</sup>[...]. Isto é, antes do flagrante ser efetuado, é necessário que haja elementos probatórios anteriores à condução do agente ao cárcere de que ele já estava inserido no meio criminoso.

Esse requisito está diretamente relacionado com a demonstração suficiente de provas de que o agente investigado realizou conduta criminosa pretérita. Ou seja, deve haver uma investigação minuciosa e anterior que demonstrem que o sujeito comete crimes de tráfico de drogas, tráfico de arma de fogo ou de comércio ilegal de arma de fogo, senão, toda a investigação, bem como a prisão em flagrante serão ilícitas.

Durante as diligências policiais, caso os investigadores notem que o indivíduo averiguado não possua condutas criminais preexistentes, ou melhor, não tenha reiteração delitiva com qualquer um dos crimes citados acima, e mesmo assim tentem adquirir drogas ou

<sup>27</sup> BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de Agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2004-2006/2006/lei/111343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/111343.htm). Acesso em 20 de abril de 2022. Artigo 33, parágrafo 1, inciso IV.

<sup>28</sup> BRASIL. Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003. Dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas - Sinarm, define crimes e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/110.826.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.826.htm) Acesso em 20 de abril de 2022. Artigo 17, parágrafo 2, e artigo 18, parágrafo único.

<sup>29</sup> DE LIMA, R. B. Manual de Legislação Criminal Especial. Volume Único. 10ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2022. Pg. 1269.

arma de fogo, estará caracterizado a figura do agente provocador, e, por consequência, o flagrante preparado. Entretanto, caso durante as investigações anteriores os servidores da segurança pública percebam que o investigado possui conduta reiterada no comércio de drogas e arma de fogo, poderão efetuar sua prisão, tendo em vista que o requisito foi devidamente preenchido.

Nesse sentido, consoante Henrique Hoffmann, Adriano Sousa Costa, Eduardo Fontes e Márcio Alberto Gomes Silva:

Se o policial disfarçado realiza apuração anterior que indica que determinada pessoa exerce comércio de objetos ilícitos e para tanto os guarda indevidamente, se o disfarce policial provocar a conduta de vender a coisa, o que antes seria uma prisão em flagrante ilegal passa a se encaixar no novo crime.<sup>30</sup>

Por fim, nota-se que, embora esse meio de obtenção de prova tenha sido criado para beneficiar o trabalho da Polícia Judiciária no combate aos crimes relacionados a Lei de Drogas e ao Estatuto do Desarmamento, é necessário o preenchimento dos elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente, pois, caso contrário, o flagrante poderá estar viciado.

### **1.5.3 - Distinção entre o agente policial disfarçado e os outros tipos de meios de obtenção de prova:**

Após a conceituação de alguns meios de obtenção de prova existentes na legislação vigente, é de suma importância distingui-las, visto que cada uma possui suas características, bem como o seu cabimento.

Ao passo que a ação controlada visa retardar a atuação policial para, posteriormente, efetuar a prisão, munidos de diversos elementos de informação que reforcem a medida, o agente policial disfarçado investiga a respeito do tráfico de drogas e do comércio e tráfico de arma de fogo, localiza os autores e, após isso, já com as fundadas razões de conduta criminal preexistente dos agentes, negociam com os criminosos e no momento da entrega dos ilícitos, efetuam a prisão. Outrossim, a ação controlada, por se tratar de medida com expressa previsão

<sup>30</sup> HOFFMANN, Henrique; COSTA, Adriano Sousa; FONTES, Eduardo e SILVA, Márcio. Agente Policial Disfarçado no Estatuto do Desarmamento e na Lei de Drogas. Publicado no dia 25 de agosto de 2020, no [conjur.com.br](https://www.conjur.com.br/2020-ago-25/academia-policia-agente-policial-disfarçado-estatuto-desarmamento-lei-drogas). Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-ago-25/academia-policia-agente-policial-disfarçado-estatuto-desarmamento-lei-drogas> . Acesso dia 20 de abril de 2022.

e conceituação legal, exige, a depender da previsão, autorização judicial<sup>31</sup> ou, ao menos, prévia comunicação ao juízo, ao passo que o agente policial disfarçado, por ser de uso exclusivo da Polícia Judiciária, não necessita da respectiva autorização.

Além disso, o agente disfarçado diferencia-se, também, do agente infiltrado, pois, ao passo que neste o policial responsável pelas diligências investigativas adentra a organização criminosa e passa a agir como se integrante fosse, a fim de levantar informações a respeito da estruturação da reunião de criminosos, aquele busca averiguar o envolvimento preexistente do investigado nos crimes de tráfico de drogas e comércio e tráfico ilegal de armas de fogo.

Em relação ao agente provocador, este será abordado no próximo capítulo, juntamente com o flagrante preparado e com o crime impossível.

Nota-se se, portanto, que o diferencial do agente policial disfarçado é, principalmente, o requisito essencial da existência de elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistentes, discorridos no tópico anterior; ou seja, ele só atua se antes mesmo de seu disfarce já houver elementos que indiquem que aqueles autores estão praticando os crimes de tráfico de drogas ou comércio ilegal de arma de fogo, sob pena e incorrer em crime impossível, que será retratado a seguir.

Por fim, é de suma importância destacar que, caso a prisão do indivíduo seja efetuada em decorrência da atuação do agente provocador, ela será relaxada, conforme previsto na legislação processual penal<sup>32</sup> vigente.

#### **1.5.4 - Crime impossível e a mitigação do flagrante preparado**

De acordo com todos os apontamentos discorridos neste artigo, há uma linha muito tênue entre a atuação do agente policial disfarçado e o flagrante preparado ou esperado.

<sup>31</sup> DE LIMA, R. B. Manual de Legislação Criminal Especial. Volume Único. 10ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2022. Pg. 925. “O agente disfarçado atua independentemente de autorização judicial ou de prévia comunicação ao juízo e não investiga, necessariamente, ações praticadas por organizações criminosas. (...) O agente disfarçado encobre a sua real identidade com o intuito de coletar informações que indiquem o envolvimento preexistente - e, por isso, voluntário - do investigado com o comércio irregular de armas e drogas. (...) Ademais, o agente disfarçado não precisa manter o seu alvo sob vigilância perene, como acontece na ação controlada.”

<sup>32</sup> BRASIL. Decreto Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941. Dispõe sobre o Código Processual Penal. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm) . Acesso em 25 de abril de 2022. Art. 310. Após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público, e, nessa audiência, o juiz deverá, fundamentadamente: (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

I - relaxar a prisão ilegal;

Primeiramente, é necessário conceituar essa modalidade de flagrante delito, também denominada de flagrante provocado:

Conforme discorrido por Aury Lopes Júnior, "é ilegal e ocorre quando existe uma indução, um estímulo para que o agente cometa um delito exatamente para ser preso. Trata-se daquilo que o Direito Penal chama de delito putativo por obra do agente provocador."<sup>33</sup> (JR., 2021, p.1442).

Corroborando com o conceito discorrido acima, Renato Brasileiro dispõe que:

O flagrante preparado ocorre quando alguém (particular ou autoridade policial), de forma insidiosa, instiga o agente à prática do delito com o objetivo de prendê-lo em flagrante, ao mesmo tempo em que adota todas as providências para que o delito não se consuma.<sup>34</sup>

Aqui, há atuação principal do meio de obtenção de prova do agente provocador, ilegal e expressamente proibido, inclusive, por Súmula do Supremo Tribunal Federal<sup>35</sup>. Nota-se, pois, que o flagrante preparado é aquele no qual os policiais ou particular - mas, aqui, convém esclarecer somente acerca da atuação do agente da segurança pública, tendo em vista que este é o foco do artigo - negociam com os criminosos, sem antes de ter levantado qualquer indício que comprovasse o envolvimento dos agentes com os crimes de tráfico de drogas e comércio ou tráfico de arma de fogo, e, no momento da entrega do bem, efetuam a prisão. Como consequência, há crime impossível<sup>36</sup>, tendo em vista que os meios são totalmente ineficazes, já que o crime só se consumou pela conduta do policial instigador; acrescidos da premissa de que os autores não agiram com vontade livre e consciente para praticar o delito, não caracterizando o elemento subjetivo do crime de tráfico de drogas, qual seja, o dolo<sup>37</sup>, pois não quis o resultado (a sua prisão) e nem assumiu o risco para produzi-la.

<sup>33</sup> JR., A. L. Direito processual penal. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book. Acesso em 24 de abril de 2022. Pg. 1442.

<sup>34</sup> DE LIMA, R. B. Manual de Legislação Criminal Especial. Volume Único. 10ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2022. Pg. 1260.

<sup>35</sup> Supremo Tribunal Federal. Súmula número 145: "Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação." Disponível em <https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2119#:~:text=S%C3%BAmula%20145,torna%20imposs%C3%ADvel%20a%20sua%20consuma%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em 25 de abril de 2022.

<sup>36</sup> BRASIL. Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Dispõe sobre o Código Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm) Acesso em 24 de abril de 2022. Art. 17 - Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime.

<sup>37</sup>BRASIL. Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Dispõe sobre o Código Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm) Acesso em 24 de abril de 2022. Art. 18 - Diz-se o crime: Crime doloso: I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo;

Além de ser entendimento sedimentado pelo Guardião das Normas Constitucionais, a venda simulada de drogas foi assunto da I Jornada de Direito Penal e Processual, evento realizado pelo Conselho de Justiça Federal, vinculado ao Superior Tribunal de Justiça, com a reunião de diversos doutrinadores do Direito para discutirem matérias atuais, e, também, expressamente proibido<sup>38</sup>.

Na íntegra, o Enunciado 4, da I Jornada de Direito Penal e Processo Penal CJF/STJ, dispõe que:

“Não fica caracterizado o crime do inciso IV do § 1º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, incluído pela Lei Anticrime, quando o policial disfarçado provoca, induz, estimula ou incita alguém a vender ou a entregar drogas ou matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à sua preparação (flagrante preparado), sob pena de violação do art. 17 do Código Penal e da Súmula 145 do Supremo Tribunal Federal”.<sup>39</sup>

Respaldando o Enunciado 4, há várias decisões dos Tribunais que reforçam ainda mais a ocorrência do flagrante ilegal. Nesse sentido:

"HABEAS-CORPUS". Flagrante preparado. Nulidade. Processo Penal. Precedentes do STF. Súmula 145. Não há crime na operação preparada de venda de droga, quando não preexiste sua posse pelo acusado. Fica descaracterizado o delito para o réu que tão só dele participou em conluio com policiais, visando a repressão ao narcotráfico. Ordem conhecida e deferida, para anular o acórdão condenatório e restabelecer a sentença absolutória de primeiro grau, cassada a ordem de prisão.<sup>40</sup>

Num caminho oposto, destaca-se que o flagrante provocado é distinto do flagrante esperado<sup>41</sup>. Naquele, conforme discorrido, acontece somente porque há a presença de um agente provocador que instiga o agente a provocar o delito. Já neste, a Polícia Judiciária, normalmente por denúncias de populares que contribuem com o combate a comercialização ilícita, seja de

<sup>38</sup> “Enunciados da I Jornada de Direito Penal e Processo Penal CJF/STJ”. Disponível em:

[https://www.dizerodireito.com.br/2020/08/enunciados-da-i-jornada-de-direito\\_14.html](https://www.dizerodireito.com.br/2020/08/enunciados-da-i-jornada-de-direito_14.html) . Acesso em 24 de abril de 2022.

<sup>39</sup> “I Jornada de Direito e Processo Penal - Enunciados aprovados”

Disponível em: [https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/copy\\_of\\_Jornada%20de%20Direito%20Administrativo%20-%20Enunciados%20aprovados/jornada-de-direito-administrativo-enunciados-aprovados](https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/copy_of_Jornada%20de%20Direito%20Administrativo%20-%20Enunciados%20aprovados/jornada-de-direito-administrativo-enunciados-aprovados) (extraído na aba arquivos). Acesso em 25 de abril de 2022.

<sup>40</sup> Supremo Tribunal Federal, HC 70.235/RS, Rel. Ministro Paulo Brossard. 08 de março de 1994. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/748527/habeas-corpus-hc-70235-rs>. Acesso em 26 de abril de 2022.

<sup>41</sup> REIS, A. C. A.; LENZA, P.; GONÇALVES, V. E. R. Direito processual penal. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book. “Flagrante esperado é uma forma de flagrante válido e regular, no qual agentes da autoridade, cientes, por qualquer razão (em geral notícia anônima), de que um crime poderá ser cometido em determinado local e horário, sem que tenha havido qualquer preparação ou induzimento, deixam que o suspeito aja, ficando à espreita para prendê-lo em flagrante no momento da execução do delito. Note-se que em tal caso não há qualquer farsa ou induzimento, apenas aguarda--se a prática do delito no local.” (pg. 1040)

drogas ou de armas de fogo, recebem informações de que um crime será cometido num determinado lugar e num determinado momento, e, diante desses fatos, se posicionam no local, aguardam a chegada dos criminosos e, no momento oportuno, efetuam a prisão.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça<sup>42</sup> possui diversos entendimentos de que o flagrante esperado é legal, notadamente porque não há a presença de qualquer agente provocador, mas sim de informações anteriores que foram imprescindíveis para a realização da apreensão.

Assim, conclui-se que, para não ocorra o flagrante preparado, é indispensável a presença das fundadas razões de conduta criminal preexistente, pois, caso não haja qualquer indício anterior de que o criminoso tenha envolvimento habitual com os crimes ora analisados, e de que ele somente praticou sua conduta típica por ter sido instigado pelo agente provocador, toda a prisão em flagrante será ilegal, e, conseqüentemente, será relaxada.

## **2- A LEI ANTICRIME<sup>43</sup>: CRIAÇÃO DO AGENTE DISFARÇADO**

Diante de todo o recorrido a respeito da conceituação do agente policial, e principal objeto de estudo desde artigo, é de suma importância destacar em quais dispositivos legais ele foi introduzido.

Primeiramente, o precursor do agente policial disfarçado no ordenamento jurídico brasileiro foi a Lei Anticrime, mais conhecida como “Pacote Anticrime” ou Lei 13.964/19, que introduziu o respectivo instituto em duas leis fundamentais para o combate as infrações penais.

<sup>42</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5ª Turma). Recurso Ordinário em Habeas Corpus 68330/SP. Relator Ministro Ribeiro Dantas. Data do Julgamento: 06/08/2019. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201600486314&dt\\_publicacao=13/08/2019](https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201600486314&dt_publicacao=13/08/2019). Acesso em 15 nov. 2020. “PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO AO TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. ALEGAÇÃO DE FLAGRANTE PREPARADO. INOCORRÊNCIA. FLAGRANTE ESPERADO. LEGALIDADE. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. INEXISTÊNCIA. PRESSUPOSTOS DA PRISÃO PREVENTIVA PRESENTES. RECURSO DESPROVIDO. 1. Nos termos do entendimento consolidado desta Corte, tratando-se de tráfico internacional de drogas, na condutas de “guardar”, “transportar” e “trazer consigo”, de delito de natureza permanente, a prática criminosa se consuma antes mesmo da atuação policial, o que afasta a tese defensiva de flagrante preparado. 2. Hipótese em que não se constata a alegada ilegalidade da prisão, porquanto, “no flagrante preparado, a polícia provoca o agente a praticar o delito e, ao mesmo tempo, impede a sua consumação, cuidando-se, assim, de crime impossível; ao passo que no flagrante forjado a conduta do agente é criada pela polícia, tratando-se de fato atípico. Hipótese totalmente diversa é a do flagrante esperado, em que a polícia tem notícias de que uma infração penal será cometida e aguarda o momento de sua consumação para executar a prisão” (HC 307.775/GO, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 11/03/2015). (...)

<sup>43</sup> BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de Dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm). Acesso em 26 de abril 2022.

## 2.1 - ALTERAÇÕES NO ESTATUTO DO DESARMAMENTO

A primeira alteração foi a do Estatuto do Desarmamento<sup>44</sup>, com a respectiva inclusão do agente policial disfarçado em duas infrações penais: Comércio Ilegal de Arma de Fogo e o Tráfico Internacional de Arma de Fogo:

Art. 17.....

Pena - reclusão, de 6 (seis) a 12 (doze) anos, e multa.

§ 1º.....

§ 2º Incorre na mesma pena quem vende ou entrega arma de fogo, acessório ou munição, sem autorização ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentar, a **agente policial disfarçado**, quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente.

Art. 18.....

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 16 (dezesesseis) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem vende ou entrega arma de fogo, acessório ou munição, em operação de importação, sem autorização da autoridade competente, a **agente policial disfarçado**, quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente.

Destaca-se que o legislador condicionou o tipo penal aos elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente, já discorrido em tópico anterior. Ademais, diante dessa expressa previsão, reforça ainda mais a premissa de que caso não haja esses elementos informativos de conduta anterior, não há crime.

## 3.2 - Alteração na Lei de Drogas<sup>45</sup>:

Ao contrário do que ocorreu no Estatuto do Desarmamento, o agente policial disfarçado foi previsto somente em um tipo penal, qual seja, o de tráfico de drogas. De modo diverso, o

<sup>44</sup> BRASIL. Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003. Dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas - Sinarm, define crimes e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/110.826.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.826.htm). Acesso em 26 de abril de 2022.

<sup>45</sup> BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de Agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2004-2006/2006/lei/111343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/111343.htm). Acesso em 26 de abril de 2022.

compilado antitóxico não prevê uma infração penal própria ao delito de tráfico internacional de drogas

Art. 18.....

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 16 (dezesesseis) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem vende ou entrega arma de fogo, acessório ou munição, em operação de importação, sem autorização da autoridade competente, a **agente policial disfarçado**, quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente.

Não há como negar que o tráfico de drogas é um crime presente em toda a sociedade, desde a população de classe mais baixa, até as pessoas de classe alta, que, muitas vezes, utilizam entorpecentes como forma de se divertirem em eventos. Em razão dessa comercialização e uso desenfreado, o Poder Público realiza diversas campanhas de combate as drogas, mas, na maioria das vezes, não apresentam mudanças significativas na vida real.

O agente policial disfarçado vem para auxiliar os agentes da segurança pública ao enfrentamento dessa prática incriminadora, e “tem como objetivo precípua evitar que a dispersão de armas e drogas seja feita por meio de pequenas quantidades”<sup>46</sup>.

Salienta-se, pois, como o agente policial disfarçado foi introduzido de forma explícita somente nessas duas leis especiais, em respeito ao Princípio da Legalidade<sup>47</sup>, não há como utilizá-lo na investigação de outros crimes, por mais relevante que seja, sob pena de ir em desacordo a Carga Magna.

### 3- Considerações Finais

Diante de todo o exposto acima acerca dos meios de obtenção de prova, em especial, do agente policial disfarçado, conclui-se que a inovação no ordenamento jurídico brasileiro veio para acrescentar e auxiliar ainda mais o trabalho investigativo da Polícia Judiciária, ainda mais que, com o passar do tempo, os criminosos vêm se aperfeiçoando cada vez mais e,

<sup>46</sup> DE LIMA, R. B. Manual de Legislação Criminal Especial. Volume Único. 10ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2022. Pg. 1268.

<sup>47</sup> BRASIL. Constituição de República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) Acesso em 03 de maio de 2022.

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: II- ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; LIV- ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

consequentemente, a segurança pública deve estar sempre um passo à frente visando a prevenção das infrações penais.

Além disso, veio, também, dar um pouco mais de liberdade aos agentes investigativos que, muitas vezes, não possuem apoio legislativo, já que, o agente policial disfarçado, se utilizado de forme correta, qual seja, com as fundadas razões de conduta criminal preexistente, a prisão realizada será legal, não ocorrendo a mitigação do flagrante preparado.

Imperioso destacar que, como é algo relativamente novo, não há muitas decisões dos Tribunais Superiores acerca do seu uso, mas, não há como negar que o agente policial disfarçado veio como uma resposta do Poder Público no combate aos crimes de tráfico de drogas e tráfico internacional e comércio de arma de fogo.

Pontua-se, também, que, apesar do agente policial disfarçado ter sido introduzido no ordenamento jurídico, há outros meios de obtenção de provas utilizados em diversas legislações especiais, e, acrescidos do objeto de estudo deste artigo (qual seja, o agente policial disfarçado), esses mecanismos visam fortalecer a prevenção dos crimes e reprimir de maneira mais eficaz a criminalidade hodierna.

Por fim, pela luta contra o comércio de drogas e de arma de fogo ser algo tão relevante em nossa sociedade, destaca-se que é sempre oportuno a ampliação de ferramentas para o descortino dos crimes e a identificação de sua autoria.

#### **4- REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:**

BRASIL. **Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003.** Dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas - Sinarm, define crimes e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/110.826.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.826.htm) Acesso em 20 de abril de 2022.

BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de Agosto de 2006.** Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm). Acesso em 20 de abril de 2022.

BRASIL. **Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Dispõe sobre o Código Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm) Acesso em 29 de março de 2022

BRASIL. **Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.** Dispõe sobre o Código de Processo Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm) Acesso em 12 de abril de 2022.

BRASIL. Constituição de República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) Acesso em 03 de maio de 2022.  
BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de Dezembro de 2019.** Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm). Acesso em 29 de março 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.850 de 2 de agosto de 2013.** Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm) Acesso em 29 de março de 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.613 de 3 de Março de 1998.** Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19613.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19613.htm) Acesso em 29 de março de 2022.

Supremo Tribunal Federal. **Súmula número 145:** “Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação.” Disponível em <https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2119#:~:text=S%C3%BAmula%20145,torna%20imposs%C3%ADvel%20a%20sua%20consuma%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em 25 de abril de 2022.

Supremo Tribunal Federal, **HC 70.235/RS**, Rel. Ministro Paulo Brossard. 08 de março de 1994. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/748527/habeas-corpus-hc-70235-rs>. Acesso em 26 de abril de 2022

“**Enunciados da I Jornada de Direito Penal e Processo Penal Cjf/STJ**”. Disponível em: [https://www.dizerodireito.com.br/2020/08/enunciados-da-i-jornada-de-direito\\_14.html](https://www.dizerodireito.com.br/2020/08/enunciados-da-i-jornada-de-direito_14.html) . Acesso em 24 de abril de 2022. “I Jornada de Direito e Processo Penal - Enunciados aprovados”. Disponível em: [https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/copy\\_of\\_Jornada%20de%20Direito%20Administrativo%20-%20Enunciados%20aprovados/jornada-de-direito-administrativo-enunciados-aprovados](https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/copy_of_Jornada%20de%20Direito%20Administrativo%20-%20Enunciados%20aprovados/jornada-de-direito-administrativo-enunciados-aprovados) (extraído na aba arquivos). Acesso em 25 de abril de 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5ª Turma). **Recurso Ordinário em Habeas Corpus 68330/SP.** Relator Ministro Ribeiro Dantas. Data do Julgamento: 06/08/2019. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201600486314&dt\\_publicacao=13/08/2019](https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201600486314&dt_publicacao=13/08/2019) . Acesso em 25 de abril de 2022.

DE LIMA, R. B. **Manual de Processo Penal: Volume Único.** 8ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

DE LIMA, R. B. **Manual de Legislação Criminal Especial.** Volume Único. 10ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2022.

REIS, A. C. A.; LENZA, P.; GONÇALVES, V. E. R. **Direito processual penal.** 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book.

JR., A. L. **Direito processual penal.** 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book. Acesso em 24 de abril de 2022.

GLOECKNER, R. J.; JR., A. L. **Investigação Preliminar no Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: SARAIVA, 2014.

MASSON, C. e MARÇAL, V. **Crime Organizado**. 4<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Método, 2018.

HOFFMANN, Henrique; COSTA, Adriano Sousa; FONTES, Eduardo e SILVA, Márcio. **Agente Policial Disfarçado no Estatuto do Desarmamento e na Lei de Drogas**. Publicado no dia 25 de agosto de 2020, no conjur.com.br. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-ago-25/academia-policia-agente-policial-disfarcado-estatuto-desarmamento-lei-drogas> . Acesso dia 20 de abril de 2022.

# RELAÇÃO DIREITO E ESTADO NO BRASIL COM FOCO NA FORMA QUE SE CONSTITUI E SUAS CONSEQUENCIAS

Luis Gustavo Gomes <sup>1</sup>  
Giovane Moraes Porto <sup>2</sup>

## RESUMO

A atual pesquisa pretende analisar de quais maneiras o Estado se vale do direito, tendo o objetivo a legitimação e legalidade por parte do Estado, com foco especial no Brasil, de como as questões culturais interferem o modo de governar, e os impactos na sociedade, a problematização da anormalidade, de que o Estado detém todos os meios para garantir e retomar a normalidade, sobre a visão do Brasil, os mecanismos usados pelo Estado, detendo a legitimidade, retira direitos sociais, legitima a violência e até mesmo a tortura até o ponto de dar um Golpe de Estado, fechando com a visão com bons olhos para os movimentos sociais sendo esses de suma importância para a população ter os seus direitos garantidos. Tendo como principal referencial as construções teóricas.

**Palavras-chaves:** Direitos, Estado, Legalidade, legitimidade, Brasil, Governo

## ABSTRACT

The current research intends to analyze in which ways the State uses the law, with the objective of legitimation and legality by the State, with a special focus on Brazil, of how cultural issues interfere in the way of governing, and the impacts on society, the problematization of abnormality, that the State has all the means to guarantee and resume normality, on Brazil's view, the mechanisms used by the State, detaining legitimacy, withdraw social rights, legitimize violence and even torture until the point of giving a coup d'état, closing with a good eye view for social movements, which are of paramount importance for the population to have their rights guaranteed. Having as main reference the theoretical constructions.

**Keywords:** Rights, State, Legality, legitimacy, Brazil, Government.

## INTRODUÇÃO

Diante do atual cenário, cada vez mais surge a importância sobre a verificação da legitimidade do Estado, como este se legitima, até onde vai os limites estabelecidos pelo direito sendo na anormalidade que o problema surge, já que o Estado legitimado, detém legalidade para usar todos os meios, coerção,

violência, aniquilação, para deter o “anormal”, o diferente, com a premissa para trazer a normalidade.

O grande foco será como isto e de que forma acontece no Brasil. A influência das questões culturais que desde o Brasil Colônia até a atual República, são os interesses de poucos que são atendidos no Brasil, sendo daqueles que detém o capital e poder. As formas que o Estado se valendo do Direito da legitimidade que tem, impetra em momentos da história o Estado, se usa da prática da Exceção, para conseguir tomar medidas excepcionais, garantindo assim os interesses, políticos e sócias de alguns, e não sendo em prol da sociedade, não sendo o foco a população em geral.

Logo essas medidas tendo impactos severos em toda a sociedade, e tendo os movimentos sociais como meio de tentar reivindicações, garantias de direitos, sendo este direitos fundamentais, que por mais que tenham previsões, não tem sua efetiva garantia.

Portanto cabendo a população por meio deste tentar ter suas garantias tida como fundamentais, para ter o mínimo para uma boa existência de vida.

## **A DEFINIÇÃO DA ESFERA DO DIREITO E O ESTADO**

Iniciamos, abordando sobre a definição do que vem a ser o direito, sob a perspectiva de Miguel Reale,

O Direito é, essencialmente, ordem das relações sociais segundo um sistema de valores reconhecido como superior aos indivíduos e aos grupos. Os valores sobre que se fundamenta o mundo jurídico são de duas espécies: uns são primordiais, ou melhor, conaturais ao homem, tal como o valor da pessoa humana, que é o valor-fonte da ideia do justo; outros são valores adquiridos por meio da experiência histórica, ao passo que os primeiros são pressupostos dos ordenamentos jurídicos ainda quando estes os ignoram. (REALE.2000.pg9)

Podemos verificar que, o direito é o conjunto de normas jurídicas, sendo ele superior aos homens e grupos sociais, sendo o meio utilizado para regular as

condutas dentro de um delimitado território, não sendo Estado, o corpo social, mas sim o meio que traz o ideal daquele espaço, ser e dever ser, por meio das leis estabelecidas.

Seguindo, abordaremos a definição de Estado, que pela parâmetro da atual pesquisa, a definição de Estado está ligada diretamente ao Direito, onde Wolkmer diz

O Estado configura-se como organização de caráter político jurídico que visa não só a manutenção e coesão, mas a regulamentação de força em uma formação social determinada. Tal forma está alicerçada por sua vez, em uma ordem coercitiva, munida de sanção especificamente jurídica. O Estado legitima seu poder pela eficácia e pela validade oferecida pelo Direito, que por sua vez, adquire força no respaldo proporcionado pelo Estado. (WOLKMER.2001.pg.58).

Vemos, que o Estado tem um caráter político onde, irá regular a sociedade, por meio de uma ordem coercitiva, para garantir a manutenção do conjunto social, sendo o Direito que irá garantir as ações do Estado, de forma válida e legítima, que mesmo sejam ações coercitivas para garantir o funcionamento do corpo social.

Após concluir as definições de Estado e Direito, vemos agora como funciona o Estado de direito, com as duas esferas em uma só, onde o Estado se vale do Direito, e da ordem jurídica para legitimar suas condutas sobre cada indivíduo. Kelsen mostra uma definição de que maneira o Estado se vale da ordem jurídica.

É usual caracterizar-se o Estado como uma organização política. Com isto, porém, apenas se exprime que o Estado é uma ordem coação. Com efeito, o elemento “político” específico desta organização consiste na coação exercida de indivíduo a indivíduo e regulada por essa ordem, nos atos de coação que essa ordem estatui. (KELSEN.1999.pg.200)

Então vemos que o Estado é uma organização política onde o político em si (representação de todo o corpo social) estabelece a conduta do Estado perante a cada indivíduo. Sendo o político o governante deste Estado sendo este escolhida

de uma forma justa por meio da democracia (assunto no qual abordaremos adiante) onde define Bobbio

Por isto, para que uma decisão tomada por indivíduos (um, poucos, muitos, todos) possa ser aceita como decisão coletiva é preciso que seja tomada com base em regras (não importa se escritas ou consuetudinárias) que estabeleçam quais são os indivíduos autorizados a tomar as decisões vinculatórias para todos os membros do grupo, e à base de quais procedimentos. (BOBBIO.1997)

Vemos que existe uma regra na qual para ser legítimo a grande maioria estabelece alguém para falar por todos, que responde por aquele grupo e irá governar para o bem ou mal de um determinado povo. Podemos, concluir então que as esferas de Direito e Estado, estão interligadas, onde que o Estado, irá ter seus limites criados pelo Direito, por intermédio de um sistema jurídico, onde que suas ações que mesmo algumas coercitivas, serão válidas e legitimadas pelo Direito.

Olhando para o Brasil veremos com o Wolkmer como está relação se dará Wolkmer (2001.pg.81) “o paradigma jurídico tradicional - Direito identificado como a lei e como produção exclusiva do Estado”. Então observamos que o Estado é o detentor de criar as leis assim podendo legitimar suas condutas sendo elas moralmente legais ou não legítimas já que ele detém consigo o poder de criação, e ele completa dizendo

Constata-se que em momentos distintos de sua evolução - Colônia, Império e República - a cultura jurídica nacional foi sempre marcada pela ampla supremacia do oficialismo estatal sobre as diversas formas de pluralidade de fontes normativas. (WOLKMER.2001.pg.84)

Vemos então que durante todo o período do Brasil desde a Colônia até a República que o poder sempre esteve centralizado no Estado, logo temos culturalmente um País onde o Estado é Soberano, tendo então o poder de criar leis

legitimando suas ações coercitivas, arbitrárias mas legítimas se for por meio de decisão onde todos que escolhem quem irá governar todos.

## LEGITIMAÇÃO E LEGALIDADE DO ESTADO

O princípio da legitimação, é o meio que da validade para as normas jurídicas em um determinado tempo e espaço, onde as normas estabelecidas nesse determinado tempo e espaço estarão limitado a este. Segundo Hans Kelsen (pg.171.), sendo este um princípio valido apenas em condições normais, onde a norma é seguida, no momento em que temos um revolução o chamado coup d'État, onde a norma é substituída, anulada, sendo ilegítima.

Já o princípio da legalidade, seria a que a lei criada naquele determinado tempo e espaço tem que ser aplicada a todos, sem distinção, e de ser aplicado aquilo que está previsto. Como traz Hans Kelsen O princípio de igualdade assim formulado nada mais é que uma expressão tautológica do princípio de legalidade, ou seja, o princípio de que as regras de Direito devem ser aplicadas em todos os casos em que, segundo o seu conteúdo, devem ser aplicadas.

Veremos o que vem a ser está Legitimação do poder do Estado se o Estado detendo desta legitimação pode governar para si mesmo e não em benefício do povo. Se pegarmos Platão ele irá definir a legitimação do governo da seguinte maneira

O ateniense: Muito bem. Quais e quantos são os títulos ou direitos, sob consenso, de autoridade e de obediência existente tanto nos Estados, grandes ou pequenos, como nos ambientes domésticos? Não será um deles o do pai e da mãe? E no geral, não será o direito dos pais de governar seus descendentes universalmente justo?

Clinias: Certamente

O ateniense: E depois desse o direito do nobre governar o não-nobre, e a seguir como um terceiro direito, o dos mais velhos governarem e os mais jovens serem governados

Clinias: Está certo

O ateniense: O quarto direito é o que exige a obediência dos escravos diante do mando dos senhores.

Clinias: É indiscutível

O ateniense: E o quinto é, eu o imagino, o do mando do mais forte sobre o mais fraco.

Clinias: Acabas de formular uma forma de autoridade verdadeiramente compulsória.

O ateniense: E que predominam entre todos os seres vivos, sendo “de acordo com a natureza”, como o disse Píndaro de Tebas. O mais importante título ou direito é, aparentemente, o sexto, o qual determina que aquele que carece de entendimento deve acatar, e o sábio conduzir e comandar. Ora neste caso, meu mui sábio Píndaro, eu não diria certamente que é contra a natureza, porém inteiramente de acordo com ela - a autoridade exercida sem constrangimento pela lei, sobre os governados que aceitam voluntariamente. (PLATÃO 357 e 347 a.C.pg.154)

Segundo Platão então vemos que a legitimidade do governo se dá de uma forma natural na qual o sábio (aristocrata) governa, e exerce sua sabedoria natural para mostrar a cada um qual é seu lugar natural, sendo que todos na cidade têm uma determinada função, e é de dever do Estado mostrar a cada um qual a sua função para ter o equilíbrio social natural, que é segundo o Nomos que quem governa faz esta divisão e esta organização da cidade.

Adianta, verificamos que, para a compreensão do Estado e Direito, a violência legítima como traz Max Weber, onde esse seria o ponto essencial para a legitimação do exercício do poder de um Estado, onde as ações coercitivas teriam legitimação e legalidade, perante a sociedade. De forma que é autorizado e legítimo o uso da violência sempre quando quebrado algum preceito legal.

Já nos dias atuais e voltando o olhar em especial o Brasil temos a questão da legitimidade de um governo respaldado no direito, constituindo um Estado Democrático de Direito, onde temos que na própria Constituição está resguardado a legitimação do governo e a legalidade das leis

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: I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V

- o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. ( CF.88).

Podemos observar então que por meio de eleição será eleito quem irá representar a população, logo será legítimo se tiver uma eleição legal para a escolha dos representantes será legitimado seu governo tendo legalidade para criação de normas e leis.

Na mesma perspectiva, vemos o princípio da legalidade, na Constituição, trazendo no seu artigo 5.II que II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; onde podemos concluir, após a criação legítima por parte do Estado, o povo fará aquilo que está previsto em lei, onde a questão da coerção/sanção só aparece quando a previsão legal é confrontando, com uma ação direta ou indireta ou de forma omissa.

## **AS CONSEQUÊNCIAS NA SOCIEDADE**

Para finalizarmos analisaremos de como afeta de forma direta a sociedade de um modo geral a forma de como o Estado governa e age sobre os indivíduos, em especial quem não está atrelado aos padrões estabelecidos, sendo este considerado “diferente” do todos. Começamos já com onde Schmitt definirá como um Estado que detém da forma de governo democracia age perante o “diferente”

Em toda a verdadeira democracia está implícito que não só o igual seja tratado igualmente, mas que, como consequência inevitável, o não igual seja tratado de modo diferente. Portanto, a democracia deve, em primeiro lugar, ter homogeneidade e, em segundo, - se for preciso - eliminar ou aniquilar o heterogêneo. A força política de uma democracia se evidencia quando mantém à distância ou afasta tudo o que é estranho e diferente, o que ameaça a homogeneidade. (SCHMITT.1996)

Então Schmitt pontua que no Estado democrático pode acontecer de quem for considerado o “ anormal” poderá ser eliminado ou retirado da população o problema é que quem define quem está ou não atendendo aos padrões de normal é o Estado, podendo se valer disso para eliminar a todos a quem deseja apenas definindo quem é o “anormal” o “diferente”, e não deixando de ser legítimo pode

ser sem dúvidas imoral ou ruim mais a ação do Estado está legitimada pela população onde deixou nas mãos do eleito, a garantia de um equilíbrio social, logo podendo este eliminar determinados grupos definindo estes como “anormal”, basta determinado grupo não atender ao que o Estado deseja, já que está na mãos deste garantir a “ ordem e progresso” no caso do Brasil.

Outro ponto que podemos destacar é que a sociedade brasileira está cada vez mais em busca de efetividade no governo que a décadas não consegue nem atingir a todos direitos tidos como fundamentais, o que gera na população de eleição em eleição a busca por um “messias” que irá salvar este país e acaba depositando sua liberdade e o poder nas mãos de quem só pensa em governar para si e para alguns. Wolkmer pontua que culturalmente o Brasil desde sua colônia já foi pensado de maneira errônea

O Brasil colonial não chega a se constituir numa Nação coesa, tampouco numa sociedade organizada politicamente, pois as elites agrárias proprietárias das terras e das grandes fazendas, senhoras da economia de monocultura e detentores de mão de obra escrava, construíram um Estado completamente desvinculado das necessidades da maioria da sua população, montado para servir tanto aos seus próprios interesses quanto aos do governo real da Metrópole. (WOLKMER.2001.pg.85)

Podemos analisar que está enraizado desde a época do Brasil colônia que o Estado não tem como prioridade as necessidades de toda a população e sim atender ao seus interessados.

Ao longo da história brasileira, podemos destacar alguns pontos marcantes, para exemplificar, o que foi apresentado até o presente momento, onde podemos vislumbrar na prática como o Estado pode legitimar suas ações, mesmo que sejam ações violentas, podendo até retirar direitos, entre outras medidas.

Um deles, é o Golpe Militar de 1964, que Napolitano traz que foi onde grupos da grande elite brasileira conservadora, juntamente com militares brasileiros, motivados pela crise política da época, e por temer que o atual

presidente o implantação das chamadas Reformas de Bases, onde teria várias medidas sócias atendidas, para contra o presidente da época João Goulart, onde que de forma institucional, os militares (Marechal Castelo Branco) assumiu o poder, dando a promessa que no ano seguinte teria eleições. O golpe que durou 1964 até 1985.

Nesse período entre os vários Atos Institucionais, o AI-5 é o que mais escancara, onde o Governo se valendo do Direito, implantou o Estado de Exceção, adotou diversas medidas, motivadas pelo interesse do governo, militares, e a alta classe da sociedade. Adotando medidas extremamente violentas, retirando direitos, e dando legitimidade até mesmo para tortura.

Dentre os 12 artigos do AI-5, temos Art. 2º, Onde o presidente pode e fez decretando o recesso do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas e das Câmeras dos Vereadores, onde observamos que toda representação política da população ficou suspensa durante esse período, e o Art 5 esse vale a sua transcrição na totalidade

Art. 5º - A suspensão dos direitos políticos, com base neste Ato, importa, simultaneamente, em: (Vide Ato Institucional nº 6, de 1969) I - cessação de privilégio de foro por prerrogativa de função; II - suspensão do direito de votar e de ser votado nas eleições sindicais; III - proibição de atividades ou manifestação sobre assunto de natureza política; IV - aplicação, quando necessária, das seguintes medidas de segurança: a) liberdade vigiada; b) proibição de frequentar determinados lugares; c) domicílio determinado.

Observamos que todos os direitos políticos foram retirados da população, tendo sua liberdade restringida e vigiada, proibição de ir em certos lugares, não podendo fazer qualquer manifestação ou atividade sobre política, e tendo que ter seu domicilio determinado.

Vemos então que nesse trágico momento da história brasileira, o Estado se valendo do Direito, decretando um Estado Excecional, onde partir disso, retirou grande parte dos direitos políticos e sócias da população, dando legitimada para os militares, usar todos os meios para repelir quaisquer tipos de ameaça ao Governo, não o bastante a violência e a censura, se valendo até mesmo da Tortura.

Outro marco importante que podemos destacar, é o Impeachment de 2016, da ex-presidente Dilma Rousseff, onde novamente o Brasil se encontrava em um momento de crise política, momento que ocorria as investigações da Operação Lava Jato, várias investigações de corrupções contra deputados e senadores, por interesses da alta sociedade, sendo instituído um processo para tirar a presidenta, pelo motivo de “pedaladas fiscais” que seriam irregularidades fiscais, usadas para cobrir déficits, sendo uma prática que sempre foi utilizada pelos governos, o Estado de Exceção apareceria novamente, como ficou popularmente conhecido o Golpe de 2016, como bem traz Michael Lowy

O que aconteceu no Brasil, com a destituição da presidente eleita Dilma Rousseff, foi um golpe de Estado. Golpe de Estado pseudolegal, “constitucional”, “institucional”, parlamentar ou o que se preferir, mas golpe de Estado. Parlamentares - deputados e senadores - profundamente envolvidos em casos de corrupção (fala-se em 60%) instituíram um processo de destituição contra a presidente pretextando irregularidades contábeis, “pedaladas fiscais”, para cobrir déficits nas contas públicas - uma prática corriqueira em todos os governos anteriores! Não há dúvida de que vários quadros do PT estão envolvidos no escândalo de corrupção da Petrobras, mas Dilma não... Na verdade, os deputados de direita que conduziram a campanha contra a presidente são uns dos mais comprometidos nesse caso, começando pelo presidente da Câmara dos Deputados, Eduardo Cunha (recentemente suspenso), acusado de corrupção, lavagem de dinheiro, evasão fiscal etc.(Michael Lowy.pg57)

Então verificamos que, para defender os interesses de vários que ali apoiaram e votaram o Impeachment, adotaram uma medida excepcional, alegando que a prática é passível para a medida extrema. Seguindo vemos que o Impeachment tem de ser a última ratio dentro a Constituição como bem traz Ciro Gomes

O impeachment é o último recurso aplicado pela Constituição contra um mandato democraticamente eleito. Não foi apresentado nenhum crime de responsabilidade dolosamente cometido pela presidenta, uma vez que as chamadas pedaladas fiscais não passam de manobras fiscais que, por mais que sejam uma anomalia, não estão previstas na Constituição como passíveis de crime de responsabilidade. (CIRO GOMES. PG 57)

Vemos, que na própria Constituição não tem qualquer previsão pela prática que foi o pivô para instaurar e posteriormente se concretizar o Impeachment, logo não é passível de responsabilização de crime fiscal, logo foi criada uma situação excepcional para tomar uma medida excepcional.

Então vemos que esses dois acontecimentos como bem traz Michael Lowy “O que a tragédia de 1964 e a farsa de 2016 têm em comum é o ódio à democracia. Os dois episódios revelam o profundo desprezo que as classes dominantes brasileiras têm pela democracia e pela vontade popular.”

Para concluir, é bom ressaltar que esta medida não deve ser adotada por conta de descontentamentos, por não gostar de quem governa, já que foi um Governo devidamente legítimo pelo povo por meio das eleições sendo este o meio para mudar, e fazer diferente, como traz Ciro Gomes

É importante sempre lembrar para a população brasileira que impeachment não é remédio para governo ruim. O que devemos fazer é garantir a ordem democrática e exigir, cobrar dos governantes que realizem aquilo para o qual foram eleitos. Governo ruim passa ligeiro, mas romper com a democracia significa colocar em risco nosso país por muitos anos à frente. (CIRO GOMES.PG58)

## **MOVIMENTOS SOCIAIS**

Os movimentos sociais, garantidos pela Constituição Federal de 1988 no seu Art.5. XVI “todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente;”.

Portanto os movimentos sociais, é o meio para as reivindicações por parte da população, quando houver descontentamento, seja social, político, econômico. Como apresentando o meio para conquistar, e reivindicar direitos é a união do

povo, sendo o meio para conquistar direitos que por mais que reconhecidos não tem sua garantia. Como bem traz Wolkmer

Igualmente não parece adequado vincular a emergência dos movimentos sociais com a substituição ou desaparecimento eventual das classes sociais, pois, quer nas sociedades capitalistas avançadas, quer nas sociedades periféricas como a brasileira, a busca pela satisfação das necessidades fundamentais está sempre associada a reivindicações, conflitos e lutas que partem dos mais diferentes setores da sociedade, que podem refletir tanto interesses classistas quanto pluralistas. (WOLKMER.2001.pg.137).

Observamos, a importância dos movimentos sociais para as conquistar de direitos, e para conseguir mudanças dentro o cenário nacional, tendo impacto positivo para toda população. Para podemos exemplificar podemos destacar o movimento social, conhecido como Diretas já no ano de 1984, para eleições a Presidente da República, como traz Napolitano

O significado histórico do movimento 'Diretas-Já', ocorrido entre novembro de 1983 e abril de 1984, foi muito além dos seus resultados político institucionais imediatos. Em pouco mais de quatro meses, milhões de brasileiros ocuparam as praças públicas num conjunto de gigantescas manifestações de repúdio ao regime militar, exigindo a volta das eleições diretas para Presidente da República. Mesmo presa à uma dinâmica institucional, [...] as 'Diretas-Já' ultrapassou qualquer perspectiva de participação e mobilizou os mais amplos setores da sociedade civil, pré-organizada ou não. (NAPOLITANO, 1995, p. 207.)<sup>1</sup>

Então cabe a sociedade lutar pelos seus direitos, sendo está a maneira para conseguir os seus direitos estes tidos como fundamentais, portanto através das manifestações, reivindicações, é que tem o seu poder atendido pois as massas sempre foram um problema para os governos, então o povo de uma maneira geral tem que lutar para conseguir melhorias, porque os problemas de direitos fundamentais já está enraizado culturalmente no Brasil, logo só mudara com lutas e conflitos para surgir alguma mudança.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Podemos concluir que conforme mostrado a legitimidade e legalidade caminha junto onde o Estado se vale do direito, para ser legítimo e legitimar suas ações, tendo legalidade nos limites trazidos pela lei. Porém tendo a legitimidade para que sempre que ameaçada ou infringida os limites estabelecidos pela lei para a população, o Estado pode se valer da violência da coerção sendo esta pratica totalmente legitima.

Já com os olhares em especial para o Brasil, onde temos o governo da Democracia, logo sendo o governo legitimado pelo povo por meio da eleição, o mais votado é eleito o representante de todos, tendo previsão na própria Constituição onde diz todo poder emana do povo. Porém o problema não aparece quando tudo está normal, e sim na anormalidade, quando a anormalidade aparece é quando o Estado afasta a Constituição, de forma institucional, alegando a Excepcionalidade, para assim tomar todas as medidas cabíveis para dar fim a esta anomalia, detendo consigo todo o tipo de violência, e até mesmo retiradas de direitos para aquele considera inimigo.

Novamente voltando para o Brasil, com citado, tanto o golpe de 1964 como o 2016, são exemplos infelizmente reais do afastamento da Constituição, deixado de lado a Democracia, de início para dar fim a uma crise política, porém o motivo real, é para o benefício de alguns, algumas classes sendo esta dominante, que detém os meios de controle e poder, como em 64 quando foi legitimado até mesmo a Tortura e retirado vários direitos da população, como em 2016 onde que para atender e beneficiar várias empresas, até mesmo Senadores e Governantes que estavam sendo investigados, retirando a presidente Dilma, por algo nem mesmo previsto na Constituição.

Portanto vemos que está é uma questão cultural, enraizado, onde que desde de sua Constituição até os dias atuais, o Brasil, é governando por poucos e para poucos, atendendo as necessidades proveniente da Alta classe social, onde a desigualdade social econômica só aumenta, e direitos tidos como Fundamentais sendo difícil a sua garantia cabendo a População, por meio claro da votação/eleição em primeira mão eleger melhor quem irá representar, e não ficar à espera de um Messias com falsas promessas, falando que tem a salvação para todos os problemas da magnitude que tem o Brasil, e claro por meio de

reivindicações, movimentos sócias, para a garantia cada vez mais de direitos, para ter o mínimo aceitável atingido.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

KELSEN, Hans, **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. São Paulo,1999.

BOBBIO, Noberto, **O Futuro da Democracia**: uma defesa das regras do jogo. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 6ªed.São Paulo,1997

WOLKMER, Antonio, **Pluralismo Jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no direito. Tradução Fernando Mangarielo. São Paulo,2001

SCHMITT, Carl, **A crise da democracia parlamentar**. Tradução Inês Loh-bauer. São Paulo,1996

PLATÃO, **As Leis**, livro 3, 1578

**CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**

REALE, Miguel. **Teoria do Direito e do Estado**/ Miguel Reale - 5.ed.rev.- São Paulo, Saraiva.2000.pg 09

WEBER, Max. **O político e o cientista**. Lisboa: Presença.

NAPOLITANO, Marcos 1964: **História do Regime Militar Brasileiro**. - São Paulo: Contexto, 2014.

JINKINGS. Ivana. **Por que gritamos golpe?** para entender o impeachment e a crise / organização Ivana Jinkings , Kim Doria , Murilo Cleto. - 1. ed. - São Paulo: Boitempo, 2016.

# ADOÇÃO TARDIA E SEUS REFLEXOS

Mariana Rita Zachia<sup>1</sup>

Juliana Rui Fernandes dos Reis Gonçalves<sup>2</sup>

## RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo, analisar os aspectos que envolvem a adoção em sua modalidade tardia, a relacionando, ainda, com a adoção no tempo, quem poderá ser adotado, relações com a legislação e o processo para a adoção. Evidenciar-se-á também, a necessidade de arrazoar o devido tema na sociedade atual, de maneira a conscientizar os indivíduos, quanto a demanda e a importância de adotar.

**Palavras - chaves:** 1. Adoção; 2. Processo; 3. Adoção tardia.

## ABSTRACT

The present work aims to analyze the aspects that involve the adoption in its late modality, relating it, still, with the adoption in time, who can be adopted, relations with the legislation and the process for the adoption. It will also be evidenced, the need to reason the due theme in today's society, in order to make individuals aware of the demand and importance of adopting.

**Keywords:** 1. Adoption; 2. Process; 3. Late Adoption.

## 1 INTRODUÇÃO

### DUAS MÃES PARA UMA VIDA

Era uma vez duas mulheres  
Que nunca se encontraram De  
um lado (não te lembras)  
Do outro lado (A outra) aquela que tu chamas Mãe  
Duas vidas diferentes  
Na procura de realizar uma só: a tua  
Uma foi a tua boa estrela  
A outra o teu sol  
A primeira te deu a vida

<sup>1</sup> Graduanda do 9º período do curso de Direito do Centro Universitário Cidade Verde - UniCV. Email: mari10rita@hotmail.com

<sup>2</sup> Mestre em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (2005) e Professora da graduação e pós graduação do Centro Universitário Cidade Verde - UniCV. Email: profjulianarui@gmail.com. Orientadora da Trabalho de Conclusão de Curso - TCC2021/2020, intitulado: Adoção Tardia e seus reflexos.

A outra te ensinou a viver  
A primeira criou em ti a necessidade do amor  
A segunda te deu esse amor  
Uma te deu as raízes  
A outra te ofereceu teu nome  
A primeira te transmitiu teus dons A  
segunda te deu uma razão para viver  
Uma fez nascer em ti a emoção A  
outra acalmou tuas angústias A primeira  
recebeu teu primeiro sorriso  
A outra secou tuas lágrimas  
Uma te ofereceu em adoção  
Era tudo o que ela podia fazer por ti A  
outra rezou para ter uma criança E  
Deus a encaminhou em tua direção  
E agora, quando, chorando,  
Tu me colocas a eterna questão  
Herança natural ou educação?  
De quem sou o fruto?  
Nem de um nem de outro, minha criança,  
Simplesmente, de duas formas  
Diferentes de amor.

Autor desconhecido

A adoção existe há muito tempo na sociedade tendo sido uma forma de possibilitar a continuidade do culto doméstico àqueles que não tinham filhos homens que pudessem fazê-lo. Ou seja, desde a antiguidade o adotar é algo recorrente na sociedade e que tem grande importância para a mesma. No Brasil, com o advento da Lei 8.069 de 13 de julho de 1990 (ECA) e, posteriormente da Lei 12.010 de 03 de agosto de 2009 que trata especificamente do instituto, este tem se tornado mais simplificado, facilitando o processo de adoção.

Como será informado no texto de forma mais abrangente, desde a formação em 2019 do Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento (SNA), o qual se deu da fusão do Cadastro Nacional de Adoção (CNA) e do Cadastro Nacional de Crianças Acolhidas (CNCA), tornou-se possível mapear melhor a questão da adoção no Brasil.

O sistema tem por fim a proteção de milhares de crianças e adolescentes que se encontram em situação de vulnerabilidade familiar ou social e que aguardam um acolhimento familiar, seja de suas famílias biológicas ou ainda adotivas.

Tal proteção está de acordo com o disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente, quando aduz que a criança e o adolescente tem plena proteção, a qual deve ser garantida pela família, pela comunidade ou pela sociedade em geral.

Isto posto, a delimitação do tema a ser estudado, se dá com o enfoque especial na adoção tardia, tendo em vista a necessidade de se abordar o tema no cenário atual, demonstrando ainda a evolução da adoção, suas bases legais, a possibilidade de ser vista como método alternativo a concepção, e a, problematização que envolve as escolhas dos adotantes que acaba por gerar grandes filas de espera, mesmo diante de muitas crianças/adolescentes que esperam serem adotados.

Em sendo assim, buscar-se-á analisar o processo de adoção, mesmo que em brevíssima síntese, a fim de conhecer melhor sua origem e evolução, dando-se mais enfoque à modalidade de adoção tardia e seus reflexos na vida social do adotado.

## 2 A ADOÇÃO NO TEMPO

A expressão “adoção” é derivada do Latim *adoptio.onis* e tem como significado: ação ou efeito de doar; possui como sinônimos as palavras acolhimento, aceitação e adoção, sendo apresentada na obra de Carlos Roberto Gonçalves, como sendo o “ato jurídico solene pelo qual alguém recebe em sua família, na qualidade de filho, pessoa a ela estranha”.<sup>3</sup>

Maria Helena Diniz apresenta o termo como sendo o vínculo estabelecido independentemente de qualquer relação de parentesco, trazendo aquele/aquela como se filho biológico fosse, ressaltando que este/esta é pessoa desconhecida.<sup>4</sup>

A adoção, desde tempos remotos, se faz presente na sociedade como um todo, sendo uma alternativa aos indivíduos que não tinham a possibilidade de ter filhos da forma tradicional. Na obra denominada Cidade Antiga, do autor Fustel de Coulanges, especificamente em seu capítulo IV, trata-se da adoção como uma possibilidade de se dar descendência àquele “a quem a natureza não deu filhos, pode adotar um, para que as cerimônias fúnebres não se extingam”.<sup>5</sup>

<sup>3</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. V. 6, ed16, São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 412.

<sup>4</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. v.5. São Paulo: Saraiva, 2020, p.34 ss.

<sup>5</sup> FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. **A Cidade Antiga: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma**. São Paulo: Martin Claret, 2009, p. 40 ss.

E isso se dava porque os povos ali representados tinham por prática religiosa o culto doméstico, desenvolvido nas casas cultuando a ancestralidade da família e a manutenção do fogo aceso, rituais estes que deveriam ser passados de pai para filho, tendo em vista que as mulheres apenas cultuavam primeiro de acordo com a ancestralidade paterna e, depois de casadas, passavam a seguir o culto doméstico imposto pelo marido. Em sendo assim, ter um filho, significava a perpetuação do culto doméstico e das crenças daquela família ali representada.<sup>6</sup>

Nesse passo, a classificação do direito de adotar apresentado na obra mencionada, era entendido como a “desgraça da extinção”, tendo em vista que, o homem perante a religião era obrigado a casar-se e constituir família a fim de desenvolver suas crenças, as quais seriam transmitidas por sua linhagem masculina.<sup>7</sup>

Por isso mesmo, o divórcio era exceção, somente sendo concedido quando houvesse caso de esterilidade ou de impotência. É claro que também um casamento poderia ser finalizado pela morte prematura de um dos cônjuges. Mas destaca-se que, em havendo a descontinuidade da prole por qualquer razão que poderia vir a findar a manutenção do culto doméstico, conceder-se-ia o direito de adotar.<sup>8</sup>

Os primeiros traços do instituto da adoção no Brasil surgiram nas Ordenações Filipinas. No entanto, nesta época, ainda não existia nenhum ramo de Direito específico que legisse sobre o Direito de Família ou mesmo sobre a adoção. Somente com o Código Civil de 1916 a adoção de fato passa a existir de forma legislativa no Brasil.<sup>9</sup>

Desde o início das adoções, se perceberam pontos positivos quanto à mesma, tendo em vista que a possibilidade de acolhimento gerou redução significativa nos números de crianças abandonadas.

Mas sua evolução histórica não parou por aí. Várias foram as conquistas acerca do instituto ao longo dos anos, mas este tem como marco de forte referência à Constituição Federal de 1988, com a adoção da igualdade formal entre os filhos, insculpida no art. 227, parágrafo 6º do texto, onde diz que: “os filhos, havidos ou não, da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas

<sup>6</sup> FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. **A Cidade Antiga**: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma. São Paulo: Martin Claret, 2009, p. 40 ss.

<sup>7</sup> FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. **A Cidade Antiga**: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma. São Paulo: Martin Claret, 2009, p. 40 ss.

<sup>8</sup> FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. **A Cidade Antiga**: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma. São Paulo: Martin Claret, 2009, p. 41.

<sup>9</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: Direito de Família. v.5. São Paulo: Saraiva, 2020, p.34 ss.

quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”<sup>10</sup>, passando assim de uma simples adoção para um reconhecimento pleno da filiação sem consanguinidade, já que aos filhos legalmente reconhecidos a partir da adoção, se garantiu os mesmos direitos e deveres que antes somente eram dados aos filhos biológicos.

Daquela ainda resultou a criação do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, ou Lei 8.069 de 13 de julho de 1990, que regulamentou de forma clara o instituto ao criar parâmetros considerados essenciais para a adoção, sendo alguns deles, por exemplo, a idade superior a 18 anos para o adotante, exigência de no mínimo de 16 anos de diferença entre a idade do adotante e do adotado, o devido consentimento dos pais e, ou, representantes legais de quem se deseje adotar, a concordância do adotado caso conte com mais de 12 anos e, se a adoção trará benefícios ao adotado.<sup>11</sup>

Na atualidade, o instituto da adoção é regido pela Lei 12.010 de 03 de agosto de 2009, que modificou vários artigos do Estatuto, do Código Civil, entre outras legislações acerca do tema.

Como se disse anteriormente é considerado pela doutrina e jurisprudência, de suma importância, o estabelecimento de requisitos para a adoção, em especial deixando claro quem é que pode ser adotado.

### **3 QUEM PODE SER ADOTADO?**

De acordo com Carlos Roberto Gonçalves, poderão ser adotados todas as pessoas cuja diferença de idade com o adotante seja superior a 16 anos, sendo importante destacar que a adoção de pessoas maiores de 18 anos é regulamentada pelo Código Civil, independentemente do estado civil, sendo analisados de forma prioritária, os processos de adoções que envolvam indivíduos com algum tipo de deficiência, independentemente do tipo, ou ainda, quando há nos possíveis adotados algum quadro de doenças crônicas, quando há irmãos e, por fim, as adoções de cunho internacionais.<sup>12</sup>

Outrossim, ainda em passagem de Carlos Roberto Gonçalves, o mesmo define que a adoção é considerado como um ato pessoal no tocante ao adotante, sendo vedada

<sup>10</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 18 de abril de 2022.

<sup>11</sup> BRASIL. **Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)> Acesso em: 18 de abril de 2022.

<sup>12</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. V. 6, 16 ed, São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

legalmente a adoção por procuração, conforme embasamento legal descrito no artigo 39, parágrafo 2 do ECA. “A adoção de criança e adolescente reger-se-á segundo o disposto nesta lei, § 2º: É vedada a adoção por procuração.”<sup>13</sup>

A princípio, para adoção além dos requisitos legais, é necessário ao adotante também ter condição moral e material, oferecendo ainda a criança/adolescente um lar adequado, para que este cresça e se desenvolva.

Com a criação em 2019 do Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento (SNA) gerado a partir da fusão do Cadastro Nacional de Adoção (CNA) e do Cadastro Nacional de Crianças Acolhidas (CNCA), pôde-se mapear melhor a questão da adoção no território nacional. O grande objetivo deste sistema é a proteção de milhares de crianças e adolescentes, que se encontram em situação de vulnerabilidade familiar ou social e que aguardam um acolhimento familiar, seja de suas famílias biológicas ou ainda adotivas.<sup>14</sup>

Isto vai de encontro ao que se preconiza no Estatuto da Criança e do Adolescente quando aduz que a criança e o adolescente tem plena proteção, a qual deve ser garantida pela família, pela comunidade ou pela sociedade em geral.<sup>15</sup>

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.<sup>16</sup>

O Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento no ano de 2020 em parceria com o Conselho Nacional de Justiça lançou uma apostila com título “Treinamento de novo sistema nacional de adoção e acolhimento”, composta por 21 páginas no total e traz na sua integralidade assuntos importantíssimos à adoção, oportunizando aos cidadãos um maior conhecimento referente ao Estatuto da Criança e do Adolescente, o processo de destituição, habilitação e adoção. Este material vem dividido em três partes onde trata da

<sup>13</sup> BRASIL. **Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm)> Acesso em: 18 de abril de 2022.

<sup>14</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Passo a passo da adoção.** Disponível em <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/adocao/passo-a-passo-da-adocao/>, acesso em 21/10/21.

<sup>15</sup> BRASIL. **Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm)> Acesso em: 18 de abril de 2022.

<sup>16</sup> BRASIL. **Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm)> Acesso em: 18 de abril de 2022.

“importância, princípios e características do Estatuto da criança e do adolescente, enfocando a doutrina da proteção integral”, tratando neste sobre direitos da criança e do adolescente; elenca, também, acerca do “sistema de proteção à infância e juventude”, falando do papel do conselho tutelar, como funciona o acolhimento e a busca pela reintegração e família extensa; e, por fim, trata dos “processos relacionados às questões cíveis da infância e juventude”, falando como se dá os processos de destituição, de habilitação e adoção e, ainda, da entrega voluntária. Ou seja, das diferentes situações que se apresentam na adoção.<sup>17</sup>

#### **4 O PROCESSO DE ADOÇÃO**

O processo de adoção no Brasil é regido pela união do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, que é a lei n. 8.069 de 1990, bem como também pela Lei Nacional de Adoção, lei n. 12.010 de 2009.

Vale enfatizar novamente, que os requisitos legais para adoção encontram-se também previsto no Código Civil de 2002, sendo um deles a idade mínima de 18 (dezoito) anos para ser adotante, combinando o fato de que este deve ter diferença de, no mínimo, de 16 anos do adotado, para habilitação no processo legal.

Somando aos requisitos legais exigidos, é necessário que para que o trâmite ocorra o adotante interessado procure a Justiça, mais especificamente a Vara da Infância e Juventude, onde existir, para apresentação dos documentos pertinentes, abaixo listados, podendo, ainda fazer a solicitação da Gratuidade de Justiça.

Os documentos necessários são:

- Certidão de nascimento ou casamento, ou declaração relativa ao período de união estável;
- Cópias da Cédula de identidade e da Inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF);
- Comprovante de renda e de residência;
- Atestados de sanidade física e mental;
- Certidão negativa de distribuição cível;

<sup>17</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Apostila do Sistema Nacional de adoção**. Disponível em: [https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/05/Apostila-Sistema-Nacional-de-Ado%C3%A7%C3%A3o-e-Acolhimento\\_2020-5-8.pdf](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/05/Apostila-Sistema-Nacional-de-Ado%C3%A7%C3%A3o-e-Acolhimento_2020-5-8.pdf), Acesso em: 21 de outubro de 2021.

- Certidão de antecedentes criminais.

Com o ingresso da ação, a mesma é remetida do Ministério Público respectivo, para análise do perfil do adotante, analisando também informações como condições básicas, realidade familiar, etc.

Após toda verificação essencial, e com a emissão do parecer do Ministério Público, tudo será remetido ao juiz para que este possa proferir o deferimento ou indeferimento do requerimento de adoção, com prazo contado de 120 (cento e vinte) dias.

18

Após a decisão positiva, a habilitação para adoção tem uma validade de 3 (três) anos, iniciando assim as buscas crianças/adolescentes que possam ser adotados que se encaixem no perfil requerido pelos adotantes e, caso resulte mais uma vez positivamente, promover-se-á um encontro do adotado com o adotante(s) para estabelecer uma aproximação entre os mesmos. O adotado passará por um período de 90 (noventa) dias de adaptação em seu novo lar, podendo este prazo ser prorrogado se necessário, dependendo, no entanto, de decisão fundamentada da autoridade judiciária. Cabe destacar que tal adaptação é acompanhada por profissionais da assistência social e psicologia ligados a Vara da Infância e Juventude do local onde está ocorrendo o processo de adoção. Se a adoção for requerida por pessoa ou casal residente fora do país, os prazos são menores e deverá ser cumprido no território nacional, preferencialmente na comarca de residência da criança ou adolescente, podendo ser em local diferente a critério do que determinar o juiz. É o que dispõe o art. 46 do ECA:<sup>19</sup>

Art. 46. A adoção será precedida de estágio de convivência com a criança ou adolescente, pelo prazo máximo de 90 (noventa) dias, observadas a idade da criança ou adolescente e as peculiaridades do caso.

§ 2º -A. O prazo máximo estabelecido no caput deste artigo pode ser prorrogado por até igual período, mediante decisão fundamentada da autoridade judiciária.

§ 3º Em caso de adoção por pessoa ou casal residente ou domiciliado fora do País, o estágio de convivência será de, no mínimo, 30 (trinta) dias e, no máximo, 45 (quarenta e cinco) dias,

<sup>18</sup> ARAÚJO, Yohana Rayssa Konoski. GONÇALVES, Juliana Rui Fernandes dos Reis. **Adotante, quem é você?** - Uma análise de perfil dos indivíduos que buscam por esse método.

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado junto ao Centro Universitário Cidade Verde no ano de 2021.

<sup>19</sup> BRASIL. **Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)> Acesso em: 18 de abril de 2022.

prorrogável por até igual período, uma única vez, mediante decisão fundamentada da autoridade judiciária.

§ 4º O estágio de convivência será acompanhado pela equipe interprofissional a serviço da Justiça da Infância e da Juventude, preferencialmente com apoio dos técnicos responsáveis pela execução da política de garantia do direito à convivência familiar, que apresentarão relatório minucioso acerca da conveniência do deferimento da medida.

§ 5º O estágio de convivência será cumprido no território nacional, preferencialmente na comarca de residência da criança ou adolescente, ou, a critério do juiz, em cidade limítrofe, respeitada, em qualquer hipótese, a competência do juízo da comarca de residência da criança.

Caso a adaptação traga efeitos decididos, o interessado deverá, no prazo máximo de 15 (quinze) dias, propor a chamada Ação de Adoção, e em condições favoráveis ao adotado, o magistrado decretará que seja lavrado um novo documento de Certidão de Nascimento, com atualização de dados pessoais, definindo nestes termos a concretização da adoção, passando o adotado a gozar de todos os direitos sucessórios e demais, como se filho fosse, em caráter igualitário aos demais.

Art. 47. O vínculo da adoção constitui-se por sentença judicial, que será inscrita no registro civil mediante mandado do qual não se fornecerá certidão.

§ 1º A inscrição consignará o nome dos adotantes como pais, bem como o nome de seus ascendentes.

§ 2º O mandado judicial, que será arquivado, cancelará o registro original do adotado.

Art. 41. A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais.<sup>20</sup>

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) dispõe uma apostila completa, de cunho informativo, referente a dúvidas em relação ao procedimento de adoção.<sup>21</sup>

<sup>20</sup> BRASIL. **Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm)> Acesso em: 18 de abril de 2022.

<sup>21</sup> “Contado do dia seguinte à data do término do estágio de convivência, os pretendentes terão 15 dias para propor a ação de adoção. Caberá ao juiz verificar as condições de adaptação e vinculação socioafetiva da criança/adolescente e de toda a família. Sendo as condições favoráveis, o magistrado profere a sentença de adoção e determina a confecção do novo registro de nascimento, já com o sobrenome da nova família. Nesse momento, a criança/adolescente passa a ter todos os direitos de um filho. O prazo máximo para conclusão da ação de adoção será de 120 dias, prorrogáveis uma única vez por igual período, mediante

## 5 ADOÇÃO TARDIA

Acerca do tema, é importante ressaltar que há um grande número de pessoas registradas esperando para adotar, bem como também um número também demasiado de crianças e adolescentes para serem adotados, mas mesmo assim, as adoções não são realizadas.

Em uma pesquisa realizada no Cadastro Nacional de Adoção realizada em março de 2022, constatou-se que no Paraná encontram-se no cadastro de adoção 524 crianças, de ambos os sexos, sendo que destas 234 encontram-se sem pretendentes declarados. Pesquisas ocorridas em março de 2022, revelam que existem atualmente no Brasil 30 mil crianças e adolescentes acolhidos, sendo destes, 5.045 aptos a encontrar uma família.<sup>22</sup>

Vale evidenciar, que há presentes um total de 2.969 postulantes em uma fila de espera para o recebimento de um filho, logrando êxito que desta conta faltaria crianças para a quantidade de indivíduos adotantes.<sup>23</sup>

A conta entre os adotantes e as crianças/adolescentes e, até mesmo adultos disponíveis para adoção, não são equivalentes, e a grande justificativa de tal fato é que há muitos casos de crianças/adolescentes “rejeitados” por motivos diversos que vão desde características como tom da pele, cor de cabelo, raça, presença de alguma deficiência física/mental/motora até os casos da necessidade de adoção conjunta de irmãos.

Mas o fator que mais se mostra difícil de ser superado é o de que há grande preferência por crianças com idade inferior a 5 anos. Ou seja, há maior rejeição de crianças maiores de 5 anos ou adolescentes, que adentram as estatísticas da adoção tardia.

decisão fundamentada da autoridade judiciária.” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Apostila do Sistema Nacional de adoção**. Disponível em: [https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/05/Apostila-Sistema-Nacional-de-Ado%C3%A7%C3%A3o-e-Acolhimento\\_2020-5-8.pdf](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/05/Apostila-Sistema-Nacional-de-Ado%C3%A7%C3%A3o-e-Acolhimento_2020-5-8.pdf), Acesso em: 21 de outubro de 2021).

<sup>22</sup> Na semana da adoção, o TJPR celebra a adoção de mais de mil crianças e adolescentes do Paraná nos últimos três anos. In **TJPR Tribunal de Justiça do Paraná** 25/05/2021. Disponível em [https://www.tjpr.jus.br/destaques/-/asset\\_publisher/11KI/content/na-semana-da-adocao-o-tjpr-celebra-a-adocao-de-mais-de-mil-criancas-e-adolescentes-do-parana-nos-ultimos-tres-anos/18319?inheritRedirect=false](https://www.tjpr.jus.br/destaques/-/asset_publisher/11KI/content/na-semana-da-adocao-o-tjpr-celebra-a-adocao-de-mais-de-mil-criancas-e-adolescentes-do-parana-nos-ultimos-tres-anos/18319?inheritRedirect=false). Acesso em 24/04/2022.

<sup>23</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento**. Atualizado em 24/04/2022. Disponível em <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=ccd72056-8999-4434-b913-f74b5b5b31a2&sheet=4f1d9435-00b1-4c8c-beb7-8ed9dba4e45a&opt=cursel&select=clearall>. Acesso em 24/04/2022.

Dados estatísticos realizados junto ao Conselho Nacional da Adoção, apontam que nos últimos seis anos 47% das crianças adotadas tinham até 3 anos na data da sentença, 28% tinham entre 4 à 7 anos completos, 17% tinham entre 8 à 11 anos completos e apenas 8% eram adolescentes, maiores de 12 anos. Realidade esta, que demonstra a realidade presente no Brasil, concluindo que a primeira idade considerada de 3 à 7 anos é o período em que mais se realizam adoções.<sup>24</sup>

O CNJ, dispõe que existem acolhidas atualmente no país 29.054 crianças, e dentre elas 4.249 encontram disponíveis para adoção e 4.537 estão com trâmite em aberto, enquanto dos números de crianças disponíveis restam as que possuem faixa etária maior ou igual a 15 anos.<sup>25</sup>

A adoção tardia consiste na adoção de crianças com idade superior a 5 anos e até mesmos os adolescentes, um dos principais motivos para a existência desta modalidade de adoção é o retardamento dos abandonos das mães biológicas, por possíveis questões pessoais e até mesmo socioeconômicas.

Além do mais, vale destacar que muitas vezes a criança que se encontra disponível para adoção na modalidade tardia já passou por algum lar, não sendo garantido a esta criança/adolescente seus direitos mínimos a manutenção de sua dignidade, acarretando a elas o sentimento de abandono, desamparo familiar, social e exclusão da vida em comunidade.

## **6 REFLEXOS PANDÊMICOS NA ADOÇÃO.**

Em meados de 2021 chegou ao Brasil uma cepa denominada COVID-19, famoso Coronavírus, vírus este predominante até os dias atuais. Como todo o mundo sofreu, a adoção também sofreu resultados negativos.

Pesquisas realizadas no Estado de Minas Gerais apontaram que a adoção teve uma redução significativa de 46%, e que existem atualmente 650 crianças na busca por um Lar.<sup>26</sup>

<sup>24</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - CNJ - **Dia nacional da adoção**: famílias driblam a pandemia e realizam o sonho de adotar. In CNJ 25/05/2021. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/dia-nacional-da-adocao-familias-driblam-a-pandemia-e-realizam-o-sonho-de-adotar/> Acesso em 24/04/2022.

<sup>25</sup> Mais de 5 mil crianças estão disponíveis para adoção no Brasil. In CNJ 10/10/2020. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/mais-de-5-mil-criancas-estao-disponiveis-para-adocao-no-brasil/> . Acesso em 24/02/2022.

<sup>26</sup> Número de adoções cai 46% na pandemia; são mais de 650 crianças e adolescentes na espera por um lar em MG. In **G1** 06/09/2021. Disponível em <https://g1.globo.com/mg/sul-de->

O site G1 divulgou que em 2019 ocorreram 3.143 adoções no país todo, em 2020 o número caiu para 2.184 e em 2021 somente 1517, nada se fala ainda sobre o ano 2022.

Essa diminuição, é resultado da inacessibilidade aos fóruns, as Varas de Infância e Juventude, devido ao Corona vírus, visto que a maiorias destes órgãos mantiveram-se fechados, com trabalho apenas na modalidade remota, o que impossibilitou visitas e estágios de convivência.

Por outro lado, a pandemia abriu portas a um mundo moderno e tecnológico que veio facilitar as coisas para muitos que não desistiram do sonho da adoção. Foi o que ocorreu com um casal moradores de Brasília, que adotaram os irmãos do Rio de Janeiro , de 11 anos, 8 anos, 5 anos e 3 anos.

O casal, em entrevista ao CNJ /DF, informou que tudo ocorreu de forma on-line, devido as restrições que a Covid-19 trouxeram. Eles ressaltaram que permaneceram na fila de espera por 2 (dois) anos e nunca desistiram, mesmo com perdas significativas ocasionadas pela doença.<sup>28</sup>

O Juiz Hugo Gomes Zaher presidente do Fórum Nacional da Justiça Protetiva, destacou que os processos começaram a caminhar em normalidade novamente, com a abertura e retorno aos trabalhos. O magistrado ainda deixou um recado “adoção em si é um ato de desprendimento. É um processo de concretização do amor. Mantenham acessa a chama do amor e do cuidado pelo aguardo pela formação da família. O seu dia especial irá chegar”.<sup>29</sup>

## 7 CONCLUSÃO

minas/noticia/2021/09/06/numero-de-adocoes-cai-46percent-na-pandemia-sao-mais-de-650-criancas-e-adolescentes-na-espera-por-um-lar-em-mg.ghtml. Acesso em 12/03/2022.

<sup>27</sup>Número de adoções cai 46% na pandemia; são mais de 650 crianças e adolescentes na espera por um lar em MG. In **G1** 06/09/2021. Disponível em <https://g1.globo.com/mg/sul-de-minas/noticia/2021/09/06/numero-de-adocoes-cai-46percent-na-pandemia-sao-mais-de-650-criancas-e-adolescentes-na-espera-por-um-lar-em-mg.ghtml>. Acesso em 12/03/2022.

<sup>28</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA- CNJ - **Dia nacional da adoção**: famílias driblam a pandemia e realizam o sonho de adotar. In **CNJ** 25/05/2021. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/dia-nacional-da-adocao-familias-driblam-a-pandemia-e-realizam-o-sonho-de-adotar/> Acesso em 24/04/2022.

<sup>29</sup> SINOREGAM. **CNJ - Dia nacional da adoção: famílias driblam a pandemia e realizam o sonho de adotar**. Disponível em: [noregam.org.br/2021/05/25/cnj-dia-nacional-da-adocao-familias-driblam-a-pandemia-e-realizam-o-sonho-de-adotar/](http://noregam.org.br/2021/05/25/cnj-dia-nacional-da-adocao-familias-driblam-a-pandemia-e-realizam-o-sonho-de-adotar/) Acesso em: 18 de abril de 2022

Como se pôde constatar, a adoção existe desde os tempos antigos na sociedade, sendo inserida pela primeira vez no Brasil nas Ordenações Filipinas, mas de forma legislativa somente em 1916, com o advento do Código Civil brasileiro.

Esta evoluiu felizmente de forma positiva ao longo do tempo, sendo incorporada no Estatuto da Criança e do Adolescente, ou Lei n. 8.069 de 13 de julho de 1990 e, por fim, na Lei 12.010 de 03 de agosto de 2009. Isto tudo decorrente do disposto no art. 227 da CF/88, cujo objetivo é a proteção de todas as crianças e adolescentes, determinando que “é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade” todos os direitos a eles inerentes, como a vida, saúde, educação, entre outros.

No entanto, muito ainda há que ser conquistado, haja vista que nem tudo que a lei apresenta como direitos a serem protegidos, foram devidamente implementados para se dar dignidade a todas as crianças e adolescentes. Em especial, quando se trata destes que são colocados no sistema para adoção, a situação se mostra ainda mais preocupante, pois, como se pôde constatar, atualmente há mais crianças disponíveis para adoção, do que adotantes em filas que as queiram. Ressalta-se novamente que, um dos principais motivos desse resultado negativo, é o preconceito ainda existente, e a busca por crianças com idade não superior a 5 anos, ou, mencionando ainda, que possuem características preferenciais como pele clara, olhos claros e não portadores de qualquer deficiência física ou motora. E, por outro lado, as crianças que esperam por adoção tem na maior parte das vezes, o contrário desses critérios.

Além de trazer fatos históricos, informações de quem pode adotar e quem pode ser adotado, bem como apresentar a forma do processo de adoção, se faz necessário ir muito além: cabe ao Estado implementar programas a fim de trazer informações, gerar conscientização e, assim, quebrar os tabus existentes com relação a adoção, principalmente na modalidade tardia, que é onde há o maior número de pessoas a serem adotadas. Acredita-se que desta forma, gere maior interesse pela adoção das crianças e adolescentes que se encontram abrigadas à espera de uma família que as escolha.

Isto posto, apresentamos as palavras de Pablo Estolze Gagliano que expressam claramente o significado de adoção e, também, finalizamos com uma história de uma criança que foi adotada que expressa em palavras o quão importante é se falar sobre o assunto para que os preconceitos deixem de existir. Em sendo assim, aduz o autor: "Adotar é lançar ao solo sementes de amor, mas esse ato precisa se dar no terreno da responsabilidade e da consciência de que as relações paterno ou materno-filiais, quaisquer

que sejam as suas origens, são repletas de arestas que demandam paciência, resiliência e afeto para serem aparadas”.<sup>30</sup>

## O menino da Febem

(História contada por Roberto Carlos sobre sua vida)

O menino acabara de chegar na FEBEM, dentro de um camburão. Depois de um susto, uma senhora se aproximou dele. Pela primeira vez na vida um adulto colocava a mão no joelho daquela criança e pedia licença pra falar com ela. Na FEBEM, isso não acontecia. Logo, o menino pensou: ih, essa mulher quer me bater. Mas ela disse, com sotaque carregado: eu gostarrria de falarrrr com você.

Ele ficou paralisado e disse que morria de pena, pois ela falava tudo errado, certamente tinha língua presa. Ela riu e disse que onde morava todos falavam assim. Imediatamente o menino retrucou: ah, sei, como os leprosos! E ela disse que não, que morava do outro lado do planeta, que a terra era redonda, que enquanto aqui era de dia, lá na França era noite.

O menino pensou que ela era doida mesmo e fugiu. Três dias depois se reencontraram em uma rua em Belo Horizonte. Ela gritava: Robertô, Robertô! E ele pensou: meu Deus, lá vem a doida francesa. Mas viu que ela tinha um relógio de ouro e decidiu assaltá-la. Mas ela pediu que ele ficasse em uma semana em sua casa, pois ela precisava gravar uma entrevista.

Imediatamente o menino pensou que poderia roubar outras coisas: videocassete, televisão e dinheiro. E começou a aprender francês, enquanto ensinava para ela a língua dos meninos de rua, algo assim como a língua do pê. Pela primeira vez, alguém pedia que o menino, que tinha treze anos, ensinasse algo. As conversas eram mais ou menos assim: ela dizia vopêcêpê espêtápê bempê? e ele respondia: Oui, madamme!

Os dias foram passando e ele decidiu que só roubaria a televisão e o dinheiro. Depois, só o dinheiro. E ela, que era casada e voltaria à França em uma semana, ia se esquecendo da viagem de volta. Marguerite - esse era seu nome - renovou o visto de permanência no Brasil por duas vezes e, um ano depois de encontrar o menino, ela conseguiu sua guarda oficialmente. E alguns anos depois, o

<sup>30</sup> GLAGLIANO. Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil**. Vol. 6. Ed. 12.<sup>a</sup> edição — jan. 2022. São Paulo: SaraivaJur. p. 1250.

menino irrecuperável que chegava à FEBEM se transformou em um professor. Este menino sou eu.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Adoção de crianças na pandemia: ferramentas on-line reúnem informações do processo. In **ANOREG-PR Associação dos Notários e Registradores do Estado do Paraná**. 29/04/21. Disponível em: <http://www.anoregpr.org.br/jornal-hoje-adocao-de-criancas-na-pandemia-ferramentas-on-line-reunem-informacoes-do-processo/>. Acesso em: 12/03/2022.

**ADOÇÃO. Veja os caminhos e os processos a serem realizados para a adoção de uma criança.** Entrevista concedida ao Alesp. Iberê Dias. Magistrado do Tribunal de Justiça de São Paulo. Entrevista em 06 de janeiro de 2021. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=vUB2LnQzKeE>. Acesso em 13/03/2022.

ARAÚJO, Yohana Rayssa Konoski. GONÇALVES, Juliana Rui Fernandes dos Reis. **Adotante, quem é você?** - Uma análise de perfil dos indivíduos que buscam por esse método. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado junto ao Centro Universitário Cidade Verde no ano de 2021.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm), Acesso em 21/10/21.

BRASIL. **Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, DF. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm) Acesso em: 18/04/22

BRASIL, **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Dispões sobre o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm), Acesso em 21/10/21.

BRASIL, **Lei n. 12.010, de 3 de agosto de 2009**. Dispõe sobre a adoção. Diário Oficial da União. Brasília, Distrito Federal, disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/112010.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112010.htm), Acesso em 21/10/21.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Apostila do Sistema Nacional de adoção**. Disponível em: [https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/05/Apostila-Sistema-Nacional-de-Ado%C3%A7%C3%A3o-e-Acolhimento\\_2020-5-8.pdf](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/05/Apostila-Sistema-Nacional-de-Ado%C3%A7%C3%A3o-e-Acolhimento_2020-5-8.pdf), acesso em 21/10/21.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - CNJ - **Dia Nacional da Adoção**: famílias driblam a pandemia e realizam o sonho de adotar. Disponível em <https://anoregam.org.br/2021/05/25/cnj-dia-nacional-da-adocao-familias-driblam-a-pandemia-e-realizam-o-sonho-de-adotar/>. Acesso em 13/03/2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Diagnóstico sobre o Sistema Nacional de adoção e acolhimento 2020**. Disponível em [https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/05/relat\\_diagnosticoSNA.pdf](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/05/relat_diagnosticoSNA.pdf), acesso em 21/10/21.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Passo a passo da adoção**. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/adocao/passo-a-passo-da-adocao/>, acesso em 21/10/21.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento**. Atualizado em 24/04/2022. Disponível em <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=ccd72056-8999-4434-b913-f74b5b5b31a2&sheet=4f1d9435-00b1-4c8c-beb7-8ed9dba4e45a&opt=cursel&select=clearall>. Acesso em 24/04/2022.

Dicionário Online Português. **Adoção**. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/adocao/>. Acesso em: 12/03/22.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: Direito de Família. v.5. São Paulo: Saraiva, 2020.

Filme sobre ex-interno da Febem ganha selo da Unesco. In **G1**. 03 de junho de 2009. Disponível em <https://www.gazetadopovo.com.br/caderno-g/filme-sobre-ex-interno-da-febem-ganha-selo-da-unesco-blrb2mfgf6gvv2hi0oyxetbv2/>, acesso em 18/10/21.

FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. **A Cidade Antiga**: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma. São Paulo: Martin Claret, 2009.

GLAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil**. Vol. 6. Ed. 12.<sup>a</sup> Ed. jan. 2022. São Paulo: SaraivaJur.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito de família. V. 6, 16 ed, São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO PARANÁ. **Adoção um encontro de amor**. Disponível em <https://mppr.mp.br/pagina-6099.html>, Acesso em 18/10/21.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Campinas: Bookseller, 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Adoção: amor puro.** Disponível em: <https://guilhermedesouzanucci.jusbrasil.com.br/artigos/562706252/adocao-amor-puro>. Acesso em 12/03/2022.

Na semana da adoção, o TJPR celebra a adoção de mais de mil crianças e adolescentes do Paraná nos últimos três anos. In **TJPR Tribunal de Justiça do Paraná** 25/05/2021. Disponível em [https://www.tjpr.jus.br/destaques/-/asset\\_publisher/11KI/content/na-semana-da-adocao-o-tjpr-celebra-a-adocao-de-mais-de-mil-criancas-e-adolescentes-do-parana-nos-ultimos-tres-anos/18319?inheritRedirect=false](https://www.tjpr.jus.br/destaques/-/asset_publisher/11KI/content/na-semana-da-adocao-o-tjpr-celebra-a-adocao-de-mais-de-mil-criancas-e-adolescentes-do-parana-nos-ultimos-tres-anos/18319?inheritRedirect=false). Acesso em 24/04/2022.

Número de adoções cai 46% na pandemia; são mais de 650 crianças e adolescentes na espera por um lar em MG. In **G1** 06/09/2021. Disponível em <https://g1.globo.com/mg/sul-de-minas/noticia/2021/09/06/numero-de-adocoes-cai-46percent-na-pandemia-sao-mais-de-650-criancas-e-adolescentes-na-espera-por-um-lar-em-mg.ghtml>. Acesso em 12/03/2022.

Paraná tem 450 crianças e adolescentes aguardando para serem adotados, diz TJ-PR. In **G1**. 08/05/21. Disponível em <https://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2021/05/08/parana-tem-450-criancas-e-adolescentes-aguardando-para-serem-adotados.ghtml>, acesso em 18/10/21.

SINOREGAM. CNJ - **Dia nacional da adoção:** famílias driblam a pandemia e realizam o sonho de adotar. Disponível em: [noregam.org.br/2021/05/25/cnj-dia-nacional-da-adocao-familias-driblam-a-pandemia-e-realizam-o-sonho-de-adotar/](http://noregam.org.br/2021/05/25/cnj-dia-nacional-da-adocao-familias-driblam-a-pandemia-e-realizam-o-sonho-de-adotar/) Acesso em: 18/04/22.

SOUZA, Fernanda Cristina. ARAÚJO, Yohana Rayssa Konoski. Juliana Rui Fernandes dos Reis Gonçalves. Desmistificando a adoção: uma análise investigativa de seus desdobramentos. In **Revista Âmbito Jurídico**. 01/07/20. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-de-familia/desmistificando-a-adocao-uma-analise-investigativa-de-seus-desdobramentos/> Acesso em: 18/04/22

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ - TJPR. **Um amor multiplicado:** casal de Peabiru adota cinco irmãos. 29/10/20. Disponível em: [https://www.tjpr.jus.br/noticias/-/asset\\_publisher/9jZB/content/um-amor-multiplicado-casal-de-peabiru-adota-cinco-irmaos/18319](https://www.tjpr.jus.br/noticias/-/asset_publisher/9jZB/content/um-amor-multiplicado-casal-de-peabiru-adota-cinco-irmaos/18319), acesso em 18/10/21.

# EFEITOS DO MARKETING NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA: A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR NO CENÁRIO ATUAL

Matheus Harthcoff Moreira<sup>1</sup>  
Tatiana Manna Bellasalma Silva<sup>2</sup>

## Resumo

A presente pesquisa tem como objetivo analisar como os meios de marketing influenciam a psique das pessoas, sua influência e peso social, e como a legislação brasileira lida e combate estas questões. Para tanto, temos como questionamentos: como a publicidade e a propaganda alcançam as pessoas na era digital? Quanto aos efeitos negativos e positivos, o que o Estado brasileiro tem feito em relação às propagações de dados e similares? Como ainda se trata de um tema pouco discutido é possível ter uma dificuldade quanto a aceitação ou compreensão dos mecanismos de marketing direcionado, este artigo tende a direcionar os temas de maneira sistemática por meio de uma pesquisa bibliográfica.

**Palavras-chaves:** marketing digital, publicidade direcionada, LGPD, direito digital

## Abstract

The present research deals with marketing and its spheres, and how the current Brazilian legislation is presenting itself to the limitation of means. How does advertising and propaganda reach people in the digital age, the negative and positive effects, what has the Brazilian State done in relation to data propagation and the like? As it is still a little discussed topic, it is possible to realize the difficulty regarding the acceptance or understanding of targeted marketing mechanisms, this article tends to direct the themes in a systematic way through bibliographic reviews, research in scientific articles, books, laws and decisions. in relation to the judiciary.

**Keywords:** digital marketing, targeted advertising, LGPD, digital law.

## 1. INTRODUÇÃO

A publicidade desempenha desde o começo de sua existência os impactos quanto ao consumo, pois é possível fazer uma análise sistemática para conhecimento da história desse objeto de pesquisa por meio da passagem de épocas. A exemplo, podemos citar a forma como se era anunciado, como ocorreram as transformações dos meios de

<sup>1</sup> Centro Universitário Cidade Verde (UnicV), Direito e matheusharthcoff@gmail.com).

<sup>2</sup> Centro Universitário Cidade Verde (UnicV), Direito e prof\_tatiana@unicv.edu.br).

publicidade, os impactos imperceptíveis que podem ser gerados em relação a sociedade de consumo.

Atualmente, com as novas formas de publicidade, foram gerados impactos quanto ao usuário, foi analisado casos de vulnerabilidade quanto ao consumidor, logo, o trabalho em questão tende a analisar com um olhar jurídico sobre o tema, a forma como a publicidade acelerou o consumismo utilizando a publicidade direcionada.

Logo, compreendemos que se trata de um tema constante e de atual importância nos mecanismos de marketing presentes tanto nos ambientes sociais quanto nos virtuais discutindo a influência das decisões de compras, analisando a lógica atual em que a demanda atende a produção (BAUMAN, 2013).

Nesse sentido, o foco dessa pesquisa será entender como funciona a atuação das ferramentas utilizadas pelo marketing, em âmbito orgânico e digital, e como a legislação brasileira vem atuando para combater e impor limites saudáveis à sociedade e seus integrantes. Como toda esta problemática é possível a compreensão de como se é utilizado os dados pessoais dos clientes, para que seja possível alcançar um fim econômico positivo pelas marcas e empresas. Neste momento, as limitações só se tornaram possíveis de serem vistas graças ao conhecimento do tema de pesquisa por parte do sistema legislativo brasileiro, que vê a importância da atuação legal sobre tais assuntos.

Isto posto, nosso objetivo geral é analisar como os meios de marketing influenciam a psique das pessoas, sua influência e peso social, e como a legislação brasileira lida e combate estas questões. Para tanto, questionamos como a publicidade e propaganda alcança as pessoas na era digital? Quanto aos efeitos negativos e positivos, o que o Estado brasileiro tem feito em relação as propagações de dados e similares? Para responder essa pergunta, faremos uma pesquisa bibliográfica, qualitativa de caráter dedutivo.

Abordaremos as limitações da publicidade e suas ferramentas em relação à *Lei Geral de Proteção de Dados* (LGPD), n.º 13.709 (BRASIL, 2018), o motivo pela qual foi criada e os benefícios que a lei traz aos consumidores como um todo, mesmo que de maneira mínima já é algo que está acontecendo para melhorar a qualidade de vida dos brasileiros, aliás, o LGPD foi inspirado em outros países no exterior.

Por fim, discutiremos no presente trabalho também a comunicação que se ocorre entre a letra da lei geral da proteção de dados com a Constituição Federal (BRASIL, 1988), quais interesses o legislativo teve para que fosse possível a defesa de tais meios ao público, de fato será discutido direitos fundamentais. Assim, o trabalho foi moldado para

ser explicativo, apresentando os temas do início e depois correlacionando com as leis em vigor.

## **2. REVISÃO BIBLIOGRÁFICA**

### **2.1. PUBLICIDADE COMERCIAL E A SOCIEDADE DE CONSUMO**

A publicidade já existe desde os primórdios da evolução da espécie humana, logo, é difícil dizer qual foi sua primeira aparição, entretanto, conseguimos atribuir e analisar a evolução da mesma por meio das eras. A forma de se anunciar, apresentar produtos, propagar informações de governos e impérios já ocorria na Antiguidade desde os pequenos vendedores até grandes reis e conquistadores. Por isso, podemos dizer que a informação e a publicidade já existiam e eram utilizadas com a tecnologia presente na época.

Segundo Benjamin (1994), o primeiro anúncio, escrito em inglês, de que se tem notícia é datado de 1477, no qual anunciava livros do comerciante, diplomata e escritor inglês Willian Caxton. No entanto foi no século XVII que os mais variados anúncios ganharam espaço na imprensa, *in casu*, nos jornais britânicos, os Mercuries.

No período da Revolução Industrial é sabido que a produção em massa se tornou realidade, no qual foi possível a criação de diversos meios, entre eles, a criação da publicidade para as massas populares. Nesse período, tivemos grande produção de diversos segmentos, aliados ao grande volume dos produtos e dos preços mais em conta do que os que utilizavam os meios tradicionais e manuais. Dessa forma, ouve também uma grande força em relação à publicidade das grandes empresas, tanto na apresentação dos produtos quanto nos seus preços e suas características.

No século XX foi possível observar mudanças em relação às tecnologias apresentadas, temos aqui uma nova fase da publicidade, nesse período ocorre a possibilidade e a facilidade de disseminação de informação pelos canais até então disponíveis, desde rádios e televisões até posteriormente a internet, os mecanismos de busca e as redes sociais.

No início desse século, o “estilo de vida americano” - conhecido como “*American Way of Life*” - era uma ideologia se formando no continente a respeito dos direitos à vida, à liberdade, à busca da felicidade, nesse ponto, percebemos uma diferente perspectiva de realidade e um marketing diferente surgindo. Antes a lógica no qual a produção atendia

a demanda foi convertida para a demanda que atende a produção. Surge aqui a *criação de demandas*, ponto que vai além da noção de necessidade (BAUMAN, 2013). Logo, a cultura para o consumismo se alterou, agora não basta mais ter um produto e sim ser, absorver para o seu ser os benefícios sociais atrelados a marca adquirida, ou seja, a felicidade agora se tornou uma variante de se ter. Esse sentimento iniciado no início do século XX foi se desenvolvendo pelo mundo. Sendo assim, o conceito de marca foi se alterando, a forma de consumir já era diferente nesse ponto, o impulsionamento do mercado deu espaço a novos horizontes para o marketing, onde o mundo assumia um papel de vivência em uma “economia de marketing”, no qual a produção que acompanha o marketing e não o contrário (BENJAMIN, 1994).

No século XXI se inicia a discussão a respeito do hiperconsumo, que é o consumo exagerado, no qual o consumidor recebe gigantescas informações a respeito de diversos produtos, boa parte das publicidades não são até então absorvidas, segundo Scharf (2012). O que podemos analisar com todo este contexto narrado pelo autor é que mesmo de maneira inconsciente, somos o tempo todo atingidos por publicidade.

Para Scharf (2012), isso ocorre porque são tantas informações que chegam a todo momento que não conseguimos ao menos absorver parcela da mesma, aqui, podemos ver como o consumidor começa a ter vulnerabilidade quanto à forma de consumir, muitas vezes podendo até ser influenciado a querer consumir de fato algo, isso por meio da publicidade direcionada, que abordaremos mais à frente.

Nesse sentido, o consumo não deve ser visto de maneira maligna, pelo contrário, o consumo é algo inerente a todos os seres humanos, somos seres que necessitam do consumo para a própria sobrevivência, na perspectiva de Bauman (2008, p. 41) “é basicamente uma característica e uma ocupação dos seres humanos como indivíduos” e o autor complementa que o “consumismo é um atributo da sociedade”.

Em nossa sociedade, de maneira até que imperceptível, a população é induzida e obcecada em atingir novas marcas, a procuram constantemente a evolução de seus meios, isso é induzido principalmente pelo consumo desenfreado que nos é ensinado e enraizado em nossas mentes de maneira prematura. Bauman (2008) ressalta sobre os “avanços” da sociedade, podemos ter como referência o avanço de cunho tecnológico, a cada década perdemos cada vez mais o contato pessoal e a confiança em relações com outras pessoas, o individualismo de certa maneira já se faz parte da realidade. Termos utilizados por Bauman (2007) como “vida líquida” se referem exatamente ao nosso modelo de

sociedade, no qual os momentos vivenciados são feitos de maneira proposital para serem transitório, fugaz.

O consumo é uma condição, um aspecto permanente e irremovível, sem limites temporais ou históricos, um elemento inseparável da sobrevivência biológica que todos nós humanos compartilhamos [...]

Enquanto consumismo é “Nossa capacidade de ‘querer’, ‘desejar’, ‘ansiar por’ e particularmente de experimentar tais emoções repetidas vezes de fato passou a sustentar a economia (BAUMAN, 2007, p. 37 e 39).

Por fim, após entendermos a qual fim se tem a publicidade, desde os primórdios da sociedade humana, será agora discutido nos demais capítulos a respeito da utilização excessiva e indevida do marketing direcionado, os problemas que o mesmo pode gerar perante a sociedade.

## 2.2 CONSUMISMO DIRECIONADO: A VULNERABILIDADE COMO CONSUMIDOR

O consumismo é retratado aqui pelos gastos de cunho excessivo em produtos ditos “supérfluos”, em outras palavras pode ser dito que existe um desejo de possuir algo cujo significado é essencialmente simbólico (SILAS, 2018). Voltando os olhos para as mudanças que ocorreram em relação às tecnologias, em que foi ampliado o meio de informação e comunicação por meio da internet, os bancos de dados referente às características dos indivíduos se tornaram algo extremamente poderoso em nosso século, pois agora assumem papel fundamental para a conclusão da publicidade como a conhecemos.

Os bancos de dados nada mais são do que um grande volume de informações sobre os indivíduos, interesses, comportamentos, dados demográficos, poder aquisitivo e outros dados que estão em posse de grandes empresas capitalistas. Esses dados podem ser negociados entre outras empresas sendo este um ato reconhecido pelo ordenamento jurídico brasileiro, mais especificamente no Código de Defesa do Consumidor (CDC) (BRASIL, 1990), em seu art. 43, que é discutido assuntos sobre cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo, assunto discutido por Malheiros (2007).

Com todas essas informações aparentes, fica mais claro agora o “consumismo direcionado”, que pode ser definido por públicos com diferentes características. Com base nessas informações, os mecanismos de publicidade podem de fato individualizar diversos consumidores a partir do traço de seu perfil social, podendo ser economizado a verba para

anúncios ditos gerais para anúncios direcionados, ou seja, apresentar produtos compatíveis com o perfil do consumidor (MENDES, 2014).

Tendo em vista a importância da segmentação, tendo esforços reduzidos e direcionamentos mais efetivos, a forma de segmentar o mercado é derivado de estudos por parte dos comportamentos e interesses do consumidor, que é levado em conta aspectos físicos e emocionais. Podemos dizer, portanto, que as grandes marcas, agências de publicidade, profissionais autônomos da área, conseguem influenciar de certo modo os indivíduos a adquirirem o produto “correto” com base em informações de natureza física e também emocionais, influenciando todo o processo de compra do usuário pela internet.

Lupetti (2007) diz que o público-alvo é aquele que a empresa tem em mente para ser trabalhado, quanto mais você, o público, a quem se destina o produto, mais chance terá de atingi-lo. Tendo agora noção sobre o poder da manipulação de dados pessoais de consumidores, as grandes marcas traçam estratégias de mercado a partir das informações, determinando de maneira muito mais eficiente seus recursos, podendo aqui ser pensando em um desenvolvimento de produto específico para aquele público, ou até mesmo onde seriam os locais ideais para se montar uma nova sede presencial.

Por sua vez, Doneda (2010) diz que esse processo de informação que agora existe é uma nova forma de transação que envolve o consumidor e o produtor. Nesse sentido, mesmo que todos os atos pareçam insignificantes, esse são utilizados para otimização do processo de atração e compra do usuário, sendo possível a visualização de um modelo em sincronia de dados, ou seja, por meio das informações coletadas dos consumidores, é possível traçar meios e estratégias de marketing para a atribuição a algum fim comercial, seja para uma venda, seja para reconhecimento de marca, seja para defesa da própria marca em relação aos indivíduos.

Pensando agora em como as empresas coletam esses dados narrados até então, os meios podem ser direto aos consumidores, como exemplo, o preenchimento de formulários no momento da compra de algum produto, ou até mesmo preenchimento para alguma promoção ou sorteio da marca, geralmente essa coleta é feita de maneira presencial. Outro meio de cunho mais digital também é destacável, sejam por transações em um site na internet popularmente conhecido como “e-commerce”, ou pelo uso da internet em si. Todas essas informações, todos os *clicks* que são realizados em site na web são contabilizados virtualmente por sistemas, sejam da própria plataforma de compra utilizada ou até mesmo plataformas parceiras de anúncios.

Mais uma vez, mencionando Doneda (2010) em seus estudos, é extremamente necessário diferenciar os meios pelos quais acontecem essa coleta de dados, pois existem meios para as informações serem cedidas pelo consumidor de maneira direta e também, de maneira indireta, onde são analisadas com base em seus comportamentos, interesses, desejos, cargos sociais, preferência de acompanhamento em conteúdos nas redes sociais entre diversos outros. As informações obtidas a partir do comportamento do usuário, seja qual for a plataforma, não são de fato alertadas ao consumidor, fugindo assim qualquer tipo de ponderação ou reflexão a seu respeito.

### 2.3 MARKETING DIRECIONADO E DADOS PESSOAIS

Anteriormente, mencionamos brevemente o marketing direcionado, mas será discorrido profundamente aqui neste subtópico. Antes de se pensar em marketing direcionado é necessário analisarmos o objetivo por trás do direcionamento, ou seja, é necessário a construção de estratégias para se alcançar um objetivo, podendo ser diversos, como: reconhecimento de marca, vendas, alcance de novos clientes, fidelização de clientes que já utilizam a marca, lançamentos de produtos e entre outros.

Para se alcançar os ditos objetivos organizacionais, é imprescindível a determinação para se alcançar as metas propostas, tendo em vista as necessidades e desejos dos públicos-alvo, tudo deve ser pensado para proporcionar satisfações incríveis ao cliente já fidelizado ou a aquele novo que está prestes a ser alcançado.

Antes de ser aplicada o direcionamento da estratégia, deve se ter em mente sempre a facilidade em que o cliente hoje em dia possui em abandonar uma empresa em segundos, a facilidade de conexão, as imediatas ações pela rede, tudo isso, intensifica o processo entre cliente e empresa, então produzir algo extremista, ou até mesmo algo muito conservador ou liberalista podem atrapalhar a relação de “amor” pela marca (SEGURA, 2009).

Referente ao direcionamento, vimos que é necessária atenção neste ponto, a marca não pode tomar posturas que vão contra os seus próprios "princípios", sua própria fundação de ética e costumes, podendo perder parte de seu público com uma postura errada e ou diferente. Nos dias de hoje é possível limitar essas posturas e direcionar informações corretas para os nichos corretos, tudo isso graças ao mundo digital, em especial discorremos sobre o marketing digital.

O marketing digital surgiu como meio de ações para mais facilitada segmentação em grande alcance, métodos esses de comunicação que está sendo cada vez mais utilizada por empresas, sendo assim hoje possível por meio da internet novos caminhos para divulgação de produtos e serviços, abrindo diversas oportunidades para a conquista de mais cliente, bem como aumentar sua rede de relacionamentos (SEGURA, 2009).

O marketing digital aos poucos vai se tornando mais necessário, atendendo demandas antes nunca nem pensadas. O digital foi tomando seu espaço, e com isso foi sendo reconhecido todo o processo de compra, o que impulsionava os públicos em relação aos interesses dos mesmos, ou o que poderia até desmotivar um processo de compra. Deve ser analisado que agora todo o processo, todo o fluxo de movimentação dentro do digital se feito de maneira adequada e sistemática pode ser captado grande volume de informações a respeito das navegações, tudo o que você faz vira dados, estatísticas em gráficos, sendo assim possível a realização de direcionamento de dados extremamente eficiente (SEGURA, 2009; SCHARF, 2012).

Os pesquisadores Apolli e Gauthier (2008) apontam que o marketing atual possui uma maior capacidade de segmentação, praticidade e comunicação personalizada, tendo custos sendo reduzidos drasticamente em relação aos meios de comunicação mais clássicos, como televisão, anúncios em papel entre outros. O marketing digital é uma forma de interação e relacionamento com públicos específicos, e não mais como meio de comunicação em massa.

Agora é possível fazer a visualização da importância dos dados coletados pelos navegantes da internet, agora é possível coletar informações em grandes quantidades em pequeno período de tempo, o comércio tecnológico, aliado aos meios do marketing digital, proporciona por meio da navegação de cunho virtual coleta de diferentes variáveis que são destinadas à comercialização de produtos e de serviços, sendo o usuário que é o consumidor objeto de análise central de todo o projeto (APOLLI; GAUTHIER, 2008).

Apresentada a ideia de que os dados pessoais agora são coletados, estudados, e dessa forma, os profissionais ligados à área de marketing, especialmente aos do meio digital, utilizam dos mesmos para a aplicação de campanhas publicitárias específicas, extremamente personalizadas para um nicho em específico, lembrando que também podem existir margens de intercessões entre públicos, em outra palavras, mesmos gostos podem ser aparentes em públicos de diferentes características, por exemplo, social e ou financeiro. É certo que as características relacionadas ao indivíduo e a sua posição sociológica influenciam no comportamento e também no processo de compra.

É necessário e interessante pensar a respeito do termo cultura, aliás os dados nada mais são do que números que identificam padrões individualizados pelas pessoas. Para Mateus (2010), a cultura é uma estrutura de pensamentos, sentimentos e atitudes que são compartilhadas e vivenciadas por pessoas que estão inseridas de certa forma no mesmo contexto, a exemplo, o ambiente social que existem outros grupos com diferentes posicionamentos. Com o surgimento dos meios digitais é possível se escolher o que gostaria de ser visto, sendo as redes sociais a ferramenta de maior acesso quanto à segmentação de informações realizadas pelos consumidores.

Sendo o consumidor o ponto central, tudo é destinado a ele, a identificação de aspectos culturais, sociais e psicológicas se tornam pontos então fundamentais para delimitação de escolhas e desejos, atualmente, podemos dizer que a maioria das redes sociais conseguem coletar dados a partir dos perfis de usuários, construindo fontes para análise em decorrência dos seus próprios posts, comportamentos, gestos, comentários e entre outros.

Entretanto, com tanto controle que paira sobre os utilizadores do mundo virtual, deve-se ter a noção de que nem tudo antes dito é apenas nocivo, Bauman (2008) falava que seu perfil traçado na empresa digital Amazon era muito útil, pois são filtrados os livros com base em suas compras, e também são posicionados outros exemplares baseados em outros usuários. Ou seja, filtra na plataforma públicos semelhantes, uma estratégia aplicada que pode ser apenas utilizada quando se tem dados suficientes para se formar público semelhante ao que gera resultado positivo a marca.

Por fim, encerrando a discussão tratada, todos os perfis que são utilizados como parâmetros, tais como também os cadastros que são realizados pelos os adeptos da marca, graças a todas essas informações conseguimos gerar um marketing de qualidade, sendo então anunciado a pessoa correta o produto correto. Infelizmente por haver pontos nocivos a integridade a personalidade da pessoa física, reconhecida pela Constituição Federal (BRASIL, 1988), entre outros pontos também veremos que no CDC (BRASIL, 1990) até que ponto marketing direcionado pode ser utilizado? Essas respostas veremos nos resultados dessa pesquisa.

#### 2.4 LIMITAÇÃO À PUBLICIDADE E SUAS FERRAMENTAS EM RELAÇÃO AO CDC

O controle da publicidade vem se tornando algo cada vez mais discutido e as legislações de cada Estado ao redor do mundo vem cada vez mais notando a importância e a necessidade da criação e regulação destes meios. No Brasil, já vem sendo discutido assuntos referentes à publicidade, mesmo que tal serviço se encontre também no direito fundamental à liberdade de expressão, não pode ser de fato absoluto, sendo assim, é possível ser limitado para estar em conformidade com outros direitos fundamentais previstos na Constituição Federal (SARLET, 2015; BRASIL, 1988).

A limitação ocorre por diversos motivos, a publicidade direcionada é feita especialmente para indivíduos dentro dos parâmetros de segmentação, dessa maneira, é possível em diversas plataformas digitais seguir características, preferências, interesses, comportamentos entre outras informações, que ficam contidos em certa parte em banco de dados. Essas informações são analisadas por uma inteligência artificial que identifica usuários similares, todas as informações são coletadas e convertidas por um mecanismo de “TAGS”.

O marketing “tagueado”, que por sua vez, torna-se uma publicidade direcionada, com alvo já pré-estabelecido, atua de maneira genérica sobre a coleta de dados dos consumidores, as empresas de publicidade e ou setores de marketing podem veicular produtos a partir do perfil traçado pelo aprendizado de máquina, direcionado produtos interessantes ao interesse do consumidor, são realizadas mensagens e “CALL TO ACTIONS”, em português, “chamada para ações” específicas para os nichos de clientes. Em outras palavras, a mensagem publicitária passa a ter como destinatário um consumidor em específico, e não mais a população em geral (MENDES, 2014).

No mundo globalizado em que vivemos, as informações sobre os públicos são de grande importância, os arquivos e os bancos de dados são utilizados por estrategistas para se obter grandes resultados referente à campanhas publicitárias. Em outras palavras, o poder das marcas é gigantesco, pois possuem as informações necessárias para se alcançar públicos segmentados sem grande esforço e conseguem economizar e realizar manobras de marketing extremamente eficientes. Tais informações podem ser armazenadas e negociadas entre outras empresas, sendo esse ato reconhecido pelo ordenamento jurídico brasileiro. O CDC, em seu art. 43, discorre sobre os “cadastros, fichas, registros e dados pessoais de consumo” (BRASIL, 1990).

Tais ferramentas que coletam dados pessoais dos consumidores são em parte conexas com as campanhas publicitárias geridas pelos profissionais publicitários, ferramentas que possibilitam a transição entre um modelo econômico de produção de

massa para um lastreado na individualização e flexibilização em massa. Esse modelo econômico “se caracteriza pela oferta de volumes menores de produtos especializados, singularizados e altamente qualificados, em função do mercado e do consumidor” (MENDES, 2014, p. 86).

Agora ficou mais claro o pensamento de que as empresas conseguem atender as especificações singulares de nichos de públicos, como se fosse uma maneira personalizada para fornecimento de produtos e serviços, que são veiculados por mecanismos automatizados de tratamento de dados, sendo tal veiculação feita em larga escala, podendo ser limitada desde um raio pequeno envolvendo um bairro e ou em grande escala como um continente.

Mencionando o artigo 37, do CDC (BRASIL, 1990), deve se ter cuidado em relação a consideração de uma propaganda qualquer ser tida como enganosa ou que induz o consumidor ao erro, em outras palavras, quando se tem uma informação que de fato não é real e ou que faça se ter uma ideia errada sobre o que está sendo ofertada, assim como menciona, o parágrafo

§ 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços (BRASIL, 1990, on-line).

Na mesma lei, no art. 37, mais precisamente no seu inciso 2 (BRASIL, 1990), é de cunho abusivo qualquer publicidade discriminatória referente à qualquer natureza, não podendo incitar violência, ou estimular medos e superstições daqueles que estão interagindo com o conteúdo, não podendo também existir manipulação em crianças onde as mesmas são facilmente controladas.

§ 2º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança (BRASIL, 1990, on-line).

No inciso terceiro, para os efeitos do código, qualquer publicidade que esconda ou deixe de informar algo sobre o produto/serviço, seja informação essencial ou não, é tida como publicidade enganosa “§ 3º Para os efeitos deste código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço” (BRASIL, 1990, on-line).

Por fim, outro artigo que vale a pena ser mencionado, tendo todos os publicitários e anunciantes deveriam ao menos conhecer é o artigo 67, que trata da questão de realizar ou de promover qualquer tipo de publicidade que sabe ou deveria saber ser enganosa ou de fato abusiva, o sujeito responsável pela mesma pode ter acatada em decisão penal em detenção de três meses a um ano e multa (BRASIL, 1990).

## 2.5 CONVERSAÇÃO ENTRE LGPD E DIREITO DE RAZÃO CONSTITUCIONAL

A LGPD, que é a Lei Geral de Proteção de Dados, que dispõe a Lei n.º 13.709 (BRASIL, 2018), tem como seu principal objetivo proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade, como também o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural. Ela também tem como foco a criação de um cenário de segurança jurídica, sendo padronizado regulamentos e práticas para promover a proteção aos dados pessoais de todo e qualquer cidadão que esteja no Brasil, de acordo com os parâmetros internacionais existentes.

Essa Lei define o que são os dados pessoais, já discutido neste trabalho, e explica que alguns destes estão sujeitos a cuidados ainda maiores, como exemplo, os dados pessoais sensíveis e dados pessoais referente a crianças e adolescentes, estes últimos que podem se grandemente influenciados por marcas, ao ponto de ultrapassar os limites saudáveis quanto a exposição de informações.

Todos os dados, sejam digitais e ou do mundo físico são sujeitos à regulação desta lei, levando ainda em conta que não importa aonde a sede de uma organização e ou o centro de dados dela estão localizados em solo brasileiro ou estrangeiro, se existe processamento de informações sobre as pessoas, brasileiras ou não, que estão localizadas em território nacional, a LGPD estabelece que deve ser observada (BRASIL, 2018).

A lei traz consigo também liberações com algumas condições, por exemplo, o compartilhamento de dados pessoais com outros organismos, apenas deve ser respeitado os requisitos nela estabelecidos. Outro ponto interessante é que a mesma atribui ao cidadão direitos a serem garantidos, o mesmo pode solicitar que os seus dados pessoais sejam excluídos, revogar o consentimento, transferir dados para outro fornecedor de serviços, entre outras.

A responsável pela fiscalização e aplicação de descumprimentos ligados à LGPD é a Autoridade Nacional de Proteção de Dados Pessoais (ANPD). Essa instituição, primeiramente orienta e regula de maneira preventiva sobre como deve ser aplicada a lei,

e depois prevê a existência da LGPD dos agentes de tratamento de dados e estipula suas funções.

As falhas ligadas à LGPD podem fazer com que sejam geradas multas de até 2% do faturamento anual da organização, sendo estipulado também a empresas do exterior, mas apenas terá como jurisdição o lucro que ocorreu apenas no Brasil. Existe também uma limitação para o valor da multa em razão da infração, podendo chegar até a R\$ 50 milhões (BRASIL, 2018).

Como sabemos, as leis, que surgem após a Constituição Federal (BRASIL, 1988), devem ser analisadas e estarem de acordo com a mesma, vale ressaltar que a proteção de dados pessoais agora é um direito fundamental, sendo a decisão promulgada pela Emenda Constitucional 115 (BRASIL, 2022). A importância dos direitos à privacidade e proteção de dados pessoais estão elencado no artigo 5º da Constituição Federal (BRASIL, 1988), sendo os direitos fundamentais de garantias, tendo a meta principal o objetivo de promover a dignidade humana e de proteger os cidadãos, ou seja, o direito à privacidade e à proteção de dados pessoais é essencial à vida digna das pessoas, principalmente no contexto atual de inserção ao meio digital.

Deve ser destacado a importância novamente do artigo 5º (BRASIL, 1988), que diz que todos são iguais perante as leis estipuladas pelo nosso Estado, sem distinção por qualquer natureza, sendo então garantindo aos brasileiros e aos estrangeiros residentes nas localidades deste país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Então, desde que os temas anteriormente discutidos não ataquem diretamente algum dos pontos mencionados neste parágrafo as marcas e as empresas não vão ter grandes problemas de fato, a publicidade não deve influenciar negativamente a vida das pessoas, a segurança física e ou psicológica, pois se feita teremos problemas quanto a culpabilidade. Logo, com esta pesquisa, pudemos observar e compreender mais a respeito da importância e da grande valoração que as informações possuem, em mecanismos certos e se bem aproveitada, esses meios podem alcançar números inimagináveis, isso por conta da persuasão e do direcionamento do marketing para o público mais eficiente possível, o resultado é certo.

Dessa maneira, podemos dizer que existem sim contemporaneamente marcas que infligem e vão além de limites considerados naturais, positivos, e, por conta disso, o Estado começa uma discussão interessante, crescendo em matéria científica e legislatória.

### **3. METODOLOGIA**

Para responder ao objetivo e aos questionamentos deste artigo, desenvolvemos uma investigação de abordagem qualitativa, de caráter dedutivo, pois analisamos algumas produções de materiais empíricos (GUERRA, 2014). Metodologicamente, esse estudo se enquadra em uma pesquisa do tipo bibliográfico, pois foi desenvolvida com base em material já elaborado, constituído principalmente de livros e artigos científicos. Nesse tipo de pesquisa, o pesquisador sugere um problema de pesquisa e um objetivo que estejam de acordo e que a resposta que será busca esteja nos livros, artigos, teses, dissertações, leis e decisões em relação ao judiciário.

### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A luz dessas considerações finais, constatamos no decorrer do presente artigo que a publicidade tem um alcance gigantesco em relação ao indivíduo, os impactos positivos e negativos que a mesma pode influenciar nas pessoas, por meio de diversos meios para a divulgação de seus produtos, serviços, enfim, é visto aqui a necessidade de regulamentação pela parte estatal.

Com a melhor compreensão de como os dados são impactantes, podendo movimentar grandes estruturas capitalistas com base nas informações coletadas de seus clientes até onde seria possível usufruir dessas informações, provavelmente nos próximos anos, teremos ainda muitas mudanças em nossa legislação acerca deste tema, com esta pesquisa é possível absorver e direcionar as informações referentes à Lei Geral de Proteção de Dados.

Dessa maneira, com pesquisas sendo feitas, com maiores informações sendo emitidas nos meios digitais, criou-se a dúvida e a importância a respeito do tema, criando agora diversos questionamentos do que seria aceitável e saudável a sociedade, sendo impostos limites em várias moldes, como cível, administrativo, penal, entre outros.

Ante ao todo exposto, faz-se nítido que o Estado deve ser sim presente para uma melhor qualidade de vida social dos indivíduos, o mesmo estar atento quanto as possíveis manipulações e invasão de cunho institucional, em outras palavras, não deve ser infligido e deve ser protegido os direitos fundamentais previsto em nosso ordenamento máximo, a Constituição Federal (BRASIL, 1988).

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

APOLLI, M; GAUTHIER, F. Á. O. **Publicidade na era digital**. Florianópolis: Pandion, 2008.

BENJAMIN, A. H. de V. e. O controle jurídico da publicidade. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 9, p. 25-57, jan./mar. 1994. Disponível em: [https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/8981/O\\_Control\\_Jur%e3%addico\\_da\\_Publicidade.pdf](https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/8981/O_Control_Jur%e3%addico_da_Publicidade.pdf). Acesso em: 10 jun. 2022.

BAUMAN, Z. **Vida líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

BAUMAN, Z. **Vida para consumo**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BAUMAN, Z. **Vigilância Líquida**: diálogos com David Lyon. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

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

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências, **Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990. Diário Oficial da União**, 12 set. de 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm). Acesso em: 10 jun. 2022.

BRASIL. Presidência da República. Secretaria-Geral. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), Lei n.º 13.709, de 14 de agosto de 2018. **Diário Oficial da União**, 15 ago. de 2018. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm). Acesso em: 10 jun. 2022.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Altera a Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais e para fixar a competência privativa da União para legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais. Emenda Constitucional 115, de 10 de fevereiro de 2022. **Diário Oficial da União**, 11 fev. de 2022. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc115.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc115.htm). Acesso em: 10 jun. 2022.

DONEDA, D. **A proteção de dados pessoais nas relações de consumo**: para além da informação creditícia. Brasília: SDE/DPDC, 2010. Disponível em: [https://www.defesadoconsumidor.gov.br/images/manuais/vol\\_2\\_protecao\\_de\\_dados\\_pessoais.pdf](https://www.defesadoconsumidor.gov.br/images/manuais/vol_2_protecao_de_dados_pessoais.pdf). Acesso em: 10 jun. 2022.

GUERRA, E. L. de A. **Manual pesquisa qualitativa**. Belo Horizonte: Grupo Ânima Educação, 2014.

LUPETTI, M. **Gestão Estratégica da Comunicação Mercadológica**. 1 ed. São Paulo: Thomson Learning, 2007.

MALHEIROS, J. E. **Banco de dados e cadastro de consumidores:** artigos 43/45. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2007.

MATEUS, T. A. I. **A relação entre marcas e consumidores no Facebook.** Tese (mestrado) - Instituto Universitário de Lisboa, 2010.

MENDES, L. S. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor:** linhas gerais de um novo direito fundamental, 01. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SCHARF, E. R. A Proposta de Valor e o Capital Humano: práticas estratégicas de marketing. **Revista Brasileira de Gestão de Negócios**, São Paulo, v. 14, n. 43, p. 2016-233, abr./jun., 2012. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbgn/a/XcwJZbHYP7cpy47xGtdgGZp/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 10 jun. 2022.

SEGURA, M. C. **O estudo do Marketing Digital versus Marketing Tradicional e a percepção das suas campanhas por parte dos consumidores no mercado virtual a tradicional.** 2009. f. 51. Dissertação (Mestrado em estatística e Gestão da Informação) - Instituto Superior de Estatística e Gestão de Informação da Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, 2009.

SILVA, S. S. **Antropologia Econômica e Psiquiatria:** uma Ressonância Neurodecisões no Desenvolvimento do Consumismo Compulsivo. São Paulo: Psychiatry On-line Brazil. 2018, pp. 716-8.

# EVOLUÇÃO DO ENSINO SUPERIOR À DISTÂNCIA NO BRASIL E SUAS IMPLICAÇÕES QUANTO À QUALIDADE DA APRENDIZAGEM

Melce Miranda Rodrigues<sup>1</sup>  
Maria Priscila Soares Berro<sup>2</sup>  
Gustavo Costa Reis<sup>3</sup>

## RESUMO

Neste artigo traz-se uma evolução histórica do ensino superior no Brasil. Esse processo trouxe inicialmente o acesso as classes mais abastadas e que com a tentativa de inclusão de outras categorias chega-se a modalidade à distância, que promove o acesso de classes menos abastadas, em tese, pois, no país o percentual de pessoas com acesso à internet, ferramenta essencial ao EaD, ainda é pequeno. O objetivo da pesquisa é conhecer a influência para o ensino superior na modalidade EaD quanto a aprendizagem dos conteúdos. Trata-se de pesquisa bibliográfica descritiva exploratória. Autores pesquisados não se mostram contra a modalidade, mas como foi implantada, como é utilizada no setor público e com muitas críticas ao setor privado. Assim, depreende-se que esse acesso não deve ser apenas concretização de possibilidade que não trará ao estudante a qualidade de ensino necessária a incluí-lo no mercado de trabalho, com capacidade suficiente para exercer com maestria o ofício escolhido.

**Palavras-chave:** Ensino à distância, Implantação, Aprendizagem.

## ABSTRACT

This article brings a historical evolution of higher education in Brazil. This process initially brought access to the more affluent classes and that with the attempt to include other categories comes the distance mode, which promotes access to less affluent classes, in thesis, because in the country the percentage of people with internet access, an essential tool to the EaD, is still small. The aim of the research is to know the influence for higher education in the EaD modality regarding the learning of the contents. This is exploratory descriptive bibliographic research. Authors researched are not against the modality, but how it was implemented, how it is used in the public sector and with many criticisms of the private sector. Thus, it is possible to perceive that this access should not be just realizing possibility that will not bring to the student the quality of teaching that is necessary to include him in the labor market with sufficient capacity to masterfully exercise the chosen craft.

**Keywords:** Distance learning, Implementation, Learning.

## 1 INTRODUÇÃO

<sup>1</sup> Mestre em Direito. Coordenadora Curso de Direito no Centro Universitário UNIEDUCARE, Cacoal-RO. E-mail: [melce.prof@gmail.com](mailto:melce.prof@gmail.com). <https://orcid.org/0000-0002-5407-0368>

<sup>2</sup> Pós-doutora em Direito Processual no Sistema Ítalo-Germano e Latino-Americano pela Università Degli Studi Di Messina - Itália. Professora Adjunta da Fundação Universidade Federal de Rondônia (UNIR) - *Campus* “Professor Francisco Gonçalves Quiles”, Cacoal-RO. E-mail: [priscilaberro@unir.br](mailto:priscilaberro@unir.br). <https://orcid.org/0000-0002-2987-4380>

<sup>3</sup> Mestre em Ciência da Informação pela Universidade Estadual Paulista - Júlio de Mesquita Filho. E-mail: [prof.gustavocostareis@gmail.com](mailto:prof.gustavocostareis@gmail.com). <https://orcid.org/0000-0001-8207-2531>

O artigo apresenta uma argumentação a respeito da qualidade dos cursos de graduação ofertados na modalidade à distância, a instalação no Brasil, a evolução e as implicações qualitativas dos cursos.

Trata-se de um recorte bibliográfico, destacando o ensino superior e a instalação da modalidade à distância no Brasil, visando demonstrar as questões mercadológicas em detrimento do cumprimento da máxima ensino/aprendizagem e seus atores estudantes e instituições.

Apresenta-se uma cronologia do ensino superior no Brasil desde o regime militar, a Constituição Federal de 1988 e a atualidade. Busca-se uma demonstração geral da legislação pertinente.

Para congruência da pesquisa foi necessária uma abordagem da instalação da modalidade à distância nas escolas públicas e privadas e, dessa forma, foi possível verificar uma diferença quanto a finalidade dos dois setores, qual seja, do setor público formar mais professores para ensino fundamental em menor tempo possível e, no setor privado, aumentar número de vagas e visar maior lucratividade.

Por derradeiro, uma abordagem, sem a possibilidade de aprofundamento devido a pesquisa ser genérica, da utilização do uso de tecnologia da informação e suas implicações quanto a formação dos atores para o uso, tanto dos estudantes quanto dos professores/as.

Devido a disseminação desenfreada de abertura de vagas em nível superior na modalidade à distância, justifica-se a pesquisa, como forma de contribuição para alertar instituições e estudantes, que não basta haver inúmeras opções de cursos para graduação, mas que a qualidade desses cursos deve ser avaliada e sofrerem adequação em relação à qualidade e formação de futuros profissionais com gabarito para seguirem nas profissões escolhidas.

Dessa forma o objetivo geral da pesquisa é informar que a modalidade de ensino à distância para a graduação superior, atrai pela flexibilidade e pelo valor acessível, no entanto, percentual significativo da população não tem acesso à internet, ainda, o que se espera da qualidade não atinge os objetivos propostos.

## **2 METODOLOGIA**

O presente artigo trata-se de pesquisa bibliográfica permeada no levantamento em forma de livros, revistas, artigos *on-line*, descritiva e exploratória. O objetivo proposto é identificar o histórico da implantação dos cursos à distância no Brasil, seu desenvolvimento e implicações na qualidade da aprendizagem visando o interesse dos sujeitos, quais sejam, estudantes e instituições de ensino. Devido a escassez disponível de material em formato de livros para pesquisa física, os sites de pesquisa disponíveis na internet como repositórios, artigos na base

dados da Scielo e CAPES foram os mais pesquisados. Observa-se que a pesquisa em relação à qualidade dos cursos à distância é escassa, haja vista, a mercadologia empregada pelas instituições que a oferecem. Publicidade massiva em relação aos valores cobrados, facilidade de acesso a um diploma em nível superior e o desejo do estudante em consegui-lo. Para atingir os objetivos propostos em demonstrar, criticamente, o cumprimento da perspectiva ensino e aprendizagem preconizada na legislação correlata, a pesquisa foi profícua em parte. As regras da ABNT foram utilizadas de acordo com as determinações contidas e na especificação informadas pela Instituição de Ensino.

### **3 RESULTADO E DISCUSSÃO**

Inicialmente a pesquisa trata de um levantamento de bibliografia a respeito do ensino superior no Brasil e sua evolução, tanto nas esferas pública e privada. Demonstra-se a influência alienígena, haja vista, a colonização e as ideias trazidas pelos egressos que se formavam fora do país.

Um retrato generalista das práticas pedagógicas, demonstra a instabilidade dos processos de ensino aprendizagem utilizados como experiências, fato imanente das políticas públicas brasileiras.

A inserção do ensino à distância para os cursos superiores, inicialmente nas licenciaturas e mais adiante para outros cursos, trouxe a princípio, possibilidades de acesso facilitado à graduação. No entanto, os autores pesquisados, criticam o quociente, pois, o grau de conhecimento adquirido não é suficiente e as tecnologias empregadas podem dificultar a aprendizagem acentuada dos conteúdos.

Evidencia-se que são novas formas de aprender a aprender e, constata-se que as instituições são responsáveis por fornecer não somente cursos mais baratos, facilitando maior quantidade graduandos, mas e, principalmente, trazer aos estudantes cursos de qualidade que envolvam tecnologia e conteúdo suficientes para formar pessoas capazes de assumir funções com habilidade e competência.

### **4 ENSINO SUPERIOR NO BRASIL**

A universidade é um espaço onde o ser humano pode se emancipar por meio do conhecimento e da cultura. É constituída por um conjunto de escolas com objetivo de promover formação científica, realizar pesquisas nas áreas do saber humanístico (UNIVERSIDADE). No Brasil o ensino superior teve os primeiros passos somente no século XX.

As lutas estabelecidas para que esse espaço tivesse qualidade que atingisse todas as classes sociais datam do período pós primeira república. Nesse período o modelo de educação

com qualidade somente atingia a elite, classe dominante e a educação popular era rasa e sem critérios qualitativos. A chegada da Família Real portuguesa ao Brasil é um marco da criação dos cursos superiores, veja-se a cronologia: (FAMEB)

1808: Escola de Cirurgia da Bahia e Escola anatômica, cirúrgica e Médica do Rio de Janeiro;

1827: Faculdade de Direito do Recife e Faculdade de Direito de São Paulo;

1839: Faculdade de Medicina de Ouro Preto;

1876: Escola de Minas de Ouro Preto;

1891: Faculdade Nacional de Direito;

1892: Faculdade de Direito de Belo Horizonte;

1893: Escola Politécnica de São Paulo; 1896:

Escola de Engenharia Mackenzie; 1898:

Faculdade de Direito de Goiás; 1909: Escola

Universitária Livre de Manaus; 1913:

Universidade do Paraná;

1920: UFRJ começa a usar o título de universidade;

1934: Universidade de São Paulo.

Com a criação dessas escolas pelo Governo Federal, o ensino somente atingia as elites e a partir de 1938 com a criação da União Nacional dos Estudante (UNE), surgiram as propostas de reformas para extinguir o caráter arcaico e elitista dessas instituições (ZOCCOLI, 2009, p. 59 e 60).

No governo instituído em 1964, regime militar, a crise no ensino superior trouxe uma necessidade de reforma, no entanto, não deixou como herança pontos positivos.

[...] quando dava seus primeiros passos, o golpe militar de primeiro de abril de 1964, que submeteu o Brasil a uma ditadura regressiva, assaltou a universidade e lhe impôs um interventor. A preocupação obsessiva do governo militar e de seus agentes em subjugar e controlar uma universidade que não compreendiam determinou a demissão de todos seus professores capacitados para implantá-la. Assim se destruiu o projeto mais ambicioso da intelectualidade brasileira, reduzindo-o a um simulacro de universidade que aguarda sua restauração (RIBEIRO, 1969, p. 122).

A política de repressão ideológica neutralizou opositores e estagnou o ensino.

É importante ressaltar que o governo militar tinha um modelo modernizador com a expectativa de atrair investimentos externos. Desta forma, houve acordos financeiros, como por

exemplo a USAID (United States Agency for International Development)<sup>4</sup>, para implantação dos padrões que eram determinados pelos norte-americanos.

Essa onda de modernização, como não podia deixar de acontecer, assolou sobremaneira a esfera educacional, alicerçando-se nos compromissos assumidos na Carta Punta del Este, sendo uma das causas responsáveis pela assinatura de uma série de acordo entre o MEC e a Agency for International Development- AID (voltada para a assistência técnica e cooperação financeira e organização do sistema educacional brasileiro)-, os Acordos MEC-USAID” (FAZENDA, 1984, p. 56).

Havia, nesse governo a idealização de modernização do Estado brasileiro e sobremaneira atingiu a área educacional.

Com a tentativa de modernização do Estado, repressão e crise econômica, houve crescimento também da demanda social por educação e em consequência crise no sistema educacional. Desta forma buscaram acordos internacionais de cooperação financeira. Seguindo os padrões governamentais inseriram a profissionalização seus próprios quadros internos e

formação de professores universitários com investimentos em infraestrutura e equipamentos. A finalidade dos acordos foi de modernização na administração educacional (RIBEIRO, 1993).

Seguindo os padrões governamentais inseriram a profissionalização seus próprios quadros internos e formação de professores universitários com investimentos em infraestrutura e equipamentos. A finalidade dos acordos foi de modernização na administração educacional.

O país passava por uma modernização, pois adotava como modelo um país desenvolvido, no caso os Estados Unidos, é importava tecnologia, muitas vezes superada, mas não se apossava do "know how", o que tornou o Brasil mais dependente do que já era.

A lei 5692/71 tinha como principal preocupação a profissionalização. Seu objetivo era dar ao nível médio, uma terminalidade profissional, de modo a atenuar as pressões exercidas pelos estudantes que não conseguiam ser aprovados nos vestibulares. Os que precisassem trabalhar abandonariam as escolas ao concluir o secundário, já que possuíam uma especialização e poderiam enfrentar o mercado de trabalho. Anos mais tarde virá a Lei 7044, de 18 de outubro de 1982, alterando substancialmente dispositivos da lei 5692/71 (RIBEIRO, 1993, on line).

As demandas para o ensino superior subiram vertiginosamente devido ao aumento de exigências para o trabalho e, desta forma, o sistema público não era capaz de absorver a procura e nem tão pouco havia subsídios econômicos. Essa busca fez com que o setor privado abrisse seus mercados educacionais.

<sup>4</sup> Nome de um acordo que incluiu uma série de convênios realizados a partir de 1964, durante o regime militar brasileiro, entre o Ministério da Educação (MEC) e a United States Agency for International Development (USAID). Os convênios, conhecidos como acordos MEC/USAID, tinham o objetivo de implantar o modelo norte americano nas universidades brasileiras através de uma profunda reforma universitária. Segundo estudiosos, pelo acordo MEC/USAID, o ensino superior exerceria um papel estratégico porque caberia a ele forjar o novo quadro técnico que desse conta do novo projeto econômico brasileiro, alinhado com a política norte-americana. Além disso, visava a contratação de assessores americanos para auxiliar nas reformas da educação pública, em todos os níveis de ensino. Disponível em: < <https://www.educabrasil.com.br/mec-usaid/>> Acesso em: 01 out. 2020.

Ainda sobre o tão desejado aumento de instituições e vagas no ensino superior, é interessante observar que, assim como bem ressaltaram os governantes do regime vigente, com o tempo estas aumentaram consideravelmente; no entanto, cabe questionar-se de que forma isso ocorreu. Por meio da “Revista MEC”, evidenciou-se que o interesse governamental centrava-se na exposição de dados sobre a ampliação do ensino superior, fosse por meio das matrículas ou da criação de instituições de ensino superior. No entanto, é fundamental ressaltar que essas vagas não aumentaram nas Universidades Federais de Ensino e sim nas Instituições privadas. Assim, acredita-se que a RU ofereceu uma solução quantitativa em detrimento da qualitativa para que houvesse a expansão das instituições, que acabou ocorrendo fundamentalmente por meios da criação de estabelecimentos isolados (COSTA, 2009, on line).

O governo militar encontrou, desta forma, com a privatização, um meio de sanar a falta de vagas no ensino público. No entanto o acesso era concedido a quem tinha condições financeiras. Reflexo desse período é que o ingresso em universidades públicas era destinado aos mais abastados que vinham de um ensino médio (antigo colegial) de qualidade enquanto as classes menos abastadas não tinham essa opção.

A implantação desse modelo contribuiu para limitar a expansão das universidades públicas, em particular das federais. Seria incorreto afirmar que o ensino público não cresceu, uma vez que, no período de 1967 a 1980, suas matrículas passaram de 88 mil para aproximadamente 500 mil estudantes, registrando um crescimento da ordem de 453%. Esse aumento ficou aquém das necessidades de acesso ao ensino superior, abrindo um flanco favorável à participação do ensino privado. Vale destacar que o ensino universitário católico mostrou-se reticente em expandir sua rede para absorver essa demanda, mantendo uma concepção de universidade voltada para o atendimento da reprodução das elites locais (SALEM, 1982, on line).

A Emenda Constitucional número 1 de 17 de outubro de 1969, que editou a Constituição Federal de 1967, determina a respeito do ensino médio:

Art. 167. A lei disporá sobre o regime das empresas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais e municipais, estabelecendo: *sic* I - obrigação de manter serviço adequado;  
II - tarifas que permitam a justa remuneração do capital, o melhoramento e a expansão dos serviços e assegurem o equilíbrio econômico e financeiro do contrato; e  
III - fiscalização permanente e revisão periódica das tarifas, ainda que estipuladas em contrato anterior (BRASIL, 1967, on line).

Ainda, que para o ensino médio (colegial), foram instituídos os cursos técnicos para formação rápida de profissionais para o mercado de trabalho.

[...] a partir do pressuposto da neutralidade científica e inspirada nos princípios da racionalidade e eficiência e produtividade, essa pedagogia advoga a reordenação do processo educativo de maneira a torna-lo objetivo e operacional. De modo semelhante ao que ocorreu no trabalho fabril, pretende-se a objetivação do trabalho pedagógico (SAVIANI, 2009, p. 11).

A temática vigente neutralizou a cientificidade do ensino e passou a enfatizar uma pedagogia tecnicista. Da mesma forma que os meios de produção à época influenciaram na educação, assim também agiu as reformar educacionais durante o período militar.

Com a redemocratização houve várias mudanças na política educacional. Nos anos de 1980 grande expansão das universidades particulares.

A Constituição Federal de 1988 determinou reformas no ensino superior:

**Art. 207.** As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.

§ 1º É facultado às universidades admitir professores, técnicos e cientistas estrangeiros, na forma da lei. (Incluído pela EC 11/1996)

§ 2º O disposto neste artigo aplica-se às instituições de pesquisa científica e tecnológica. (Incluído pela EC 11/1996) (BRASIL, 1988, on line).

Marco para educação superior e para a democracia.

O artigo 6º da CF de 1988 trata genericamente dos direitos sociais que devem ser preconizados e no artigo 205 e seguintes trata especificamente da educação. Revitaliza as questões educacionais de forma democrática, restaurando determinações das constituições de 1934 e 1967.

## **5 ENSINO SUPERIOR À DISTÂNCIA NO BRASIL A PARTIR DE 1988**

Após a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, somente em 1996 foi promulgada a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, Lei nº 9.394 de 20 de dezembro de 1996, obedecendo as determinações constitucionais.

Esta lei infraconstitucional já obteve várias atualizações e regulamentações. No seu artigo 80, inclui o Ensino à Distância oficializando práticas à distância já utilizadas em outros programas de ensino.

Art. 80. O Poder Público incentivará o desenvolvimento e a veiculação de programas de ensino a distância, em todos os níveis e modalidades de ensino, e de educação continuada.

§ 1º A educação a distância, organizada com abertura e regime especiais, será oferecida por instituições especificamente credenciadas pela União. § 2º A União regulamentará os requisitos para a realização de exames e registro de diploma relativos a cursos de educação a distância. § 3º As normas para produção, controle e avaliação de programas de educação a distância e a autorização para sua implementação, caberão aos respectivos sistemas de ensino, podendo haver cooperação e integração entre os diferentes sistemas.

§ 4º A educação a distância gozará de tratamento diferenciado, que incluirá: I - custos de transmissão reduzidos em canais comerciais de radiodifusão sonora e de sons e imagens e em outros meios de comunicação que sejam explorados mediante autorização, concessão ou permissão do poder público; II - concessão de canais com finalidades exclusivamente educativas; III - reserva de tempo mínimo, sem ônus para o Poder Público, pelos concessionários de canais comerciais (BRASIL, 1996, on line).

A regulamentação deste artigo, mais recente é o Decreto nº 9.057 de maio de 2017.

Define a modalidade à distância na qual a mediação didático- pedagógica nos processos de ensino e ocorra com a utilização de meios e tecnologias de informação e comunicação, com pessoal qualificado, com políticas de acesso,

com acompanhamento e avaliação compatíveis, entre outros, e desenvolva atividades educativas por estudantes e profissionais da educação que estejam em lugares e tempos diversos.

Determina que como nos cursos presenciais, a implantação será de acordo com as normas estabelecidas pelo Ministério da Educação (MEC). Deverá haver atividades presenciais, tais como avaliações, estágios, práticas profissionais e de laboratório. Para tanto, estas atividades presenciais serão realizadas no polo (estabelecimento onde se localiza a instituição) (BRASIL, 2017, on line).

As minúcias de cursos nessa modalidade são determinadas em Portarias do MEC. Uma das mais importantes é aquela que autorizou o ensino híbrido (*blended learning*) em cursos superiores: Portaria nº 2.253 de 18 de outubro de 2001 e, mais tarde regulamentou o percentual de 20% nas matrizes curriculares de cursos em nível superior (BRASIL).

Esse percentual de 20% foi ampliado para 40%, quando da edição da Portaria 1.428 de 28 de dezembro de 2018, que revogou a 1.134/16, vedou a implantação para o curso de Medicina (BRASIL).

O ensino híbrido, segundo Moran (2015) é misturar o que há de melhor no ensino presencial e o que há de melhor no ensino à distância. É manter Unidades Curriculares totalmente presenciais e outras à distância.

Posto esses conceitos, inicia-se uma crítica a respeito de inovações que são somente uma tentativa de crítica aos modelos passados, como se não tivessem trazido qualquer bom resultado. Ademais, essa desqualificação foi utilizada em várias tentativas de modernizar o ensino e assim condenado o modelo tradicional.

O aparato digital trazido à modalidade à distância total ou híbrida, já se tornou totalmente comercial. Empresas fornecem produtos essenciais ao funcionamento dessa educação e a isso se agrega outros tipos de produtos que serão utilizados, por exemplo, as ferramentas de aprendizagens, tutoriais, aplicativos etc.

Bogost (2013) propõe que um ensino híbrido, condensado, resumido, que responsabiliza mais o estudante e menos a instituição, é muito adequado aos interesses de empresas e governos que querem a redução de custos da oferta educacional.

[...]

As preocupações sobre a mercantilização de serviços e produtos educacionais não são novas (GIBBONS, 1982 apud ENT, 2016), mas as acusações merecem aprofundamento teórico e empírico. Essas questões são legítimas e deveriam ocupar professores, pesquisadores e gestores da educação alvejados a todo o momento por cursos, guias e manuais de orientação e execução amparados ou desenvolvidos a partir de fontes altamente interessadas. Abeysekera e Dawson (2014) sugerem o risco de que, no lugar de uma política educacional baseada em evidências, estejamos nos sujeitando a “evidências baseadas em políticas”. O ceticismo e a vigilância crítica são virtudes em um contexto no qual as propostas neoliberais alcançam, de modo fulminante, a educação (VALERIO; MOREIRA, 2018, on line).

Ainda, reforçando esse conceito:

A publicidade comercial e política constrói suas mensagens com base nesta cultura mundializada, que ela ajuda a criar e recriar constantemente, e destina-as ao indivíduo “reflexivo”, típico destas sociedades globalizadas, radicalmente modernas (GIDDENS, 1994 e 1998; MATTELART, 1994; BELLONI, 1994, on line).

No mundo capitalista e periférico, esses modelos comerciais estão fadados ao sucesso, ou seja, uma fatia de mercado imperdível e muito promissora. Vê-se várias empresas que abarcam instituições e mais rápido possível implantam modelos de educação à distância total, ou nos casos em que ainda não são liberados, até o percentual de 40% (ABMS).

O EaD tem como premissa ampliação de forma de acesso ao ensino superior atendendo a lógica capitalista de produção e ainda, uma desvalorização do trabalhador que deve ser polivalente em detrimento de suas especialidades (CHARÃO, 2016).

A educação não está alheia às transformações que se processam na produção capitalista. Ela ajusta-se às exigências demandadas por esta última e os novos modelos e propostas pedagógicas acompanham a evolução das tecnologias e das novas formas de organização da produção, o que tem implicado em profundas transformações no processo educacional, bem como nas políticas públicas educacionais (CHARÃO *apud* LUCENA et al., 2012, p. 93).

A mercantilização está presente em todos os setores do mundo ocidental capitalista, não seria diferente no ensino.

## **6 O ENSINO SUPERIOR EAD NAS ESCOLAS PÚBLICAS**

O ensino a distância instituído na LDB foi regulamentado ao longo do tempo. Como acontece no Brasil, a maioria das leis carecem de complementação, não nascem prontas para terem eficácia, pois a aplicabilidade vai sendo regulamentada de acordo com a utilização dos dispositivos. Não foi diferente com a EaD.

Com a regulamentação da Universidade Aberta no Brasil (UAB) em 2006 (BRASIL), expandiu-se sobremaneira a implantação de polos educacionais públicos e elevou a utilização do EaD. No entanto essas instituições são muito burocráticas o que não facilita sua disseminação de forma apropriada. Segundo Belloni:

A própria estrutura organizacional, centralizada, burocrática e hierarquizada, baseada em uma divisão do trabalho especializada e segmentada, torna essas instituições muito vulneráveis à concorrência: um novo curso deve percorrer um longo caminho desde o momento em que surge a demanda e a proposta inicial para atendê-la, até a sua aprovação pelos vários conselhos da universidade, o que faz o sistema funcionar devagar e o torna muito dispendioso (BELLONI, 2015, p. 103).

O Estado brasileiro, a partir de 2018, sofre um corte de verbas para o ensino público que impacta diretamente na oferta de EaD. Sem verba fixa, a cada ano a oferta de cursos depende do esforço próprio das instituições (TENENTE; FIGUEIREDO, 2019).

Sem verba contínua, as universidades mais bem avaliadas têm se virado para manter seus cursos remotos.

[...]

Os professores estão fazendo mais web conferências com os alunos. Se antes eles estavam no polo mensalmente, hoje aparecem por lá a cada dois meses. A presença de docentes nos polos é importante para as avaliações e as atividades que são presenciais nos cursos à distância (MAIA, 2016, on line).

Verifica-se que a falta de verba e incentivo aos professores e professoras na modalidade, influencia diretamente na qualidade do ensino.

A flexibilização no credenciamento de instituições públicas na modalidade EaD, aumentou a oferta de cursos.

Art. 12. As instituições de ensino superior públicas dos sistemas federal, estaduais e distrital ainda não credenciadas para a oferta de cursos superiores na modalidade a distância ficam automaticamente credenciadas, pelo prazo de cinco anos, contado do início da oferta do primeiro curso de graduação nesta modalidade, condicionado à previsão no Plano de Desenvolvimento Institucional.

Parágrafo único. As instituições de ensino de que trata o **caput** ficarão sujeitas ao recredenciamento para oferta de educação na modalidade a distância pelo Ministério da Educação, nos termos da legislação específica (BRASIL, on line).

No entanto, sem verbas os cursos são fadados a falta de qualidade e restrição de abertura de vagas.

O credenciamento de escolas privadas em nível superior carece de solicitação ao Ministério da Educação, de acordo com o mesmo decreto citado. Assim, com a deficiência da oferta em instituições públicas, o ensino privado se abarca dessa deficiência, com cursos mais baratos e acessíveis. Requer, desta forma, uma análise da qualidade desses cursos.

## 7 ENSINO SUPERIOR À DISTÂNCIA NA ATUALIDADE

O século XXI é o futuro que gerações do século passado esperavam e que a atual nasceu vivenciando. A realidade virtual assombra alguns e outros, como por exemplo, as crianças, aprendem por si só manusear tecnologias interativas. A socialização passou a ser virtual.

Nesse paradigma não há mais como retroceder e, dessa forma as instituições devem se aprimorar para receber a geração “Z”<sup>5</sup>. Mas, o que dizer das gerações anteriores? Ou se atualizam, aprendem a utilizar as novas tecnologias ou ficam para trás.

Em meados do século XX as inovações tecnológicas, como as Tecnologia de Informação e Comunicação (TIC), contribuíram sobre maneira aos meios de produção

<sup>5</sup> A **geração Z** é composta por quem nasceu na **primeira década do século XXI**. Por não haver uma exatidão na contabilização do tempo em relação ao surgimento das diferentes gerações, podemos considerar como geração Z quem nasceu no fim da década de 1990. O mais marcante dessa geração é a sua **íntima relação com a tecnologia e com o meio digital**, considerando que ela nasceu no momento de maior expansão tecnológica proporcionada pela popularização da internet.

industrial, cuja a base, se utiliza na educação moderna à distância. Frise-se que naquele século foi introduzido nos meios de produção o modelo de produção de Henry Ford (Fordismo):

O avanço tecnológico aparece como elemento-chave que concretiza a crise do paradigma fordista e a necessidade de reestruturação dos processos de produção industrial e modo capitalista. O fordismo, que propunha produção de massa para mercados de massa, se baseava em três princípios: baixa inovação dos produtos, baixa variabilidade dos processos de produção e baixa responsabilidade do trabalho (BELLONI *apud* CAMPION & RENNER, 2015, p. 10).

Na educação com a expansão de vagas e oferta de cursos, o modelo citado por Belloni (2015), se aplicava, pois, o planejamento escolar centralizado, o uso de tecnologias para educação de massa apropriava-se da questão econômica.

Esse modelo, hodiernamente, não tem aplicabilidade devido as mudanças sociais, desenvolvimento e educação continuada, segundo os autores, mas continua sendo utilizado para formação massificada e rasa de conteúdo.

Uma forma de superar esse impasse seria considerar a EaD não como uma atividade do setor secundário (industrial), mas como uma atividade de prestação de serviços (setor terciário). Nessa perspectiva, a lógica de adaptação personalizada aos interesses do cliente é predominante e substitui a lógica de produção em massa de produtos estandardizados (BELLONI *apud* TRINDADE, 2015, p. 23).

O processo de aprendizagem na modalidade EaD, seja qual for o molde utilizado, tende a propalar um ensino afastado da ciência, pois constrói o imaginário coletivo de sucesso e de acesso à educação. Pessoas são racionalizadas e influenciadas por tantas informações renovadas a cada segundo que moldam seu modo de vida.

A mediatização generalizada da informação tende a vulgarizar a ciência, vender *gadgets* tecnológicos, estabelecer e divulgar a agenda política, além de construir o imaginário coletivo com seus rituais planetários: os sucessos dos heróis esportivos e das modelos deslumbrantes, o casamento e a morte da princesa, a morte do campeão de Fórmula 1, os fiascos do presidente dos EUA, a truculência do líder árabe, entre tantos outros. A generalização do acesso à informação midiática tende a transformar o indivíduo em um ser mais racional e menos intuitivo, isto é, mais *reflexivo*. Esta *reflexividade*, característica típica das sociedades contemporâneas, radicalmente modernas, consiste, segundo Giddens, "no fato de que as práticas sociais são constantemente examinadas e reformadas à luz de informação renovada sobre essas próprias práticas, alterando assim constitutivamente seu caráter". Ou seja, as práticas locais, cotidianas, tradicionais são permanentemente influenciadas pelas informações globais, baseadas numa cultura pseudocientífica (BELLONI, 2002, on line).

É patente que a EaD é vista como produto da modernidade, pois, só é difundida se a instituição investir em plataformas adequadas e fornecer aos estudantes toda uma gama de TICs, auxílio, tutoria etc. Esse investimento inicial é devolvido rapidamente em lucro.

A expansão do EaD no Brasil, país dado a rompantes de experimentos, a partir da década de 90, com a promulgação a LDB que instituiu a Educação à distância, aumentaram o acesso ao ensino superior, principalmente na área de formação de professores.

O decreto nº 5622/05, que revogou o decreto nº 2494/98, que regulamenta o artigo 80 da LDB, deu uma definição mais clara, porém técnica, ao ensino à distância. Vê-se no artigo abaixo:

Art. 1º Para os fins deste Decreto, caracteriza-se a educação a distância como modalidade educacional na qual a mediação didático-pedagógica nos processos de ensino e aprendizagem ocorre com a utilização de meios e tecnologias de informação e comunicação, com estudantes e professores desenvolvendo atividades educativas em lugares ou tempos diversos (BRASIL, 2005, on line).

A característica do artigo é a mediação entre as tecnologias de informação e o estudante em detrimento do papel do professor/a no processo educativo, quer dizer, centralizou as tecnologias, em que se pese, inferir aos professores/as e estudantes como sujeitos do processo.

Em dossiês, periódicos e outros meios que divulgam pesquisas no campo educacional, é possível observar tendências na instauração da EaD no Brasil. Alonso (2010), Dourado (2008), Giolo (2010), entre outros, atentavam para o caráter quantitativista, privatista e de novos nichos de mercado relacionados à expansão do ensino superior e, como consequência, no desenvolvimento/consolidação da EaD. Por outro lado, Peixoto (2009) e Souza (2009) discutem e problematizam o trabalho docente e a formação por meio da EaD como expressão de intensificação/desqualificação para o primeiro caso e de aligeiramento para o segundo (MOROSOV; KATIA, 2014, on line).

Importante verificar que a instauração de cursos à distância no Brasil, inicialmente abrangendo as áreas de licenciatura de formação pedagógica e após para alguns cursos de bacharelado com concentração em dois ou três cursos inicialmente, não promoveu a questão da qualidade, devido a busca incessante das instituições em angariar destaque no mercado.

Muitas instituições banalizam a EAD; pensam que é fácil, barata, com recursos mínimos e que qualquer um pode trabalhar nela ou ser aluno. Muitos cursos são previsíveis, com informação simplificada, conteúdo raso e poucas atividades estimulantes e em ambientes virtuais pobres, banais. Focam mais conteúdos mínimos do que metodologias ativas como desafios, jogos, projetos. Alguns materiais são inferiores aos que são exigidos em cursos presenciais. Contratam profissionais com pouca experiência, mal remunerados, principalmente os tutores, sobrecarregados de atividades e de alunos. As práticas laboratoriais e de campo muitas vezes são quase inexistentes (MOROSOV; KATIA, 2014, on line).

As instituições que se sairão bem na modalidade à distância são aquelas que busquem atualizar seus currículos, extinguir os modelos antiquados que só visem conteúdos mecanizados e não individualizados, que promovam materiais modernos e atuais, que capacitem os tutores e professores especificamente para usarem os TICs como ferramenta de aprendizagem abalizadas e não rasas, que utilizem metodologias ativas adaptadas ao EaD.

## **8 A PROBLEMÁTICA DO ENSINO SUPERIOR PRIVADO À DISTÂNCIA NO BRASIL**

E educação à distância possui várias especificidades. A preocupação deveria ser fazer uma análise para quais áreas poderá ser utilizada sem que a qualidade do ensino diminua ou desapareça.

A expansão dos cursos nessa modalidade, obviamente, proporciona maior acesso a cursos superiores, principalmente devido aos preços serem menores do que no ensino presencial. Isso é devido ao menor custo após a implantação, quer dizer, já frisado, que o investimento inicial rapidamente é suprido pela aferição de maiores lucros ao longo do curso. Como afirma Nunes (2019).

Coordenador de projetos do Todos Pela Educação, Ivan Gontijo observa que o crescimento exponencial de EaD na formação de professores se deve a três fatores: aumento da demanda, principalmente por pedagogos, com a exigência de universalização da oferta de ensino para crianças de 4 a 5 anos; fechamento de 40 mil vagas presenciais entre 2020 e 2017; e uma percepção mercadológica de faculdades de que é mais lucrativo formar a distância. “Em medida, o custo é três vezes menor do que o presencial e ainda é possível colocar maior número de alunos para estudar, uma vez que não há limite físico de sala”, pontua (NUNES, 2019, on line).

Segundo levantamento do Ministério da Educação o número de ingressos em cursos EaD subiu de 15,4% em 2007 para 33,3% em 2017. Em 2007 somente 7,0% das matrículas em nível superior eram EaD e em 2017 representa 17,6%, com 1,7 milhão de alunos, ou seja 21,2% dos alunos de graduação estão na modalidade (BRASIL).

Os fatores que influenciam nesta demanda pela modalidade são os preços atrativos, mais facilidade de acesso a tecnologias e à internet, menos gastos com transportes e flexibilidade de horários. A inclusão social que muitos tiveram a partir dos cursos em EaD é um dos fatores que fez com que o setor crescesse.

No entanto, muitos ainda não tem acesso à internet no Brasil. É fato a inclusão social, mas a exclusão também se faz presente e é um fator determinante no acesso à educação em tempos modernos.

Dados coletados em 2020 demonstram essa dificuldade de muitos brasileiros:

Para 4,5% das pessoas em todo o país que não acessam a internet, o serviço não está disponível nos locais que frequentam. Ou seja, mesmo que queiram, não conseguem contratar um pacote de internet. Esse percentual é mais elevado na Região Norte, onde 13,8% daqueles que não acessam a internet não têm acesso ao serviço nos locais que frequentam. Na Região Sudeste, esse percentual é 1,9% (TOKARNIA, 2020, on line).

O país não tem um bom cenário de acesso à tecnologia devido às desigualdades. Essa desigualdade ficou visível no momento devido ao isolamento social pela ocorrência de

pandemia do vírus Sars-Cov-2, causador da doença Covid-19, que expôs a carência de acesso à internet, um dos únicos meios de tornar as aulas possíveis (BALDEZ, 2020).

## 9 TECNOLOGIA E APLICAÇÃO NA EaD

Os cursos ofertados em EaD, permitem oferecer conteúdos em vários tipos de mídias. Dessa forma é necessário criar ambientes que despertem o interesse do/a aluno/a, que supram suas expectativas

O estudante nessa modalidade deve ser autônomo em seu processo de aprendizagem, assim, para garantir seu interesse e assimilação os recursos empregados de forma atingir seus sentidos visuais e auditivos, quando se tratar de atividade assíncrona, tais como, textos, apostilas, livros, videoaulas e filme. Quando se tratar de atividades síncronas, sua atenção pode ser direcionada para *chats*, fórum, conteúdos interativos nas redes sociais.

Segundo Ltwinn (2001), mesmo que a modalidade de ensino a distância permita uma organização autônoma dos estudantes, não podemos nos esquecer que 'disponibilizado, no ambiente virtual de aprendizagem, os conteúdos que serão abordados na disciplina, bem como material de apoio para o desenvolvimento dessa, proporcionando ao aluno autonomia em seus estudos, pois ele poderá acessar esse material sempre que for preciso. Em sua proposta pedagógica, a EaD contempla uma didática que; enfatiza a autonomia do aluno em relação à escolha de espaços e tempo de estudo. Porém, essa autonomia não pode ser confundida com o autodidata, pois o autodidata é o estudante que decide os conteúdos que irá estudar e não segue uma proposta pedagógica e didática para seus estudos (GOI; TESTA, p. 15).

O uso inadequado das tecnologias no processo ensino/aprendizagem traz prejuízos aos conteúdos. As instituições precisam de projetos, programas de ensino, políticas institucionais, alternativas pedagógicas. Não é diferente na modalidade EaD, pois requer uma utilização mais intensa das tecnologias.

A sociedade está em constante transformação, seja na forma de se organizar, de produzir seus serviços, de comercializa-los, seja na hora de ensinar ou aprender. É válido salientar que existe uma grande preocupação com a forma de como o conhecimento está sendo trabalhado, ou seja, a busca pelo conhecimento é uma constante na sociedade atual, sendo a educação vista ainda como a melhor maneira de se obter este conhecimento.

Por fim, como estamos em uma sociedade em que a informação é rápida, a educação deve se integrar a esses aspectos, fazendo com que o aluno possa aprender de forma dinâmica, com interação e utilizando-se das tecnologias que estão presentes em nosso cotidiano (GOI; TESTA, p. 10).

Verifica-se que a necessidade de aperfeiçoamento da inclusão de tecnologias

É importante ressaltar que somente tecnologias bem aplicadas e eficientes no processo ensino/aprendizagem não bastam para que o sucesso da aprendizagem ocorra. Segundo Belloni (2015) há mais do que isso:

O primeiro grande desafio a ser enfrentado pelas instituições provedoras de educação aberta e a distância refere-se, portanto, mais a questões de ordem

socioafetiva do que propriamente a conteúdos ou métodos de cursos; mais a estratégias de contato e interação com os estudantes do que a sistemas de avaliação e de produção de materiais... Se a motivação e a autoconfiança de aprendente são condições *sine qua non* do êxito de seus estudos, o primeiro contato com a instituição é crucial. Informações claras e honestas ( e não de *marketing* e publicitárias) sobre os cursos e seus requisitos, oferta de cursos de preparação e nivelamento para aqueles que necessitam, serviços eficientes de informação e de orientação são básicos para assegurar o ingresso e permanência do estudante no sistema (BELLONI, 2015, p. 48).

As instituições são responsáveis em oferecer ensino de qualidade, seja em qual modalidade for. No caso do EaD deve intensificar essa responsabilidade, pois, não basta oferecer diploma a baixo custo, mas sim levar ao mercado de trabalho, seja de educação ou não, profissionais qualificados com condições de colocação adequada.

Não é uma questão de congratulações ou de acusações que o desenvolvimento anunciado pela aprendizagem aberta e a distância esteja agora se expandindo tão rapidamente e modificando tão radicalmente as condições nas quais ocorrem o ensino e a aprendizagem. É, porém, matéria de questionamento crítico para avaliação dos efeitos da mudança, pois nossas decisões futuras são modeladas pelo que conhecemos dos resultados dos desenvolvimentos anteriores. A EaD tem sido vista como o v=cavalo de Troia da educação superior, permitindo a abertura, para as forças da economia de mercado, do último bastião de relações não totalmente capitalistas entre professor e o aprendente. Como o desenvolvimento das forças capitalistas em outros setores, não devemos esperar que esse processo será apenas benigno, nem que haverá apenas vencedores e não perdedores (BELLONI *apud* THORPE, 2015, p. 29).

Desta forma, é palpável afirmar que o ensino à distância pode não ter seu objetivo alcançado, quando se trata de aprendizagem de conteúdos que possam trazer estudos científicos não só quantitativos, mas o ideal em serem qualitativos.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O tema proposto teve o objetivo de ampliar horizontes quanto a eficiência dos cursos ofertados à distância, no que diz respeito a qualidade de seus conteúdos enquanto o atingimento da finalidade do ensino, qual seja, ensinar e formar pessoas capazes dentro de suas áreas de atuação.

A boa ação educativa deve estar em todos os níveis e modalidades de ensino. Na pesquisa foi possível verificar a desarmonia quanto aos professores no âmbito da educação à distância, pois, a proposta da modalidade é um estudante autodidata.

Concluiu-se, também, que muito depende do interesse do estudante em cursar a modalidade, dedicar-se aos estudos, com a possibilidade de flexibilização de horários, da necessidade da presença física com frequência mínima e moldar-se ao uso das tecnologias.

As instituições investem na modalidade. A maioria das faculdades, centros universitários e universidades, oferecem os cursos, aqueles que o Ministério da Educação autorizou serem ofertados à distância.

No entanto, a responsabilidade das instituições quanto a capacitação de professores não é, em absoluto, aplicada por todas elas. É necessário que o investimento seja aplicado de forma a adequar os conteúdos, impulsionar o estudante à dedicação aos estudos, capacitar professores não somente no uso das tecnologias, mas ao benefício que elas, se bem utilizadas, trazem como retorno ao estudante.

As informações trazidas à pesquisa reportam uma busca de lucratividade a curto prazo, com consequências ruins aos conteúdos ministrados na modalidade. A contribuição que a pesquisa pretende é a de que novos estudos a respeito devem ser trazidos ao patamar de alerta e busca de novos caminhos para a modalidade a distância, com objetivo de conscientizar instituições e estudantes sobre o tema.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABMS. Associação Brasileira de Mantenedoras do Ensino Superior. **Portaria MEC nº 2.117 de 06 de dezembro de 2019.** Disponível em: <https://abmes.org.br/legislacoes/detalhe/2968/portaria-mec-n-2.117>. Acesso em 08 nov. 2020.

ARRUDA, Eucídio Pimenta; ARRUDA, Durcelina Ereni Pimenta. **Educação à distância no Brasil: políticas públicas e democratização do acesso ao ensino superior.** Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-46982015000300321](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-46982015000300321). Acesso em: 26 out. 2020.

BALDEZ, Coryntho. Pandemia expõe impasses da educação a distância. **Conexão UFRJ.** 13 mai. 2020. Disponível em: <https://conexao.ufrj.br/2020/05/13/pandemia-expoe-impasses-da-educacao-a-distancia/>. Acesso em: 08 nov. 2020.

BELLONI, Maria Luiza. **Ensaio sobre a educação a distância no Brasil.** Educ. Soc. vol.23 no.78 Campinas Apr. 2002. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0101-73302002000200008](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-73302002000200008). Acesso em: 10 out. 2020.

\_\_\_\_\_. **Educação à distância.** 7. ed., Campinas-SP: Autores Associados, 2015.

BRASIL. **Decreto nº 5.800 de 08 de junho de 2006.** Dispõe sobre o sistema de universidade aberta no Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5800.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5800.htm). Acesso em 12 out.2020.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 9.057 de 25 de maio de 2017.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2017/Decreto/D9057.htm#art24](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Decreto/D9057.htm#art24). Acessado em: 03 out. 2020.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 9057 de 25 de maio de 2017.** Regulamenta o art. 80 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2017/Decreto/D9057.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Decreto/D9057.htm). Acesso em: 12 out. 2020.

\_\_\_\_\_ **Emenda Constitucional número 1.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc01-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm). Acesso em: 03 out. 2020.

\_\_\_\_\_ **Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19394.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19394.htm). Acesso em: 03 out. 2020.

BRASIL. Ministério da Educação. **Censo da Educação Superior 2017.** Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/docman/setembro-2018-pdf/97041-apresentac-a-o-censo-superior-ultimo/file>. Acesso em: 12 out. 2020.

\_\_\_\_\_ Ministério da Educação. **USAID.** Disponível em: <https://www.educabrasil.com.br/mec-usaid/>. Acesso em: 1º out. 2020.

\_\_\_\_\_ **Portaria nº 1.428 de 28 de dezembro de 2018.** Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/marg/portar/2018/portaria-1428-28-dezembro-2018-412758-norma-me.html>. Acesso em: 04 out. 2020.

\_\_\_\_\_ **Portaria nº 2.253 de 18 de outubro de 2001.** Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/marg/portar/2001/portaria-2253-18-outubro-2001-412758-norma-me.html>. Acesso em: 04 out. 2020.

CHARÃO, Luciana; OMENA, Adriana C. dos Santos. **A educação a distância no contexto das políticas educacionais para o ensino superior:** ampliação e diversificação às custas da precarização do trabalho docente. Disponível em: <https://www.fe.unicamp.br/eventos/histedbr2016/anais/pdf/1075-2837-1-pb.pdf>. Acesso em: 26 out. 2020.

COSTA, Bianca Silva. **O ensino superior na ditadura militar brasileira:** um olhar através da “Revista MEC”. Dissertação em História. PUC 2009. Página 104. Disponível em: <http://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/3982/1/000411476-Texto%2BCompleto-0.pdf>. Acesso em: 03 out. 2020.

CUNHA, Luiz Antônio. **O legado da ditadura para a educação brasileira.** Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/es/v35n127/v35n127a02.pdf>. Acesso em: 1º out. 2020.

Fameb/UFBA; UFPR; Conselho Federal de Enfermagem. **Ensino superior no Brasil:** da descoberta aos dias atuais. Antonio Carlos Pereira Martins. Disponível em: <https://querobolsa.com.br/revista/universidades-mais-antigas-do-brasil-conheca-as-faculdades-mais-velhas>. Acesso em: 27 set 2020.

FAZENDA, Ivani Catarina Arantes. **Educação no Brasil anos 60:** o pacto do silêncio. São Paulo: Loyola; Coleção Educação, 1984. O acordo MEC-USAID: ações e reações (1966 - 1968) / Fabiana Pina. Assis, 2011. Disponível em: [https://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/93369/pina\\_f\\_me\\_assis.pdf?sequenc](https://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/93369/pina_f_me_assis.pdf?sequenc). Acesso em: 1º out. 2020.

**GERAÇÃO Z.** Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/sociologia/geracao-z.htm>. Acesso em: 25 out. 2020.

GOI, Viviane Marque; TESTA, Lilian Maia Borges. **Desafios e tendências da educação à distância.** Digital FACIMED. Disponível em: <http://ava.facimed.edu.br/materialpos/desafios-e-tendencias-da-educacao-a-dist-8eff7ff5c.php>. Acesso em: 25 out. 2020.

MAIA, Dhiego. Dinheiro para ensino a distância some nas principais universidades do país. **Folha de São Paulo.** 03 ago. 2016. Disponível em: <https://m.folha.uol.com.br/educacao/2016/08/1798519-dinheiro-para-ensino-a-distancia-some-nas-principais-universidades-do-pais.shtml>. Acesso em: 12 out. 2020.

MORAN, J. **Educação Híbrida**: um conceito-chave para a educação hoje. In: BACICH, L.; TANZI NETO, A.; TREVISANI, F. de M. (Org.). *Ensino Híbrido: personalização e tecnologia na educação*. Porto Alegre: Penso, 2015. Disponível em: <https://docplayer.com.br/38155848-Educacao-hibrida-um-conceito-chave-para-a-educacao-hoje-muitas-misturas.html#:~:text=Um%20conceito%2Dchave%20para%20a%20educa%C3%A7%C3%A3o%2C%20hoje%20MUITAS%20MISTURAS,-SHARE&text=1%201%20EDUCA%C3%87%C3%83O%20H%C3%8DDBRIDA%20Um,%2C%20atividades%2C%20metodologias%2C%20p%C3%BAblicos>. Acesso em: 24 out. 2020.

MOROSOV, Alonso; KATIA, A. **EaD no Brasil**: sobre (des)caminhos em sua instauração. *Educar em Revista*, núm. 4, 2014, pp. 37-52 Universidade Federal do Paraná. Paraná, Brasil. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/1550/155037796004.pdf>. Acesso em: 04 out. 2020.

NUNES, Aline. Educação à distância cresce, mas qualidade não acompanha. **A Gazeta**. 26 set. 2019. Disponível em: <https://www.agazeta.com.br/es/gv/educacao-a-distancia-cresce-mas-qualidade-nao-acompanha-0919>. Acesso em: 27 out. 2020.

RIBEIRO, Darcy. **A universidade necessária**. Disponível em: <https://docero.com.br/doc/n8xs8xy>. Acesso em: 1º out. 2020.

RIBEIRO, Paulo Rennes Marçal. **História da educação escolar no Brasil**: notas para reflexão. Ribeirão Preto: julho 1993. Disponível em: <  
[https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-863X1993000100003](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-863X1993000100003). Acesso em 03 out. 2020.

SALEM, T. **Do centro Dom Vital à Universidade Católica**. In: SCHWARTZMAN, S. (Org.). *Universidades e instituições católicas no Rio de Janeiro*. Brasília, DF: CNPq, 1982. *Apud* MARTINS, Carlos Benedito. A reforma universitária de 1968 e a abertura para o ensino superior privado no Brasil. Disponível em [https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0101-73302009000100002](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-73302009000100002). Acesso em: 03 out. 2020.

SAVIANI, D. **O legado educacional do regime militar**. *Cad. Cedes*, Campinas, v. 28, n. 76, p. 291-312, set./dez. 2008. Disponível em: [https://educere.bruc.com.br/arquivo/pdf2015/18721\\_8156.pdf](https://educere.bruc.com.br/arquivo/pdf2015/18721_8156.pdf). Acesso em: 1º out. 2020.

TENENTE, Luiza; FIGUEIREDO, Patrícia. Entenda o corte de verbas das universidades federais e saiba como são os orçamentos das dez maiores. **G1**. 15 mai. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/educacao/noticia/2019/05/15/entenda-o-corte-de-verba-das-universidades-federais-e-saiba-como-sao-os-orcamentos-das-10-maiores.ghtml>. Acesso em: 08 nov. 2020.

TOKARNIA, Mariana. Um em cada 4 brasileiros não tem acesso à internet, mostra pesquisa. **Agência Brasil**. 29 abr. 2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2020-04/um-em-cada-quatro-brasileiros-nao-tem-acesso-internet#:~:text=Quase%20a%20metade%20das%20pessoas,laptop%20e%20tablet%2C%20%C3%A9%20caro>. Acesso em: 10 out. 2020.

UNIVERSIDADE. In: OXFORD LANGUAGES, **Dicionário on-line de português GOOGLE**. Brasil: Definições de *Oxford Languages*. Disponível em: <https://languages.oup.com/google-dictionary-pt/>. Acesso em: 25 out. 2020.

VALÉRIO, Marcelo; MOREIRA, Ana Lúcia Olivo Rosas Moreira. Sete críticas à sala de aula invertida. In: **Revista Contexto & Educação**. Editora Unijuí • ISSN 2179-1309 • Ano 33 • nº

106 • Set./Dez. 2018. Disponível em: <file:///C:/Users/DELL/Downloads/7890-Texto%20do%20artigo-36380-1-10-20180919.pdf>. Acesso em: 24 out. 2020.

ZOCCOLI, Marilise Monteiro de Souza. Educação superior brasileira: política e legislação. Curitiba: Ibipex, 2009. *Apud* Moreira, L. K. R.; Moreira, L. R.; Soares, M. G. **Educação superior no Brasil: discussões e reflexões.** Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/porescrito>. Acesso em: 27 set. 2020.

# **BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA PARA PESSOAS COM DEFICIÊNCIA: ANÁLISE DOS REQUISITOS E OS DESAFIOS ENFRENTADOS PELAS FAMÍLIAS NA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO**

Thais Cristine Ferreira Alves<sup>1</sup>  
Caroline Rodrigues Celloto Dante<sup>2</sup>

## **RESUMO**

O presente trabalho apresenta um panorama das condições de acesso à saúde pública, especialmente quando se tem o diagnóstico de Transtorno do Espectro Autista (TEA), bem como aos programas assistenciais promovidos pelo Estado, sob o nome de políticas públicas assistenciais. A conscientização quanto a importância do amparo financeiro do Estado para com as famílias e cuidadores de pessoas com deficiência, principalmente os que estão em situação de vulnerabilidade social, produz reflexos da pandemia em todo este contexto. Embora o Brasil tenha vários dispositivos que, em tese, se preocupam com esses indivíduos, ainda não é possível que estes mecanismos atendam com eficácia a promoção eficaz do acesso à saúde, da qualidade de vida, vida digna, necessária ao desenvolvimento do portador do TEA e sua inclusão social.

**Palavras-chaves:** Vulnerabilidade social; Autismo; Assistência Social.

## **ABSTRACT**

The present work presents an overview of the conditions of access to public health, especially when the diagnosis of Autism Spectrum Disorder (ASD) is diagnosed, as well as the care programs promoted by the State, under the name of public care policies. Awareness of the importance of the state's financial support to families and caregivers of people with disabilities, especially those in situations of social vulnerability, produces repercussions of the pandemic throughout this context. Although Brazil has several devices that, in the siss, are concerned about these individuals, it is still not possible for these mechanisms to effectively meet the effective promotion of access to health, quality of life, dignified life, necessary for the development of ASD patients and their social inclusion.

**Keywords:** Social vulnerability; Autism; Social assistance

<sup>1</sup> Acadêmica do curso de Direito. Centro Universitário Cidade Verde. E-mail: ferreira.thaiscristine@gmail.com

<sup>2</sup> Advogada. Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Maringá-PR. Mestre em Ciências Jurídicas pelo UniCesumar. Especialista em Direito do Trabalho e Direito Previdenciário pelo Instituto de Direito Constitucional e Cidadania. Especialista em docência no ensino superior pelo UniCesumar. Especialista em Tecnologias Aplicadas ao Ensino a Distância pela UNIFCV.

## INTRODUÇÃO

Esta pesquisa pretende analisar questionamentos e possíveis soluções acerca da situação socioeconômica enfrentada por pessoas portadoras de deficiência e seus familiares no Brasil, pensando se suas garantias e dignidade têm sido contempladas no âmbito de sua subsistência e necessidades mínimas amparadas. Cada vez mais, diagnósticos se ampliam, havendo necessidade de tratamento especial para estas pessoas, e os valores antes vertidos em sustento próprio, tornam-se insuficientes para todo o necessário.

As famílias veem no BPC (Benefício de Prestação Continuada), uma forma de auxílio financeiro, porém tendo como barreira a forma de acesso ao mesmo, que é arcaica e não dimensiona devidamente as condições da população que necessita do benefício, trazendo mais dificuldades. Através de estudos e dados, entende-se que é possível correlacionar o que é oferecido, do que é necessário de fato, e traçar formas, atraindo atenção para o tema abordado, de vislumbrar uma melhor realidade para essas pessoas.

A conscientização quanto a importância do amparo financeiro do Estado para com as famílias e cuidadores de pessoas com deficiência, principalmente os que estão em situação de vulnerabilidade social, produz reflexos da pandemia em todo este contexto. Para tanto, é necessária a verificação da efetividade na forma em que é entregue tal benefício, em especial quando se trata do fornecimento de alimentação especial, terapias com equipe multidisciplinar, médicos em detrimento dos valores de teto per capita exigidos para recebimento do benefício.

O Transtorno do Espectro Autista (TEA) é um transtorno que se desenvolve na infância precoce e, na maioria das vezes, até os três anos de idade. Caracteriza-se pelo desenvolvimento atípico e inadequado das linguagens e comunicação, devido à demora na aquisição da fala ou o uso mecânico da fala, além de apresentar interesses restritos e repetitivos, características essas que dificultam a relação do indivíduo portador do TEA com as demais pessoas.

Ao longo deste trabalho, procurou-se trazer informações quanto a questão da saúde e o acesso a esta saúde no Brasil, explicando a concessão do BPC ao mesmo tempo que se observou as alterações recentes da lei, especialmente no que diz respeito a questão da composição da renda, para concessão do benefício e, posteriormente, tratou-se das políticas públicas que norteiam as ações sociais que envolvem a concessão de benefícios e a garantia mínima do exercício da cidadania, pelo beneficiário.

Para atingir o escopo que se propõe, este estudo analisou as mais recentes alterações legislativas acerca dos programas assistenciais, pautou-se especialmente em direitos que tratam da dignidade humana e à garantia ao acesso à assistência social, principalmente à pessoa com deficiência.

## **1 O DIREITO E O ACESSO À SAÚDE**

O direito à saúde é um direito constitucional e é considerado como primeira vertente da seguridade social, que abrange também a previdência e a assistência social. Segundo a Constituição da República, nos artigos 196 e 197, destaca-se que a saúde é um direito de todos e um dever do Estado.

Para isto, ela deverá ser disponibilizada à população por meio de políticas públicas sociais e econômicas, que tenham como fim, a redução ou extinção dos riscos de doenças graves na população. O sistema de saúde no Brasil, visa garantir acesso universal e igualitário à população, para a promoção, proteção e recuperação da saúde. As formas de acesso, bem como os desafios enfrentados neste tema, serão tratados neste tópico.

Barros (2015, p. 61), com relação a questões de saúde, relata que o Brasil vem percorrendo um longo caminho em direção a efetivação das garantias constitucionais de saúde e da universalização destes direitos, através da obrigação de fazer do Estado, especialmente através do Sistema Único de Saúde, o SUS, que foi regulamentado pelas leis n. 8.080<sup>3</sup> e n. 8.142<sup>4</sup> em 1990, dois anos após a entrada em vigor da Constituição Federal.

Lazzari (2020, p. 59) apresenta que o SUS é responsável pela criação e implantação de políticas públicas, que tenham por finalidade especial a redução de doenças, de maneira descentralizada. Assim, a gestão das ações e dos serviços de saúde deve ser solidária e participativa entre os três entes da Federação: a União, os Estados e os municípios, de modo que a rede que compõe o SUS é ampla e abrange tanto ações quanto os serviços de saúde e, atende ainda a atenção primária, média e alta complexidades, os serviços urgência e emergência, a atenção hospitalar, as ações e serviços das vigilâncias epidemiológica, sanitária e ambiental e assistência farmacêutica (CF/88, art. 165, §11, III)<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências.

<sup>4</sup> Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências.

<sup>5</sup> CRFB/1988 - Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão: § 11. O disposto no § 10 deste artigo, nos termos da lei de diretrizes orçamentárias: III - aplica-se exclusivamente às despesas primárias discricionárias.

Não obstante as previsões constitucionais, o Estatuto da Criança e do Adolescente, em artigo 11<sup>6</sup> e parágrafos, assegura o atendimento integral à saúde da criança e do adolescente por intermédio do Sistema Único de Saúde (SUS), garantindo o acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção e proteção da saúde (SILVA, 2021, p. 13).

Para além disto, existem ainda os Centros de Atenção Psicossocial (CAPS) que são instituições brasileiras que visam à substituição dos hospitais psiquiátricos (antigos hospícios ou manicômios), que em conjunto com Núcleos de Assistência Psicossocial (NAPS), através da Portaria/SNAS nº 224/92 (atual pela Portaria nº 336/02), oferecem atendimento de cuidados intermediários entre o regime ambulatorial e a internação hospitalar, por equipe multiprofissional, constituindo-se também em porta de entrada da rede de serviços para as ações relativas à saúde mental.

O problema destas instituições, é que acabam oferecendo pouco ou nenhum resultado ao paciente, além de não conseguir atender à carga horária necessária determinada pelo médico devido a imensa demanda de pacientes, inclusive em filas de espera (TIBYRIÇÁ, 2018, p.10).

Ante a ausência de atendimento básico às pessoas portadoras de deficiência pelo Sistema Único de Saúde restam duas alternativas: a busca pelo sistema privado ou o acionamento do Poder Judiciário como meio garantidor do cumprimento da legislação. Para as

famílias em sua maioria de baixa renda, é necessário a intervenção do Poder Judiciário para determinar a obrigação do Estado em prestar o atendimento adequado ao indivíduo (OLIVEIRA, 2020).

Desta forma, destaca-se a vulnerabilidade das pessoas portadoras de algum tipo de deficiência, frente ao Sistema Único de Saúde uma vez que estes raramente acionam a via judicial para garantir os seus direitos sociais o que mais se tem visto são usuários do sistema privado movimentarem o judiciário (OLIVEIRA, 2020, p. 145).

A exemplo daqueles que foram diagnosticados como portadores do Transtorno do Espectro Autista, o judiciário por sua vez vem condenando o Estado a fornecer o tratamento prescrito pelo médico ao portador do TEA para assegurar que a efetividade dos direitos

<sup>6</sup> ECA - Art. 11. É assegurado acesso integral às linhas de cuidado voltadas à saúde da criança e do adolescente, por intermédio do Sistema Único de Saúde, observado o princípio da equidade no acesso a ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde. § 1º A criança e o adolescente com deficiência serão atendidos, sem discriminação ou segregação, em suas necessidades gerais de saúde e específicas de habilitação e reabilitação. § 2º Incumbe ao poder público fornecer gratuitamente, àqueles que necessitarem, medicamentos, órteses, próteses e outras tecnologias assistivas relativas ao tratamento, habilitação ou reabilitação para crianças e adolescentes, de acordo com as linhas de cuidado voltadas às suas necessidades específicas. § 3º Os profissionais que atuam no cuidado diário ou frequente de crianças na primeira infância receberão formação específica e permanente para a detecção de sinais de risco para o desenvolvimento psíquico, bem como para o acompanhamento que se fizer necessário.

previstos nos dispositivos legais supracitados, a exemplo da Remessa Necessária Cível, TJSP 1001054-60.2019.8.26.0505<sup>7</sup>, que além de reconhecer a responsabilidade do Estado, condena-o ao fornecimento do tratamento do paciente.

Embora o direito à saúde, à educação, à moradia dentre outros, façam parte dos direitos mínimos, básicos e necessários para uma condição digna de vida, eles em maior ou em menor grau, são negligenciados pelo Estado, ainda que esta garantia esteja pacificada nos Tribunais (MORAES, 2018).

Os direitos sociais, pautados em garantias estatais, devem objetivar, principalmente, a redução do risco de doença e outro a agravantes e, o acesso de forma universal e igualitária aos serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde e, cabe, ao Poder público, a regulamentação, controle e fiscalização da prestação destes serviços, seja pelo próprio ente estatal, seja por terceiros autorizados. (LENZA, 2018, p. 1233).

Ante a todo exposto, enfatiza-se que, havendo necessidade do paciente portador necessidades especiais ter acesso a tratamento, medicação ou outros direitos assegurados na legislação, não oferecido pelo Estado através do Sistema Único de Saúde, pode o indivíduo pleitear o atendimento judicialmente inclusive com pedido de tutela de urgência ante a necessidade do caso em concreto (VAL, 2021, p. 176).

A gestão das ações e dos serviços de saúde, pautados especialmente na solidariedade, utilizando-se dos entes federativos, através do SUS, para atender a população quanto os serviços de saúde, assegurando o seu atendimento integral e garantindo o acesso universal e igualitário, precisa avançar ainda mais na efetivação das garantias constitucionais. O BPC, benefício de prestação continuada, como uma das ferramentas disponibilizadas pelo Estado, para a concretização destes direitos.

## **2 DO BPC - BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA**

<sup>7</sup> REMESSA NECESSÁRIA - Ação de obrigação de fazer-Pedido de condenação do Estado e do Município ao fornecimento de tratamentos específicos de fisioterapia, fonoaudiologia e terapia ocupacional em instituição médica específica - Acolhimento parcial - Enfermidade e necessidade dos tratamentos comprovadas através de laudo médico - Incapacidade financeira da família da autora de arcar com o custo do tratamento evidenciada - Responsabilidade dos réus pelo fornecimento dos tratamentos reconhecida - Autorização, contudo, para que os tratamentos sejam oferecidos em qualquer instituição médica, pública ou particular, a critério do Poder Públicos, desde que observados os métodos prescritos pelo médico assistente - Condenação dos réus ao pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais - Manutenção - Valor, contudo, reduzido por apreciação equitativa -Remessa necessária parcialmente provida, nos termos do acórdão. (TJSP; Remessa Necessária Cível 1001054-60.2019.8.26.0505; Relator (a): Renato Genzani Filho; Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro de Ribeirão Pires - 3 ° Vara; Data do Julgamento: 03/07/2013; Data de Registro: 05/02/2020)

O BPC - Benefício de Prestação Continuada é uma prestação mensal, no valor de um salário-mínimo garantido pela Constituição Federal de 1988 e regulamentado pela Lei Orgânica da Assistência Social, o LOAS.

Segundo o texto constitucional e legal, o BPC é devido para pessoa com deficiência, sem idade mínima, ou idoso maior de 65 anos, desde que comprovada a necessidade. O benefício recebe este nome, devido a periodicidade mensal que é pago e, sua previsão Constitucional está no art. 203, V, da CF/88, além de estar disciplinado nos artigos 20 e 21 do LOAS.

Atualmente o BPC é solicitado diretamente à Previdência Social, ainda que sua análise seja realizada pelo INSS. Esse benefício é reservado para pessoas de baixa renda e, além deste requisito é necessário ainda: para os idosos existe idade mínima de 65 anos; ter uma renda

familiar abaixo de um quarto do salário-mínimo para cada membro da família e, o idoso não pode ter qualquer outro benefício sendo concedido. Para as pessoas com deficiência, além dela não poder exercer atividade laboral na sociedade, são utilizados os mesmos critérios de composição de renda familiar de no máximo 25% de um salário-mínimo por membro familiar.

Importante destacar, que em 2021, o INSS através da Portaria 1282/2021 dispôs que em função da Lei 13982/2020, ainda em vigor, que diz respeito à elegibilidade dos beneficiários, para fins de recebimento do BPC, durante a pandemia<sup>8</sup>, aos idosos, acima de 65 anos e as pessoas com deficiência, o recebimento do auxílio não computada no cálculo da renda per capita familiar, o que em tese, elevou o critério de aferição da renda familiar.

Acerca da pandemia, muito além de alterar a forma de conviver e se relacionar entre as pessoas, em especial na urgência do Estado, como garantidor de direitos sociais. Neste sentido, Garcia (2021, p. 15) alerta que “o Estado Democrático de Direito, consoante os fundamentos previstos no art. 1º da Constituição da República, apenas pode se desenvolver a contento quando respeitados os direitos decorrentes da Seguridade Social”.

Para além disto, a seguridade social tem como premissa, a “proteger e promover o bem-estar do ser humano, sempre que este estiver em situação relacionada a contingências sociais”, quando as pessoas não conseguem por si só, realizarem a manutenção de si próprio ou de sua família (GARCIA, 2021, p. 15).

O Estatuto da Pessoa com Deficiência, de 2015, traria então, uma redação mais completa para o conceito de deficiência e incapacidade permanente, onde destaca que

<sup>8</sup> Em 11 de março de 2020, a COVID-19 foi caracterizada pela OMS como uma pandemia. O termo “pandemia” se refere à distribuição geográfica de uma doença e não à sua gravidade. A designação reconhece que, no momento, existem surtos de COVID-19 em vários países e regiões do mundo. OMS. 2022.

Para efeito de concessão do benefício de prestação continuada, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas (Lei 13.146/2015, art. 2º).

Carvalho (2017, p. 6) destaca como características deste benefício o seu caráter personalíssimo, ao mesmo tempo em que a concessão não gera direitos adicionais, a exemplo de abono anual<sup>9</sup>, pensão por morte<sup>10</sup> do beneficiado.

Destaca-se, que para todos os casos é necessário que o solicitante, além de realizar a devida inscrição no cadastro CAD-ÚNICO, cuja atualização acontece anualmente para manutenção ou encerramento da concessão do benefício, preencha os requisitos<sup>11</sup> mínimos previstos nas normativas que regulam o BPC, conforme se verá adiante.

## 2.1 REQUISITOS PARA ALCANÇAR O BPC / LOAS

O sistema BPC tem uma classificação que diferencia os requisitos para o requerimento do benefício. Ele distingue-se entre BPC para pessoa idosa e BPC para pessoa com deficiência. A condição de comprovação de miserabilidade, chamado de baixa renda, é comum para ambos, mas para a pessoa com deficiência, é necessário a comprovação da própria deficiência.

No que diz respeito a comprovação de renda, é possível se verificar que já existem avanços normativos, quando se observam as jurisprudências que vem abordando a questão da composição da renda familiar, como critério de concessão ou negativa do pedido, uma vez que se percebe um distanciamento do engessamento da norma, que até recentemente adotava critérios puramente matemáticos, considerando como máximo de renda per capita familiar, de até um quarto do salário mínimo vigente, para que a pessoa seja considerada miserável.

Neste sentido o Supremo Tribunal Federal, através do Recurso Extraordinário 580.963, no ano de 2013, já apontava que

<sup>9</sup> Art. 22. Dec. N. 6214/2017

<sup>10</sup> Art. 23. Dec. N. 6214/2017

<sup>11</sup> Tem direito ao BPC o brasileiro, nato ou naturalizado, e as pessoas de nacionalidade portuguesa, desde que comprovem residência no Brasil. A renda por pessoa do grupo familiar deve ser igual ou menor que  $\frac{1}{4}$  do salário mínimo, podendo receber o benefício: 1) Pessoa idosa, com idade de 65 (sessenta e cinco) anos ou mais; 2) Pessoa com deficiência, de qualquer idade. A deficiência é entendida como uma condição que apresenta impedimentos de longo prazo (com efeitos por pelo menos 2 anos) de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, que, em interação com diversas barreiras, podem dificultar ou impedir a participação plena e efetiva de uma pessoa na sociedade em igualdade de condições com as demais. BRASIL. Ministério da Cidadania. Disponível em <https://www.gov.br/cidadania/pt-br/acoes-e-programas/assistencia-social/beneficios-assistenciais/beneficio-assistencial-ao-idoso-e-a-pessoa-com-deficiencia-bpc>

Como a Lei permaneceu inalterada, elaboraram-se maneiras de contornar o critério objetivo e único estipulado pela LOAS e de avaliar o real estado de miserabilidade social das famílias com entes idosos ou deficientes. (...) o critério objetivo de miserabilidade, previsto no artigo 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93, havia sofrido revogação ou não mais poderia subsistir como um único parâmetro, ao entendimento de que a miserabilidade jurídica poderia ser interpretada de uma outra forma (BRASIL, 2013, p. 2-38)

Observa-se ainda que em um contexto mais generalizado, tem considerado as situações concretas, que envolvem cada pessoa, permitindo assim que através da formação de elementos de convicção do caso concreto, a renda ultrapasse esse um quarto do salário-mínimo por pessoa.

Assim, no ano de 2021, publicou-se uma alteração da Lei 8742/93, que trata da dos critérios para se estabelecer a renda familiar per capita, para acesso ao BPC, onde se altera a antiga redação do artigo 20 e parágrafos, onde se apontava a renda máxima de um quarto de salário, para meio salário por pessoa (BRASIL, 2021, p. 1).

Mas, ao que parece, ainda que a decisão já conste do artigo de lei, o acesso a tal alteração não repercutirá aos cidadãos, conforme explica Barreto (2021):

Em 2013, o Supremo Tribunal Federal (STF) considerou inconstitucional o trecho da Lei Orgânica da Assistência Social (Loas — Lei 8.742, de 1993) que define como critério para concessão do BPC a renda média familiar de 1/4 do salário-mínimo, considerando que “o critério está defasado para caracterizar a condição de miserabilidade”. Mas o STF não anulou a norma, e só quem entra na Justiça consegue obter o benefício se a renda for maior que a prevista na Loas. Em 2020, o governo vetou o valor de meio salário-mínimo como limite da renda familiar que passaria a valer a partir de 1º de janeiro de 2021, o que deixaria o benefício sem critério objetivo para aferição da renda. A MP 1.023/2020 veio suprir a lacuna legislativa (BRASIL; BARRETO; 2021, p. 1).

Ainda que os desdobramentos da alteração da norma, não tenha efeito imediato para todos, durante a pandemia foram sendo implementadas políticas públicas emergenciais que, destinadas a manutenção e subsistência da população, como foi o caso da Lei 13.982/2020 e 14.020/2020, que estabelece medidas excepcionais de proteção social a saúde pública, durante a pandemia. Nesse sentido:

A Lei 13.982, de 2 de abril de 2020, altera a Lei 8.742/1993, para dispor sobre parâmetros adicionais de caracterização da situação de

vulnerabilidade social para fins de elegibilidade ao benefício de prestação continuada (BPC), e estabelece medidas excepcionais de proteção social a serem adotadas durante o período de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19) responsável pelo surto de 2019, a que se refere a Lei 13.979/2020 (GARCIA, 2021, p. 233)

Da mesma forma, a avaliação sobre a deficiência, de forma individualizada, segue o mesmo posicionamento não analisando a deficiência puramente, mas levando em consideração o contexto do requerente. Desta feita, muito embora a Lei Orgânica da Assistência Social, traga em seu artigo 20, § 2º, o conceito de pessoa com deficiência, este conceito pode, hoje, ser ampliado.

Assim versa o referido dispositivo:

Art. 20, § 2º. Para efeito de concessão do benefício de prestação continuada, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Por sua vez, o §10 aponta que “Considera-se impedimento de longo prazo, para os fins do § 2o deste artigo, aquele que produza efeitos pelo prazo mínimo de 2 (dois) anos”, complementando, assim, a previsão legal e respectiva definição de pessoa com deficiência. Porém, como anteriormente pontuado, a avaliação sobre a deficiência precisa considerar as peculiaridades do caso concreto.

Em função disto, ao longo do tempo ocorreu a inclusão de novas enfermidades, ampliando o rol normativo, a exemplo das pessoas com visão monocular, câncer e pessoas com transtorno do espectro autista, TEA.

A pessoa com TEA é considerada para todos os efeitos legais, pessoa com deficiência, encaixando-se, portanto, no artigo 1º, § 2º da Lei 12.764/2012<sup>12</sup>. Para a pessoa com deficiência, é importante destacar que para que aquela família seja considerada como baixa renda, é preciso que seja realizada uma avaliação, normalmente feita por um assistente social, pelo CRAS que atende aquela família, esta orientação tem previsão na Súmula 80<sup>13</sup> da Turma Nacional de Unificação - TNU.

<sup>12</sup> **Lei 12764/2012 - Art. 1º** Esta Lei institui a Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista e estabelece diretrizes para sua consecução. § 2º A pessoa com transtorno do espectro autista é considerada pessoa com deficiência, para todos os efeitos legais.

<sup>13</sup> **Súmula 80 - TNU.** Nos pedidos de benefício de prestação continuada (LOAS), tendo em vista o advento da Lei n. 12.470/2011, para adequada valoração dos fatores ambientais, sociais, econômicos e pessoais que impactam na

É preciso destacar, que a Lei de Inclusão, em seu artigo 18, ampara a pessoa com deficiência, especialmente como forma garantia não apenas ao direito à saúde, mas ao acesso, em todas as formas previstas em lei, respeitando o enunciado já na Constituição Federal de 1988, quanto à universalização e a igualdade de direito a todos, sem qualquer distinção.

Desta forma, foram e ainda são necessárias melhorias na criação e implementação de políticas públicas que garantam a todos o exercício da cidadania.

### **3 POLÍTICAS PÚBLICAS COMO MEIO GARANTIDOR DO EXERCÍCIO DA CIDADANIA**

O exercício da cidadania, para as pessoas com deficiência visual, auditiva, motora ou mental, está muito além de ser cidadão. Trata-se de um processo de conscientização de que existem direitos e obrigações, que devidamente elencados na Constituição Federal, estabelecem-se por meios de direitos civis, políticos e sociais, que permitem a participação da vida em sociedade a cada indivíduo.

No Brasil observa-se que a idade em que as crianças com autismo recebem diagnóstico por volta dos 6 anos de idade. Este dado é considerado como diagnóstico tardio e, se dá em regra, pela falta de conhecimento tanto da família, cuidadores e ou professores, quanto dos profissionais de saúde (SILVA, 2021, p. 15).

O atendimento multiprofissional dos indivíduos portadores do TEA deve ser composto por fonoaudiólogos, terapeutas ocupacionais, fisioterapeutas, nutricionistas, psicólogos, além do acompanhamento médico de neurologistas, neuropediatras e psiquiatras. Esta equipe vai aplicar modelos de intervenção como o ABA (Análise de Comportamento Aplicada) e o modelo de Intervenção Precoce DENVER, na busca por aprimorar as habilidades desses indivíduos e atingir a qualidade de vida necessária para uma vida digna (SILVA, 2021, p.15).

Contudo, mesmo que o Sistema Único de Saúde possui diversos objetivos, incluindo a equidade e seu acesso garantido pela Constituição Federal, nem sempre é possível a sua efetividade. Como no caso em estudo dos portadores de TEA, já que muitas vezes as quantidades de sessões de intervenção (ABA ou DENVER) são insuficientes, ou os tratamentos não utilizam os métodos multidisciplinares mais atuais, e em algumas regiões o atendimento é ainda inexistente (VAL, 2021. p.175).

As políticas públicas para atender a esta população, de modo geral, representam as ações governamentais que visam concretizar os fins essenciais estabelecidos pela Constituição

participação da pessoa com deficiência na sociedade, é necessária a realização de avaliação social por assistente social ou outras providências aptas a revelar a efetiva condição vivida no meio social pelo requerente

Federal, de modo especial as Políticas Públicas de inclusão, possuem a finalidade de “[...] assegurar o acesso efetivo de segmentos pouco representados da população aos bens sociais fundamentais, com que se reduz o impacto de um modelo puro de democracia representativa” (APPIO apud COSTA; FERNANDES, 2018, p. 206).

Compete ao Legislativo sancionar e promulgar uma lei determinando o interesse social que será atendido, estabelecendo critérios, traçando metas e objetivos, e ao Poder Executivo resta a função de implementar as ações e programas que concretizem os fins constitucionais de acordo com as diretrizes já lançadas (COSTA; FERNANDES, 2018, p. 206).

Cabe ressaltar que as conquistas na seara das Políticas Públicas decorrem em sua maioria dos movimentos de luta em prol da justiça social e dos direitos sociais daqueles que carecem (COSTA; FERNANDES, 2018, p. 207).

A Constituição Federal de 1988, prevê uma série de direitos garantidos a todos de forma igualitária, que promovam a dignidade da pessoa humana e o livre desenvolvimento da personalidade. O direito à igualdade encontra-se no art. 5º da Magna Carta em vários momentos, determinando o tratamento isonômico a todos os indivíduos (BUSSINGUER; PENNA, p. 3).

A Lei 12.764/12 representa para os portadores do Transtorno do Espectro Autista e suas famílias um marco paradigmático, pois trouxe a discussão importantíssima das Políticas Públicas voltadas a essa minoria, e conseguiu implementar um rol de direitos que garantem a inclusão desses indivíduos na sociedade (COSTA; FERNANDES, 2018, p. 208). Também como visto no capítulo anterior o ordenamento jurídico encontra-se repleto de dispositivos legais que objetivam oferecer qualidade de vida e vida digna aos portadores do TEA.

Só haverá inclusão apta a garantir o exercício da cidadania se as políticas públicas possibilitarem o exercício da autonomia. Para BUSSINGUER e PENNA a inclusão social para o autista significa possibilitar, de acordo com suas limitações, o livre desenvolvimento de sua personalidade, que seja capaz de construir uma vida digna e autônoma e exercer sua cidadania (p. 3).

A pessoa com autismo antes de mais nada é uma pessoa, assim como todas as outras, na condição de ser humano busca uma vida digna. As diretrizes instituídas pela Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista geraram expectativas de condições mais justas para uma vida melhor em cada lar de todas as pessoas com autismo (TIBYRIÇÁ; D' ANTINO, 2018, p. 6).

Dentre os avanços trazidos pela Lei 12.764/12, considerar a pessoa portadora de TEA como pessoa com deficiência em seu art. 1º, § 2º foi uma conquista “[...] desde os benefícios,

como isenções e políticas de cotas, até a garantia de matrícula na escola, transporte especial ou prioridade no atendimento (TIBYRIÇÁ; D' ANTINO, 2018, p. 7).

Posteriormente em seu artigo 2º, a lei tratou de assegurar que a intersectorialidade e participação social sejam diretrizes seguidas na formulação de políticas públicas voltadas aos portadores do TEA (TIBYRIÇÁ; D' ANTINO, 2018).

O diagnóstico precoce, ainda que não definitivo, os medicamentos utilizados para amenizar determinados comportamentos, a nutrição adequada, as terapias realizadas por equipe multiprofissional, além de informações que auxiliem no diagnóstico e tratamento, são direitos propostos pela Lei 12.764/12 que propõe ao autista qualidade de vida e saúde para além do físico, buscando garantir a esses pacientes um livre desenvolvimento de sua personalidade (TIBYRIÇÁ; D' ANTINO, 2018, p. 45-51).

Para TIBYRIÇÁ, o princípio da inclusão escolar na atualidade implica que todos os estudantes, sem exceção, tenham acesso à escola, participem e tenham acesso ao conhecimento acumulado pela cultura (2018, p. 93). Para tanto somente o trabalho comum desenvolvido em sala de aula não seria garantia do direito de aprender dos estudantes especiais, e assim houve a necessidade de capacitar os professores para promover a inclusão destes alunos, inclusive no mercado de trabalho, com intuito de promover uma imagem compreensiva que seja capaz de eliminar os preconceitos de uma sociedade determinada por padrões estéticos e comportamentais.

O Programa Nacional Viver Sem Limite<sup>14</sup>, por sua vez instituiu políticas públicas governamentais que promovem os direitos das pessoas com deficiência, cujas quais engloba o autista (Lei 12.764/12), que tem a finalidade de promover o exercício pleno e equitativo dos direitos desses, porém, ante a ausência ou falha do Estado no cumprimento dessas Políticas Públicas, caberá a família, ao autista, ou a sociedade como um todo, através das vias judiciais, exigir que se faça cumprir os direitos instituídos e assegurados desde a Constituição Federal.

Ocorre que, muito ainda precisa ser realizado, vez que as políticas públicas hoje existentes não são suficientes para assegurar a devida proteção às pessoas em vulnerabilidade social, que carecem de proteção, mediante o recebimento do Benefício de Prestação Continuada.

<sup>14</sup> Plano Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência - Viver sem limite. BRASIL. Secretaria de Direito Humanos.

Em verdade, é preciso uma efetiva atuação do Poder Público, seja na esfera do poder legislativo, executivo ou judiciário, para que haja, de fato, a proteção dos idosos e das pessoas com deficiência, que necessitam de tal amparo.

## **CONCLUSÕES**

A saúde no Brasil nunca esteve tão precária. Ainda que se diga que o SUS é referência internacional de universalização e acesso à saúde, aquele de fato se utiliza do sistema, consegue elencar todas as barreiras que ainda precisam ser vencidas, para que se aproxime do modelo ideal.

Claro que, não é possível dissociar os problemas do Brasil e enxergá-los como únicos e, propor soluções para resolver apenas aquele ponto. É preciso um esforço comum, para que com ações assertivas, se comece a tratar da margem para o centro.

O acesso à saúde, não está apenas na construção de novos hospitais, ou na contratação de mais médicos. Isto faz parte, mas isto é o centro da questão. A periferia do problema está em não dar condições de vida digna a população, como o acesso a água tratada, esgoto, trabalho, comida e educação. Sem estas coisas, a população adocece e doente, vai precisar sim de mais médicos, mais hospitais e mais políticas de assistência como o BPC e o LOAS, para suprir demandas que deveriam ser tratadas e resolvidas pelo Estado: fome, moradia, trabalho e educação.

As pessoas com deficiência, ao observar as leis e políticas de assistência, têm sido cada vez mais colocadas de lado, neste processo de inclusão social, que de fato não inclui. Observa-se a segregação desta população, sempre que lhe é negado direitos básicos, a exemplo do direito de locomoção, quando as calçadas não estão adaptadas para cadeirantes ou ainda, não tem sinalização tátil para deficientes visuais.

As políticas de assistência também segregam, quando é preciso criar infinitos dispositivos para garantir o cumprimento da lei e, nem estes conseguem fazer o mínimo que prevê a Constituição: garantir a igualdade diante da lei e a equidade, diante da sua desigualdade.

Ainda falta muito para alcançar este patamar constitucional, mas algo que não depende de verba pública e está ao alcance de todos, é adotar-se por princípio, a empatia e o respeito pelas pessoas com deficiência, para que estes possam, da maneira que conseguirem, serem verdadeiros cidadãos.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMADO, Frederico. **Direito e Processo Previdenciário Sistematizado**, Salvador: JusPodivm, 2013.

BARROS, Fernando Passos Cupertino de. **Direito à saúde: A saúde como direito: o difícil caminho de sua apropriação pelos cidadãos**. Brasil. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. Direito à Saúde / Conselho Nacional de Secretários de Saúde - Brasília: CONASS, 2015. 1d., 2015. Disponível em: <https://www.conass.org.br/biblioteca/direito-a-saude/>. Acesso em: 12 de out. de 2021.

BRASIL. LEI 8.742, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1993. **Dispõe sobre a organização da assistência social e dá outras providências**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8742.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8742.htm). Acesso em: 25 nov. 2021.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 25 nov. 2021.

BRASIL. Agencia Senado; BARRETO, Waldemir. **Senado aprova BPC para pessoas cujas famílias ganham até meio salário mínimo per capita**. 2021. Disponível em <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/05/27/senado-aprova-bpc-para-pessoas-cujas-familias-ate-ganham-meio-salario-minimo-per-capita>

BRASIL. Diário da União. Ano CLIX n. 116. 2021. Disponível em <https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=515&pagina=1&data=23/06/2021>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inteiro Teor do Acórdão. **RECURSO EXTRAORDINÁRIO 580.963 PARANÁ**. 2013. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4864062>

CARVALHO, Gisele Mendes de; CARVALHO, Érika Mendes de. **Alguns aspectos da dimensão constitucional da dignidade da pessoa humana**. Direitos e garantias fundamentais III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI. Coordenadores: Carlos Victor Nascimento dos Santos; Guilherme Scotti; Juraci Mourão Lopes Filho - Florianópolis: CONPEDI, 2017. Disponível em <http://conpedi.danilojr.info/publicacoes/roj0xn13/yj48z8w0/1Ox3S5J0x848z376.pdf>

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Coronavírus e Direito à Saúde : repercussões trabalhistas, previdenciárias e na assistência social** / Gustavo Filipe Barbosa Garcia. - 1. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado** - 22. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MORAES, Alexandre. **Constituição Federal Comentada** - 1. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2018.

NUNES, Rizzatto. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: doutrina e jurisprudência**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009

OLIVEIRA, Mariana Ferreira. **Os direitos sociais da pessoa autista à luz da teoria das necessidades humanas básicas**. V Encontro de pesquisas judiciárias da Escola Superior da Magistratura do Estado de Alagoas, [S.l.], dez. 2020. Disponível em: <<http://enpejud.tjal.jus.br/index.php/exmpteste01/article/view/534>>.

SANTOS, Wederson Rufino dos. **Deficiência e BPC: o que muda na vida das pessoas atendidas?** Ciência & Saúde Coletiva [online]. 2011, v. 16, suppl 1 [Acessado 22 Maio 2022] , pp. 787-796. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S1413-81232011000700009>>. Epub 06 Abr 2011. ISSN 1678-4561. <https://doi.org/10.1590/S1413-81232011000700009>.

SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Direito previdenciário esquematizado** - 10. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001

TIBYRICA, Renata Flores; D' ANTINO, Maria Eloisa Famá. **Direito das Pessoas com Autismo: Comentários interdisciplinares à lei 12.764/12**. São Paulo: Memnon, 2018.

\_\_\_\_\_. **Cartilha Direito das Pessoas com Autismo**. Revista autismo, São Paulo, 1d., 2011. Disponível em: <https://www.revistaautismo.com.br/CartilhaDireitos.pdf>.

VAL, Renata Do. **O Direito à Saúde Para Pacientes com Transtorno do Espectro Autista**. Revista Jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina. Santa Catarina, 2021.

# A INFLUÊNCIA QUE A MÍDIA PODE TER NAS DECISÕES DO TRIBUNAL DO JÚRI

Willians Cristian Brito Carvalho <sup>1</sup>

Carlos Eduardo Pires Gonçalves <sup>2</sup>

## RESUMO

A presente pesquisa pretende analisar a influência que a mídia pode ter sobre a instituição tão importante como o tribunal do júri. Assim, o objetivo é verificar qual o grau de interferência que os programas sensacionalistas tem, sobre as decisões proferidas pelos jurados. A metodologia adotada será a pesquisa bibliográfica com análise de livros, obras, doutrinas, e jurisprudência sobre o tema, com o objetivo de verificar a influência que a mídia pode ter nas decisões proferidas pelo tribunal do júri.

**Palavras - Chave:** Tribunal do júri. Jurados. Meios de comunicação. Influência e decisões.

## ABSTRACT

The present research intends to analyze the influence that the media can have on the institution as important as the jury trial. Thus, the objective is to verify the degree of interference that the sensationalist programs have, on the decisions made by the jurors. The methodology adopted will be the bibliographic research with analysis of books, works, doctrines, and jurisprudence on the subject, in order to verify the influence that the media can have on the decisions made by the jury court.

**Keywords:** Jury court. Jurors. Media. influence and decisions.

## INTRODUÇÃO

<sup>1</sup>Acadêmico do curso de Direito no Centro Universitário Cidade Verde - UniCV. E-mail: willians.cr@hotmail.com.

<sup>2</sup> Docente das disciplinas de direito penal e processual penal no curso de Direito no Centro Universitário Cidade Verde - UniCV. E-mail: prof\_carloseduardo@unifcv.edu.br

O tribunal do júri é um órgão jurisdicional de primeiro grau, composto por um juiz de direito, conhecido como juiz-presidente e cidadãos escolhidos, e sorteados para julgar crimes dolosos contra a vida. Levando em consideração o berço histórico, o tribunal popular nasceu na antiguidade, porém, o júri que mais aproxima do que se tem atualmente, originou-se na Inglaterra por volta de 1215.

O presente artigo irá analisar a influência que os meios de comunicação, utilizando de meios além do normal, numa tentativa de chocar a todos, e com intuito de elevar o nível de audiência, podem trazer para o tribunal do júri, mais especificamente, na hora dos jurados proferirem suas decisões.

Sendo objetivo da pesquisa exposta e examinar a proporção da influência que a mídia pode conseguir, através de seus programas sensacionalistas, sobre o julgamento proferidos pelo júri popular.

A mídia como uma importante intermediadora de informação, assim como uma criadora de opinião, não se contenta muitas vezes em apenas apurar os fatos, diversas vezes as informações são repassadas para a população como uma verdade plena. Ficando justificado a escolha do tema na visível persuasão da mídia, na tentativa de criar ou modificar leis, que muitas vezes são aprovadas de maneira rápida e emergencial, para repassar respostas para a comunidade. Se tratando dos jurados, estes vão para o tribunal popular já poluídos com a verdade repassada pela mídia, resultando num veredito infectado, o que leva a afetar o princípio da imparcialidade.

Primeiramente levamos em consideração a evolução histórica, desse importante órgão jurisdicional brasileiro.

Em seguida, tratamos dos princípios e direitos previstos na constituição de 1988, que regem o júri popular, como também da organização propriamente dita e funcionamento no tribunal, levantando os efeitos que podem acarretar a exposição dos jurados.

Por fim, examinamos alguns casos importantes para o direito penal brasileiro, evidenciando a influência que a mídia tem sobre os vereditos proferidos pelos jurados, assim como os impactos causados na legislação por essa exposição.

## **1. O TRIBUNAL DO JÚRI**

Abriremos nosso trabalho com as definições do tribunal do júri. A organização do júri possui uma imensa história que se estende ao longo dos tempos, com algumas

particularizações, porém, mantendo uma organização similar onde se reúnem juízes togados e leigos para resolverem questões com alto grau de gravidade e de repercussão social.

## 1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Levando em consideração o berço histórico, o tribunal popular nasceu na antiguidade, porém, o júri que mais aproxima do que se tem atualmente, originou-se na Inglaterra por volta de 1215, espalhando-se pela Europa, sendo introduzido na maior parte dos sistemas jurídicos do mundo ocidental, se transformando num símbolo de democracia e de liberdade pública. Tendo uma queda gradualmente tanto na Europa quanto nos demais continentes se tornando minoritária quanto a aplicação.<sup>3</sup>

Quanto a essa queda, Guilherme Nucci escreveu:

As razões de se manter firme em alguns países, fraquejar em outros e ter sido extinto em muitos merecem uma breve análise, a fim de diagnosticar se o júri brasileiro sofreu ou sofrerá igual fim, bem como se suas vantagens ou desvantagens terminam refletindo na aplicação dos seus preceitos constitucionais na rotina processual.<sup>4</sup>

No nosso ordenamento foi instituído pela primeira vez pela lei de 18 de junho de 1822, no qual foi limitada sua competência ao julgamento dos crimes de imprensa. Com a Constituição Imperial, de 25 de março de 1824, foi integrado ao poder judiciário como um dos seus órgãos, tendo sua competência coligada para julgar causas cíveis e criminais. Anos depois foi instituído pelo código de Processo Criminal, de 29 de novembro de 1832, sendo conferida competência ampla, sendo restringida em 1842, pela lei q entrou em vigor nº 261.<sup>5</sup>

Sobre a Constituição de 1891, Fernando Capez transcreveu:

(..) manteve o Júri como instituição soberana. A Constituição de 1937 silenciou a respeito do instituto, o que permitiu ao Decreto n. 167, de 5 de janeiro de 1938, suprimir esta soberania, permitindo aos tribunais de apelação a reforma de seus julgamentos pelo mérito. A Constituição democrática de 1946restabeleceu a soberania do Júri, prevendo-o entre os direitos e garantias constitucionais. A Constituição de 24 de janeiro de 1967 também manteve o Júri no capítulo dos direitos e garantias individuais, e a Emenda

<sup>3</sup> NUCCI, Guilherme. **Tribunal do júri**. p 46. 6º ed. Rio de janeiro: editora forense 2015

<sup>4</sup> . **Tribunal do júri**. p 46. 6º ed. Rio de janeiro: editora forense 2015

<sup>5</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. p 1013. 27º ed. São Paulo: saraiva, 2020.

Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969, manteve a instituição no mesmo capítulo, mas restrita ao julgamento dos crimes dolosos contra a vida.<sup>6</sup>

Assim, conclui a doutrina majoritária que o júri em sua concepção mais aproximada do que se tem atualmente, originou-se na Inglaterra por volta de 1215. Sendo espalhada pela Europa, e introduzido na maior parte dos sistemas jurídicos do mundo ocidental, se transformando num símbolo de democracia e de liberdade pública.

## 1.2 PRINCÍPIOS DO TRIBUNAL DO JÚRI

A partir de 1988 com a Constituição Federal, o Brasil passa a ser considerado Estado Democrático de direito, conforme dispõe no seu preâmbulo, passando a adotar o modelo jurídico como princípio.

Para Guilherme Nucci, o Princípio tem vários significados. Destacando ser um momento em que algo tem origem, e a causa primária ou o elemento predominante na constituição de um todo orgânico. Então, quando mencionamos um princípio constitucional, referimo-nos à base do sistema legislativo como um todo, ao menos no que se refere às normas infraconstitucionais, devendo, portanto, orientar todo o ordenamento jurídico, considerando a constituição federal como alicerce principal do sistema.<sup>7</sup>

O estudo tem o intuito de procurar formas que sejam adequadas à pessoa do réu perante o tribunal do júri. Se limitando a destacar os que possuem estruturação principiológica inerente ao devido processo legal.

Atualmente o tribunal do júri encontra - se presente entre os direitos e garantias individuais, sendo cláusula pétrea, o art. 5.º, XXXVIII, da Constituição federal, enumera os princípios basilares:

(...) é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

- a) a plenitude de defesa;
- b) o sigilo das votações;
- c) a soberania dos veredictos;
- d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida;<sup>8</sup>

<sup>6</sup> \_\_\_\_\_, **Curso de processo penal**, p 1013. 27º ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

<sup>7</sup> NUCCI, Guilherme. **Tribunal do júri**, p 25. 6º ed. Rio de Janeiro: editora forense 2015

<sup>8</sup> BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Brasília, DF. 1988.

A Constituição Federal de 1988, conforme exposto, descreve princípios básicos e característicos que deverão ser considerados nas demandas a serem julgadas pelo Tribunal do Júri. Impondo particularidades às decisões proferidas por este instituto, correlacionando àquelas proferidas pelo Juiz singular.

### 1.2.1 Plenitude de defesa

O princípio da plenitude de defesa uma variação, e também ao mesmo tempo, considerado maior do que o princípio da ampla defesa, que está previsto no art 5º, inciso LV, da Constituição Federal “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”, pelo fato de ter uma abrangência maior do que o próprio princípio da ampla defesa, neste princípio, o réu poderá utilizar de todos os meios de provas admitidas em direito, permitindo a utilização de argumentos extrajudiciais como moral, ética, religião, sentimentais, entre outras. E está previsto na constituição, no seu art. 5º, inciso XXXVIII, alínea “b” Fernando Capez, transcreve em seu livro sobre esse princípio:

A plenitude da defesa implica no exercício da defesa em um grau ainda maior do que a ampla defesa. Defesa plena, sem dúvida, é uma expressão mais intensa e mais abrangente do que defesa ampla. Compreende dois aspectos: primeiro, o pleno exercício da defesa técnica, por parte do profissional habilitado, o qual não precisará restringir-se a uma atuação exclusivamente técnica, podendo também servir-se de argumentação extrajurídica, invocando razões de ordem social, emocional, de política criminal etc. Esta defesa deve ser fiscalizada pelo juiz presidente, o qual poderá até dissolver o conselho de sentença e declarar o réu indefeso (art.497, V), quando entender ineficiente a atuação do defensor.<sup>9</sup>

Ainda deste princípio, o art 5º da CF, dispõe de duas garantias fundamentais (ampla defesa e plenitude de defesa). Para alguns, possuem o mesmo significado, sendo diferenciada somente pelo benefício ao acusado. Amplo seria algo vasto, enquanto que pleno seria o equivalente a absoluto, com isso já podendo visualizar a diferenciação dos termos.<sup>10</sup>

<sup>9</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. p 648. 19º ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

<sup>10</sup> NUCCI, Guilherme. **Tribunal do júri**. p 26 e 27. 6º ed. Rio de Janeiro: editora forense 2015.

### 1.2.2 Sigilo das votações

O princípio do sigilo das votações é garantido pela constituição, no seu art. 5º, inciso XXXVIII, alínea “b”, e tem como objetivo a preservação dos jurados de todo o tipo de influência, até mesmo após o julgamento de qualquer revide, retaliação, por qualquer escolha de sua parte referente ao tribunal do júri.

Concerne uma condição necessária para preservar a livre exteriorização do raciocínio dos jurados, visando a conscientização da responsabilidade social de suas condutas, ficarem livres de qualquer interferência externa para expressarem sua decisão.

Sendo este princípio fundamental para que as decisões sejam independentes e imparciais, pela liberdade para decidir dos jurados, sendo importante destacar que os jurados podem solicitar esclarecimentos de possíveis dúvidas com leitura dos autos ou apresentação dos fatos pela defesa ou pela acusação, através de um juiz togado, sem temer a publicidade de suas atitudes, conforme art. 480 do CPP:

Art. 480. A acusação, a defesa e os jurados poderão, a qualquer momento e por intermédio do juiz presidente, pedir ao orador que indique a folha dos autos onde se encontra a peça por ele lida ou citada, facultando-se, ainda, aos jurados solicitar-lhe, pelo mesmo meio, o esclarecimento de fato por ele alegado.

§ 1º Concluídos os debates, o presidente indagará dos jurados se estão a julgar ou se necessitam de outros esclarecimentos.

§ 2º Se houver dúvida sobre questão de fato, o presidente prestará esclarecimentos à vista dos autos.

§ 3º Os jurados, nesta fase do procedimento, terão acesso aos autos e aos instrumentos do crime se solicitarem ao juiz presidente.<sup>11</sup>

Fernando Capez, a respeito desse princípio:

O sigilo nas votações é princípio informador específico do Júri, a ele não se aplicando o disposto no art. 93, IX, da CF, que trata do princípio da publicidade das decisões do Poder Judiciário. Assim, conforme já decidiu o STF, não existe inconstitucionalidade alguma nos dispositivos que tratam da sala secreta (CPP, arts. 485, 486 e 487). Quando a decisão se dá por unanimidade de votos, quebra-se esse sigilo, pois todos sabem que os sete jurados votaram naquele sentido. Por esta razão, há quem sustente deva a votação do quesito ser interrompida assim que surgir o quarto voto idêntico (sendo apenas sete os jurados, não haveria como ser modificado o destino daquele quesito).<sup>12</sup>

<sup>11</sup> BRASIL. A LEI 3.689, de 3 de Outubro de 1941, dispõe código de processo penal. Brasília, DF. 1941

<sup>12</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. p 629. 19º ed. São Paulo: Saraiva, 2012

Não é segredo que há um grande interesse público em que os jurados sejam livres para decidir sua decisão, não podendo imaginar um julgamento tranquilo com pressão, feito à vista do público, no plenário do júri. Normalmente as pessoas presentes costumam se manifestar no decorrer da sessão, e com o menor sinal de um argumento mais incisivo feito pela acusação ou pela defesa, ainda que o Juiz exerça o poder de polícia na sala e possa determinar a retirada de alguém espalhafatoso de plenário, é certo que, durante a votação, essa interferência teria consequências desastrosas<sup>13</sup>.

Concluindo, cabe enfatizar o quão e importante o papel do juiz- presidente no tribunal do júri, apontado por uma situação de atenção ininterrupta, colaborando a impedir qualquer tentativa de interferência no momento das votações, viabilizando o devido sigilo.

### 1.2.3 Soberania dos vereditos

O princípio da soberania dos vereditos corresponde ao impedimento de alteração da decisão pronunciada pelo conselho de sentença do júri, havendo algumas exceções a essa regra.

Fernando Capez elabora ponto de vista a respeito desse princípio em seu livro:

Trata-se de princípio relativo, logo não exclui a recorribilidade de suas decisões, limitando-se, contudo, a esfera recursal ao juízo rescindente (*judicium rescindem*), ou seja, à anulação da decisão pelo mérito e a consequente devolução para novo julgamento (art. 593, III, d). Do mesmo modo, em obediência ao princípio maior da verdade e em atenção ao princípio da plenitude da defesa, admite se alteração do *meritum causae*, em virtude de revisão criminal.<sup>14</sup>

Sendo admitido no máximo, que o tribunal acate um recurso de apelação e determine um novo julgamento pelo júri. No entanto, nesta situação o réu será julgado por outros jurados diferente dos anteriores que o julgaram.

Guilherme Nucci sobre a modificação das decisões do júri escreveu:

Não é possível que, sob qualquer pretexto, cortes togadas invadam o mérito do veredito, substituindo-o. Quando - e se - houver erro judiciário, basta remeter o caso a novo julgamento pelo Tribunal Popular. Porém, em hipótese alguma, pode-se invalidar o veredicto, proferindo outro, quanto ao mérito.<sup>15</sup>

<sup>13</sup> NUCCI, Guilherme. **Tribunal do júri**. p 32. 6º ed. Rio de Janeiro: editora forense 2015.

<sup>14</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. p 1019. 27º ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

<sup>15</sup> NUCCI, Guilherme. **Tribunal do júri**. p 33. 6º ed. Rio de Janeiro: editora forense 2015.

Portanto, o tribunal do júri tem uma certa tranquilidade, muito pelo sistema penal adotado pela constituição, aja visto, que suas decisões só podem ser alteradas através de outro julgamento do tribunal do júri e feito por novos jurados.

#### **1.2.4 Competência para julgar os crimes dolosos contra a vida**

A Constituição em seu art. 5º, inciso XXXVIII, alínea “d” define que o tribunal do júri tem competência para julgar crimes dolosos contra a vida. Sendo estes, o homicídio, simples, privilegiado ou qualificado, constantes nos art. 121, § 1º e 2º; o induzimento, instigação ou auxílio a suicídio previsto no art. 122, parágrafo único; o infanticídio, previsto no art. 123 e o aborto provocado pela gestante, ou com seu consentimento ou por terceiro, constantes nos arts. 124 a 127, todos previstos no código penal.

O crime previsto no art. 128 do código penal, que é o aborto, neste caso, não devendo ser punido, pois é praticado por médico para salvar a vida da gestante ou nos casos de a gravidez ser resultante de estupro, sendo necessária autorização judicial.

O foro privilegiado previsto na CF/88 (Súm. 721 STF), e o crime militar doloso contra a vida, pois é julgado por militar, são exceções.

Guilherme Nucci, escreve sobre a competência do júri em julgar crimes dolosos contra a vida:

Note-se que o texto constitucional menciona ser assegurada a competência para os delitos dolosos contra a vida e não somente para eles. O intuito do constituinte foi bastante claro, visto que, sem a fixação da competência mínima e deixando-se à lei ordinária a tarefa de estabelecê-la, seria bem provável que a instituição, na prática, desaparecesse do Brasil. Foi o que houve em outros países ao não cuidarem de fixar, na Constituição, a competência do Tribunal Popular (conferir: Portugal, art. 210; Espanha, art. 125, locais onde a instituição do júri não obtém predominância). (...)

Além disso, demonstrando ser possível que o Tribunal Popular julgue outros delitos, que não somente os dolosos contra a vida, encontra-se o cenário dos crimes conexos. É viável que os jurados decidam condenar ou absolver o autor de um estupro ou de roubo, por exemplo, bastando que o delito seja conexo ao crime doloso contra a vida. Por isso, se a competência fosse exclusiva, tal situação, corriqueira nos julgamentos ocorridos diariamente no Brasil, jamais se daria. Lembremos que os institutos da conexão e da continência são previstos no Código de Processo Penal, portanto, legislação ordinária<sup>16</sup>.

<sup>16</sup> NUCCI, Guilherme. **Tribunal do júri**. p 36. 6º ed. Rio de Janeiro: editora forense 2015.

O fato de o júri poder julgar os crimes conexos, por si só, é uma hipótese de ampliação do rol constitucional do art 78 do CPP.

O método usado para processos de competência do tribunal do júri é escalonado ou bifásico. A primeira fase começa no oferecimento de denúncia e se encerra com a decisão de pronúncia (*judicium accusationis* ou sumário de culpa). Já a segunda se inicia com o recebimento dos autos pelo juiz - presidente do tribunal, e tem encerramento com o julgamento do tribunal do júri (*judicium causae*).<sup>17</sup>

Também sobre o procedimento do tribunal do júri, Nucci defende em seu livro que o procedimento seria trifásico:

O procedimento do júri é trifásico e especial. No Código de Processo Penal, no Livro II, Título I, foi inserido, por equívoco, como parte do “processo” (na realidade, o correto seria a denominação de procedimento) comum. Possivelmente, sob o enfoque anterior à Lei 11.689/2008, o início do procedimento tinha aspectos do comum (arts. 394 a 405, CPP) e somente na sequência se alterava completamente, adquirindo uma estrutura procedimental própria (arts. 406 a 497, CPP), nitidamente especial.

Por outro lado, há quem denomine tal procedimento de bifásico, considerando apenas a parcela referente à formação da culpa (da denúncia à pronúncia) e, posteriormente, do recebimento do libelo à decisão em plenário do Júri.

Parece-nos equivocada não considerar como autônoma a denominada fase de preparação do plenário, tão importante quanto visível. Após a edição da Lei 11.689/2008, destinou-se a Seção III, do Capítulo II (referente ao júri), como fase específica (“Da Preparação do Processo para o Julgamento em Plenário), confirmando-se, pois, a existência de três estágios para atingir o 3.1.1 julgamento de mérito. Transitada em julgado a decisão de pronúncia, abre-se vista ao órgão acusatório (Ministério Público ou querelante) e ao defensor, para, em cinco dias, o oferecimento do rol de testemunhas que irão depor em plenário, até o máximo de cinco, a cada parte, além de poder juntar documentos e requerer diligência (art. 422, CPP). Nessa fase, ainda, as testemunhas que residirem fora da Comarca serão ouvidas por precatória.<sup>18</sup>

Embora exista divergências doutrinárias, sobre o assunto, segundo a corrente majoritária, o tribunal do júri e o único procedimento penal dividido em duas fases distintas, ou seja, é um procedimento bifásico.

A primeira fase chamada de sumário da culpa, transcorre do juízo de admissibilidade da acusação, produção de provas para verificar a viabilidade de acusação e a chance de levar ao conselho de sentença, até as decisões possíveis: pronúncia (artigo 413 CPP), impronúncia (artigo 414 CPP), absolvição sumária (artigo 415 CPP) e desclassificação (artigo 419 do CPP), acabando assim a primeira fase.

<sup>17</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. p 1019. 27° ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

<sup>18</sup> NUCCI, Guilherme. **Tribunal do júri**. p 62 e 63. 6° ed. Rio de Janeiro: editora forense 2015.

A segunda fase chamada de sumário da causa, passa da sessão de julgamento, o julgamento do mérito para verificar se o réu é culpado ou inocente, conduzindo - se até a sujeição do réu ao julgamento dos seus semelhantes, mais especificamente os jurados.

## **2 - SISTEMATIZAÇÃO E EXECUÇÃO DO TRIBUNAL DO JURI**

Seguindo nosso trabalho, neste momento abordaremos a sistematização e a execução do tribunal do júri, dando enfoque em primeiro momento para o sigilo de votação e método utilizado para a realização de sorteio dos jurados, depois esclareceremos a recusa peremptória e motivada, por fim vamos versar sobre o tempo previsto para acusação e defesa.

### **2.1 O SIGILO DE VOTAÇÃO E MÉTODO UTILIZADO PARA A REALIZAÇÃO DE SORTEIO DOS JURADOS**

Os jurados, considerados juízes no nosso ordenamento, precisam se sentir seguros para proferirem suas decisões, sem pressão desnecessária para serem imparciais, assim como os juízes togados. E a garantia mais adequada é o sigilo das votações.

Muito pelo fato de o júri ser formado por pessoas comuns, que após o pleito acabar, retornam para suas vidas normais, sendo indispensável o sigilo para a segurança das mesmas.

O sigilo das votações está amparado através dos seguintes dispositivos do Código de Processo Penal:

A Incomunicabilidade que está prevista no artigo 466 § 1º do Código de Processo Penal:

Art. 466 (...)

§ 1º. O juiz presidente também advertirá os jurados de que, uma vez sorteado, não poderão comunicar-se entre si e com outrem, nem manifestar sua opinião sobre o processo, sob pena de exclusão do Conselho e multa, na forma do § 2º do art. 436 deste Código.<sup>19</sup>

A sala secreta ou especial, lugar que é dado os veredictos, previsto no artigo 485, caput do Código de Processo Penal:

<sup>19</sup> BRASIL. A LEI 3.689, de 3 de Outubro de 1941, dispõe código de processo penal. Brasília, DF. 1941

Art. 485. Não havendo dúvida a ser esclarecida, o juiz presidente, os jurados, o Ministério Público, o assistente, o querelante, o defensor do acusado, o escrivão e o oficial de justiça dirigir-se-ão à sala especial a fim de ser procedida à votação<sup>20</sup>

Como também, na contagem dos votos, pois no momento de responderem ao questionário, quando tiver mais de três respostas afirmativas ou negativas sobre a autoria ou a materialidade, e interrompido a abertura das cédulas visto que, são decisões tomadas pela maioria dos votos, amparado nos artigos 483, §1º e §2º e 489 do Código Processo Penal:

Art. 483. (...)

§1.º A resposta negativa, de mais de 3 (três) jurados, a qualquer dos quesitos referidos nos incisos I e II do caput deste artigo encerra a votação e implica a absolvição do acusado.  
§2.º Respondidos afirmativamente por mais de 3 (três) jurados os quesitos relativos aos incisos I e II do caput deste artigo será formulado quesito com a seguinte redação: O jurado absolve o acusado?

Art. 489. As decisões do Tribunal do Júri serão tomadas por maioria de votos.<sup>21</sup>

Pois, se segue a votação e o referido resultado fosse unânime, estaria violado o sigilo. Essa disposição foi determinada pela Lei nº 11.689 de 09 de junho de 2008, logo após acolhimento da proposta do Promotor de Justiça Armando Lúcio Ribeiro no Congresso Nacional do Ministério Público em Belo Horizonte em outubro de 2005.

O Tribunal do Júri é formado por um juiz-presidente e vinte e cinco jurados, sorteados, sendo que para cada uma sessão de julgamento, só serão escolhidas sete pessoas para compor o Conselho de Sentença. Admite-se para dar início ao julgamento a presença de, pelo menos, quinze jurados na sessão aberta.

Lembrando que nenhum cidadão poderá ser excluído ou deixar de ser relacionado para compor o júri, em razão de sua cor ou etnia, raça, credo, sexo, profissão, classe social ou grau de instrução, porém, temos alguns requisitos para ser jurado do tribunal do júri: nacionalidade brasileira, cidadania, ter mais de 18 anos de idade, não ter antecedentes criminais, ser alfabetizado, e ser capaz de discernir fatos da vida cotidiana.

<sup>20</sup> \_\_\_\_\_. A LEI 3.689, de 3 de Outubro de 1941, dispõe código de processo penal. Brasília, DF. 1941

<sup>21</sup> BRASIL. A LEI 3.689, de 3 de Outubro de 1941, dispõe código de processo penal. Brasília, DF. 1941

Algumas pessoas estão isentas da função de jurado. O artigo 437 do CPP elenca essas pessoas:

Art. 437 CPP - Estão isentos do serviço do júri: I - Presidente da República e Ministros de Estado II - Governadores e secretários.  
III - Senadores, Deputados e vereadores.  
IV - Prefeitos.  
V - Magistrados, membros do MP e da Defensoria Pública.  
VI - Servidores do Judiciário, do MP e da Defensoria Pública.  
VII - Policiais e agentes de segurança pública.  
VIII - Militares em serviço ativo  
IX - Maiores de 70 anos (que requeiram a dispensa).  
X - Qualquer pessoa que requeira e comprove o impedimento.<sup>22</sup>

Assim, caso haja qualquer e eventual irregularidade em relação aos jurados, estará todo o julgamento em risco, podendo e devendo então, ser anulado e feito outro julgamento.

## **2.2 RECUSA PEREMPTÓRIA E MOTIVADA**

Refere - se a oportunidade das partes recusar um pequeno número de jurados que vão compor o conselho de sentença do júri. Como exposto, são chamados 25 jurados, dentre esses deverão estar presentes pelo menos 15, para que possa ser iniciado o julgamento. De acordo com o artigo 447 do Código de Processo Penal:” O Tribunal do Júri é composto por 1 (um) juiz togado, seu presidente e por 25 (vinte e cinco) jurados que serão sorteados dentre os alistados, 7 (sete) dos quais constituirão o Conselho de Sentença em cada sessão de julgamento”.<sup>23</sup>

Dentre as 07 pessoas escolhidas para o julgamento, a defesa e a acusação deverão rejeitar ou aceitar todas elas. Tais recusas podem ser motivadas (podendo estas ser por impedimentos, suspeições ou incompatibilidade) sem número limite, ser for comprovado o motivo. Ou a recusa peremptória sem motivo, uma mera estratégia, que tem limite de três jurados para acusação e para a defesa.

<sup>22</sup> \_\_\_\_\_. A LEI 3.689, de 3 de Outubro de 1941, dispõe código de processo penal. Brasília, DF. 1941

<sup>23</sup> BRASIL. A LEI 3.689, de 3 de Outubro de 1941, dispõe código de processo penal. Brasília, DF. 1941

Havendo mais de um acusado, e eles serem defendidos por advogados diferentes, as recusas poderão ser apresentadas por um só defensor, se houver acordo entre eles. Conforme artigo 469, do CPP: “Se forem 2 (dois) ou mais os acusados, as recusas poderão ser feitas por um só defensor”.<sup>24</sup>

No caso de não haver acordo entre os advogados, ou o mesmo advogado fazer jus das três recusas previstas, ou se eventualmente por conta das recusas motivadas, o número de jurados for inferior a sete, ocorrerá o chamado estouro de urna, que é quando não se tem o número mínimo de jurados para o pleito, devendo haver separação dos julgamentos, onde em regra, cada acusado deve ser julgado reparado.<sup>25</sup>

Conforme parágrafos do artigo 469 do Código de Processo Penal:

Art. 469. [...]

§ 1.º A separação dos julgamentos somente ocorrerá se, em razão das recusas, não for obtido o número mínimo de 7 (sete) jurados para compor o Conselho de Sentença. § 2.º Determinada a separação dos julgamentos, será julgado em primeiro lugar o acusado a quem foi atribuída a autoria do fato ou, em caso de coautoria, aplicar-se-á o critério de preferência disposto no art. 429 deste Código.<sup>26</sup>

Para tanto, o princípio constitucional da plenitude de defesa é fundamental, mais ainda no momento da escolha dos jurados, pois é nesse momento que o defensor trilha sua estratégia no tribunal do júri, na tentativa de formar um júri mais favorável e respectivo ao seu defendido.

### **2.3 TEMPO PREVISTO PARA ACUSAÇÃO E DEFESA**

Esse é um momento extremamente importante no tribunal do júri, este é o momento de argumentação da acusação e da defesa, o chamado “debate”. Neste momento as partes tentam convencer os jurados com suas teses jurídicas.

Inicialmente o juiz disponibilizara palavra ao representante do Ministério Público por uma hora e meia, prorrogáveis por uma hora para a réplica, tanto para a tréplica, sendo faculdade da acusação usar, havendo mais de um réu será acrescentado uma hora,

<sup>24</sup> \_\_\_\_\_. A LEI 3.689, de 3 de Outubro de 1941, dispõe código de processo penal. Brasília, DF. 1941

<sup>25</sup> MARCÃO, Renato. *Curso de processo penal*. p 2350 e 2351. 7º ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

<sup>26</sup> BRASIL. A LEI 3.689, de 3 de Outubro de 1941, dispõe código de processo penal. Brasília, DF. 1941

totalizando duas horas e meia. Se houver mais de um acusador o tempo será combinado entre eles. Conforme artigo 477 do CPP:

Art 477. O tempo destinado à acusação e à defesa será de uma hora e meia para cada, e de uma hora para a réplica e outro tanto para a tréplica.

§ 1º Havendo mais de um acusador ou mais de um defensor, combinarão entre si a distribuição do tempo, que, na falta de acordo, será dividido pelo juiz presidente, de forma a não exceder o determinado neste artigo.

§ 2º Havendo mais de 1 (um) acusado, o tempo para a acusação e a defesa será acrescido de 1 (uma) hora e elevado ao dobro o da réplica e da tréplica, observado o disposto no § 1º deste artigo.<sup>27</sup>

A acusação tem como limite máximo o conteúdo da decisão de pronúncia ou das decisões posteriores que julgaram admissível a acusação, sustentando, se for o caso, a existência de circunstância agravante ” CPP, art. 476." <sup>28</sup>

Sobre o que não pode ser feito nos debates, CAPEZ em seu livro escreve:

Durante os debates as partes não poderão, sob pena de nulidade, fazer referências (CPP, art. 478, I e II): (i) à decisão de pronúncia, às decisões posteriores que julgaram admissível a acusação ou à determinação do uso de algemas como argumento de autoridade que beneficiem ou prejudiquem o acusado; (ii) ao silêncio do acusado ou à ausência de interrogatório por falta de requerimento em seu prejuízo.<sup>29</sup>

Não menos importante para o debate, o que está previsto no artigo 479 do CPP: “Durante o julgamento não será permitida a leitura de documento ou a exibição de objeto que não tiver sido juntado aos autos com a antecedência mínima de 3 (três) dias úteis, dando-se ciência à outra parte.”

A acusação, a defesa ou os jurados tem a autorização para pedir se for o caso, por intermédio do juiz-presidente, que o orador indique a folha dos autos onde se encontra a peça por ele lida ou citada, facultando-se, ainda, aos jurados solicitar-lhe, pelo mesmo meio, explicações de fato por ele alegado. Previsto no art. 48 do CPP .<sup>30</sup>

Encerrado os debates o juiz indaga os jurados com o intuito de verificar se estão preparados para julgar o réu, ou se precisam de algum esclarecimento. Não existindo o juiz-presidente, o conselho de jurados, o defensor do réu, o oficial de justiça e o escrivão

<sup>27</sup> BRASIL. A LEI 3.689, de 3 de Outubro de 1941, dispõe código de processo penal. Brasília, DF. 1941

<sup>28</sup> MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. p 2367. 7º ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

<sup>29</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. p 1041. 27º ed. São Paulo: saraiva, 2020.

<sup>30</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. p 1041. 27º ed. São Paulo: saraiva, 2020.

são encaminhados para a sala secreta para que seja ratificada a votação. Se não houver sala especial, o juiz pede para que os demais presentes se ausentem do tribunal, devendo permanecer somente as pessoas marcadas.

Com o início da votação, deverá ser utilizado alguns quesitos dependendo da tese disposta pelas partes, devendo esta ser tomada sempre pela maioria dos votos. A votação será interrompida quando houver mais de três votos para absolver ou condenar o réu, conforme preceitua a lei 11.689/08, que tem a finalidade de proteger o sigilo da votação do conselho de sentença, como também possíveis retaliações de quem não for de acordo com a decisão tomada.

Depois da contagem dos votos, se tiver condenação do réu, o juiz fixará a pena-base; levará em consideração as circunstâncias agravantes e atenuantes; imporá as causas de aumento e diminuição; observando as indagações feitas pelas partes. Caberá recurso de apelação contra a sentença proferida.<sup>31</sup>

Por fim, levando em consideração o princípio da soberania dos veredictos, a sentença não poderá ser reformada alterada em seu mérito, ressalvando nos casos de revisão criminal, existindo apenas a possibilidade de anulação do julgamento para que seja realizado novamente, caso o Tribunal Superior tenha o entendimento que o conselho de sentença julgou o caso contrário às provas dos autos, conforme já exposto anteriormente.

### **3 - A MÍDIA E O JÚRI**

A tecnologia tomou conta de praticamente tudo, com tendência de crescer cada vez mais, resultando num aumento significativo de informações repassadas pela mídia em geral. O aumento de popularidade de programas parciais à criminologia pode ser muito preocupante, ocasionando impactos violentos na realização de julgamentos imparciais, que reincidem sobre os prováveis autores de delitos da alçada do tribunal do júri.

Esse capítulo destinara a casos que tiveram grande apelo nacional, e seus possíveis impactos na legislação penal, e a interferência negativa que a mídia utilizando de meios

<sup>31</sup> . **Curso de processo penal**. p 1046. 27º ed. São Paulo: saraiva, 2020.

sensacionalistas pensando somente em audiência, pode ter sobre as decisões do júri popular, sem se preocupar em ferir princípios constitucionais.

### **3.1 - CASOS DE ENORME APELO NACIONAL, E SEUS POSSÍVEIS IMPACTOS NA LEGISLAÇÃO PENAL.**

Começando pelo sequestro do empresário Abílio Diniz, que se tratava de uma pessoa que tinha muito dinheiro, ocorreu em 1989, durando cerca de seis dias, tendo grandes reportagens pela parte da mídia, acarretando em uma grande pressão, resultando na aprovação da lei nº. 8.072/90, pelo Senado Federal, apenas 34 dias contados da data de apresentação do seu projeto.<sup>32</sup>

A lei citada trata dos crimes hediondos, no qual foi incluído o crime de extorsão mediante sequestro, em seu artigo 1º, inciso IV, o mesmo que foi cometido contra o empresário. *In verbis*: “Artigo 1º ( .....), IV - Extorsão mediante sequestro e na forma qualificada (art. 159, caput, e §§ 1º, 2º e 3º).”<sup>33</sup>

Vale frisar que já havia conversas sobre tal assunto na casa legislativa, mas não resta dúvida que foi motivado pela pressão do acontecido com empresário Abílio. Visto que, tal crime não integrava o rol dos crimes hediondos, não restando duvida que a mídia influenciou a legislação nacional.

No dia 28 de dezembro de 1992, o Brasil ficou chocado com a morte da atriz Daniela Perez, filha da renomada escritora Glória Perez, que foi brutalmente assassinada por dezoito golpes de tesouras, por seu par romântico na novela que ela atuava, Guilherme de Pádua, ajudado por sua esposa, Paula Thomaz. O caso que rapidamente foi noticiado pela mídia na época, causando excitação popular. Seu julgamento, mais precisamente em 1997, os meios de comunicação já colocavam o réu como culpado, antes mesmo do julgamento do tribunal do júri. No tempo, Glória Perez fez mobilização conseguindo milhares de assinaturas, no qual resultou na aprovação de um projeto de lei de que objetivava a inclusão do homicídio qualificado no rol dos crimes hediondos, episódio que foi qualificado através da lei 8.930/94. Vale frisar que essa lei não foi resultado somente

<sup>32</sup> MASCARENHAS, Oacir Silva. **A influência da mídia na produção legislativa penal brasileira.** p 17.

<sup>33</sup> BRASIL. **A LEI Nº 8.072, de 25 de Julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos.** Brasília, DF. 1990.

da iniciativa popular. A Lei nº 8.930/94 foi resultado de um projeto de lei de um deputado que gozou da comoção realizada pelos meios de comunicação<sup>34</sup>.

Outro caso bastante importante e de enorme repercussão na imprensa ocorreu em 13 de outubro de 2008, Eloá Cristina, de 15 anos de idade, foi assassinada pelo seu ex-namorado, Lindemberg Farias de 22 anos de idade, que invadiu sua casa no bairro de Jardim Santo André, no município de Santo André, na Grande São Paulo, onde ela e colegas realizavam trabalhos escolares, mantendo-a por mais de 100 horas em cárcere privado, juntamente com alguns amigos. O caso foi noticiado por várias emissoras, inclusive trazendo informações da vida e da intimidade da vítima, como de seus colegas reféns, sem se preocupar em ferir princípios constitucionais, apenas se importando com a audiência. O sequestrador foi preso e condenado a 98 anos e 10 meses de prisão. Em 6 de Junho de 2013, o Tribunal de Justiça de São Paulo reduziu a pena para 39 anos e três meses de prisão.

Constata - se com relação aos casos acima narrados, que o tempo entre o crime e o julgamento é relativamente menor, se for comparado com outros ocorridos, que não tiveram grande clamor da mídia, que se arrastam por alguns anos, sem ter a mesma atenção, ocasionando algumas vezes até em prescrição, deixando famílias desamparadas, esperando por justiça, à medida que, o judiciário dá prioridade para crimes que são noticiados, na tentativa de dar um retorno aceitável para a população indignada.

### **3.2 - A INFLUÊNCIA QUE A MÍDIA PODE DISPOR NAS DECISÕES DOS JURADOS**

O crime normalmente é tratado pelos meios de comunicação como um terrível empecilho de interesse público. Se tornando habitual na pauta da política brasileira. A mídia transmite a ideia de que praticamente não existe segurança pública, causando medo por parte da população, que passa a exigir mais leis penais, punição maior, e menos direitos para o “inimigo”<sup>35</sup>.

Vivemos em uma sociedade que pode ser facilmente manipulada e levada a ter uma formação de opinião, com o avanço tecnológico as informações são repassadas

<sup>34</sup> MASCARENHAS, Oacir Silva. **A influência da mídia na produção legislativa penal brasileira.** p 19.

<sup>35</sup> . **A influência da mídia na produção legislativa penal brasileira.** p 15.

rapidamente, e as pessoas que só tem tempo para trabalhar não se preocupam em pesquisar a veracidade das informações vistas, o que pode ser muito ruim em se tratando do tribunal do júri, pois existe um risco eminente da mídia impor uma decisão, visto que, pessoas normais decidirão por sua própria convicção, sem a necessidade de fundamentar sua decisão, agindo apenas com sua livre consciência, sem levar em conta às provas do processo, à verdade obtida instrução contraditória da sessão do julgamento.

O júri é composto pelo povo, que não tem o conhecimento técnico, pessoas que podem se comover com coisas que acontecem durante o dia, e com a ideia transmitida pela mídia, de falta de segurança pública e aumento significativo da criminalidade, podendo ser manipuladas pela mídia, tanto para o bem, como para o mal.

A respeito do tema, Ana Lúcia Menezes Vieira assim comenta:

[...] o jurado é mais permeável à opinião pública, à comoção, que se criou em torno do caso em julgamento, do que os juízes togados e, por sentirem-se pressionados pela campanha criada na imprensa, correm o risco de se afastarem do dever de imparcialidade e acabam julgando de acordo com o que foi difundido na mídia.<sup>36</sup>

Tristemente essa divulgação por parte da mídia não se delimita a divulgação num aspecto objetivo, visto que, os meios de comunicação tentam deduzir a linguagem da justiça, transformando - as em situações sensacionalistas, resultando na formação de opinião pública, seja para absolver ou condenar.<sup>37</sup>

Em alguns casos amplamente divulgados pela mídia, pode acontecer o fenômeno conhecido como desaforamento, que seria a mudança de local do julgamento para onde a mídia, que em tese, não exerceria tanta influência, na tentativa de garantir a imparcialidade dos jurados.

Confirmando o que foi exposto, primeiramente verificamos a morte da menina Isabella Nardoni de 5 anos de idade, jogada do sexto andar onde morava seu pai, em São Paulo, na noite de 29 de março de 2008. O pai Alexandre Nardoni e a madrasta Ana Carolina Jatobá, de imediato foram colocados pela mídia como autores do crime, antes mesmo de serem acusados.

A divulgação do caso durou várias semanas, causando enorme clamor do popular, inclusive passando a ser ofendida a privacidade do casal, que nada pode fazer. O primeiro

<sup>36</sup> MENEZES, Ana Lúcia. **Processo penal e mídia**. p 246. São Paulo, Revista dos Tribunais. 2003.

<sup>37</sup> CUNHA, Luana Magalhães de Araújo. **Mídia e o processo penal. A influência da imprensa nos julgamentos dos crimes dolosos contra a vida à luz da constituição de 1988**. p 204. Revista Brasileira de Ciência Criminais. Nº. 94. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2012

dia de julgamento ocorreu em 22 de março de 2010, cerca de dois anos após a morte de Isabella, sendo o júri formado por quatro mulheres e três homens, que considerou o casal culpado, por homicídio triplamente qualificado. O pai Alexandre Nardoni foi condenado a 31 anos, 1 mês e 10 dias pelo agravante de ser pai de Isabella, e Anna Carolina Jatobá, a 26 anos e 8 meses.

Não menos importante, o caso da morte da Eliza Samúdio, envolvendo Bruno o ex-jogador do flamengo, que ocorreu em 2010, no qual a modelo foi sequestrada e morta. O então jogador de futebol foi rapidamente acusado de ser o mandante pela mídia do ocorrido com a jovem, no qual ele teve um filho. Após ser remarcado algumas vezes o julgamento, no dia 04 de março de 2013 ocorreu a esperada audiência, e no dia 08 de março de 2013, Bruno foi condenado a 22 anos e três meses de prisão por quatro crimes, homicídio triplamente qualificado, ocultação de cadáver, sequestro e cárcere de Eliza e sequestro e cárcere de seu filho Bruninho.

Rapidamente o ex-jogador do flamengo foi esquecido pelo que fazia em campo, e taxado como monstro por toda a mídia brasileira. Mesmo antes de acontecer o júri propriamente dito, praticamente todo mundo já sabia que o mesmo seria condenado.

Com isso, cabe a pergunta se existiria alguma chance nos dois casos, dos acusados serem inocentados, sendo muito improvável, muito pelo fato da mídia ter utilizado da situação, para propagar notícias sensacionalistas com o intuito de aumentar sua audiência, e levar a uma formação de opinião de sua escolha.

Lembrando que não está sendo discutido aqui, se ambos os réus são inocentes nestes casos, e sim se os jurados foram influenciados a formar suas opiniões, o que vai em desacordo com a característica primária do tribunal do júri, visto que, os jurados deviam ser imparciais e livres para formarem sua opinião, o que não ocorreu nos casos expostos.

Devemos informar ainda, que a Constituição Federal em art. 5º, inciso X, da CF/88, enfatiza a inviolabilidade, à intimidade, à vida privada, à honra e a imagem das pessoas, possibilitando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. É importante frisar que cada pessoa tem sua particularidade, devendo sua imagem ser resguardada, mesmo durante de uma situação em que ela comete um crime doloso contra a vida, ainda que isso resulte em uma indignação por parte da sociedade. Nessa situação que a liberdade de imprensa deve ter algum tipo de limitação, visto que, pode trazer prejuízos irreparáveis à imagem da pessoa que ainda vai ser julgada, sem se recordar que existe um ser humano por trás de todo esse contexto.

Dessa maneira, e notório que existe um encontro entre os direitos fundamentais, devendo ser adotado parâmetros justos para que possa ser reconhecido no caso concreto e verificado qual bem irá se sobressair. Devendo o juiz dificultar essa prática de liberdade de expressão, na tentativa de resguardar o direito à intimidade, à honra, à vida privada, à imagem, conseqüentemente à dignidade da pessoa humana, preservando assim, o princípio da presunção de inocência e do devido processo legal, como também os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

## **CONCLUSÃO**

Diante do que foi exposto ao longo do artigo, o procedimento de ser julgado fatos relevantes jurídicos por pessoas normais ocorre desde os primórdios, passando por diversas transformações até chegar no modelo atual que temos hoje do tribunal do júri.

Primeiramente é importante ressaltar que não houve em nenhum momento a intenção de menosprezar a justiça brasileira em relação ao tribunal do júri, foi justamente o contrário, revelar a importância de tal instrumento jurídico, com o intuito de assegurar a inteira remoção de qualquer influência do mesmo.

O presente trabalho chegou na conclusão que quando os crimes são muito noticiados por parte da mídia, que tem um importante papel na sociedade atual, diga se de passagem, influenciam diretamente os jurados, pelo fato deles não ter o conhecimento técnico do assunto, levando muitas vezes a condenação do acusado muito antes do esperado.

Isso acontece muito pelo fato de a mídia usar tais acontecimentos com instrumento comercial, visando audiência, sem se preocupar em ferir princípios constitucionais, muito menos em destruir a vida de um ser humano, como de sua família, que no final de toda a apuração podem ser considerados inocentes.

Sendo avaliado estragos causados de não ter respeitado a dignidade da pessoa humana, tirado do acusado a plenitude de defesa, sigilo de votação, soberania dos veredictos, dentre outros princípios atrelados, resultando assim, em um julgamento imparcial.

Por fim, na tentativa de diminuir esses efeitos negativos que a mídia pode gerar ao tribunal do júri, e indispensável uma conduta mais cuidadosa em relação ao princípio da proporcionalidade e na razoabilidade por parte do judiciário, sem acabar com a

liberdade de imprensa, mais colocando limitações para que seja protegida a dignidade da pessoa humana.

Como também na ajuda do telespectador, para que não tolere qualquer manifestação realizada pela mídia diariamente, começando a separar o que seria real, com o que fosse espalhafatoso, com isso os meios de comunicação seriam obrigados a rever alguns conceitos de informação.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988.**

Brasília, DF. 1988.

BRASIL. **A LEI 2.848, de 7 de dezembro de 1940, dispõe código penal.** Brasília, DF. 1940.

\_\_\_\_\_. **A LEI 3.689, de 3 de outubro de 1941, dispõe código de processo penal.** Brasília, DF. 1941.

\_\_\_\_\_. **A LEI Nº 8.072, de 25 de Julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos.** Brasília, DF. 1990.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**, 27º ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito penal**. 19º. ed. São Paulo: Saraiva, 2012

CUNHA, Luana Magalhães de Araújo. **Mídia e o processo penal. A influência da imprensa nos julgamentos dos crimes dolosos contra a vida á luz da constituição de 1988.** Revista Brasileira de Ciência Criminais. Nº. 94. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2012.

HASSAN, Fauzi. **Código de processo penal**, 6º ed. São Paulo: Saraiva, 2014. Disponível em: <https://app.saraivadigital.com.br>.

MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. 5º ed. São Paulo: Saraiva, 2019. Disponível em: <https://app.saraivadigital.com.br>.

\_\_\_\_\_. **Curso de processo penal**. 7º ed. São Paulo: Saraiva, 2021. Disponível em: <https://app.saraivadigital.com.br>.

MASCARENHAS, Oacir Silva. **A influência da mídia na produção legislativa penal brasileira.** Disponível em: < <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/a-influencia-da-midia-na-producao-legislativa-penal-brasileira/> >. Acesso em: 26/05/2022.

MENEZES, Ana Lúcia. **Processo penal e mídia.** São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003.

MOUGENOT, Edilson. **Código de processo penal anotado**, 6º ed. São Paulo: Saraiva 2017. Disponível em: <https://app.saraivadigital.com.br>.

\_\_\_\_\_. **No tribunal do júri**, 6º ed. São Paulo: Saraiva 2018.

NUCCI, Guilherme. **Tribunal do júri**, 6º ed. Rio de Janeiro: editora forense 2015.

RANGEL, Paulo. **Tribunal do júri**, 6º ed. São Paulo: atlas 2018.

revistas@unicv.edu.br

**QUID**

Centro Universitário Cidade Verde  
ISSN 2595-1270, V. 5 N.1 Ano 2021

Avenida Horácio Raccanelo Filho, 5950 - Zona 07 - Maringá / PR

